Cassio Scarpinella Bueno

Curso Sistematizado de DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Teoria geral do direito processual civil

1

8ª edição
Revista e atualizada

100 ANOS
Saraiva

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

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

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

Sobre nós:

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

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

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 –

Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-22152-9

Bueno, Cassio Scarpinella
Curso sistematizado de direito processual civil : teoria
geral do direito processual civil, vol. 1 / Cassio Scarpinella
Bueno. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.
Bibliografia.
1. Processo civil I. Título.
CDU - 347.9

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito processual civil 347.9

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Gerente editorial Thaís de Camargo Rodrigues
Assistente editorial Poliana Soares Albuquerque
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan / Flavia Gutterres Falcão de Oliveira
Projeto gráfico Lais Soriano
Arte e diagramação Claudirene de Moura Santos Silva
Revisão de provas Ana Beatriz Fraga Moreira / Cecília Devus
Serviços editoriais Marília Cordeiro / Wiviane Conceição da Silva
Capa Muiraquitã Editoração Gráfica
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 4-11-2013

Dúvidas?
Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

O autor é Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUCSP. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da PUCSP. Membro e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Integrou a Comissão Técnica de Apoio à elaboração do relatório-geral na revisão do Projeto do novo Código de Processo Civil no âmbito do Senado Federal e participou dos Encontros de Trabalho de Juristas sobre o mesmo Projeto no âmbito da Câmara dos Deputados. Advogado.

O Tejo é mais belo que o rio que corre pela minha aldeia,
mas o Tejo não é mais belo que o rio que corre pela minha aldeia
Porque o Tejo não é o rio que corre pela minha aldeia.

O Tejo tem grandes navios
E navega nele ainda,
Para aqueles que veem em tudo o que lá não está,
A memória das naus.

O Tejo desce de Espanha
E o Tejo entra no mar em Portugal.
Toda a gente sabe isso.
Mas poucos sabem qual é o rio da minha aldeia
E para onde ele vai
E donde ele vem.
E por isto, porque pertence a menos gente,
É mais livre e maior o rio da minha aldeia.

Pelo Tejo vai-se para o Mundo.
Para além do Tejo há a América
E a fortuna daqueles que a encontram.
Ninguém nunca pensou no que há para além
Do rio da minha aldeia.

O rio da minha aldeia não faz pensar em nada.
Quem está ao pé dele está só ao pé dele.
(Alberto Caeiro)

A *Ela*, porque "*acreditar* é preciso" (...)

ACO – Ação Cível Originária
ACO-QO – Questão de ordem na ação cível originária
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg na AO – Agravo Regimental na Ação Originária
AgRg na MC – Agravo Regimental na Medida Cautelar
AgRg no Ag – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AgRg no AgRg no Ag – Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AgRg no AREsp – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial
AgRg no REsp – Agravo Regimental no Recurso Especial
AI-AgR – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento
AI no RMS – Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso em Mandado de Segurança
AP – Ação Penal
AR – Ação Rescisória
c/c – combinado com
CC – Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002)
CComp – Conflito de Competência
CE – Corte Especial
CF – Constituição Federal de 5 de outubro de 1988
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943)
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CPC – Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973)
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP – Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941)
DJ – Diário da Justiça
DJe – Diário da Justiça eletrônico
DJE – Diário da Justiça Eletrônico
EC – Emenda Constitucional
ed – edição
EDcl no AgRg no CC – Embargos de Declaração no Agravo Regimental no

Conflito de Competência
EREsp – Embargos de Divergência no Recurso Especial
j. – julgado
LC – Lei Complementar
Min. – Ministro
MS – Mandado de Segurança
m.v. – maioria de votos
n. – número
ns. – números
PL – Projeto de Lei
PLC – Projeto de Lei iniciado na Câmara dos Deputados
PLS – Projeto de Lei iniciado no Senado Federal
QO no Ag – Questão de Ordem no Agravo de Instrumento
QO no MS – Questão de Ordem no Mandado de Segurança
Rcl – Reclamação
Rcl-AgRg – Agravo Regimental na Reclamação
RE – Recurso Extraordinário
reimp. – reimpressão
rel. – relator
REsp – Recurso Especial
RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
s/d – sem data
SE-AgR – Agravo Regimental na Sentença Estrangeira
ss. – seguintes
SS-AgR – Agravo Regimental na Suspensão de Segurança
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
tir. – tiragem
TJ – Tribunal de Justiça
TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF – Tribunal Regional Federal
TRT – Tribunal Regional do Trabalho
TST – Tribunal Superior do Trabalho
un. – unânime
v. – ver
vol. – volume

Abreviaturas

Palavras iniciais ao leitor, estudante e estudioso do direito processual civil

Nota à 8ª edição

Nota à 7ª edição

Nota à 6ª edição

Nota à 5ª edição

Nota à 4ª edição

Nota à 3ª edição

Nota à 2ª edição

PARTE I – O ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL NA ATUALIDADE

Capítulo 1 – Objeto e desdobramentos do direito processual civil

1. Primeiras noções

2. Objeto do direito processual civil

3. Os meios alternativos de solução de conflitos

- 3.1. Arbitragem
- 3.2. Mediação
- 3.3. Conciliação
- 3.4. Juizados Especiais

4. Especificamente as chamadas jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária

5. Notícia histórica do direito processual civil positivado no Brasil

6. Uma primeira aproximação do Código de Processo Civil

7. As subdivisões do direito processual civil

7.1. Direito processual coletivo
7.2. Direito processual público
7.2.1. Direito processual tributário
7.2.2. Direito processual constitucional
7.3. Direito processual do consumidor
7.4. Direito processual societário
7.5. Direito processual transnacional

Capítulo 2 – Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil

1. Notícia histórica do estudo científico do direito processual civil
2. Elementos para compreensão da fase contemporânea do estudo científico do direito processual civil
2.1. A necessária aproximação entre direito processual e direito material
2.2. As ondas de acesso à justiça
2.3. A instrumentalidade do processo
2.4. Os direitos fundamentais e o direito processual civil
2.5. Síntese conclusiva parcial
2.6. A interpretação do direito e a atividade jurisdicional
2.6.1. A crise do legalismo
2.6.2. A importância da interpretação do direito
2.6.3. A norma jurídica e a necessidade de sua interpretação e concretização
2.6.4. O novo paradigma de norma jurídica: a chamada constitucionalização do direito
2.6.5. O precedente jurisdicional e o processo civil da atualidade
2.6.6. O papel do juiz na ordem jurídica atual
2.7. As reformas do Código de Processo Civil

PARTE II – O MODELO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Capítulo 1 – Os princípios constitucionais do processo civil

1. Introdução
2. Princípios jurídicos: breves ilações
    2.1. O chamado princípio da proporcionalidade
3. Acesso à justiça
4. Devido processo legal
5. Contraditório
6. Ampla defesa
7. Juiz natural
    7.1. Imparcialidade
8. Duplo grau de jurisdição
    8.1. Colegialidade nos Tribunais
9. Reserva do Plenário para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo
10. Isonomia
11. Publicidade
12. Motivação
13. Vedação das provas ilícitas ou obtidas por meios ilícitos
14. Assistência jurídica integral e gratuita
15. Economia e eficiência processuais: a duração razoável do processo e os meios que garantem a celeridade processual
16. Efetividade do processo

Capítulo 2 – Procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados

1. Introdução
2. Tutela jurisdicional das liberdades públicas das diversas gerações
3. Controle de constitucionalidade
4. Súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal
5. Execução contra a Fazenda Pública
6. Controle de específicas competências reconhecidas pela Constituição Federal

Capítulo 3 – A organização judiciária na Constituição Federal

1. Órgãos componentes do Poder Judiciário

1.1. Composição e organização dos Tribunais
1.2. Regimentos Internos dos Tribunais
2. Supremo Tribunal Federal
3. Superior Tribunal de Justiça
3.1. Conselho da Justiça Federal e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
4. Conselho Nacional de Justiça
5. Justiça Federal
5.1. Tribunais Regionais Federais
5.2. Juízes federais
6. Tribunais de Justiça e juízes dos Estados e do Distrito Federal

Capítulo 4 – Funções essenciais à Justiça

1. Introdução
2. Magistratura
2.1. O magistrado
3. Ministério Público
3.1. Ministério Público como parte
3.2. Ministério Público como fiscal da lei
3.3. Os membros do Ministério Público
3.4. Conselho Nacional do Ministério Público
4. Advocacia e o advogado
4.1. Especialmente a advocacia pública
4.2. Ordem dos Advogados do Brasil
4.3. Honorários de advogado
5. Defensoria Pública
5.1. O defensor público

PARTE III – OS TEMAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Capítulo 1 – A jurisdição

1. Considerações iniciais
2. Funções típicas e atípicas da atuação do Estado
3. Características
    3.1. Substitutividade
    3.2. Imperatividade
    3.3. Imutabilidade
    3.4. Inafastabilidade
    3.5. Indelegabilidade
    3.6. Inércia
4. Espécies
    4.1. Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária
    4.2. Jurisdição comum e jurisdição especial
    4.3. Jurisdição civil e jurisdição penal
    4.4. Jurisdição contenciosa e jurisdição contenciosa-administrativa
    4.5. Jurisdição inferior e jurisdição superior
    4.6. Jurisdição de direito e jurisdição de equidade
    4.7. Jurisdição interna e jurisdição externa
5. Competência: considerações gerais
6. Tutela jurisdicional
7. Tutela (material) de direitos e tutela jurisdicional de direitos
8. Classificação da tutela jurisdicional
    8.1. Tutela jurisdicional classificada pela perspectiva do dano: tutela preventiva e tutela repressiva
        8.1.1. Tutela preventiva
            8.1.1.1. Tutela de urgência
        8.1.2. Tutela repressiva
            8.1.2.1. Tutela específica e genérica
    8.2. Tutela jurisdicional classificada pelo momento de sua prestação: tutela antecipada e tutela ulterior
    8.3. Tutela jurisdicional classificada pela necessidade de sua confirmação: tutela provisória e tutela definitiva
    8.4. Tutela jurisdicional classificada pela atividade do juiz: cognitiva e

executiva
8.5. Tutela jurisdicional classificada pela eficácia: declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental
8.5.1. Tutela declaratória
8.5.2. Tutela constitutiva
8.5.3. Tutela condenatória
8.5.4. Tutela executiva
8.5.5. Tutela mandamental
8.5.6. Apreciação crítica: proposta de uma nova classificação da tutela jurisdicional por seus efeitos
9. Cognição jurisdicional

Capítulo 2 – A ação

1. Considerações iniciais
2. As chamadas ações de conhecimento, de execução e cautelar: apreciação crítica
3. Condições da ação
3.1. Legitimidade das partes
3.2. Interesse de agir
3.3. Possibilidade jurídica do pedido
3.4. Dinâmica das condições da ação
4. Elementos da ação
5. Cumulação de ações

Capítulo 3 – O processo

1. Considerações iniciais
2. Os chamados processos de conhecimento, de execução e cautelar: apreciação crítica
3. Pressupostos processuais
3.1. Pressupostos de existência do processo
3.1.1. Provocação inicial
3.1.2. Jurisdição
3.1.3. Citação

3.2. Pressupostos processuais de validade do processo
3.2.1. Aptidão da provocação inicial
3.2.2. Competência do juízo
3.2.3. Imparcialidade do juiz
3.2.4. Capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo (legitimidade processual)
3.2.5. Capacidade postulatória
3.2.6. Citação válida
3.3. Pressupostos negativos
3.3.1. Litispendência
3.3.2. Coisa julgada
3.3.3. Perempção
3.3.4. Convenção de arbitragem
3.3.5. Falta de caução ou outra prestação exigida pela lei
3.4. Dinâmica dos pressupostos processuais
3.4.1. Análise dos pressupostos processuais pelo juízo de primeiro grau de jurisdição
3.4.2. Análise dos pressupostos processuais em sede recursal
3.4.3. Proferimento de decisões de mérito e pressupostos processuais
3.4.4. Extinção do processo e pressupostos processuais
4. Atos processuais
4.1. Os sujeitos do processo e os atos processuais
4.1.1. Atos das partes
4.1.2. Atos do juiz
4.1.3. Atos do escrivão
4.1.4. Atos dos demais auxiliares da Justiça
4.2. Forma dos atos processuais
4.3. Tempo dos atos processuais
4.3.1. Prazos
4.3.1.1. Contagem dos prazos
4.3.2. Direito intertemporal processual
4.4. Lugar dos atos processuais
4.4.1. Comunicação dos atos processuais: citações e intimações

4.5. Preclusão
4.6. Nulidades processuais
4.7. Informatização do processo judicial
4.7.1. Comunicação eletrônica dos atos processuais
4.7.2. O "processo eletrônico"
5. Formação, suspensão e extinção do processo
6. Procedimento
6.1. Procedimentos comuns e especiais
6.2. A competência legislativa dos Estados para as regras de procedimento

Capítulo 4 – A defesa

1. Considerações iniciais
2. Condições da defesa
3. Os comportamentos do réu
3.1. Especificamente a contestação
3.2. Exceções e objeções
4. O exercício do direito de ação pelo réu

PARTE IV – O MODELO INFRACONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Capítulo 1 – A doutrina tradicional e os princípios infraconstitucionais do processo civil

1. A importância do estudo e da utilização dos princípios infraconstitucionais do processo civil
2. Os chamados princípios informativos e fundamentais do processo civil

Capítulo 2 – Os princípios infraconstitucionais do processo civil

1. Proposta
2. Princípios relativos à prestação jurisdicional
2.1. Princípio dispositivo
3. Princípios relativos à organização dos procedimentos

4. Princípios relativos à atuação dos sujeitos do processo
5. Princípios relativos à nulidade dos atos processuais
    5.1. Princípio da fungibilidade recursal
    5.2. Princípio da fungibilidade entre as tutelas jurisdicionais preventivas
6. Princípios relativos à produção probatória
7. Princípios relativos à tutela jurisdicional executiva
8. Princípios relativos aos recursos

Apêndice 1 — Pequeno Glossário de Direito Processual Civil

Apêndice 2 — Uma breve incursão no "Novo Código de Processo Civil"

Bibliografia consultada
Sites consultados

PALAVRAS INICIAIS AO LEITOR, ESTUDANTE E ESTUDIOSO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Por que um Curso *sistematizado* de direito processual civil? Curso *sistematizado* porque seu intuito último é o de construir o que, pelas próprias características marcantes do pensamento do direito processual civil da atualidade, não é nem pode ser mais pressuposto. Construir o "direito processual civil" de acordo com os valores reinantes no ordenamento jurídico brasileiro vigente, dando a ele o relevo *constitucional* que ele tem que ter por ser ramo do direito que se ocupa, em última análise, da atuação do próprio Estado. Ele, o *Curso*, por isto mesmo, procura oferecer, desde o início (v. Capítulo 2 da Parte I), bases para a construção de um renovado pensamento para a compreensão do direito processual civil nos dias de hoje.

A *sistematização* empreendida, de outra sorte, justifica-se porque este vol. 1 é dedicado à construção de uma teoria *geral* do direito processual civil. É o próprio Código de Processo Civil que não traz uma verdadeira "parte geral" que pudesse, de alguma forma, auxiliar nesta tarefa. Se, é certo, o seu "Livro I" é tido como responsável por desempenhar o papel daquela "parte" que ele não tem, não é menos verdade que, com as substanciais alterações que ele sofreu, sobretudo desde meados da década de 1990, é difícil, senão impossível, extrair do "Livro I" a mesma fidelidade de conceitos, de diretrizes, de institutos que outrora terá sido possível. Porque as radicais transformações pelas quais passou o Código de Processo Civil levaram à sua total e substancial modificação, com a consequente perda de seu eixo de unidade e de ordem, impõe-se uma teoria geral de direito processual civil que o busque e que permita, a partir de sua identificação, o estabelecimento de condições para se pensar o direito processual civil atualmente, para compreender bem as razões das profundas modificações para ele trazidas e elas próprias. O eixo metodológico eleito como indispensável por este *Curso* é a Constituição Federal e o seu "modelo constitucional de direito processual civil", cujo exame ocupa toda a Parte II deste volume.

O *Curso* e a *teoria geral* que ocupa o seu vol. 1, de resto, é de "*direito processual civil*" e não de "*processo*". O objeto do estudo aqui desenvolvido não se limita ao "processo" mas, mais amplamente, ao *direito processual civil*. O *Curso* propõe a distinção entre o "direito processual civil" e o "processo", mesmo chamando-o de "processo *civil*", para diferenciá-lo do "processo *penal*" ou do "processo *trabalhista*" (v. ns. 4.2 e 4.3 do Capítulo 1 da Parte III). Processo é, para ir direto ao ponto, um dos temas, um dos "institutos", fundamentais do direito processual civil mas com ele não se confunde. "Processo" é o método usual de atuação de um Estado Democrático de Direito (v. n. 1 do Capítulo 3 da

Parte III). "Direito Processual Civil" é um "ramo" do direito, uma "disciplina jurídica" voltada a examinar não só especificamente o *processo* desenvolvido perante o Poder Judiciário mas, bem mais amplamente do que isto, as justificativas, as razões, as finalidades e todos os desdobramentos, amplíssimos, deste "método" de atuação de um modelo de Estado. Há, entre as expressões, relação de "parte" e "todo"; de "conteúdo" e "continente", respectivamente. O *Curso* volta-se a descrever o todo, analisando cada uma de suas partes.

Trata-se de um trabalho de *transição*, não há como negar. Transição do direito, tal qual positivado (desde a Constituição, passando pelas leis e pelos atos infralegais), mas também – senão principalmente – transição de metodologia, de análise, de estudo, de compreensão do próprio Direito e do direito processual civil. Transição impõe, por estas razões, um *repensar* necessário. As reflexões derivadas deste pensar, todavia, não podem justificar-se só pelo novo e limitá-las a descrevê-lo. Bem diferentemente, o (re)pensar tem que ser global e geral. Não só o que é "legitimamente" novo mas, também, o que não o é, mas que, por força de novas luzes, por força de novos valores, por força de novas *necessidades*, por força de uma nova metodologia de pensamento, impõe uma reflexão diversa e, muitas vezes, diversas *conclusões*. Pensar sobre o novo é, necessariamente, um pensar diferente.

Este *Curso* volta-se a descrever o direito positivo brasileiro atual, tal qual ele vige e deve viger. Ele não se volta a descrever as diversas polêmicas doutrinárias que foram responsáveis pela criação, emancipação e desenvolvimento do "direito processual civil". Isto é universalmente aceito, já não desperta mais quaisquer dificuldades ou dúvidas em ninguém. É pressuposto metodológico necessário e indispensável. O que importa, contudo, e nisto reside uma das iniciativas e esforços deste *Curso*, é verificar em que medida aquelas célebres controvérsias encontram, ou não, assento no direito brasileiro hoje vigente. É *filtrá-las* pela premissa metodológica aqui eleita, apresentada e aplicada.

Nenhum instituto jurídico existe por si, em si, e independentemente do direito. Ele só existe no e para o direito. Não há, na natureza, jurisdição, ação, processo, defesa e todos os demais temas de interesse para o direito processual civil. Cabe à doutrina e, neste sentido, a este *Curso* extrair estes conceitos do que o direito positivo brasileiro, desde a Constituição Federal – e tem de ser desde a Constituição Federal – reserva para estas figuras: o modo pelo qual o direito as aceita, trata-as e as disciplina.

É por esta razão que a maior parte do *Curso* volta-se à *constatação* e não à *demonstração* do pensamento do direito processual civil, chamado, em geral, de "doutrina tradicional". O que pareceu mais importante para seu desenvolvimento foi verificar em que medida muitas das conclusões que são enunciadas quase como "dogmas" entre nós sobrevivem ou não, podem sobreviver ou não, às evoluções do direito brasileiro. Daquilo que hoje está na Constituição Federal e daquilo que hoje está no plano infraconstitucional. Não se trata, portanto, de um *Curso* que quer ser "revolucionário". Ele, apenas, limita-se a verificar em que medida a *evolução* do Direito como um todo e do direito processual civil em

específico, analisado sempre desde a Constituição, e da própria forma de se pensar este direito, afeta (deve afetar) a ciência que o descreve para melhor aplicá-lo. O *Curso* quer ser coerente com o que ele se predispõe a descrever e *sistematizar*, vale dizer para frisar, colocar em ordem a partir de um eixo metodológico fundamental e único.

O caráter didático deste *Curso* significou, entre outras opções de metodologia, como as já referidas nos parágrafos anteriores, economia de espaço para determinadas informações. Salvo raríssimos casos que se justificam pelo contexto da escrita, os dispositivos da Constituição Federal, do Código de Processo Civil e da legislação extravagante de direito processual civil não foram transcritos ao longo do texto. É fundamental, por isto mesmo, que o leitor tenha em mãos um exemplar da Constituição Federal e um do Código de Processo Civil e da legislação extravagante de direito processual civil – particularmente, valho-me sempre daqueles editados pela Saraiva –, para que possa, sempre que há menção a algum texto normativo, da Constituição ou da lei, consultá-lo e lê-lo ao mesmo tempo que lê as considerações expostas no *Curso*.

É importante que o leitor, estudante ou estudioso do direito processual civil, tenha em mente que a função principal de um trabalho como este é o de criar condições de melhor compreender a "Constituição", o "Código", a lei em geral; nunca substituí-los. O papel principal deste *Curso* é o de *auxiliar* a leitura dos textos normativos, fazer as vezes de um verdadeiro guia que forneça um norte seguro para ser alcançado: de entender cada uma daquelas normas a partir do "modelo constitucional do direito processual civil", forte nas bases propostas no n. 2 do Capítulo 2 de sua Parte I.

O *Curso* é desenvolvido em cinco volumes, o segundo deles dividido em três tomos.

O vol. 1 ocupa-se, nas condições já enunciadas, da "Teoria geral do direito processual civil".

O vol. 2, tomo I, volta-se ao exame do "Procedimento comum (procedimento ordinário e sumário)". É o que a doutrina tradicional chama, rente à metodologia empregada pelo próprio Código de Processo Civil, de "processo de conhecimento" até o proferimento da sentença.

O vol. 2, tomo II, trata dos "Procedimentos especiais" do Código de Processo Civil (Livro IV) e do sistema dos Juizados Especiais Cíveis, Federal e da Fazenda Pública.

O vol. 2, tomo III, analisa duas grandes propostas de corte metodológico apresentadas desde os ns. 7.1 e 7.2 do Capítulo 1 da Parte I deste vol. 1: o "Direito processual público" e o "Direito processual coletivo".

O vol. 3 examina a "Tutela jurisdicional executiva". É o que a doutrina tradicional, com base na metodologia do Código de Processo Civil, em especial no seu Livro II, chama de "processo de execução". O referencial doutrinário a ser desenvolvido naquela sede é aquele proposto pelo n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III deste volume.

O vol. 4 estuda a "Tutela jurisdicional preventiva" (a tutela jurisdicional de urgência), inclusive quando ela é *antecipada* ou prestada *provisoriamente* nos

moldes propostos pelos ns. 8.1 a 8.3 do Capítulo 1 da Parte III deste volume. É o que a doutrina tradicional, com a atenção voltada ao Livro III do Código de Processo Civil, chama de "processo cautelar" (dentre o qual se incluem os "procedimentos cautelares específicos") e, desde o art. 273 do mesmo Código, de "tutela antecipada".

O vol. 5 do *Curso*, por fim, ocupa-se do exame dos "Recursos, processos e incidentes nos Tribunais e sucedâneos recursais, isto é, das "técnicas de *controle* das decisões jurisdicionais". São os institutos que, no Código de Processo Civil, ocupam fundamentalmente, mas não exclusivamente, os arts. 476 a 565 e aqueles tratados pela tão ampla quanto assistemática legislação extravagante de direito processual civil.

***

Por fim, mas não menos importante, quero externar, e o faço de público, o meu mais sincero agradecimento à Editora Saraiva e, em especial, ao Dr. Antonio Luiz de Toledo Pinto que, desde o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, editado no ano de 1999, têm apoiado a minha produção acadêmica e doutrinária. É um privilégio, uma honra e correlatamente uma enorme responsabilidade trabalhar em conjunto com os excelentes e dedicados profissionais de uma das mais prestigiadas e tradicionais editoras jurídicas do País. Uma editora que tanto fez e que tanto faz às nossas letras jurídicas em geral, e também às do direito processual civil. Obrigado.

Espero que esta iniciativa tenha a mesma acolhida de todas as anteriores e que em edições futuras, aprendendo sempre um pouco mais, inclusive com os meus próprios erros, possa aperfeiçoar o que, por definição, não é e não pode ser perfeito.

Cassio Scarpinella Bueno
outubro de 2006

É extremamente recompensador redigir a nota, ainda que breve, que abre a 8ª edição do volume 1 do meu *Curso sistematizado de direito processual civil*.

De pronto, agradeço – e muito – os comentários com relação ao trabalho que têm chegado a mim por variadas formas; seja em uma conversa depois de alguma palestra ou aula em algum lugar do Brasil, um *e-mail* ou um bate-papo na sala de professores na minha querida PUCSP com meus caríssimos colegas de magistério. Agradeço não só os elogios, mas também as críticas que, sobretudo quando negativas, fazem-me pensá-lo e repensá-lo, aperfeiçoando-o, esclarecendo-o e complementando-o. Transformando-o, por isso mesmo, em um livro *vivo* que, felizmente, vem ganhando a cada ano uma nova edição sempre com algo mais a ser dito, debatido ou analisado. Incentivos como estes seriam o bastante para justificar uma nova edição.

É desejável, contudo, ir além. Também a justificam a necessidade de inserir novas e interessantes decisões dos nossos Tribunais que querem, sempre, ilustrar a matéria exposta ao longo do volume. Com relação aos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, quis deixar mais claros os casos que foram julgados (ou estão prontos para o serem) como "Recursos Especiais Repetitivos" já que, para eles, em rigor, deve ser aplicada a disciplina constante do art. 543-C do Código de Processo Civil, exposta pelo n. 4.4 do Capítulo 11 da Parte I do volume 5 deste *Curso*. Não obstante as observações críticas lá tecidas – mormente quanto à duvidosa possibilidade de *lei* delegar competência *constitucionalmente* fixada para julgamento do Recurso Especial –, o destaque é relevantíssimo justamente por causa do regime diferenciado de observância da decisão tomada pelo STJ quando adotada aquela técnica de julgamento pelos demais Tribunais.

Do ponto de vista normativo, foram tratadas e devidamente contextualizadas as Emendas Constitucionais n. 73, de 6 de junho de 2013 (que cria os Tribunais Regionais Federais das 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões), e n. 74, de 6 de agosto de 2013 (que se ocupa com as Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal).

Com relação ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, o Apêndice respectivo traz breves comentários comparativos aos Projetos aprovados no Senado Federal (PLS n. 166/2010) e na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010) sem veicular, contudo, os textos respectivos. A efetiva comparação entre o Projeto a ser aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados – que vem sendo chamado de "Emenda Aglutinativa Substitutiva Global" – e o Projeto aprovado no Senado Federal, com os respectivos textos, é tarefa que desenvolvo em outro trabalho meu especialmente dedicado a tanto:

Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados – Senado Federal (PLS 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010), no prelo da Editora Saraiva.

Para cá e neste momento, sem a conclusão dos trabalhos legislativos, justifica-se a mesma ressalva que fechou a Nota Introdutória da edição anterior: tal circunstância não é – e nem pode ser – óbice para o estudo do direito processual civil vigente. Ainda é tempo de e para estudar o Código de Processo Civil em vigor, sistematizando-o, como aqui se propõe, desde o "modelo constitucional do direito processual civil".

A finalidade do Apêndice, por isso mesmo, esgota-se em *informar* o leitor a respeito das propostas centrais do Projeto de Novo Código de Processo Civil, tendo presente o que já foi aprovado no Senado em dezembro de 2010 e o que, ao tempo de fechamento desta edição, ainda pendia de aprovação no Plenário da Câmara dos Deputados a partir do que foi aprovado na Comissão Especial, instituída para debater o Projeto naquela Casa Legislativa.

O *Curso* como um todo tem objetivo diverso. Ele quer, como sempre quis, ir além: ele quer *formar* um pensamento contemporâneo ("neoconcretista") do direito processual civil brasileiro desde os primeiros momentos em que o estudante de Direito tem contato com a matéria. Um pensamento que não se contenta (e não se conforma) com a mera *informação*, tão fácil e disponível na atualidade, mas que a trabalha (e a retrabalha) para permitir uma adequada *formação* dos futuros profissionais do Direito.

Assim, e só assim, melhores dias para o direito processual civil e para o papel que ele *deve* desempenhar em um Estado Constitucional virão. Inclusive – e nem poderia ser diferente – na geração de mais pensamento crítico sobre as tantas questões que ele apresenta e, como também não poderia deixar de ser, no exercício diuturno e responsável de cada uma das funções essenciais à Administração da Justiça.

Cassio Scarpinella Bueno
4 de novembro de 2013

É muito gratificante redigir a breve nota que abre a 7ª edição do volume 1 deste *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*.

Esta nova edição, a exemplo das dos outros volumes do *Curso*, vem revista pelas mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre os temas aqui enfrentados, inclusive pelas respectivas novas súmulas daquele Tribunal. Também importantes decisões do Supremo Tribunal Federal são mencionadas, todas com o intuito de ilustrar a exposição, ofertando ao leitor um quadro bastante fiel (e atual) das discussões existentes sobre os variados assuntos aqui tratados.

Com relação ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, cabe dizer que, à época em que foi fechada esta edição, os trabalhos de revisão perante a Câmara dos Deputados não estavam, ainda, concluídos, sendo prematura, por isto, a veiculação do Relatório-Geral até então elaborado.

A ausência da conclusão dos trabalhos legislativos sobre um *novo* Código de Processo Civil, contudo, não é – e nem pode ser – óbice para o estudo do direito processual civil vigente. É este, e não aquele, o objetivo do presente trabalho, que vem sendo perseguido pelas edições anteriores e, como sua receptividade parece demonstrar, tem conseguido alcançar.

Em suma: ainda é tempo (e necessário e indispensável) de e para estudar o Código de Processo Civil em vigor, sistematizando-o, como aqui se propõe, desde o "modelo constitucional do direito processual civil".

Cassio Scarpinella Bueno

A cada novo ano uma nova edição. É com esse pensamento que vem a público a sexta edição do volume 1 deste *Curso sistematizado de direito processual civil*, dedicado à construção de uma renovada teoria geral do direito processual civil.

Ainda é tempo de pensarmos, todos, no Código de Processo Civil *reformado*, no Código de Processo Civil *vigente*. O Projeto de novo Código de Processo Civil tramita na Câmara dos Deputados sob o número 8.046/2010 e ainda não vejo razão para tratar do direito *projetado*, sem o perigo de *confundir* o leitor, estudante ou estudioso do direito processual civil, sobre o que é *de lege lata* e o que é *de lege ferenda*. Até porque a função exercida pela Câmara dos Deputados para os fins do *caput* do art. 65 da Constituição Federal não parece querer ser meramente homologatória dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto de novo Código de Processo Civil e do substitutivo que, em seu lugar, foi aprovado pelo Senado Federal (PLS n. 166/2010). As notícias a respeito da tramitação legislativa do Projeto, em especial aquelas disponibilizadas pela própria Casa Legislativa, dão conta de intenso debate entre os parlamentares responsáveis pela condução dos trabalhos, a Comissão de especialistas nomeada, a exemplo do que ocorreu no Senado Federal, para auxiliar nos trabalhos legislativos, e os mais diversos setores do Estado e da sociedade civil. E mais: modificado o Projeto no âmbito da Câmara dos Deputados, seu retorno para o Senado Federal é impositivo em função do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal. Tudo para que o processo legislativo seja o *devido*, em consonância com o "modelo constitucional" respectivo.

Por isso, temos, ainda aqui, de nos concentrar no direito vigente e na necessidade de sua *sistematização*. Evidentemente que esse comportamento não exclui a necessidade de efetiva *participação* no processo legislativo, iniciativa que, no exato limite das minhas possibilidades e capacidade, tenho tido a oportunidade e o privilégio de vir tomando. O que quero destacar, apenas e tão somente, é que não acho oportuno *mesclar* duas frentes de trabalho que se mostram bastante diferentes. Decididamente não é a proposta deste *Curso*. Suficiente, por isso, o Apêndice 2, que passou a incorporar o volume desde a 5ª edição, e que deve ser lido para matar a sede *informativa*; não, contudo, a *formativa*. Quererão saciar estas edições futuras deste *Curso*, na exata medida em que o processo legislativo seja concluído e, evidentemente, em que o caríssimo leitor mostre interesse em saber o que este *Curso* terá a dizer a respeito da necessária – sempre necessária e indispensável – *sistematização* de um novo

Código de Processo Civil. Essa nova edição vem enriquecida, em consonância com a pertinência dos temas aqui discutidos, com as Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e com recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça. Tudo para ilustrar mais adequadamente a exposição facilitando a sua compreensão.

Cassio Scarpinella Bueno
novembro de 2011

O ano de 2010 viu a 4ª edição do vol. 1 deste *Curso sistematizado de direito processual civil* esgotar-se rápida e completamente. A Editora Saraiva solicitou-me, por isso, a preparação de uma nova edição, a 5ª, que agora vem a público.

Ela traz novos julgados, novas Súmulas do Superior Tribunal de Justiça e as menções cabíveis à Lei n. 12.153/2009, que disciplina os chamados "Juizados Especiais da Fazenda Pública", buscando, com a iniciativa, ilustrar um pouco mais alguns momentos da exposição feita, seguindo, no particular, o norte da edição anterior.

Nessa nova edição o que vem sendo chamado de "novo Código de Processo Civil" é trazido como um Apêndice. Entendo que é prematuro para um trabalho que quer, antes de tudo, lidar com o direito processual *vigente*, analisando-o e sistematizando-o a partir do "modelo constitucional do direito processual civil", expor o que será, oportunamente, *um* novo Código de Processo Civil brasileiro. É o caso de esperarmos, todos, participando dele, evidentemente, a conclusão do "processo *legislativo*". Até lá, não há outra postura, para trabalho com o propósito deste, que não a de (ainda) voltarmos a nossa atenção ao direito vigente, querendo tirar dele o seu melhor, realizando e concretizando o tão propalado "modelo constitucional". Ir além parece querer especular com as propostas que estão sendo debatidas no foro adequado. Longe de orientar, desorientam; longe de informar, desinformam e, pior, não formam; traem, portanto, o objetivo de um *Curso*, qualquer que seja ele.

Que a *escolha* retratada pelo parágrafo anterior não soe fora de seu contexto. Não se trata de criticar o Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux e relatado pela Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, nem de querer ser indiferente a ele; também não se trata de deixar de levar em conta as discussões travadas a seu respeito no Senado Federal e as modificações lá introduzidas, que culminaram na aprovação do PLS n. 166/2010 por aquela Casa Legislativa em meados de dezembro de 2010 e o envio do substitutivo para discussão na Câmara dos Deputados, onde passou a tramitar sob o número 8.046/2010. Trata-se, apenas, de enaltecer a importância do debate, institucional inclusive, daquela proposta na tramitação que uma lei, qualquer lei, *deve ter* no nosso "modelo constitucional". *Processo*, vale insistir sobre o que este *Curso*, desde o princípio, fez e faz questão de tratar no n. 1 do Capítulo 3 da Parte III deste volume, não é algo exclusivo do Poder Judiciário, do exercício da função jurisdicional pelo Estado-juiz. É algo inerente à *atuação* de todo o Estado; ao menos de modelos de Estado como é o nosso, Democrático e de Direito.

O clamor por um novo e "imediato" Código de Processo Civil talvez mostre o quanto estamos, todos nós, desacostumados com o "*processo* legislativo"; talvez habituados demais – e de forma perigosamente indiferente – às constantes edições de Medidas Provisórias sobre os mais variados temas, inclusive sobre o direito processual civil[1]. Menos mal que não são mais reedições de reedições de medidas provisórias e, menos ainda, de temas de direito processual civil, graças ao art. 1º da Emenda Constitucional n. 32/2001. Mas, mesmo assim, nem sempre há *relevância* e *urgência* a justificar a edição de diversos daqueles atos com *força de lei*; no passado, no presente e, certamente, também no futuro. Objetivamente falando, não há nenhuma relevância e menos ainda urgência na aprovação de um novo Código de Processo Civil que justifique objetivamente qualquer pressa na sua tramitação legislativa. Deixemos as nossas duas Casas Legislativas falarem a seu respeito a partir do excelente Anteprojeto que foi apresentado ao Senado Federal. Ouçamos a sociedade, ouçamos as Instituições, jurídicas ou não. Ouçamos a academia. E tenhamos consciência de que, nesse meio tempo, mesmo com a aprovação do substitutivo pelo Senado Federal o melhor a fazer é compreendermos adequadamente o direito *posto*, tal qual vigente, que tem que ser lido e construído e compreendido, para ser aplicado, desde a Constituição Federal. Até para que, desse prisma de análise, possamos contribuir, de alguma forma *pensada* e *refletida*, para um novo Código de Processo Civil.

No momento oportuno, será o caso de *sistematizar* também um *novo* Código de Processo Civil. Não é esse, vale a ênfase, o momento para um trabalho com a missão e com o papel que este *Curso* quer desempenhar e, graças ao bom leitor, vem desempenhando, nos últimos anos e nas suas sucessivas edições.

Como decorrência do quanto consta dos parágrafos anteriores, duas medidas se mostram mais que suficientes para permitir que este *Curso* e a sistematização nele proposta dialoguem *suficientemente* com o que está em discussão no Congresso Nacional: a primeira é a exposição, com a necessária brevidade, dos pontos centrais propostos pelo substitutivo ao Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, tal qual aprovado pelo Senado Federal, que dizem respeito à matéria tratada ao longo do volume; a segunda é transcrever os respectivos dispositivos daquele Projeto de Lei. Para tanto, volta-se o já anunciado Apêndice 2.

Quero agradecer, uma vez mais, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, dedicaram alguma consideração ou alguma palavra ao trabalho. Que esta 5ª edição seja tão bem recebida quanto a anterior e como os demais volumes deste *Curso sistematizado de direito processual civil*, que, neste ano de 2011, chega, finalmente, à sua versão completa, tal qual idealizada, com os seus 7 volumes, cada um deles voltado, única e exclusivamente, à missão de tornar mais eficiente o exercício da função jurisdicional civil, lida, pensada, entendida e sistematizada a partir do "modelo constitucional de direito processual civil".

Tanto mais importantes, sinceras e cabíveis as palavras do parágrafo anterior diante da escolha que os formandos da Faculdade de Direito da PUCSP

neste ano de 2010 fizeram ao escolher o meu nome para Patrono de sua Turma. Não posso e não quero deixar de *retribuir* aquela homenagem: quero homenagear aqui aqueles que me homenagearam. Vocês foram os primeiros a estudar direito processual civil por este *Curso*. Vocês, mais que todos, viram e experimentaram a construção de cada um desses volumes e cada uma das ideias neles contidas. Muito obrigado a todos vocês pelo reconhecimento do meu trabalho; ao completar a elaboração de todos os volumes do *Curso*, não poderia querer experimentar, com vocês, outra sensação; não poderia querer coisa diversa. Que vocês possam, ao seguir o seu próprio caminho, colher frutos e flores das sementes que plantamos juntos, ainda melhores do que aqueles que agora vocês me dão. E que vocês sejam, a partir do que conversamos nestes últimos quatro anos, instrumentos decisivos na realização do Direito. Instrumentos afinadíssimos ao diapasão constitucional, aptos a tocar não só a mais bela das melodias mas, também, senão principalmente, a bem harmonizá-la. Sejam felizes sempre.

Cassio Scarpinella Bueno
dezembro de 2010

1 Para quem se interessar ou desejar se aprofundar nessa temática que, em outro trabalho, tive a oportunidade de chamar de "Contrarreforma do Código de Processo Civil", elegendo a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 (ainda vigente...), como pano de fundo, tomo a liberdade de indicar a leitura do meu livro *O poder público em juízo*, publicado pela Editora Saraiva. A edição mais recente, a 5ª, é de 2009.

Fazem-se presentes, agora e uma vez mais, os mesmos motivos que me levaram a preparar a edição anterior. O ano de 2009, extremamente proveitoso e enriquecedor em salas de aula de todo o Brasil, em especial na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, convidou-me para uma renovada revisão, atualização e consequente ampliação do texto. Tive o cuidado, confesso, de não desenvolver demais determinados temas que, a seu tempo e modo oportunos, certamente merecerão um maior aprofundamento, fora do ambiente de um trabalho que quer ser, antes de tudo, a porta de entrada do estudante, desde os primeiros bancos da Faculdade de Direito, ao mundo do direito processual civil e, para o estudioso, o convite para um novo pensar sobre este mesmo mundo.

Mas não só. O advento da Lei n. 11.969/2009, que disciplinou a chamada "carga rápida", da Lei n. 12.008/2009, que ampliou os casos de preferência na tramitação dos processos nos termos do art. 1.211-A do Código de Processo Civil, da Lei Complementar n. 132/2009, com suas diversas e importantes alterações na Lei Complementar n. 80/1994, que "Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências" e da Emenda Constitucional n. 62/2009, traçando novas regras relativas à "execução contra a Fazenda Pública", também impôs diversas alterações ao longo do texto da edição anterior.

Que esta 4ª edição possa ter a generosa acolhida das anteriores e dos demais volumes deste *Curso* viabilizando, com isto, o atingimento de seu objetivo, de tornar menos complicado e mais efetivo o exercício da função jurisdicional civil, isto é, a prestação da *tutela jurisdicional* dos direitos, lesionados ou ameaçados, suficientemente reconhecidos, tal como impõe a Constituição da República Federativa do Brasil.

Cassio Scarpinella Bueno
dezembro de 2009

Muito satisfeito com a acolhida que vem tendo este meu *Curso sistematizado de direito processual civil* e ciente da inequívoca responsabilidade que isto representa, trago a público, para o ano de 2009, uma 3ª edição do vol. 1, dedicado à construção da "teoria geral do direito processual civil".

Nela, além da *revisão* do texto para sanear algumas imperfeições – e agradeço, no particular, os gentis recados, inclusive eletrônicos, que recebi apontado-as –, *atualizei*-o com as mais recentes modificações legislativas, ilustrando muitas das conclusões nele lançadas com julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Tais ilustrações devem ser compreendidas pelo leitor do livro – aluno ou profissional, estudante ou estudioso – como um convite para obter, ele próprio, a decisão, lendo-a e refletindo a seu respeito. Esta é, com efeito, uma das diversas possibilidades que o acesso livre às páginas eletrônicas daqueles Tribunais permite, tornando a compreensão do trabalho a mais enriquecedora possível, quase que, e guardadas as devidas proporções, interativa. A *ampliação* do volume, isto é, o aumento de páginas, destarte, é mera consequência, não a causa, das tarefas empreendidas na preparação da nova edição.

Também quis evidenciar um pouco mais (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte III) a necessidade de a *tutela jurisdicional* ser eleita (conscientemente) como eixo metodológico do estudo do direito processual civil na atualidade. Chego, até mesmo, a propor, por escrito (porque em aulas o tenho feito há mais tempo), que é tempo de se construir uma nova perspectiva de estudo do direito processual civil que pode muito bem ser chamada de "neoconcretismo".

Reitero, nesta oportunidade, os agradecimentos públicos que fiz aos diversos professores nomeados na nota à 2ª edição que, aliás, em grande parte, manifestaram-se também com relação a ela. Para o momento, amplio, com as mesmas palavras de sincera gratidão, aquele rol com a menção aos Professores Antônio Carlos Marcato, José Roberto dos Santos Bedaque, José Rogério Cruz e Tucci, Anselmo Prieto Alvarez, Donaldo Armelin, João Batista Lopes, Sérgio Shimura, Teresa Arruda Alvim Wambier e William Santos Ferreira.

Por fim, que o leitor saiba que venho recebendo todos os elogios (alguns) e todas as críticas (muitas) dirigidos ao *Curso* como verdadeiro *incentivo* para aprimorá-lo, sempre e cada vez mais. Sua proposta, vale enfatizar, é a de, apenas, tornar menos complicado e mais efetivo o exercício da função jurisdicional civil, isto é, a prestação da *tutela jurisdicional* dos direitos, lesionados ou ameaçados, suficientemente reconhecidos, tal como impõe a Constituição da República Federativa do Brasil.

Cassio Scarpinella Bueno
novembro de 2008

Considerando a boa acolhida da 1ª edição do vol. 1 deste *Curso sistematizado de direito processual civil*, entendi ser importante preparar uma nova edição não só para, revisando o texto, deixar algumas ideias, noções e conclusões mais claras, mas também – e principalmente –, acrescentar alguns novos julgados do STF e do STJ, bem assim algumas das novas resoluções e entendimentos do CNJ que, desde o fechamento editorial anterior, chegaram a meu conhecimento e que se mostraram importantes para ilustrar melhor a exposição dos temas tratados ao longo do volume.

A Lei n. 11.419/2006, que dispõe sobre a "informatização do processo judicial", acabou por receber um melhor tratamento ao longo do trabalho, com o objetivo de viabilizar um diálogo mais intenso com o "processo *físico*", o "processo em papel" disciplinado tradicionalmente pelo Código de Processo Civil e do qual todos nós ainda fazemos uso, muitas vezes exclusivamente, sem prejuízo de uma abordagem específica de suas próprias disposições. Para tanto, acrescentei no Capítulo 3 da Parte III o n. 4.7, com os desdobramentos que me pareceram necessários e suficientes para tal fim.

Ademais, pretendi incorporar ao vol. 1, nesta 2ª edição, a intensa vivência – diária, confesso – dos resultados veiculados pela edição anterior na sua aplicação do exercício do magistério, a partir, sobretudo, das turmas de graduação da Faculdade de Direito da PUCSP que assumi no ano letivo de 2007, onde tive o privilégio de colocar à prova, perante meus novos alunos de 1º e 2º ano (ou 2º, 3º e 4º períodos), a metodologia e as conclusões aqui expostas em um ambiente acadêmico que se mostrou e tem-se mostrado incrivelmente recompensador. Essa *aplicação* não se deu apenas com a matéria tratada pelo vol. 1, mas também com aquelas que tive condições de, no mesmo período, estudar, para concluir, o vol. 2, tomo I, dedicado ao estudo do "procedimento comum: ordinário e sumário", e o vol. 3, voltado ao exame da "tutela jurisdicional executiva". O resultado visível é uma complementação das remissões originalmente feitas dos temas tratados aqui e nos demais volumes, mas, muito mais do que isto, como não poderia deixar de ser, um nítido aprimoramento de determinadas ideias ao qual não podia furtar-me.

De resto, a intensa atividade acadêmica que tive o privilégio de desenvolver ao longo do ano de 2007 em outras instituições de ensino por todo o Brasil, em cursos de Graduação, Especialização e Mestrado, viabilizaram, também, um constante diálogo entre as propostas de "sistematização do direito processual civil" veiculadas no *Curso* com os alunos, suas experiências e suas necessidades. A revisão do texto, espero, terá condições de espelhar este

amadurecimento.

Quero encerrar esta breve nota com alguns agradecimentos públicos a alguns amigos que criticaram – e, felizmente, nem toda a crítica é *negativa* – o livro e que sugeriram algumas correções e alterações que, acolhidas, tornam este trabalho, espero, mais claro e mais didático. São eles: André Pagani de Souza (SP), Carlos Alberto Carmona (SP), Diogo Leonardo Machado de Melo (SP), Heitor Vitor Mendonça Sica (SP), José Ricardo do Nascimento Varejão (PE); Luciano Vianna Araújo (RJ); Mantovanni Colares Cavalcante (CE); Ronaldo Cramer (RJ) e Vitor Moreira da Fonsêca (AM). A eles o meu sincero obrigado, sobretudo por suas palavras, que recebo como *incentivo* para aprimorar, sempre e cada vez mais, o *Curso*.

Um agradecimento especial também – e este em forma de retribuição – aos alunos que, em 2007, formam-se bacharéis em Direito pela PUCSP, minha casa, e que decidiram dar à sua Turma o meu nome. Trata-se – palavras são sempre difíceis para expressar o sentimento decorrente de um gesto, ainda mais desta magnitude – do maior incentivo e do maior sinal de aprovação que um Professor pode receber. Muitas das ideias e conclusões que estão veiculadas neste livro já foram passadas a eles ao longo de sua formação. Espero que elas sejam úteis para a produção dos *efeitos* desejados pelo sistema, que não podem ficar presos, como se estivessem vinculados, ao plano exclusivamente *técnico* do processo.

Como escrevi nas "palavras iniciais ao leitor, estudante e estudioso do direito processual civil", que abrem a coleção, haveria imperfeições a serem sanadas com mais aprendizado e mais reflexão. Que o passo agora dado nesta 2ª edição possa ter aprimorado, um pouco, ao menos, o que continua a ser mera proposta de construção de uma nova forma de pensar o direito processual civil na atualidade – para, melhor entendendo-o, melhor aplicá-lo –, nada mais.

Cassio Scarpinella Bueno
outubro de 2007

Parte I

O ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL NA ATUALIDADE

Objeto e Desdobramentos do Direito Processual Civil

1. PRIMEIRAS NOÇÕES

O início do estudo do direito processual pode parecer bem difícil se analisado do ponto de vista teórico, solto da realidade, despreocupado com as finalidades do próprio direito processual civil, ou de forma ainda mais direta, para que serve o "direito processual civil" e, dentro desta disciplina, para que servem os seus vários institutos, o mais visível deles, o "processo".

É muito fácil, é esta a verdade, perder-se da realidade, em se tratando de direito processual civil. Por razões que serão apresentadas em seu momento oportuno (v., em especial, o n. 1 do Capítulo 2, infra), houve tempo em que o estudioso do direito processual civil isolou-se dos demais ramos do direito como forma de justificar a autonomia científica dessa disciplina e a necessidade de um estudo próprio, distinto, adequado ao seu objeto de análise. Da necessidade de "criar" ou "identificar" uma disciplina autônoma, desvinculada dos demais ramos do direito, o estudioso do direito processual civil perdeu, durante considerável espaço de tempo, a necessária compreensão do todo. O isolamento e a neutralidade, típicos do estudo do direito processual civil nesta fase, causaram e, até hoje, causam sérias distorções com relação à sua compreensão.

O fato é que na atualidade – isto também será tratado com mais vagar no n. 1 do Capítulo 2, infra – não há mais espaço para duvidar de que existe, autonomamente, um "direito processual civil" e uma parcela da ciência jurídica que se volta a estudá-lo como tal. Para dar um nome próprio para descrever o estudioso do "direito processual civil", este nome é "processualista civil" ou, para simplificar, só "processualista". Isto, contudo, não significa que a compreensão do direito processual civil dispense a compreensão da razão de sua existência, de seu uso, de sua finalidade. O direito processual civil não existe em si e para si. Ele existe autonomamente, isto é certo. Mas a sua finalidade é, por definição, estranha a ele. Trata-se de um ramo do direito que tem como missão última servir os outros, realizando-os, tornando-os realidade concreta.

Evitando desvios de toda ordem que, embora relevantes, pertencem, mais propriamente, a outros estágios do estudo do direito, quiçá, até mesmo, a estudos mais profundos da própria filosofia do direito, é importante ter em mente que o direito – assim entendidas, para facilitar a exposição, as normas jurídicas

expedidas pelo Estado para disciplinar as relações intersubjetivas das pessoas entre si e entre as pessoas e o próprio Estado – pode vir a ser descumprido ou, quando menos, pode ser objeto de uma ameaça de descumprimento. Um exemplo pode ilustrar suficientemente bem esta observação.

QSA deveria pagar o empréstimo a MQA no dia 10 do mês e não pagou. As regras que regem aquela relação jurídica (um contrato de mútuo regido pelos arts. 586 a 592 do Código Civil) foram descumpridas. A União não pode cobrar tributos no mesmo exercício de sua criação. Não obstante, uma hipotética medida provisória, que tem eficácia imediata, cria e impõe a cobrança também imediata de um tributo, em total afronta ao disposto no § 2º do art. 62 da Constituição Federal. Casos como estes – e seria possível multiplicar o exemplo às centenas, aos milhares – retratam que as prescrições do direito material (do direito civil, no primeiro caso; do direito tributário, no segundo) não foram observadas a contento. Saber o porquê – em alguns casos, as prescrições normativas não são observadas *voluntária* ou *espontaneamente* pelos seus destinatários, sejam eles particulares, ou o próprio Estado – é questão, vale repetir, impertinente para este *Curso*. Para cá, basta a constatação. O direito nem sempre é cumprido pelos destinatários da norma jurídica. Por vezes, ele é descumprido; por vezes seu cumprimento é defeituoso; por vezes, vê-se na iminência de um direito não ser cumprido ou ser descumprido. O "dever-ser" *prescrito* pelas normas jurídicas nem sempre "é".

Diante desta situação de fato, e basta *constatá-la* para os propósitos deste *Curso*, o que se põe para indagação é saber como e em que condições as normas de direito material não observadas voluntária ou espontaneamente podem ser, ainda que forçadamente, coercitivamente, cumpridas. Como fazer para que QSA pague o valor devido mesmo depois de passado o prazo contratual para pagamento? Como impedir que o tributo criado ao arrepio da autorização constitucional, constante do § 1º do art. 62, seja cobrado de imediato?

As respostas a estas questões residem no "direito processual civil". São as normas do "direito processual civil" que se ocupam de criar condições para que as consequências jurídicas do inadimplemento de uma obrigação contratual sejam atingidas; são as normas do "direito processual civil" que criarão condições de evitar que a indevida cobrança tributária atinja o contribuinte no mesmo ano fiscal de sua criação.

Se as normas de direito material fossem bastantes, se elas fossem suficientes por si só, para assegurar os comportamentos e os resultados por elas anunciados, prometidos, assegurados, certamente não haveria espaço ou necessidade de se pensar em normas de outra categoria, de outra classe, em normas de "direito processual" e, para o que interessa a este Curso, em normas de "direito processual civil". Como, entretanto, as normas de direito material e suas prescrições mostram-se muitas vezes insuficientes para o atingimento das suas próprias finalidades, é justificável que outras normas criem condições para tanto. Isto é verdade para quaisquer normas de direito material: a sua não observância escorreita dá ensejo à atuação de outras normas cuja finalidade última é impor o cumprimento daquelas outras normas. As normas processuais,

neste sentido, são, inegavelmente, secundárias em relação às normas materiais que, nesta visão do problema, apresentam-se como normas primárias. Isto, contudo, não quer dizer que as normas de direito processual civil e tudo o que elas representam e regulam estejam em "segundo plano", que sejam menos importantes. Não é disto que a distinção entre "normas primárias e secundárias" ocupa-se. Ela é apenas didática e facilitadora de uma complexidade maior que, repito, ocupa outros níveis de indagação do estudo do direito. Elas, as "normas processuais civis", ocupam-se de regular as situações deixadas pelo descumprimento das "normas materiais" ou, quando menos, de regular as situações verificadas e verificáveis no caso de ameaça a descumprimento das "normas materiais".

Por esta razão é que se faz relevante distinguir entre dois planos de normas jurídicas para entender melhor o que é, para que serve, qual a utilidade e qual é a finalidade do "direito processual civil" ou o que é dizer o mesmo com outras palavras, as "normas de direito processual civil" ou "normas processuais civis": as normas jurídicas que estão no "plano material" e as normas jurídicas que estão no "plano processual". As normas do "plano material" ("normas materiais", para encurtar) regulam condutas as mais diversas, impõem deveres, direitos, criam situações jurídicas e assim por diante. São as "normas *primárias*" a que fez referência o parágrafo anterior. As normas do "plano processual" ("normas processuais") regulam o que fazer quando as "normas materiais" não são cumpridas ou, ainda, quando o seu cumprimento voluntária ou espontaneamente é ameaçado. As "normas processuais" correspondem, para empregar a nomenclatura do parágrafo anterior, às "normas *secundárias*".

QSA tinha que pagar a dívida a MQA e não pagou, para retomar o exemplo anterior. As "normas processuais" regularão em que condições MQA poderá tomar providências que sejam adequadas e necessárias para que QSA pague, mesmo contra a sua vontade. É vedada a cobrança de tributo no mesmo exercício fiscal de sua criação. Não obstante, ele é criado *e* cobrado de imediato. As "normas processuais" regularão em que condições o contribuinte poderá tomar providências que sejam adequadas e necessárias para impedir a cobrança do tributo.

A doutrina costuma referir, a este respeito, que houve instante, na história humana, em que TAT poderia, para dar exemplo diverso do anterior, ele próprio, exigir de OPT o cumprimento da obrigação. Que TAT poderia, até mesmo, usar a sua própria força física contra OPT para tirar dele o valor devido. É o que tradicionalmente se chama de "autotutela", de "autoproteção", de "justiça pelas próprias mãos". Não é o que, com o desenvolvimento da história humana, do surgimento e do desenvolvimento do que hoje reconhecemos, todos, como "Direito" e como "Estado", prevalece. O que aconteceu, aos poucos, é que o "Estado" passou a vedar que os integrantes da sociedade e que ele próprio, Estado, autotutelasse seus próprios "direitos", que fizessem "justiça pelas próprias mãos". É como se o "Estado" desapropriasse um "direito", eventualmente inato no ser humano, de se proteger e a seus bens, com suas próprias mãos, com sua própria força física. É o Estado que acaba por decidir que ele, e só ele, pode

solucionar conflitos de interesse, só ele pode tutelar direitos, só ele pode fazer "justiça". É ele, o "Estado", quem detém, com exclusividade, o uso da força física.

A "justiça" – entendida a partir de uma visão amplíssima e absolutamente despretensiosa como a realização de um direito tal qual prescrito no plano material, uma "tutela *material* de direito, portanto" – passa a ser feita, com o surgimento e desenvolvimento do "Estado" como o conhecemos, pelo próprio Estado, em *substituição* aos destinatários das normas jurídicas. A "justiça" estatal, neste contexto, equivale à "tutela *estatal* dos direitos" conflituosos.

Embora ainda haja, residualmente, alguma situação em que se pode autotutelar um direito, isto é, "fazer justiça com as próprias mãos", os casos são absolutamente excepcionais e, verdade seja dita, mesmo nestes casos a "justiça pelas próprias mãos" pode mostrar-se absolutamente frustrante. Exemplos clássicos destas situações estão no art. 1.210, § 1º, do Código Civil (defesa urgente da própria posse), e, em se tratando de direito público, na chamada "autoexecutoriedade" do ato administrativo: em certas situações de urgência, a Administração Pública não precisa socorrer-se do Judiciário para, por exemplo, determinar o fechamento de um estabelecimento comercial que não tem condições mínimas de funcionamento seguro. É tão marcante serem estes casos *excepcionais*, que o uso da "própria razão", fora dos casos autorizados pela lei, é tipificado como crime de "exercício arbitrário das próprias razões". Bem ilustrativo, aliás, o próprio tipo penal, tal qual definido no art. 345 do Código Penal: "Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite".

Um exemplo pode ilustrar melhor as considerações do parágrafo anterior. De acordo com o parágrafo único do art. 251, é possível ao credor da obrigação que, em casos de urgência, faça aquilo que o devedor não fez, independentemente da intervenção do Estado, independentemente, pois, da atuação estatal. A obrigação era a de entregar flores para uma cerimônia que se realizaria no final de semana; as flores não são entregues. A lei autoriza que o credor da obrigação compre, ele mesmo, as flores, e que, depois, valha-se do Estado para se ressarcir dos danos que sofreu com o *inadimplemento* contratual. Por mais ampla que seja a indenização a ser perseguida e, eventualmente, obtida, contudo, não há como negar que o credor viu-se frustrado em seu "direito", isto é, na legítima expectativa que tinha de seu "direito", porque as flores não foram entregues como deveriam ter sido. E, por hipótese, não há como desconsiderar a impossibilidade temporal de o credor comprar as flores e alocá-las devidamente para sua cerimônia. Quando menos que o credor, por não ser especialista do ramo, não conseguir, a tempo, ornamentar o local da cerimônia como pretendeu. Assim, mesmo nos casos em que a lei autoriza a "autotutela", ela nem sempre significará a realização do "direito material" satisfatoriamente.

O que importa destacar, contudo, não é a suficiência ou a insuficiência dos casos residuais de "autotutela", não é em que medida ela, a "autotutela", será ou não *eficaz* o suficiente para solucionar o conflito verificado no plano do direito

material. O que releva para o "direito processual civil" é partir do pressuposto – talvez um verdadeiro *dogma* – de que o "Estado", tal qual o conhecemos – e assim é no Estado brasileiro, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 –, tutelará, ele próprio, direitos conflituosos entre as pessoas e entre estas e ele próprio. Tutelar aqui significa "proteger", "realizar concretamente um direito", "criar condições de que aquilo que *deveria-ser* na perspectiva do plano material *seja*". Impor, em última análise, a observância das "normas materiais". Mesmo que a observância das "normas materiais" tenha que ser filtrada por normas diversas, de outra qualidade, as "normas processuais". Quem tem *autoridade* e *legitimidade* para impor o cumprimento das prescrições derivadas do "plano material" é o próprio Estado, que, historicamente, reservou para si este *poder*, que reservou, historicamente, para si o *monopólio* da força física. A atuação estatal voltada para o atingimento daquela finalidade é objeto de estudo do "direito processual civil".

A tutela *estatal* de direitos, desta forma, busca *tutelar*, no sentido de *proteger*, as próprias pessoas que se relacionam, que se vinculam, que agem de acordo (ou em desacordo) com normas jurídicas. O "entregar flores", prestação do contrato do exemplo, é que vincula o credor e o devedor. A satisfação do credor depende da entrega tempestiva e adequada das flores nos termos ajustados. A satisfação do devedor depende do pagamento do preço nas condições ajustadas. O "direito processual civil" não se ocupa propriamente com as "flores"; ele se ocupa com algo muito mais relevante, que é satisfazer pessoas que se veem frustradas ou, quando menos, veem-se na *expectativa* de virem a ser frustradas, diante dos comportamentos ou da ausência de comportamentos de outras pessoas, impondo o cumprimento das normas jurídicas materiais de cada caso concreto.

O desenvolvimento do "Estado" tal qual conhecemos – e é importante frisar que quando este *Curso* se refere a "Estado" ele está se referindo a algo extremamente concreto, definido, palpável e sensível, embora em termos jurídicos, porque é o "Estado brasileiro" tal qual *criado* pela Constituição Federal de 1988 – levou a determinadas *especializações* de suas funções. A *função estatal* que diz respeito ao estudo do "direito processual civil" é a *função jurisdicional*. As demais funções estatais, a "função administrativa" e a "função legislativa" interessam secundariamente na medida em que são elas que criam, de uma forma ou de outra, as "normas materiais" que devem ser observadas e que, de uma forma ou de outra, fiscalizam e criam, até mesmo, condições de cumprimento e realização daquelas normas de direito material. Como o que interessa para o "direito processual civil" é o momento "não cumprimento", o momento "frustração" da expectativa do direito material – pelo menos o momento "ameaça de não cumprimento", o momento "ameaça de frustração" da expectativa do direito material –, não há como duvidar da primazia da *função jurisdicional* sobre os demais para cá.

A grande verdade, vale repetir, é que se as prescrições de direito material fossem cumpridas espontânea ou voluntariamente pelos destinatários das normas jurídicas, muito provavelmente não haveria razão para falar de direito processual

civil, penal ou trabalhista. Como a observância das normas jurídicas por si só acabaria por eliminar situações de conflito intersubjetivo, não haveria espaço, por falta de *necessidade*, de *utilidade*, de um direito processual civil. E porque a intervenção do Estado faz-se *necessária* nestes casos – o Estado monopolizou, historicamente, o uso da "força física" – é que esta forma de atuação do Estado deve ser entendida como *substitutiva* da vontade dos particulares ou do próprio Estado. E como há – o parágrafo anterior já ressalvou isto – diversidade de *funções* na atuação do próprio Estado, não deve causar qualquer suspeita ou dificuldade a circunstância de o próprio Estado *obrigar-se* a observar a ordem jurídica como um todo. Tudo se passa como se fossem parcelas específicas de atuação do Estado obrigando umas às outras.

Justamente por isto, é aqui que importava chegar, melhor do que se referir a "tutela *estatal* de direitos" é tratá-la – fazendo eco, no particular, à "doutrina tradicional" – como "tutela *jurisdicional* de direitos". A "tutela jurisdicional de direitos" ou, simplesmente, "tutela jurisdicional" (este *Curso* trata as duas expressões como sinônimas), neste sentido, descreve a própria atuação da função jurisdicional, isto é, do exercício do Estado (de parcela dela, de uma função dele, do Poder Judiciário e, por isto, Estado-juiz) em prol da proteção dos direitos não cumpridos (porque lesionados) ou na iminência de não serem cumpridos (porque ameaçados) no "plano material". Neste sentido, a "tutela *jurisdicional* de direitos" (ou simplesmente "tutela jurisdicional") pressupõe que a tutela *material* de direitos (ou simplesmente "tutela de direitos") não se realize voluntária ou espontaneamente. Se os direitos, tais quais definidos no plano material, forem observados, forem cumpridos, independentemente da razão pela qual isto se dê, é o que basta para afastar a *necessidade* e a *utilidade* de tutela *jurisdicional* de direitos. E vale repetir: pouco importa a razão pela qual o direito, no plano material, foi cumprido, foi observado. A fundamentação do direito – a pesquisa em torno de saber por que as pessoas cumprem ou deixam de cumprir as normas – é questão importantíssima mas que não diz respeito ao estudo do direito processual civil.

O "plano processual", por assim dizer, alimenta-se dos conflitos ocorridos no "plano material", ocorridos, portanto, fora dele. O "plano processual", para ser concebido, para atuar, *pressupõe* conflitos entre pessoas diversas. Sem "conflito", sem "frustração de expectativas", sem "*lesões* ou *ameaças* a direitos materiais" – esta dicotomia "lesão" e "ameaça" é fundamental para a compreensão adequada do fenômeno aqui apenas indicado e que será tratado com a profundidade necessária no n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte III –, não há espaço para falar de tutela jurisdicional. Não, pelo menos, no sentido do que realmente interessa para um *Curso* de direito processual civil.

O que poderia ser entendido como exceção ao que o parágrafo anterior acabou de apresentar diz respeito ao que a doutrina tradicional chama de "jurisdição voluntária". Sem prejuízo das considerações trazidas pelo n. 4, *infra*, e, mais amplamente, no n. 4.1 do Capítulo 1 da Parte III, a atuação do Estado-juiz nestes casos – e, *nesta perspectiva*, indubitavelmente, uma função *jurisdicional* – prescinde de *conflitos*. Mesmo que a "jurisdição voluntária" se

caracterize por uma atuação jurisdicional *sem* conflitos, ela é *necessária* e, neste sentido, *útil*. Sem ela, é dizer, sem a atuação jurisdicional do Estado em determinados casos indicados pela lei, não há atuação do direito material. Ninguém se separa ou divorcia da pessoa com quem casou e com quem tem filhos menores simplesmente porque quer. É necessário que o Estado-juiz atue neste caso, mesmo que o casal tenha absoluta consciência de que o rompimento do vínculo matrimonial é o melhor para ambos e, até, para seus filhos. Não basta a *sua* vontade. A *vontade do Estado-juiz* é indispensável no caso porque a lei vigente, não obstante as modificações trazidas pela Lei n. 11.441/2007, assim determinou. Nestes casos e neste sentido, de tutela *jurisdicional* de direitos, também se está tratando.

Mesmo com a ressalva apresentada pelo parágrafo anterior, o que é mais importante para cá é destacar que é neste contexto de atuação do Estado para solucionar conflitos surgidos no plano material – contexto amplíssimo, é verdade, mas nem por isto menos verdadeiro –, impondo uma solução, aquela que se esperava pudesse ocorrer "naturalmente", pela própria força vinculante das "normas materiais", das "normas primárias", que se estrutura todo o pensamento do direito processual civil.

O "direito processual civil", desta sorte, é disciplina que se dedica a estudar, a analisar, a *sistematizar* a atuação do próprio Estado, do Estado que, por razões perdidas no tempo, mas ainda válidas até hoje por força das opções políticas feitas pela Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, tem o *dever* de prestar tutela *estatal* de direitos naqueles casos em que os destinatários das normas, desde o plano material, não as acatam devidamente, não as cumprem e, consequentemente, frustram legítimas expectativas das outras pessoas. A *imposição* do cumprimento destas normas materiais é que, em última análise, justifica a atuação do Estado em termos do "direito processual civil". E é importante colocar em evidência desde logo: *impor cumprimento de normas jurídicas* não pode significar um fim em si mesmo. As "normas jurídicas", quaisquer que elas sejam, pertençam ao "plano material" ou ao "plano processual", isto importa menos, não têm nenhuma utilidade quando analisadas à luz delas próprias. As "normas jurídicas" – e seu conjunto desordenado, para não dizer "caótico", que usualmente é identificado como o "Direito" – servem, em última análise, às *pessoas*. Por isto é que mais importante que as flores são as pessoas que as dão.

Uma ressalva faz-se necessária aqui no que diz respeito à necessária *comunicação* entre o "plano material" e o "plano processual". Para o "direito processual civil" não importa a *existência* do direito material controvertido. O "direito processual civil", isto parece estar muito bem resolvido nos dias de hoje, opera com probabilidades, mais ou menos fortes, de existência do direito material controvertido. Basta, para *alimentar* o "direito processual civil", destarte, uma *afirmação de direito*. A *comunicação* entre os dois planos dá-se suficientemente com a alegação de que um direito existe, com sua afirmação, com o exercício, portanto, do que a doutrina tradicional costuma chamar de pretensão. Pretensão, bem entendido, como *afirmação* de que há um direito

lesionado ou ameaçado e que, por isto, merece proteção do Estado-juiz.

Se o direito, meramente afirmado, realmente for reconhecido no exercício da função jurisdicional, haverá outras reações do Estado-juiz. Dele se podem esperar outros comportamentos, outras atuações que nascem no plano *processual* mas que voltam qualificadas, porque *confirmadas* quanto à sua existência, ao plano *material* que, em última análise, justificou a atuação jurisdicional (v. os ns. 6 e 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III). Se, contudo, o direito, meramente afirmado, não for "direito", for "direito de outrem", for "não direito", nem por isto há como recusar que o Estado-juiz não foi provocado para atuar, que não houve atuação do Poder Judiciário a partir daquela provocação e que não houve, por isto mesmo, exercício da função jurisdicional. O que, exatamente, terá havido, contudo, isto é, qual é o melhor nome para descrever este conjunto de atividades do Estado-juiz, nesta hipótese, é questão que ocupa o n. 3.4.4 do Capítulo 3 da Parte III.

Por fim, mas não menos importante: não são só as normas "tradicionalmente" compreendidas no "direito processual civil" – e dirigidas, em última análise, a disciplinar uma parcela de atuação do próprio Estado, o Estado-juiz – que servem para a solução de conflitos intersubjetivos. Mais recentemente, tem-se discutido a respeito de formas *alternativas* de solução de conflitos que, para o momento, devem ser entendidas como mecanismos de resolução de conflitos que não se valem das normas do "direito processual civil", mas de outras, inclusive de natureza contratual, para atingir o mesmo objetivo. Longe de reduzir o espectro de pesquisa, de estudo, de exame do "direito processual civil" e, pois, do "processualista" (aquele que se predispõe a estudar *cientificamente* o direito processual civil), a discussão relativa aos mecanismos *alternativos* de solução de conflitos deve ser muito bem recebida e aplaudida. É que, como no momento oportuno ficará mais claro, os próprios contornos da sociedade e do Estado atual, e de todos os seus "corpos intermediários" (para quem realmente acredita que eles existam sem pertencerem a uma ou a outra classe, com exclusão de qualquer outra), levam à *necessidade* de pensar em outros *métodos*, em outras *técnicas*, em outras *formas* de solução de conflitos e, consequentemente, de apaziguação social. Mesmo que, é isto que interessa destacar por ora, sem a necessária participação do Estado.

Não é despropositado esperar que o desenvolvimento do estudo do direito processual civil e de suas técnicas – e esta temática é uma constante no desenvolvimento deste *Curso* – conduza, cada vez mais, ao cumprimento voluntário e espontâneo do direito material. Para o ambiente do direito processual civil, sem querer arriscar respostas, porque descabidas nesta sede, não é despropositado compreender a técnica e as finalidades processuais de uma tal forma que o direito material seja observado pelo receio de que a forma de seu cumprimento coativo – o exercício da função jurisdicional, portanto – seja de todo desfavorável e desinteressante para aquele que ameaça ou que viola direito de outrem. Isto, contudo, não pode desviar a atenção do *processualista*. Entender como e em que medida o Estado-juiz atua. Entender para que atua o Estado-juiz.

2. OBJETO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O direito processual civil dedica-se ao estudo das normas jurídicas que regem a atividade jurisdicional, isto é, do Poder Judiciário, voltada à resolução de conflitos intersubjetivos. É, por isto mesmo, ramo do "direito público". Ele estuda a forma de atuação de um dos Poderes do Estado (o Judiciário) quando provocado para decidir conflitos de interesses entre mais de uma pessoa ou grupo de pessoas. O fato de o conflito envolver apenas duas pessoas, um pequeno grupo delas, alguma entidade que agremie vários indivíduos, ou o próprio Estado, é indiferente para definir o objeto do estudo do direito processual civil.

Um conflito que não envolva, contudo, pelo menos duas pessoas, que não seja intersubjetivo, portanto, é estranho ao direito processual civil e, verdade seja dita, ao próprio direito. As dúvidas, as ansiedades, as inquietações de um indivíduo, no fundo de sua intimidade e de sua subjetividade, são estranhas ao estudo do direito como um todo. São relevantes quando aquelas sensações são exteriorizadas. Aí sim, pode ser que uma atitude ou uma omissão digam respeito a outras pessoas. Caso contrário, não.

Feitas estas considerações, é importante dar um passo adiante. É fundamental saber o que se estuda e o que não se estuda em direito processual civil ou, pelo menos, em que condições determinados assuntos que, por vezes, aparecem interligados ao direito processual civil são objeto de seu estudo ou, quando menos, são, apenas e tão somente, assuntos relativos a ele, que o interessam mas que, rigorosamente, não precisam ser estudados em um *Curso de direito processual civil*.

Se o direito processual civil volta-se ao estudo das normas regentes da *atividade jurisdicional* destinadas à resolução de conflitos intersubjetivos ou, quando menos, atividade jurisdicional destinada à realização prática de determinados direitos mesmo que não conflituosos, é fundamental distinguir as normas de direito processual civil e, em específico, o "processo civil", de outras normas jurídicas e, mais especificamente, de outras formas de resolução de conflitos que não dependam ou que não passem pelo crivo da atividade jurisdicional, isto é, pelo Poder Judiciário, com a mesma predisposição e para os mesmos fins daquilo que caracteriza o objeto do direito processual civil. O estudo do direito processual civil volta-se à resolução dos conflitos quando a autoridade responsável para a resolução é um magistrado que, como agente do Estado, manifesta-se e tem que se manifestar mediante o emprego de processo.

3. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Muito se tem difundido nas doutrinas nacional e estrangeira quanto à *necessidade* de serem pensados meios *alternativos* de solução de conflitos, assim entendidos os métodos ou as formas de solução de conflitos intersubjetivos que não envolvam ou, até mesmo, que dispensem, em maior ou em menor grau, a participação do Poder Judiciário e, consequentemente, o exercício da função

jurisdicional. Em alguns destes métodos, algumas ou todas as características da *jurisdição* (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte III) não se fazem presentes.

Isto, contudo, não os coloca à margem do interesse do estudioso do direito processual civil. Se, é certo, tais técnicas não se valem, necessariamente, da atuação do Estado-juiz, é correto o entendimento que cada um deles representa, em um contexto mais amplo, um método de atingir uma das finalidades mais caras ao direito processual civil – e do próprio Estado –, que é a pacificação social. Por tal razão é que eles não podem passar despercebidos de um *Curso* de direito processual civil.

3.1. **Arbitragem**

A arbitragem é, certamente, a forma alternativa de solução de conflitos mais difundida no direito brasileiro da atualidade. Até porque ela, que era regulada expressamente pelos arts. 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil, ganhou, com a Lei n. 9.307/1996, disciplina própria, remodelada e *fora* do Código de Processo Civil. É, desde então, aquela lei, uma lei *extravagante* de direito processual civil, que disciplina a arbitragem no direito brasileiro.

Deve ser entendido por arbitragem o método de solução de conflitos segundo o qual as pessoas em conflito escolhem, de comum acordo, um ou mais árbitros que, fazendo as vezes do juiz-estatal, reconhecerão o direito aplicável à espécie. Há, é certo, uma série de restrições que a Lei n. 9.307/1996 faz com relação ao uso da arbitragem. Ela só pode ser utilizada, de acordo com seu art. 1º, pelas "pessoas capazes de contratar" para "dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis", o que, por si só, exclui, desde logo, uma série de pessoas e de conflitos de sua abrangência, sendo certo, contudo, que o STJ tem sustentado, corretamente, ser viável a arbitragem para dirimir conflitos que envolvem questões contratuais relacionadas a sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica (STJ, 1ª Seção, MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 9.4.2008, DJe 19.5.2008). Tanto assim que se no curso da arbitragem surgir alguma questão relativa a direito *indisponível* que diga respeito à matéria em discussão, o árbitro ou os árbitros terão que aguardar o desfecho daquela pendência perante o Poder Judiciário para proferir sua decisão (art. 25 da Lei n. 9.307/1996).

O chamado "procedimento arbitral", que tem início com a aceitação pelo árbitro ou árbitros do encargo a ser desempenhado (art. 19 da Lei n. 9.307/1996) e que se encerra com o proferimento da chamada "sentença arbitral" (arts. 29 e 31 da Lei n. 9.307/1996 e art. 475-N, IV, do Código de Processo Civil), corrigida, se for o caso, alguma sua imperfeição (art. 30 da Lei n. 9.307/1996), tem natureza jurídica eminentemente contratual, eminentemente voluntária e dependente, na maior parte das vezes, do consenso entre os envolvidos no litígio. É importante a ressalva porque o art. 7º da Lei n. 9.307/1996 cria condições de instalação *compulsória* da arbitragem em determinadas hipóteses em que a intervenção do Estado (isto é, o exercício da função jurisdicional "típica") é inafastável para aquela específica finalidade (art. 7º, § 7º).

Rigorosamente, não há como tratar, fora dos casos em que a intervenção do Poder Judiciário justifica-se, a arbitragem como matéria típica de direito processual civil. Trata-se, a bem da verdade, de método *paraestatal* de solução de conflitos, que, como tal, inibe a atuação do Estado-juiz, ainda que para situações reputadas urgentes (STJ, 3ª Turma, REsp 1.297.974/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 12.6.2012, DJe 19.6.2012).

Contudo, pelas mesmas razões já expostas no n. 3, *supra*, e em função dos diversos pontos de contato entre as disposições da Lei n. 9.307/1996 e o "direito processual civil" – inclusive a título de necessária "cooperação" entre o Estado-juiz e o órgão arbitral –, o estudo do instituto e de sua lei de regência é relevante não só no e para o contexto aqui apresentado – de métodos *alternativos* de solução de conflitos – mas, também, no que ele toca de perto o exercício da função jurisdicional, justificando, *legitimamente*, a vedação da atuação do Estado-juiz (v. n. 3.3.4 do Capítulo 3 da Parte III).

3.2. **Mediação**

A mediação é uma forma alternativa de solução de conflitos em que um "mediador" (um terceiro imparcial) estimulará os envolvidos a colocarem fim a um litígio *existente* ou *potencial*.

A figura ainda carece de regulamentação no direito processual civil brasileiro, sendo certo, todavia, que há um projeto de lei em trâmite no Senado Federal (PLC n. 94/2002) que disciplina a "mediação paraprocessual".

De acordo com aquele projeto, "mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual".

A realização da mediação e, muito menos, seus resultados, destarte, não podem ser impostos pelo mediador, razão que retira dela uma das características da jurisdição, a *imperatividade* (v. n. 3.2 do Capítulo 1 da Parte III).

Mais recentemente, outro Projeto voltado a disciplinar a mediação *extrajudicial* passou a tramitar no Senado Federal (PLS n. 405/2013). A tendência é que a mediação *judicial* passe a ser disciplinada pelo Projeto de novo Código de Processo Civil.

Seu interesse para o estudo do direito processual civil, no entanto, é inescondível, na medida em que ela também realiza uma das finalidades desempenhadas pela própria função jurisdicional, que é a da pacificação. Seu exame, contudo, depende da forma pela qual ela será adotada, ou não, pelo direito positivo brasileiro, razão pela qual, por ora, faz-se suficiente sua apresentação no contexto presente.

Com relação ao ponto, chama a atenção a Resolução n. 125/2010 do CNJ, iniciativa digna de aplausos, que "dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências", voltada a criar, no âmbito do Poder Judiciário, "ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da

conciliação e da mediação" (art. 4º). Para tanto, como se lê do parágrafo único de seu art. 1º: "Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão".

3.3. **Conciliação**

A conciliação também é um meio alternativo de solução de conflitos porque ela representa, em última análise, a vontade dos próprios envolvidos no litígio para sua solução. O Código Civil, em seu art. 840, é bastante didático ao se referir à figura como transação. De acordo com o dispositivo, "é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas".

A conciliação pode ser realizada *extrajudicialmente*, isto é, fora do plano do processo e sem a participação do magistrado, hipótese em que o acordo poderá ser homologado judicialmente, assumindo, com esta chancela do Estado-juiz, *status* de "título executivo *judicial*", isto é, para todos os fins, ele faz as vezes de uma sentença proferida pelo próprio Estado-juiz. É o que a Lei n. 11.232/2005 veio a admitir no inciso V do art. 475-N do Código de Processo Civil.

Mesmo sem a "homologação" para os fins do precitado dispositivo de lei, o Código de Processo Civil reconhece que, preenchidas determinadas exigências, um acordo extrajudicial pode também ser equiparado a uma decisão jurisdicional. São os casos de "títulos executivos *extrajudiciais*" referidos no art. 585, sendo de destaque, para os fins aqui colimados, os previstos no inciso II daquele dispositivo. O tema desenvolvido pelo n. 5.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3.

A conciliação também poderá ser *judicial* quando a ela se chega em meio a um litígio já existente e devidamente instaurado perante o Estado-juiz. O próprio Código de Processo Civil tem regra específica sobre o assunto, dando destaque à função *conciliadora* do magistrado em seu art. 125, IV. Nestes casos, o acordo a que chegaram as partes (com ou sem a participação do juiz) faz as vezes da decisão judicial e tem os mesmos *efeitos* que ela teria, se proferida como ato decorrente do exercício da função jurisdicional (arts. 269, III, e 475-N, III).

De forma um pouco menos ampla mas com a mesma finalidade, o Código de Processo Civil prevê que, no início das audiências que existem em alguns procedimentos, o magistrado, antes de dar início à prática de quaisquer outros atos processuais, conclama as partes à conciliação, buscando a autocomposição que caracteriza o instituto. É o que dispõem os arts. 277, § 1º, 331, § 1º, e 448.

O art. 58 da Lei n. 9.099/1995, que rege os Juizados Especiais Cíveis, traz interessante regra relativa ao tema aqui discutido porque permite que as normas de organização judiciária local, isto é, de cada Estado, regulem hipóteses de conciliação conduzidas pelo próprio juiz, por "juiz leigo" ou por "conciliador", com vistas ao proferimento de decisões, estas sempre pelo magistrado, exercente

da função jurisdicional, nos moldes dos precitados arts. 269, III, e 475-N, III, do Código de Processo Civil.

No Estado de São Paulo, ilustrativa a menção, o Conselho Superior da Magistratura editou o Provimento n. 783/2002, que criou o "Plano Piloto de Conciliação em segundo grau de jurisdição", a ser conduzido, como conciliadores honorários, sem remuneração, por "magistrados, membros do Ministério Público e Procuradores do Estado aposentados, professores universitários e advogados, com larga experiência reconhecida e capacidade ilibada" (art. 2º). A iniciativa, digna de aplauso, vai ao encontro dos anseios das vias alternativas de resolução de conflitos aqui discutidas, forte no anseio de *pacificação social*. Também aqui a lembrança da Resolução n. 125/2010 do CNJ faz-se necessária (v. n. 3.2, *supra*).

3.4. **Juizados Especiais**

Os chamados Juizados Especiais Cíveis, regulados pelas Leis ns. 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009, nos âmbitos dos Estados e da União Federal, são também, de acordo com a doutrina tradicional, formas alternativas de solução de conflitos, o que justifica sua menção nesta sede. A afirmação merece uma ressalva. A "especialidade" destes Juizados não retira deles o que é marca característica da função jurisdicional: a atuação do Estado-juiz para a solução de conflitos e, não realizado nenhum acordo ou, mais amplamente, nenhum ato de autocomposição, a *imposição* da tutela jurisdicional.

O que existe, no âmbito dos Juizados Especiais, bem diferentemente, é a criação de um *procedimento* extremamente mais simplificado que aqueles conhecidos pelo Código de Processo Civil (e mesmo pelas leis extravagantes do processo civil), que se caracteriza pelo que o art. 2º da Lei n. 9.099/1995 chama de "oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação" e que tem aplicação também para os "juizados federais", de acordo com o art. 1º da Lei n. 10.259/2001 e também para os chamados "Juizados Especiais da Fazenda Pública" (art. 27 da Lei n. 12.153/2009). Um procedimento simplificado, convém ressaltar, no que diz respeito ao *reconhecimento* judicial do direito, arts. 14 a 50 da Lei n. 9.099/1995 ("*atividade* jurisdicional *cognitiva*") e à sua *realização* prática, arts. 52 e 53 da Lei n. 9.099/1995 ("prestação da *tutela* jurisdicional *executiva*"), conceitos que serão mais bem abordados no n. 8.5 do Capítulo 1 da Parte III.

O assunto, destarte, deve ser tratado ao lado dos demais *procedimentos* disciplinados pelo Código de Processo Civil e pela legislação processual civil extravagante. Este *Curso* volta-se a seu estudo na Parte III do tomo II do vol. 2.

4. ESPECIFICAMENTE AS CHAMADAS JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Desde o início, no n. 1, foi evidenciada clássica dicotomia da doutrina do direito processual civil, que distingue a "jurisdição *contenciosa*" da "jurisdição *voluntária*".

A distinção tem assento expresso no Código de Processo Civil, como se lê do seu art. 1º: "A jurisdição civil, *contenciosa e voluntária*, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece".

O Livro IV daquele Código, ademais, refere-se, em seus dois Títulos, expressamente aos "procedimentos especiais de jurisdição *contenciosa*" (arts. 890 a 1.102-C) e aos "procedimentos especiais de jurisdição *voluntária*" (arts. 1.103 a 1.210).

Rigorosamente, a chamada "jurisdição voluntária" só pode ser entendida como exercício de função jurisdicional em um sentido mais amplo do conceito "jurisdição". É certo que não há como negar das situações previstas no Título II do Livro IV do Código de Processo Civil a "substitutividade" nem a "inafastabilidade ou inevitabilidade" que bem caracterizam o exercício da função jurisdicional (v. ns. 3.1 e 3.4 do Capítulo 1 da Parte III, respectivamente) e, consequentemente, identificam o estudo do direito processual civil, mas o fato é que a "jurisdição *voluntária*" não se dirige à resolução de conflitos entre os envolvidos. Isto, por si só, se se pretendesse ser rigoroso com a distinção entre o que é e o que não é objeto do direito processual civil, seria mais que suficiente para afastar de seu campo quaisquer reflexões sobre a "jurisdição voluntária".

É que, vale enfatizar, a "jurisdição voluntária" caracteriza-se, não obstante ser prestada pelo Estado-juiz, pela ausência de conflitos entre os envolvidos na situação de direito material. Tanto que é costume não se referir, em se tratando de jurisdição voluntária, a "partes" mas a "interessados"; evita-se, a todo custo, falar em "lide" no sentido de "conflito" falando-se em "controvérsia", e assim por diante. O Código de Processo Civil autoriza, até mesmo, que a decisão do magistrado nos casos de "jurisdição voluntária" não observe "... critério de legalidade estrita, podendo adotar, em cada caso, a solução que reputar mais conveniente ou oportuna" (art. 1.109), o que sempre levou os mais variados autores a ver nesta forma de "tutela jurisdicional" caracteres bem diversos da "tutela jurisdicional *contenciosa*". Mesmo a "coisa julgada", que é a qualidade de imutabilidade que possuem certas decisões jurisdicionais, quando proferidas para a solução de conflitos, é tradicionalmente recusada em se tratando de "jurisdição *voluntária*".

Ir além com a discussão, contudo, é medida estranha aos objetivos perseguidos por este *Curso*. Embora haja – e isto é irrecusável – peculiaridades nos chamados "procedimentos especiais de jurisdição voluntária", que os apartam suficientemente dos procedimentos de "jurisdição não voluntária", mesmo que se pudesse questionar a razão pela qual, diante da ausência de conflito entre os envolvidos ou, até mesmo, da ausência de direitos indisponíveis, confiar ao Poder Judiciário a administração de determinados interesses privados, por mais relevantes que eles sejam, o que não pode ser negado, à falta de qualquer violação ao "modelo constitucional do processo civil" (v., em especial, o

Capítulo 1 da Parte II), é que os casos de "jurisdição voluntária" são opções políticas feitas pelo legislador brasileiro que impõem, em determinados casos, a *necessária* atuação do Estado-juiz. O que releva destacar, portanto, é que algumas situações de direito privado precisam necessariamente passar pelo crivo do Judiciário para que surtam seus regulares efeitos na esfera jurídica, quer perante os envolvidos ("interessados"), quer perante terceiros.

E como toda atuação do Estado, qualquer que seja ela, impõe a realização de um *processo* (v., em especial, n. 1 do Capítulo 3 da Parte III), o Código de Processo Civil encarregou-se de, à luz de determinadas situações de direito material, estabelecer as diretrizes deste *processo* no qual o Estado-juiz (o Poder Judiciário) administrará interesses privados das pessoas. Consoante as características de cada situação de direito material (bastante heterogêneas, aliás), o legislador houve por bem, inclusive, criar regras distintas de *procedimento*, de forma a dar maior aderência entre os meios a serem utilizados pelo magistrado para atingimento dos fins da lei, iniciativa digna de destaque.

É o que se dá, por exemplo, com as alienações judiciais, com a separação consensual, com a abertura de testamentos e codicilos, com a herança jacente, com a administração dos bens do ausente, com as coisas vagas, com a curatela e a tutela, com a organização e fiscalização das fundações e com a especialização da hipoteca legal. Rigorosamente, todos estes "procedimentos" (e a lei se refere a eles, corretamente, como *procedimentos*) poderiam se desenvolver perante outras autoridades do Estado – já que, isto não há como negar, há interesses relevantes envolvidos em cada uma destas situações no plano material –, que teriam condições de assegurar as mesmas condições de bem decidir que o Magistrado.

Importante, a este respeito, fazer alusão à Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que retirou do Poder Judiciário determinados casos de "jurisdição voluntária", passando a admitir a abertura de testamentos perante o tabelião se todos os herdeiros forem capazes e concordes com a iniciativa (nova redação do art. 982 do Código de Processo Civil), e que a separação e o divórcio consensuais possam ser realizados *extrajudicialmente*, caso os interessados assim entendam mais conveniente (neste sentido, o art. 2º da Resolução n. 35/2007 do CNJ), quando não houver filhos menores ou incapazes, observando-se os requisitos de um novo art. 1.124-A inserido no mesmo Código de Processo Civil. Em ambos os casos, a presença do advogado é indispensável (art. 982, parágrafo único, e art. 1.124-A, § 2º). Há, ainda pendente de aprovação pelo Senado Federal, um Projeto de lei da Câmara dos Deputados, n. 6.672/2006, que, no mesmo diapasão, dá nova redação ao art. 1.526 do Código Civil para submeter ao Judiciário a habilitação para casamento somente nos casos em que houver alguma impugnação. Caso contrário, será suficiente a atuação do oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público.

Para todos os casos não atingidos pela Lei n. 11.441/2007 e enquanto não aprovado o Projeto de lei n. 6.672/2006, contudo, não há como desconsiderar a nítida e expressa opção *política* vigente no direito processual civil brasileiro com relação ao assunto e, por isto, forte nas considerações feitas acima, não há como

negar que a chamada "jurisdição voluntária" seja também manifestação do exercício da função jurisdicional entre nós. Função jurisdicional *sui generis*, diferenciada, pode até ser dito, mas, mesmo assim, função jurisdicional que, como tal, é exercitada mediante *processo*. Ela, a "jurisdição voluntária", portanto, pertence ao campo das preocupações do processualista civil, faz parte do objeto do direito processual civil e, como tal, toda a sua dogmática deve ser construída também a partir do "modelo constitucional do direito processual civil". O assunto será retomado, uma vez mais, no n. 4.1 do Capítulo 1 da Parte III, a propósito de uma mais profunda compreensão do que deve ser entendido por "jurisdição", reservando-se a Parte II do tomo II do vol. 2 ao exame dos *procedimentos* de jurisdição voluntária regulados pelo Título II do Livro IV do Código de Processo Civil.

5. NOTÍCIA HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL POSITIVADO NO BRASIL

Fixado suficientemente – e sem prejuízo, evidentemente, de todos os desdobramentos que, no seu momento oportuno, aparecerão neste *Curso* – o "objeto" do direito processual civil, isto é, o que deve ser estudado pelo processualista civil, o que deve ser preocupação do processualista civil, portanto, é oportuno, justamente porque este *Curso* quer ser o mais didático possível, dar notícia suficiente da evolução do processo civil no direito brasileiro desde a época do Brasil-colônia até os dias atuais. A proposta quer permitir ao leitor que visualize desde logo um quadro suficientemente claro do passado e do presente do processo civil "legislado" no ordenamento jurídico brasileiro, chave para compreender melhor não só o que hoje "é" o direito processual civil mas, muito mais do que isto – porque a linguagem do direito é, por definição, prescritiva –, como ele "deve-ser" hoje e amanhã. É este o objetivo deste e do número seguinte.

No período anterior à independência brasileira, vigiam no Brasil as leis portuguesas de processo civil, contidas nas Ordenações Afonsinas de 1456, Manuelinas de 1521 e Filipinas de 1603.

Com a independência, foi mantida, até que leis brasileiras viessem a se ocupar do assunto, a vigência das Ordenações Filipinas (Decreto de 20 de outubro de 1823 da Assembleia Geral Constituinte). A primeira legislação brasileira sobre o direito processual civil, de acordo com a lição de Moacir Lobo da Costa (*Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*, p. 5), consta da Lei de 29 de novembro de 1832, o Código do Processo Criminal, cuja "Disposição provisória acerca da administração da justiça civil", um verdadeiro anexo, tem 27 artigos. Em 1850 foi editado o Regulamento n. 737, que era o que pode ser chamado, com nomenclatura de hoje, de "Código de Processo Comercial", que se voltava basicamente a regular a atuação judicial nos conflitos derivados da aplicação do Código Comercial, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850, que acabara de ser promulgado, disciplinando o seu art. 27. Para os conflitos de

natureza civil, isto é, não comercial, foram mantidas as leis portuguesas, com as modificações implementadas pela Disposição Provisória do Código do Processo Criminal de 1832 e pela série de leis que foram editadas, desde então, tratando de temas específicos, que ensejaram a elaboração de uma verdadeira compilação das leis processuais *civis*, iniciada, por força do disposto no art. 29, § 14, da Lei n. 2.033, de 1871, pelo Conselheiro Antonio Joaquim Ribas. É a chamada "Consolidação Ribas", que , por força de Resolução Imperial de 28 de dezembro de 1876, acabou se tornando obrigatória.

Com a proclamação da República, foi editado o Decreto n. 763/1890 que estendeu a disciplina do Regulamento n. 737/1850 aos conflitos de natureza civil. Em 1898, com o Decreto n. 3.084, de 5 de novembro, foi aprovada a "Consolidação das leis referentes à Justiça Federal", que levou em conta as disposições do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, e da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894. Estabeleceu-se e consolidou-se, assim, uma "Justiça Federal" (v. n. 5 do Capítulo 3 da Parte II) e um processo próprio para as causas de interesse da União Federal.

A Constituição Republicana, de 1891, nos seus arts. 62 e 65, distinguiu de vez a "justiça federal" da "justiça estadual" – o que prevalece até os dias atuais (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte II) – e a possibilidade de os Estados-membros legislarem sobre o direito processual civil a reger a atuação dos seus próprios organismos jurisdicionais (arts. 34, n. 23, e 65, n. 2). O já mencionado Decreto n. 3.084/1898 não tinha aplicação aos Estados, só à União Federal. Enquanto os Estados não editaram seus próprios Códigos, prevaleceram, para reger suas próprias justiças, o Regulamento n. 737/1850. Gradativamente, alguns Estados brasileiros editaram seus próprios Códigos de Processo Civil, alguns chamados de "Código de Processo Civil *e Comercial*". O primeiro deles foi o Estado do Pará (1905), vindo, depois, os do Rio Grande do Sul (1909), Maranhão (1908), Bahia (1915), Espírito Santo (1915 e 1930), Minas Gerais (1916), Rio de Janeiro (1919), Paraná (1920), Piauí (1920), Sergipe (1920), Ceará (1921), Rio Grande do Norte (1922), Pernambuco (1924), antigo Distrito Federal (1924), Santa Catarina (1928), São Paulo (1930) e Paraíba (1930). Não consta que os Estados do Amazonas, Alagoas, Goiás e Mato Grosso tenham editado seus próprios Códigos de Processo Civil, embora tivessem leis próprias de organização judiciária.

Com a Constituição Federal de 1934, foi restabelecida a unidade legislativa do direito processual nas mãos da União Federal (art. 5º, XIX, *a*), isto é, a nova ordem constitucional então estabelecida impediu que os Estados-membros legislassem sobre a matéria, reconhecendo à União, com exclusividade, competência legislativa. Em continuação, o art. 11 do Ato de suas Disposições Constitucionais Transitórias estabelecia que, com a promulgação daquela Carta, o governo nomearia comissão de três juristas (dois ministros do Supremo Tribunal Federal, então denominado "Corte Suprema", *ex vi* dos arts. 63, *a*, e 73, da Constituição de 1934, e um advogado) com o objetivo de elaborarem um novo Código de Processo Civil e Comercial nacional. O § 2º desse mesmo dispositivo transitório assegurava que, enquanto não elaborada a nova lei processual civil, os códigos estaduais permaneceriam com plena vigência.

A concretização legislativa do novo Código de Processo Civil nacional só foi possível sob a égide da Constituição de 1937, que, em seu art. 16, XVI, manteve a unidade processual nas mãos da União Federal. Seu texto teve origem em projeto apresentado por Pedro Batista Martins, revisado pessoalmente a partir de diversas emendas e sugestões enviadas de sua publicação pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, com o auxílio de Guilherme Estellita. Foi, a final, aprovado pelo Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, entrando em vigor a partir do dia 1º de fevereiro de 1940. Pertinente o destaque que toda a legislação daquele período – conhecido como o "Estado Novo" de Getúlio Vargas – acabou se concentrando nas mãos do Presidente da República, o que justificou, de 1937 a 1945, o largo uso de um veículo normativo *sui generis*, o Decreto-lei que, de acordo com o art. 13 da Constituição de 1937, poderia ser usado pelo Presidente da República nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, caso o exigissem as "necessidades do Estado". Trata-se, pois, de veículo normativo bem diferente do mecanismo homônimo da Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional n. 1/1969 (art. 58) e, mais recentemente, das Medidas Provisórias editadas pelo Presidente da República de acordo com os pressupostos do art. 62 da Constituição Federal de 1988, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 32/2001.

A grande crítica que, historicamente, foi feita ao Código de Processo Civil de 1939 é que ele não espelhou adequadamente o grau científico que o processo civil na Europa já havia alcançado e que ele, embora bem elaborado, era teórico demais, o que acarretava extrema complexidade na sua aplicação prática.

Como, para o presente momento, qualquer consideração às opções ideológicas, metodológicas e técnicas feitas pelo Código de 1939 é descabida – há espaço para isto ao longo do desenvolvimento deste *Curso* quando chegar a hora de analisar cada um dos institutos disciplinados naquele diploma legislativo e a razão pela qual eles foram mantidos ou disciplinados diferentemente no processo civil brasileiro mais recente –, o que cabe destacar é que, em meados dos anos sessenta do século passado, teve início um movimento de reforma do Código de Processo Civil, o que acabou, nas mãos de Alfredo Buzaid, levando ao "Código de Processo Civil de 1973" (Lei n. 5.869). É este o "Código" que, até hoje, regula o processo civil no direito brasileiro. Sem prejuízo das considerações apresentadas ao longo desta Parte I – inclusive quanto ao emprego do nome "Código" para descrever o repositório básico de leis processuais civis – é importante destacar que o "Código de 1973", tal qual concebido por seu idealizador, jamais foi convertido em lei, fosse em função dos debates políticos do Congresso de então, que modificaram sensíveis partes do Anteprojeto original, ou pelas diversas leis que o alteraram inclusive durante a sua *vacatio legis*, isto é, durante o período em que o Código, posto estar publicado, não tinha, ainda, vigência.

De qualquer sorte, o grande mérito do "Código de 1973" – e, por ora, não há interesse em verificar em que medida a Lei n. 5.869/1973 distanciou-se, ou não, do Anteprojeto original – é que ele apresentou um elevado grau de sistematização da matéria, com amplo domínio de toda a "ciência" do direito

processual civil produzida até então. Definitivamente, uma consulta que se faça do "Código", mesmo com as inúmeras alterações que, desde então, sofreu, permite que se tenha uma compreensão bem segura e aderente à ideologia científica então predominante sobre a compreensão do direito processual civil. De resto, a leitura de sua "Exposição de Motivos" é indispensável porque ela permite a contextualização suficiente das *escolhas* feitas à época sobre o "modelo" de processo civil que se entendeu melhor para o país.

Vale, para demonstrar o acerto desta afirmação e para viabilizar que o leitor compartilhe desta visão ampla do "processo civil codificado", fazer uma breve incursão no Código de Processo Civil, expondo, da maneira mais didática possível, o conteúdo de cada uma das "partes" que compõem o Código de Processo Civil de 1973.

Esta iniciativa tem não só o condão de facilitar a compreensão do Código de Processo Civil como um todo mas, muito mais do que isto, rente às preocupações desenvolvidas ao longo do volume 1 deste *Curso*, demonstrar de que maneira a compreensão do direito processual civil como um todo não repousa unicamente no "Código", até porque, vale a ênfase, muito de sua ordenação e unidade originais perdeu-se com as inúmeras modificações que ele sofreu desde a época em que ainda não havia entrado em vigor e, mais intensamente, a partir do início da década de 1990.

Para facilitar a exposição, o próximo número é todo dedicado a traçar este verdadeiro "guia" para uma análise global, mas nem por isto desnecessária, do Código de Processo Civil.

6. UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil é dividido em cinco grandes partes, denominadas "Livros". Os quatro primeiros "Livros" disciplinam, de maneira ampla, um tipo de "processo" ou "procedimento", nomenclatura tradicional da nossa doutrina (mais ainda à época em que o Código foi concebido e promulgado), para descrever as específicas formas de exercício e prestação da tutela jurisdicional. Sobre a exposição do assunto, volta-se a Parte III, em especial seus Capítulos 2 e 3. O quinto Livro contém regras genéricas de direito transitório desnecessárias maiores considerações sobre ele neste momento. O assunto, contudo, é tratado no n. 4.3.2 do Capítulo 3 da Parte III.

Os quatro primeiros "Livros" são divididos em "Títulos", voltados a apresentar a disciplina genérica das diversas partes ideais que compõem cada um dos "processos" e dos "procedimentos" admitidos pelo Código. Os "Títulos", por sua vez, são divididos em capítulos e estes em seções e em subseções, de forma a tratar sempre dos assuntos e temas mais gerais para os mais especiais, tendo em conta a divisão ampla de cada um dos "Títulos" e de cada um dos "Livros".

Esquematicamente, é esta a divisão do Código de Processo Civil: Livro – Título – Capítulo – Seção – Subseção, observando-se, sempre, a especialização da

matéria tratada.

O "Livro I" do Código de Processo Civil volta-se à disciplina do "processo de conhecimento". De acordo com a doutrina tradicional – v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte III –, o processo de conhecimento deve ser entendido como a descrição da atuação do juiz voltada a descobrir qual é a ameaça ou a violação de direito apresentado para solução ao Poder Judiciário. O "conhecer" aí indicado deve ser entendido como afirmar existente um direito que, de início, é meramente afirmado perante o Estado-juiz. Aquele que provoca o exercício da jurisdição – porque lhe é vedado fazer valer, de mão própria, os seus "direitos" (v. n. 1, *supra*) – *afirma* ter um direito em relação a outra pessoa. O que o Estado-juiz fará, nestes casos, é verificar se aquele direito existe ou não e quem deve ser protegido por ele.

Os seis primeiros dos dez "Títulos" que compõem este "Livro I" apresentam as bases de uma verdadeira "teoria geral do processo no plano infraconstitucional". Aí estão disciplinados os temas relativos à jurisdição e à ação; às partes e seus procuradores; ao Ministério Público; aos órgãos judiciários; aos auxiliares da Justiça; aos atos processuais e à formação, suspensão e extinção do processo. A partir do Título VII, está exposta a descrição pormenorizada das diversas fases ideais que o "processo de conhecimento", independentemente da "forma" por ele adotada, isto é, se "*procedimento* ordinário" ou "*procedimento* sumário" (as aspas justificam-se pelo que está escrito no n. 2 do Capítulo 3 da Parte III), passará pela provocação do Estado-juiz pelo autor (petição inicial – Capítulo I do Título VIII), pelas respostas que o réu pode oferecer (Capítulo II do Título VIII), pela produção de provas quando necessárias (Capítulo IV), chegando ao proferimento da sentença (Capítulo VIII do Título VIII).

O "Livro I" ocupa-se também – e esta é uma novidade substancial trazida muito recentemente ao Código de Processo Civil pela Lei n. 11.232/2005 – de regular as condições de *realização prática* do que for "conhecido" como direito pelo magistrado, isto é, de seu *cumprimento* (Capítulos IX e X do Título VIII). Por fim, e em consonância com a exposição original do Código de Processo Civil, os últimos dois Títulos do Livro I voltam-se a disciplinar a atuação dos Tribunais e as condições de reexame da sentença e de todas as outras decisões proferidas ao longo do "processo" (Títulos IX e X).

O "Livro II" do Código de Processo Civil trata do "processo de execução". A doutrina tradicional ensina que este tipo de "processo" é aquele no qual a atuação do Estado-juiz volta-se a tornar concretas as decisões judiciais ("títulos executivos judiciais", o rol respectivo consta do art. 475-N) e, de maneira ampla, quaisquer outros documentos ou similares que, pela vontade do legislador, atestem (no mesmo sentido do "conhecer" de um direito, tratado anteriormente) um direito violado ou ameaçado ("títulos executivos extrajudiciais", o rol é o do art. 585). O "Título I" deste "Livro II" traça as linhas básicas de uma "teoria geral da execução" no plano infraconstitucional. O "Título II" disciplina as diversas espécies de execução, que variarão consoante o tipo de obrigação originária do direito material (fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar dinheiro) e, até mesmo, a origem do crédito reclamado em juízo

(execução de obrigação alimentar e contra a Fazenda Pública). Às normas aí constantes devem ser acrescentadas as dos "Títulos V e VI". O "Título III" ocupa-se da forma de exercício de defesa do devedor (do "executado", em linguagem processual). O "Título IV" volta-se à disciplina da "execução contra devedor insolvente", isto é, aquelas situações em que o patrimônio do devedor não comerciante for menor que o valor de suas dívidas (fosse ele comerciante, o caso seria de *falência*, objeto de disciplina da Lei n. 11.101/2005).

O "Livro III" do Código de Processo Civil dedica-se ao "processo cautelar" que, tradicionalmente, é entendido como o processo no qual a atuação do Estado-juiz volta-se a criar condições de salvaguarda, de asseguramento, de *imunização* a situações de ameaça para que os resultados obteníveis nos "processos de conhecimento e de execução" tenham utilidade no plano dos fatos, isto é, *fora* do plano processual. Em "Título único", o "processo cautelar" é dividido em dois Capítulos: o primeiro, voltado às "disposições gerais", disciplina a que a doutrina usualmente chama "poder geral de cautela" ou "cautelares inominadas ou atípicas". O "Capítulo II" do Livro III apresenta, em suas quinze seções, as diversas espécies de "cautelares nominadas ou típicas".

O "Livro IV" do Código de Processo Civil, de seu turno, ocupa-se, em dois "Títulos", dos "procedimentos especiais". "Procedimentos especiais" no contexto tradicional do Código de Processo Civil quer significar as diferentes formas de atuação do Estado-juiz para *conhecer* a existência de direitos e criar condições de sua *realização* prática. O "Título I" ocupa-se dos "procedimentos especiais de jurisdição contenciosa", e nos quinze capítulos que o compõem apresenta quatorze "ações" (o Capítulo XIV foi expressamente revogado pela Lei n. 9.307/1996), cada uma voltada a perseguir um específico conflito de interesses diferente no plano do direito material (v. Parte I do vol. 2, tomo II). O "Título II" é dedicado aos "procedimentos especiais de jurisdição voluntária", assim entendidos os dezesseis "procedimentos" lá descritos que, em última análise, representam uma especial forma de o Estado-juiz administrar interesses privados (v. Parte II do vol. 2, tomo II).

Se, isto já está escrito acima – e, a seu tempo, será objeto de reflexões mais demoradas (v. n. 2.7 do Capítulo 2, *infra*) –, o Código de Processo Civil de 1973 passou, desde sua promulgação, por substanciais alterações, que afetam, inclusive, o modo de compreender a noção contida nos "Livros" que o compõem, não é menos verdade que, desde então, o pensamento científico do direito processual civil, inclusive o brasileiro, transformou-se substancialmente também.

Esta alteração do "modo de pensar o processo civil" é justificada pelo menos por duas razões.

A primeira é de cunho doutrinário. Desde o final da década de 1960 – durante a elaboração do anteprojeto de lei que resultou no Código de 1973 –, difundiu-se o estudo do direito processual civil no Brasil, o que, até então – na profusão em que isto se deu – era inédito. Das lições dos poucos mestres de processo civil que tínhamos, multiplicaram-se, desde então, os estudiosos do tema e que resultaram em uma geração vencedora, em todos os sentidos, na exposição

e na sistematização da matéria. O próprio Código de Processo Civil, concebido por um dos grandes processualistas da época, Alfredo Buzaid, permitiu, diferentemente do que se dava com o Código de 1939, esta condição. É ler o que se produziu, em termos de direito processual civil, ao longo da década de 1970 para constatar o acerto desta afirmação.

A segunda razão deriva da mutação do próprio ordenamento jurídico brasileiro. Não, especificamente, por força de alterações *legislativas* mas, muito mais do que isto, pelas alterações de ordem Constitucional que a nova Carta de 1988 trouxe para o país. A Constituição de 1988, com efeito, é um marco substancial no direito brasileiro em todos os sentidos. Não só pelo que ela representa do ponto de vista político – a redemocratização do país – mas também pelo que ela, ampliando e inovando com relação às Constituições brasileiras anteriores, disciplina sobre o processo em geral e, no que interessa para este *Curso*, para o processo *civil*.

A estas inovações trazidas pela Constituição brasileira seguiu-se também uma nova forma de se pensar o direito processual civil em geral que, antes dela, era defendida apenas por alguns dos nossos melhores processualistas. A *necessidade metodológica* de o estudo do direito processual civil ter início na Constituição e na compreensão de que o direito processual civil, ramo do direito público, volta-se a disciplinar uma *função estatal* e, por isto mesmo, deve ser necessariamente *afinado* ao modelo político de Estado vigente em cada ordenamento jurídico, assume, com a Constituição de 1988, foros inéditos. Estas demonstrações e as consequências de sua aplicação para o estudo do direito processual civil ocupam toda a Parte II.

7. AS SUBDIVISÕES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O direito processual civil conquistou desde meados do século XIX (v. n. 1 do Capítulo 2, *infra*) "independência científica", independência "acadêmica" suficiente para ser tratado como "ramo" autônomo, não subordinado a nenhum outro, do direito. O direito processual civil não é apêndice, não é adjetivo do direito material que, nesta perspectiva, seria o direito "substantivo". Embora sua finalidade seja o de realizar o direito material concretamente nos casos em que haja algum conflito carente de solução, o processo não se confunde com o direito a ser aplicado, mesmo que coativamente, isto é, independentemente da vontade ou colaboração de quem impediu a realização do direito de outrem. O processo é meio de realização concreta do direito material pela atuação jurisdicional.

Mesmo fixada esta premissa, absolutamente tranquila em doutrina, não há razão para deixar de indicar que, na evolução dos estudos do direito processual civil e na evolução da própria legislação processual civil, passou a haver espaço para se questionar se não era chegada a hora de *especializar* um pouco mais o estudo do direito processual civil e, por isto mesmo, identificar no ambiente processual "subdivisões" mais específicas ou "ramos" que, sem perderem as características do direito processual civil como um todo, apresentam, entre si,

peculiaridades suficientes para serem agrupados à parte. É como se dissesse que pelo inchaço natural do *objeto* do direito processual civil, seus estudiosos passaram a pretender ver, naquele todo, determinadas partes mais cuidadosamente. A iniciativa é digna de destaque e extremamente útil para viabilizar o estudo o mais aprofundado possível da matéria.

Não se trata, bem dito, de discernir o direito processual civil do direito processual penal e do processo civil trabalhista. Neste caso, embora se possa, até certo ponto, constatar a existência de uma teoria geral do "processo jurisdicional" (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte III) – que, em largas linhas, é a que ocupa todo o primeiro volume deste *Curso* –, a distinção entre cada um dos "processos" é facilmente constatável. Não só pelo direito material a ser aplicado em cada um – o processo penal volta-se à aplicação das leis penais; o processo trabalhista, às leis trabalhistas; o processo civil, à aplicação de qualquer outro conflito não penal e não trabalhista – mas, também, porque cada um daqueles "processos" é regido por um corpo de normas próprias (mormente em sede infraconstitucional, como fazem prova o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal e a Consolidação das Leis do Trabalho, respectivamente), embora haja, no caso do processo trabalhista, declarada subsidiariedade do CPC (art. 769 da CLT), o que, para o processo penal, não é tão claro (art. 3º do CPP).

O objetivo a demonstrar é que a especialização de determinadas normas de processo *civil*, pouco importando se codificadas ou não, acabaram por convidar parcelas da doutrina a agrupá-las à parte das demais. Para tanto, fala-se em um "direito processual coletivo", em um "direito processual público", em um "direito processual constitucional", em um "direito processual tributário", em um "direito processual do consumidor", em um "direito processual societário" e, até mesmo, com a atenção voltada ao mundo globalizado de hoje, em um "direito processual transnacional".

Todas estas categorias são parcelas do estudo do direito processual civil, são verdadeiras subdivisões do todo, que permitem uma melhor compreensão de suas partes integrantes. O estudo do direito processual civil não se limita ao que está no *Código de Processo Civil*. A vantagem de agrupar determinadas normas em grupos menores de reflexão, e, por isto, "subdivisões" ou "ramos" do direito processual civil, é a de criar condições mais imediatas para a identificação das normas aplicáveis, de sua lógica, de seus princípios. A autonomia que se prega para estas subdivisões do direito processual civil, se não é propriamente científica, é, quando menos, *didática*. É neste sentido e para esta finalidade que elas são indicadas e ilustradas nesta sede.

Até porque, neste Capítulo, a proposta é apenas a de dar notícia da existência destas subdivisões, apresentando, da forma mais didática possível, qual é o objeto de seu estudo. A análise de cada uma delas ocupa outros espaços neste *Curso*.

É interessante destacar, por fim, que estas "especializações" do direito processual civil – estas "subdivisões" do direito processual civil – levam em conta, desde sua concepção, as características mais marcantes e, por isto mesmo, próprias, distintivas, do direito material. É como se a específica

peculiaridade de determinados ramos do próprio direito material justificasse ou impusesse ao processualista civil a identificação das diferentes formas de tutela jurisdicional exigidas pela especialidade característica naquele outro plano. Trata-se, assim, de colocar à prova uma das premissas mais caras, porque mais importantes, do estudo contemporâneo do direito processual civil, que é o da compreensão do direito processual civil como mero instrumento do direito material. Instrumento no sentido de criar condições de realizar, coativamente, se for o caso, as prescrições do direito material, tornando-as efetivas, palpáveis, concretas, sensíveis (v. n. 2.1 do Capítulo 2, *infra*).

Assim, o destaque e a observação de que as regras processuais civis alteram-se ou tendem a se alterar ou, quando menos, podem vir a ser alteradas pelo *conteúdo* dos diferentes conflitos que são levados ao Judiciário para solução são pertinentes menos para demonstrar que o processo civil não se confunde com o direito material nele veiculado (que há um *continente* e um *conteúdo*, portanto) e mais para evidenciar que, contemporaneamente, o direito processual *deve ser* examinado, sistematizado e *revisitado* a partir de uma ótica diversa daquela que obteve, com sucesso, sua desvinculação do direito material. Hoje, o estudo do direito processual civil deve partir *também* de seu conteúdo (o direito material conflituoso) e, a partir daí, é que devem ser pensadas suas formas, seus mecanismos, seus institutos e seus limites.

Quando um direito *material* com características próprias é posto em juízo, portanto, evidencia-se o acerto da premissa da *instrumentalidade do processo* na medida em que estreita a separação entre o direito material e o processual, relativizando, assim, o binômio direito-processo, unindo-os para um fim comum, a apaziguação social. As relações entre continente (o processo) e conteúdo (o direito *material*), pois, representam campo de análise, de pesquisa e de reflexões bastante útil para contrastar a *utilidade* e o grau de *eficácia* do processo, sempre voltado para a *realização* do direito material (v. n. 2.1 do Capítulo 2, *infra*).

7.1. **Direito processual coletivo**

Está escrito no número anterior que não cabe, aqui, problematizar sobre se o chamado "direito processual coletivo" é, ou não, uma "subdivisão" do direito processual civil. O que importa é chamar a atenção para a existência de normas de direito positivo que têm em foco regular um especial "tipo" de conflito de interesses subjetivos, não capturado adequada ou suficientemente pelo Código de Processo Civil.

A diferença reside em que as normas classificadas sob o manto do "direito processual coletivo" voltam-se à pacificação de conflitos diferenciados daqueles que, historicamente, geraram o desenvolvimento do direito processual civil, marcadamente "individualista", reflexo do modelo e padrão da sociedade que surgiu e se desenvolveu ao longo da história do homem. Já não se trata, aqui, de conflitos entre um indivíduo contra o outro ou, no máximo, de um pequeno grupo de indivíduos em face de outro pequeno grupo. Trata-se, bem diferentemente, de se verificar em que medida o Estado-juiz tem condições de lidar com conflitos

que envolvem grupos mais ou menos organizados e, muitas vezes, em que condições é viável imaginar o Estado-juiz pacificando conflitos a partir de interesses ou direitos que nem conseguem ser individualizados ou fruíveis individualmente, que nem conseguem organizar-se minimamente porque não têm, em comum, nenhuma ligação. Como lidar, em última análise, com direitos e interesses que não são sequer subjetiváveis, isto é, passíveis de apreensão por alguém e que, não obstante, existem e são dignos de tutela *jurídica*?

O que, por ora, interessa para os fins do *Curso* é destacar que, em virtude de uma nova realidade do direito material – o reconhecimento de direitos e de interesses que transcendem a existência de um "sujeito" de direito, de um "indivíduo", de uma "pessoa" e que merecem tanto qualquer direito como adequada proteção do Estado-juiz (adequada tutela jurisdicional) –, o direito processual civil passou a se ocupar com os conflitos daí derivados, verificando em que medida as formas tradicionais de tutela *jurisdicional* tinham ou têm condão de dar guarida adequada às prescrições de direito material. E mais: à medida que se verifica a *insuficiência* daquelas formas de tutela jurisdicional, é possível cogitar de novas modalidades de atuação jurisdicional voltadas à mesma finalidade mais ampla: a de tornar efetivas as prescrições de direito material de determinados direitos não individuais e, por isto mesmo, coletivos.

O "direito processual coletivo", desta forma, é uma segura prova de que a doutrina do direito processual civil brasileiro soube apreender e desenvolver adequada e suficientemente as premissas fundadas por Cappelletti quanto à "segunda onda de acesso à Justiça", cuja notícia é dada pelo n. 2.2 do Capítulo 2, *infra*.

Todas as leis que regem o chamado "processo civil coletivo" não pertencem ao "Código de Processo Civil". Nem por isto não possuem um caráter de unidade e de ordem. Neste sentido, não há como negar que elas fazem parte de um "sistema" de processo civil, em que a existência da codificação e de uma específica codificação é absolutamente indiferente. Por isto é que o assunto será tratado, a seu tempo, neste *Curso*.

O referencial normativo seguro do "direito processual coletivo" é o conjunto formado pela interação da Lei n. 7.347/1985, "lei da ação civil pública", e parcela da Lei n. 8.078/1990, o "Código de Proteção e Defesa do Consumidor", criada pelos arts. 21 e 90 de cada um destes diplomas legislativos, respectivamente.

Há, contudo, diversos outros diplomas legislativos que não se voltam, precipuamente, a regular um "processo coletivo", mas que contêm normas destinadas a disciplinar situações coletivas, sempre entendidas como "não individuais" ou "metaindividuais" dos direitos materiais que regulam. É o que se dá, por exemplo, com a Lei n. 8.069/1990, o "Estatuto da Criança e do Adolescente", e com a Lei n. 10.741/2003, o "Estatuto do Idoso". Outros diplomas legislativos, como a Lei n. 10.671/2003, o "Estatuto do Torcedor", limitam-se, de sua parte, a fazer expressa remissão à parte processual coletiva do "Código de Proteção e Defesa do Consumidor", o seu Livro III, para a defesa dos interesses e direitos por ela regulados (art. 40) com idênticos resultados.

Chegou a haver um "pré-Anteprojeto de lei", cuja coordenação dos trabalhos ficou a cargo da Professora Ada Pellegrini Grinover, que institui um "Código de Processo Civil Coletivo". A iniciativa é digna de destaque e, mesmo que tenha sido abandonada na sua tramitação legislativa, tendo sido substituída pelo Projeto de uma nova lei para a "ação civil pública", serviu para enriquecer muito o debate acerca deste "sub-ramo" do direito processual civil. Quiçá tenha sido decisivo para sua emancipação em face do direito processual civil, dada a gradativa especialização de suas normas jurídicas. A mesma Professora, em companhia de Roberto Berizonce e Angel Landoni Sosa, também preparou um "Código-tipo", isto é, um Código para servir como "modelo" ou "referência" de estudo ou, até mesmo, de incorporação pelo direito positivo sobre os processos coletivos para a Iberoamérica. Tais iniciativas demonstram, suficientemente, para os fins presentes da exposição, a importância do tema relativo ao "direito processual coletivo". Seu estudo ocupa a Parte II do tomo III do vol. 2.

7.2. **Direito processual público**

É útil e desejável que o estudo mais aprofundado do direito processual civil leve em conta específicas situações de direito material – individuais ou coletivas, isto importa menos aqui – que digam respeito às relações jurídicas travadas entre os cidadãos e o Estado, assim entendida a Administração Pública nas suas variadas formas de apresentação e atuação.

A iniciativa que, para muitos, pode parecer desnecessária, é relevante e inadiável porque, talvez em função de suas origens, o direito processual civil sempre foi pensado e, a partir daí, tornado objeto da ciência processual, a partir da aplicação do direito civil ou privado como um todo. O que ocorre, contudo, é que pelas características históricas e atuais do direito brasileiro, qualquer litígio que ocorra entre o cidadão e o Estado-administração poderá ser levado para julgamento perante o Poder Judiciário, e as normas que regem a atuação do Estado-juiz nestes casos não são substancialmente diversas daquelas que regem as formas de resolução de controvérsias entre dois particulares. Assim, e por este motivo, é importante estudar um processo (civil) voltado à solução e à aplicação de conflitos de interesses qualificados por pretensões originárias de situações regidas pelo direito público, pelo direito *material público*, aí compreendido o direito constitucional, o direito administrativo, o direito tributário, o direito previdenciário etc. Como *também* no campo destas relações jurídicas é vedado fazer "justiça pelas próprias mãos", isto é, é vedada a autotutela, impõe-se que sua solução seja igualmente levada ao Poder Judiciário, ao Estado-juiz.

Para descrever esta iniciativa, é proposta a expressão "direito processual *público*". O adjetivo "público" quer demonstrar que o corte metodológico repousa justamente nas formas de resolução de conflitos de interesses originários da aplicação do direito *material público* e não "civil" como sinônimo de "privado", como é da tradição das nossas letras jurídicas.

Esta observação poderia parecer desnecessária ou, quando mais, pouco útil na medida em que não há mais dúvidas, nos dias atuais, de que o direito

processual (inclusive o civil) é ramo do *direito público*. Trata-se, em última análise, da parcela do direito que se predispõe a examinar o *modo* de solução dos conflitos por uma das *funções* estatais, a Judiciária (v. n. 1, *supra*). E se assim é, se seu objeto é o *modo* de exercício de *função* pelo *Estado* voltado à busca de uma finalidade pública – a apaziguação social –, está-se diante de uma disciplina *típica* de direito público.

Quando o direito *material público* rende ensejo ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, impõe-se verificar em que medida esta *qualidade* distinta do direito conflituoso – se comparada com o direito privado – tem aptidão para *modificar*, *alterar* ou *influenciar* as soluções milenares do direito processual civil, nascido, desenvolvido e sistematizado a partir do direito *material privado*.

Ademais, como, no Brasil, a jurisdição é una e os conflitos envolvendo a administração pública são necessariamente dirigidos para resolução definitiva perante um mesmo Judiciário, a partir de um mesmo corpo de normas processuais (civis), como expõe o n. 4.4 do Capítulo 1 da Parte III, mister extrair destas regras processuais o máximo em torno da realização concreta daqueles direitos, atendendo, sempre, suas peculiaridades, seu modo de ser e sua função dentro do sistema jurídico; em suma, voltando-se o estudo do processo, invariavelmente, ao cumprimento de seus escopos jurídicos, sociais e políticos e, pois, à sua eficácia. É dizer por outras palavras: também quando é o Poder Público que está em juízo, o princípio do acesso à ordem jurídica justa deve ser observado (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), tudo em conformidade como será demonstrado no Capítulo 1 da Parte II. Exemplo pertinente desta afirmação reside na Súmula 434 do STJ, cujo enunciado é o seguinte: "O pagamento da multa por infração de trânsito não inibe a discussão judicial do débito".

Inadiável, destarte, que o estudo do processo civil respeitante às relações jurídicas regidas pelo direito material público leve em consideração as características e as vicissitudes *deste* direito material.

A *pertinência* desta visão metodológica e, mais de perto, desta última afirmação, repousa, não fosse suficiente o quanto já escrito, pelo menos em duas outras ordens de considerações.

A primeira delas é a ampliação da *interferência* do Estado, em suas diversas órbitas – União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas –, no cotidiano da vida dos particulares. A concepção do Estado liberal, abstencionista por definição, foi irremediavelmente ultrapassada pela do Estado Social Democrático de Direito. A característica mais marcante deste *modelo* de Estado que, não obstante as diversas modificações sofridas na Constituição de 1988, ainda é o que predomina entre nós, é a atuação *intervencionista* do Estado nas mais diversas relações. Não só públicas mas também privadas.

A segunda, que deriva da anterior, diz respeito a um verdadeiro despertar para a cidadania no direito brasileiro com relação ao direito público e à sua finalidade, qual seja, a identificação – compulsória se for o caso – dos *limites* desta crescente atuação do Estado conservando incólumes os espaços de livre

atuação dos particulares, as liberdades públicas (os "direitos" civis, políticos e sociais) historicamente consagradas e constitucionalmente asseguradas.

Assim sendo, na exata proporção em que se tem, num crescente, um maior número de conflitos de interesses regidos primordialmente pelo direito material público, um processo civil voltado, tradicionalmente, à solução dos conflitos regidos pelo direito material privado tende a levar, em um curto espaço de tempo, à ineficiência ou à ineficácia daquele instrumental de resolução de conflitos de interesses. Justamente porque a *qualidade* dos conflitos que são colocados para serem resolvidos pelas *mesmas* regras instrumentais tem-se alterado bastante.

Em suma: na exata medida em que o direito material modifica-se substancialmente – seja no campo do direito público, que é o que interessa mais de perto por ora, seja no próprio direito privado –, as regras de sua aplicação conflituosa – as normas processuais civis – precisam ser revistas, relidas e reinterpretadas para que possam, mesmo diante desta substancial *alteração*, ter alguma valia e eficácia. Para que possam realizar *bem e adequadamente* estes direitos materiais.

Por definição, as normas processuais não podem ficar *aquém* das normas materiais, sob pena de *ineficiência* de todo o sistema jurídico. Daí ser necessário e oportuno que seja feito um *corte* ou, quando menos, uma *precisão* na metodologia do estudo do processo civil, focando-se a *outros* direitos materiais, cuja sistematização, importância e aplicação se tem verificado mais de perto, mais recentemente. É o que se dá, não com exclusividade, mas em alto grau, com o direito material público.

Se a grande conquista do Estado de Direito foi a de *legalizar* a vontade do rei, a grande necessidade do direito processual (mormente em sistemas de jurisdição una como o brasileiro) é a de manter eficaz e efetiva esta *legalização* na atuação do Estado.

A afirmação do parágrafo anterior é, certamente, a mais relevante para este primeiro contato com a matéria: na medida em que o Estado de Direito nada mais é do que a atuação estatal constrangida de acordo com os parâmetros legais, o controle jurisdicional dos atos do Estado é responsável pela própria realização deste modelo político de Estado.

Evidentemente que o "direito processual público" poderia ser estudado, apenas e tão somente, a partir da identificação, no sistema de direito positivo, dentro e fora do Código de Processo Civil, das regras que, de acordo com uma visão mais tradicional, apenas *excepcionam* as regras típicas das ações de direito privado. Assim, os prazos diferenciados (art. 188), o reexame necessário (art. 475), a prévia oitiva do representante judicial da pessoa de direito público antes da concessão da liminar em reintegração de posse (art. 928, parágrafo único) e assim por diante. No entanto, a pertinência deste específico "corte metodológico" repousa muito mais profundamente na identificação de um especial *contexto* de análise das regras que disciplinam a atuação do Estado-administração em juízo, quer como autor, quer como réu, quer, mesmo, como interveniente. Até porque só no correto específico contexto de análise é que determinados temas

usualmente frequentados pela doutrina e pela jurisprudência ensejam todas as possibilidades de debate. Assim, apenas para ilustrar a afirmação, o tema relativo ao controle jurisdicional dos atos administrativos e das políticas públicas e a razão de ser do trato diferenciado da atuação processual da Administração Pública.

Ademais, diversas leis extravagantes do direito processual civil ocupam-se de regrar específicas formas de tutela jurisdicional típicas do que este *Curso* propõe seja chamado de "direito processual público". É o que se dá, por exemplo, com o "mandado de segurança" (Lei n. 12.016/2009), com algumas ressalvas, com o *habeas data* (Lei n. 9.507/1997) e com a chamada "ação de desapropriação" (Decreto-lei n. 3.365/1941). Outras leis, como a que rege a "ação popular" (Lei n. 4.717/1965) e a "ação de (im)probidade administrativa" (Lei n. 8.429/1992), ocupam-se de dar contornos a institutos no campo do direito material (a juridicidade do ato administrativo e a atuação da Administração Pública como um todo) e criar, para garantir sua realização prática, específicas formas de obtenção de sua tutela jurisdicional. A todos estes temas e a outros que lhe são correlatos, este *Curso* dedica o tomo III do vol. 2.

7.2.1. Direito processual tributário

Ao lado do "direito processual público", parcela da doutrina vem sustentando a existência ou, quando menos, a conveniência de se referir a um "direito processual tributário". Esta subdivisão do direito processual civil, voltado a estudar as relações entre o direito processual civil e o direito tributário, justificaria sua especificidade por força das peculiaridades do direito tributário que o extremam dos demais ramos do direito público em geral. Seja pelo seu objeto, bem específico (voltado à análise dos limites que o Estado tem para recolher, aos cofres públicos, dinheiro dos particulares), seja também (senão principalmente) pelo âmbito da atuação *vinculada* do Estado neste campo do direito (art. 142 do Código Tributário Nacional) que bem o categoriza como tal.

Não há espaço, aqui, para negar o acerto das duas considerações colocadas em destaque. Muito menos para negar a conveniência de extremar, justamente em função delas, o direito processual "tributário" do direito processual "público", o que se justifica, vale a ênfase, justamente em face das peculiaridades deste ramo do direito público. Por ora, contudo, é suficiente esta indicação, deixando para o momento oportuno deste *Curso* outras considerações a este respeito, inclusive a análise das propostas feitas pela doutrina em dividir o estudo do direito processual tributário em dois grandes grupos. Um deles, destinado ao exame das providências jurisdicionais que o Estado (o Fisco) pode (e deve) tomar para cobrar tributos não pagos pelos particulares (contribuintes). São as chamadas "ações exacionais". De outro, as providências jurisdicionais de que os particulares podem lançar mão para afastar a cobrança total ou parcial do tributo pelo Estado, antes ou depois de ele, o tributo, estar devidamente *constituído*, isto é, ter existência e eficácia jurídicas. São as chamadas "ações antiexacionais".

7.2.2. Direito processual constitucional

Sem prejuízo da compreensão de que o estudo do direito processual civil só pode ser feito a partir da Constituição Federal, extraindo dela o "modelo constitucional do direito processual civil brasileiro", tema para o qual se dedica com exclusividade a Parte II, é importante destacar que alguns autores valem-se da expressão "direito processual constitucional" para descrever e estudar as normas que regulam a denominada "jurisdição constitucional". Assim, para ilustrar, quando o art. 5º, LXIX, prevê a ação de "mandado de segurança" para tutelar ilegalidades ameaçadas ou já praticadas por autoridades públicas, quando o art. 5º, LXXII, trata do *habeas data* e quando o art. 103 disciplina os legitimados para propositura das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade.

Ao lado deste "direito processual constitucional" é costume encontrar na doutrina também a menção a um "direito constitucional processual" ou "tutela constitucional do processo" para significar a subdivisão do direito processual civil voltado ao estudo do conjunto das normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal. É o caso de normas como a do art. 5º, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual as entidades de classe, quando devidamente representadas, podem atuar em juízo em prol dos interesses de seus associados, norma repetida para o ambiente trabalhista no art. 8º, III, e do art. 5º, XXXV, que assegura o princípio do acesso à justiça.

Dadas as escolhas metodológicas que norteiam o desenvolvimento deste *Curso*, tratar de "direito processual constitucional" ou de "direito constitucional processual" como "subdivisão" do direito processual civil é medida insuficiente para descrever e aplicar a importância da compreensão do fenômeno processual civil como um todo, *dentro* e *a partir* da Constituição Federal. Muito mais do que uma ou de duas "subdivisões" do direito processual civil, portanto, trata-se de um *método* de trabalho que busca colocar a Constituição Federal como elo metodológico indispensável para compreender o processo civil e a sua técnica na atualidade. É esta iniciativa que move a elaboração deste *Curso* e que ocupa toda sua Parte II.

7.3. **Direito processual do consumidor**

Também no campo do direito material privado há tendência, embora bem mais tímida do que no campo do direito material público, para determinadas "especializações" do estudo do direito processual civil. A mais marcante delas diz respeito ao chamado "direito processual do consumidor".

Justifica-se, em especial, este tratamento diferenciado. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990, a par de estabelecer normas bem específicas para a tutela *coletiva*, isto é, não individual ou metaindividual do consumidor em juízo – base do que o n. 7.1, *supra*, chama de "direito processual coletivo" –, traz também uma série de normas próprias e diferenciadas para a tutela do consumidor individualmente considerado em juízo. A mais difundida na doutrina e na jurisprudência é a relativa à possibilidade de

inversão do ônus da prova em prol do consumidor diante da verossimilhança da alegação deste e de sua hipossuficiência (art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990).

De resto, as características marcantes do direito *material* do consumidor, caracterizado por declaradas políticas públicas e viés nitidamente protecionista da parte mais débil da relação jurídica (a exemplo do que caracteriza a tradição do direito do trabalho e diferentemente do que é da tradição do direito civil, com base no Código Civil revogado, de 1916), são dados mais que suficientes para justificar o destaque científico ou, quando menos, didático, do estudo apartado do "direito processual do consumidor". Justamente para que se tenha condições de verificar em que medida este especial ramo do direito privado afeta, ou não, as linhas mestras do direito processual civil.

7.4. **Direito processual societário**

A exemplo das demais "subdivisões" do direito processual civil, o que leva a doutrina a propor a existência de um "direito processual societário", pelo menos para fins didáticos, são as vicissitudes das normas jurídicas que regem o direito societário que, quando transpostas para o plano do processo civil, ensejam questões de difícil resolução, pondo à prova as premissas mais amplas do pensamento contemporâneo do estudo do direito processual civil, em especial, as relativas à "instrumentalidade do processo".

Um exemplo terá o condão de ilustrar suficientemente o que foi escrito, até porque ela é uma das mais tormentosas questões que a doutrina do direito processual civil conhece no que diz respeito ao tema "partes e terceiros": se determinado acionista pretende invalidar a assembleia da sociedade anônima à qual pertence, quem deverá ser citado como réu? Basta a citação da sociedade? É necessária a citação daqueles que, na assembleia, tenham votado em sentido contrário ao voto do sócio que promove a ação? E quem votou no mesmo sentido, pode participar do processo? Se positiva a resposta, a que título? Os sócios da sociedade podem ou devem participar do processo?

Estas e muitas outras questões, dadas as características do direito societário, não são de fácil resposta. Para colocá-las em contexto mais adequado de exame é que se refere, por vezes, ao "direito processual societário".

Ademais, a importância *social*, *política* e *jurídica* das empresas e, mais amplamente, das pessoas jurídicas pode acabar por exigir formas diferenciadas de resolução de conflitos, mais aderentes às complexidades das normas materiais, que decorrem de suas leis, estatutos e contratos para impedir, a todo custo, que um conflito *interno* seu possa acabar por comprometer o atingimento de sua própria finalidade e, consequentemente, da geração de empregos, receita tributada e fruições que ela, empresa, favorece. É esta a razão para qual a Itália, recentemente, acabou por promulgar leis específicas para disciplinar o que pode ser chamado de "processo *societário*". Trata-se, certamente, de exemplo a ser seguido pelos estudiosos do direito processual civil brasileiro.

7.5. **Direito processual transnacional**

Outra subdivisão do direito processual civil que tem gradativamente ganhado destaque nas nossas letras jurídicas é a relativa ao direito processual transnacional. Por "direito processual transnacional" deve ser entendido o conjunto de normas que regem o direito processual civil no âmbito internacional. Seja com relação a conflitos entre Estados diversos – conflitos do comércio internacional, por exemplo –, seja para tratar do conflito entre nacionais de um país e outro Estado ou, até mesmo, para regrar os conflitos entre particulares de diferentes nacionalidades.

A Constituição Federal e o Código de Processo Civil disciplinam determinados aspectos típicos desta realidade supranacional. Assim, para ilustrar, é o Superior Tribunal de Justiça que tem competência para conceder *exequatur* para cartas rogatórias e para homologação de sentenças estrangeiras no território brasileiro. É aquela Corte, mercê da alínea *i* do inciso I do art. 105 da Constituição Federal (introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 que, no particular, alterou mais de 100 anos de tradição do direito brasileiro, que reconhecia esta competência para o Supremo Tribunal Federal), que verificará em que condições os atos de órgãos jurisdicionais estrangeiros reúnem condições mínimas de serem eficazes, isto é, de produzirem seus regulares efeitos em território nacional. Trata-se, em última análise, de manifestação da soberania do Estado brasileiro.

O tema, contudo, vai muito além destas considerações.

No direito europeu da atualidade, por exemplo, dado o alto grau de integração da Comunidade Econômica Europeia, o tema é imperativo ao estudo do direito processual civil. A existência de um Tribunal de Justiça europeu, que tem sede em Luxemburgo, é tido por muitos como o responsável pelo sucesso de integração de diversos países daquele continente.

No âmbito do Brasil, o que há de mais próximo à realidade europeia é o Mercosul. A inexistência de um Tribunal supranacional com funções eminentemente *jurisdicionais*, a exemplo do que se dá no direito europeu, contudo, não inviabiliza que o processualista civil brasileiro volte sua atenção à série de normas jurídicas já produzidas por seus países-membros e que oferecem diretrizes seguras para a solução de controvérsias entre eles e entre os seus nacionais (embora de caráter arbitral) e para a facilitação da prática de certos atos processuais entre as jurisdições dos países-membros, inclusive no que diz respeito às "medidas cautelares" (v. n. 8.1.1.1 do Capítulo 1 da Parte III). São, apenas para enunciar alguns, os chamados "Protocolo de Brasília", "Protocolo de Las Leñas", "Protocolo de Buenos Aires" e o "Protocolo de Ouro Preto".

O *American Law Institute* (Instituto de Direito norte-americano) e a UNIDROIT (Instituto para a Unificação do Direito Privado) prepararam e aprovaram em 2004, conjuntamente, uma espécie de "Código-tipo" sobre princípios e regras de direito processual civil "transnacional" (*Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*) voltados a criar condições de uma maior facilitação e segurança, no sentido de previsibilidade, na resolução dos conflitos no âmbito do comércio internacional. Como todo Código-tipo, a proposta não

gera qualquer espécie de vinculação a quaisquer países ou ordenamentos jurídicos mas seu exame é bastante interessante em todos os sentidos, até como forma de verificar que, ao contrário do que poderia parecer, os modelos de direito processual civil dos países estrangeiros tendem, com algumas variantes, às mesmas preocupações de realização adequada e tempestiva do direito material que o direito processual civil brasileiro tem atravessado. Trata-se de princípios e regras que, como eles próprios declaram, "são destinados, principalmente, para julgamento de disputas comerciais transnacionais" e que "... podem ser, igualmente, utilizados para a resolução da maioria de outros tipos de disputas civis e servir como base para reformas da lei processual civil", em tradução livre de um dos pontos da Introdução daquele trabalho.

Bases para um Pensamento Contemporâneo do Direito Processual Civil

1. NOTÍCIA HISTÓRICA DO ESTUDO CIENTÍFICO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Sem prejuízo das noções amplas que ocuparam o n. 5 do Capítulo 1, *supra*, a respeito da evolução do direito positivo brasileiro – e aquela exposição é *conscientemente* voltada a apresentar, de forma bem simplificada, a evolução das *leis* sobre o direito processual civil –, é mister evidenciar, ainda que em breves linhas, a evolução do pensamento do direito processual civil, isto é, seu "estudo científico", porque é a transformação deste pensamento ao longo do tempo que se apresenta como um dos fatores determinantes para compreender, na atualidade, as diretrizes mais amplas do direito processual civil como um todo, objeto de preocupação fundamental deste Capítulo. Elas refletem, de outra parte, a própria modificação do direito legislado, razão pela qual a apresentação de sua síntese é providência inafastável. Elas permitem, por fim, uma melhor compreensão, que dá por encerrado o item anterior: identificar as razões de uma *renovada* forma de pensar, estudar e, consequentemente, *sistematizar* o direito processual civil.

Ao longo dos séculos, o direito processual civil passou por diversas fases voltadas precipuamente para sua afirmação científica e para a fixação de seu objeto e método.

Este *Curso*, fiel à sua proposta inicial, não se volta à exposição destas várias escolas. É suficiente o destaque de que, nas suas origens, concebia-se o direito processual civil como um mero apêndice do próprio direito material (o direito substancial controvertido), assim, por exemplo, com as regras de direito civil, regentes das atividades de dois indivíduos. Os institutos do direito processual civil não encontravam, ainda, configuração própria, sendo tratados, muito mais, como reflexos ou desdobramentos necessários, usuais, das próprias regras de direito substancial. Esta primeira "fase", usualmente denominada "sincrética", ocupou a maior parte da história do direito processual civil.

Fase *sincrética* é um nome que bem descreve a postura do estudioso do processo civil de então. Faltavam-lhe elementos mínimos para *separar*, para *distinguir*, as normas processuais civis e, consequentemente, o próprio direito processual civil das normas de outra qualidade, de outra categoria, as normas

substanciais. Os planos do direito material e do direito processual, a que o n. 1 do Capítulo 1, *supra*, fez menção, não conseguiam ou, mais do que isto, não conseguiram ser vistos e analisados separadamente ao longo deste largo espaço de tempo.

A doutrina reconhece sem maiores discussões ser a obra de Oskar von Bulow, *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, que veio a público em 1868, o marco histórico da emancipação do estudo científico do direito processual civil. Foi nela, com efeito, que o autor alemão identificou a natureza jurídica do processo como algo *distinto* da natureza jurídica daquilo que está contido nele ou que é veiculado por ele. Uma realidade jurídica é o processo; outra, bem diversa, é o direito material (controvertido) inserido nele. A natureza jurídica do processo é de direito público; a relação jurídica de direito material nele inserida não necessariamente.

O que caracteriza o pensamento do processualista civil desta fase é o alto grau de *autonomia* (por isto, "fase autonomista", às vezes chamada de "fase científica") entre o "direito processual civil" e as demais normas jurídicas. A separação entre os planos material e processual permite que o estudioso do direito processual civil desta fase consiga ver, com clareza, o que caracteriza e justifica, como tal, o direito processual civil e o que são as normas de direito material que, controvertidas, impõem a atuação do Estado-juiz.

É ao longo desta fase – que, para fins tão somente ilustrativos, ocupou o período que vai de 1868 (levando em conta a obra de Bulow) até meados da década de 1950 – que o estudo do direito processual civil se desenvolveu e que todos os seus institutos foram, com solidez, traçados. Conceitos como "ação", "processo", "relação jurídica processual", "condições da ação", "pressupostos processuais" – que, até hoje, são referenciais obrigatórios para se estudar o direito processual civil – foram todos traçados e desenvolvidos ao longo daqueles aproximadamente cem anos.

A premissa científica adotada pelas escolas "autonomistas", contudo, acabou por conduzir o estudo do processo civil para algo muito distante da realidade, muito distante do direito material controvertido e, por isto mesmo, acabou por transformá-lo ou, quando menos, criar condições para transformá-lo em uma ciência pouco prática ou, menos que isto, extremamente difícil de ser colocada em prática.

Não há razão para criticar o que, analisado com os olhos de hoje, pode parecer errado ou exagerado. Todas as escolas que se voltaram a estudar "cientificamente" o direito processual civil, isolando-o dos demais ramos do direito e, de forma bem ampla, do direito material, negando qualquer grau de interferência entre um e outro plano, apenas aplicaram as premissas mais amplas do pensamento jurídico reinante de sua época. Limitaram-se a reagir a escolas passadas em busca de respostas e de soluções que então se impunham para melhor entender o ambiente do "direito processual civil" a partir de uma ótica de direito, de Estado e de pensamento jurídico então reinante. Não se pode, até mesmo, desprezar que o isolacionismo entre os planos material e processual justificou-se, até mesmo, como forma de tornar *científico* o posto daquele que se

voltava a analisar o "direito processual civil", deixando cair por terra, com esta iniciativa, a pecha de "praxistas", nome que ao longo da formação do que se convencionou chamar de "processo comum" (ou "processo romano-canônico"), na Idade Média, era reservado para descrever o comportamento dos que estudavam as fontes romanas (com as influências germânicas e bárbaras que a elas foram incorporadas), buscando não só entendê-las mas, muito mais do que isto, justificar os usos e os costumes do processo de então e resolver problemas eminentemente *práticos*. Até hoje, vale a pena trazer à tona o comentário, chamar um "processualista" de "praxista" ou de "prático" pode ser entendido como ofensivo ou, quando menos, como uma forma de reduzir a importância de sua *ciência* e de seu *estudo*.

Tanto assim que várias escolas que se voltaram historicamente ao chamado "estudo científico" do direito processual civil nem sempre se ocuparam ou conseguiram fixar premissas sólidas o suficiente que explicassem o "direito processual civil" como um todo mas, quando muito, para explicar determinados *elementos* (partes, portanto) que o compõem. Assim, apenas para ilustrar, as variadas escolas voltadas ao estudo do "direito de ação" (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte III) nem sempre conseguem satisfatoriamente explicar a natureza jurídica do *processo*, embora, de uma forma ou de outra, não negassem que "ação" e "processo" pudessem, de alguma maneira, relacionar-se.

As diversas escolas voltadas a explicar o fenômeno "processo" (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte III), de sua parte, quiseram reduzir o "direito processual civil" a ele, como se "processo" fosse sinônimo de "direito processual civil". Que o "processo" é instituto *fundamental* do "direito processual civil" não há por que colocar em dúvida mas não se trata de instituto *bastante*. O estudo do "direito processual civil" vai além do estudo do "processo". Não é por outra razão, aliás, que uma das ressalvas introdutórias deste *Curso* reside nesta *necessária* distinção: não há sinonímia entre aquela palavra e aquela expressão; o que há entre elas, bem diferentemente, é a mesma relação que existe entre o *conjunto* e uma de suas *partes* integrantes.

Não há, contudo, por que desprezar ou minimizar os avanços fundamentais que aqueles aproximadamente cem anos de evolução do pensamento do direito processual civil significaram para a compreensão do que, mais recentemente, vem prevalecendo em termos de postura metodológica inafastável diante do estudo do direito processual civil. Se, é certo, o alto grau de *tecnicismo* desenvolvido naquela fase significou um certo distanciamento, uma certa "alienação", até mesmo, do direito processual civil (e, por certo, do próprio processualista) da realidade externa ao "processo", o "plano material" compreendido de forma bastante ampla, foi naquele curto espaço de tempo que se viabilizou com toda a segurança necessária a distinção das normas *substanciais* e das normas *processuais*.

O pensamento contemporâneo do direito processual civil busca corrigir os *excessos* de suas fases anteriores. Se já não duvida da *autonomia* do direito processual civil em relação a quaisquer outros grupos de normas jurídicas, isto não pode querer significar que os estudos do direito processual civil possam

desconsiderar a realidade que é externa ao próprio processo, à própria atuação, sempre necessária, do Estado-juiz. Volta-se, nesta fase contemporânea, a fazer ver o processualista que o "direito processual civil" tem finalidades, exteriores a ele, que têm que ser alcançadas. Os elementos externos ao processo, direta ou indiretamente, relacionam-se intimamente com as suas finalidades, com a sua própria razão de ser e, por isto, não podem ser simplesmente deixados de lado. Eles passam, por isto mesmo, a integrar a pauta do processualista desde meados da década de 1960 e, de forma muito mais aguda, com os olhos voltados para a doutrina brasileira, de meados da década de 1980 para cá.

No pensamento contemporâneo do direito processual civil, tem prevalecido o entendimento de que o estudo científico do direito processual civil deve evitar os excessos ou os extremos das fases anteriores e que eles devem ser extirpados em nome de uma melhor e mais adequada compreensão do papel a ser desempenhado pelo direito processual civil. Assim, de uma concepção em que o processo confunde-se com o direito material e, no polo oposto, de uma concepção de que o direito processual civil não guarda nenhuma relação com o direito material, é arredio a ele, passa-se a uma reflexão *conjunta* destes dois planos do ordenamento jurídico, conjugando os acertos das fases e das escolas anteriores. Ao entendimento de que o direito processual civil *não se confunde* com o direito material, segue-se a concepção do necessário entrosamento entre o direito material controvertido, veiculado no processo, e sua própria estrutura, sua própria razão de ser. Entender o processo como método de atuação do Estado Democrático de Direito, e, neste sentido, algo completamente distinto do conflito que é levado ao Poder Judiciário para resolução, não significa dizer que os contornos deste conflito não possam, em alguma medida, ser úteis ou, até mesmo, indispensáveis para compreender, quando menos, algumas das finalidades do direito processual civil e, vale a ênfase, da própria compreensão de vários de seus institutos, inclusive do próprio *processo*.

O próprio art. 462 do Código de Processo Civil, vale o destaque, ocupa-se da hipótese ao expressamente admitir que fato "novo", isto é, ocorrido depois da provocação inicial da jurisdição (do início do processo ou, como se lê no dispositivo, da "propositura da ação"), deverá ser considerado pelo Magistrado no momento de decidir ou, como está escrito no texto da lei, "no momento de proferir a sentença". O dispositivo, destarte, ocupa-se da necessária *comunicação* que deve existir entre os planos "material" e "processual" ao longo de toda a atuação do Estado-juiz, isto é, ao longo de todo o "processo".

Que direito material (substancial) não se confunde com o direito processual civil, já não há espaço para qualquer dúvida. Isto, contudo, não significa dizer que o direito processual civil não seja verdadeira e inevitavelmente *alimentado* pelo direito substancial para realizar adequadamente a sua finalidade, que é a de realização (forçada, se for o caso) das regras residentes naquele outro plano. Não como uma realização tecnicista, automática, despreocupada com os verdadeiros destinatários das normas jurídicas, as pessoas e o Estado, mas, de qualquer sorte, e para os fins presentes da exposição, uma realização *forçada* de normas jurídicas em substituição à atuação daqueles que,

por qualquer razão, frustraram expectativas alheias (v. n. 1 do Capítulo 1, *supra*). Não há exagero nenhum em afirmar, por isto mesmo, que a relação entre os planos material e processual é de verdadeiro *conteúdo* e *continente*: o direito material (substancial) é *veiculado* pelo direito processual civil para o Estado-juiz para que as relações por ele regidas sejam adequadamente compostas e realizadas.

À falta de um melhor nome para descrever o pensamento contemporâneo atual e para evitar, a todo custo, empregar um nome de uma das variadas escolas que, de uma forma mais ou menos concertada, buscam analisar o direito processual civil a partir do mesmo ângulo de vista, este *Curso* trata este período como a "fase *contemporânea* do pensamento do direito processual civil". É para ela que ele volta, doravante, sua atenção.

2. ELEMENTOS PARA COMPREENSÃO DA FASE CONTEMPORÂNEA DO ESTUDO CIENTÍFICO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O número anterior tem como objetivo único, pertinente frisar a ideia, o de contextualizar os largos quadros do pensamento do direito processual civil na atualidade. Ele não pretendeu – porque não é este o objetivo do *Curso* – *descrever* as diversas etapas que se passaram, desde o direito romano, para o desenvolvimento do estudo do direito processual civil. Este *Curso* contenta-se com a *constatação* de que o ângulo de análise mais adequado para o estudo, a compreensão e, pois, a *sistematização* do direito processual civil deve partir da compreensão de que o processualista tem que ter presente a distinção entre os planos do direito material e do direito processual.

Essa distinção não deve significar repúdio a inescondíveis, até porque *indispensáveis*, pontos de contato entre um e outro plano de normas. A afirmação e a reafirmação da autonomia científica no estudo do direito processual civil não precisam negar que há *comunicação* entre aqueles diversos planos. Houve justificável razão histórica, política, até mesmo científica para tanto. Não mais, contudo. O que há, a bem da verdade, é um verdadeiro "sistema de vasos comunicantes" entre os planos do direito material e do direito processual civil que, se é certo, mantém a existência autônoma de cada um daqueles planos, autoriza um pensar *conjunto* nas mais diversas perspectivas e possibilidades. O direito processual civil alimenta-se necessariamente das normas existentes no plano material e tem em mira, no seu próprio funcionamento, a devolução, àquele plano, das mesmas normas, devidamente filtradas e concretizadas pela atuação necessária e indispensável do Estado-juiz. A ênfase do estudo do direito processual civil na atualidade repousa em uma necessária e saudável *simbiose* entre a compreensão destes planos de normas jurídicas, portanto.

Há mais, contudo: o direito processual civil não pode ser compreendido como algo solto, perdido, no tempo e no espaço, como se ele valesse por si só, como se ele fosse "só" uma "disciplina jurídica", "só" um "ramo do direito", como se ele tivesse existência própria, independentemente de quaisquer

prescrições normativas, de quaisquer realidades políticas e jurídicas vigentes em determinados espaços de tempo em determinados lugares. A falta de percepção de que as "coisas" *do* direito só existem *no* direito e, com ele, variam aos sabores das ideologias reinantes em cada ordenamento jurídico é responsável por desvios de toda a ordem. Não há "direito processual civil" na natureza. Ele existe, apenas, no plano jurídico, embora – e é disto que o pensamento contemporâneo do direito processual civil tem se ocupado – ele se volte para o mundo não jurídico, exterior, externo a ele próprio.

É por isto que convém evidenciar desde logo que os elementos do direito processual civil, cada um de seus diversos institutos, derivam, com inegável intensidade, a bem da verdade, em primeiro plano e diretamente do próprio modelo de Estado vigente em cada ordenamento jurídico. Como o modelo de Estado brasileiro é "Democrático e de Direito", como se trata, o Estado brasileiro, de um "Estado Constitucional", não há como olvidar que os *meios* pelos quais o Estado atua (e o Estado atua *processualmente*) também são regulados pela ordem jurídica e, desta forma, esta regulação afeta toda a compreensão do que "é" e do que "deve-ser" o próprio direito processual civil, passando por todos os seus elementos, por todos os seus institutos. As relações entre os planos material e processual, destarte, aparecem inegavelmente qualificados na perspectiva contemporânea.

Não se trata, apenas, de verificar em que condições o "direito material" será realizado concretamente, mas, muito mais do que isto, verificar em que condições o Estado-juiz pode impor com autoridade a solução para o reconhecimento do direito controvertido, tenha ele sido já lesionado ou ameaçado.

A parcela do ordenamento jurídico que soberanamente impõe as finalidades a serem atingidas pelo Estado brasileiro é a Constituição Federal. É por isto que tanto os seus *fins* como também a forma de atingi-los, isto é, seus *meios* têm que ser extraídos, em primeiro plano, daquele corpo normativo.

Neste contexto, o *processo*, que é *método* de atuação do Estado, no sentido de *técnica* que deve ser utilizada pelo Estado-juiz para prática e exteriorização de sua "vontade" (uma vontade vinculada a determinados fins preestabelecidos, uma "vontade funcional", em sentido técnico, portanto), de seus atos em cada caso concreto, é forma de garantir que este equilíbrio entre "meios" e "fins" seja adequadamente alcançado. Seja porque é *técnica* de colocar lado a lado a autoridade estatal (o magistrado) e os destinatários diretos e indiretos do ato a ser praticado, seja porque impõe à autoridade estatal (o magistrado) o dever de atuar publicamente e motivadamente. O processo, deste prisma de análise, garante o indispensável equilíbrio entre "autoridade" e "liberdade"; garante o equilíbrio entre os seus "resultados" e a "técnica" que o impõe e o que justifica em um modelo de Estado como o brasileiro, nos termos melhor tratados no n. 1 do Capítulo 3 da Parte III.

Por outro lado, o pensamento jurídico considerado como um todo, e não apenas o do direito processual civil, atravessa uma sensível alteração de *polo metodológico* com a que vem sendo chamada de "abertura" da norma jurídica.

De um ordenamento jurídico claramente "hermético", em que a "lei" deixava pouco ou nenhum espaço para ser preenchida pelo seu intérprete e aplicador, passou-se, gradativamente, a uma textura de ordenamento jurídico completamente diversa, em que o legislador, consciente de que não tem condições de prever com exatidão todas as situações das complexas relações sociais e estatais da atualidade, permite, expressamente, que o intérprete e o aplicador do direito *criem* a *melhor solução para cada caso concreto*.

Uma rápida análise que se faça do Código Civil (Lei n. 10.402/2002), em comparação com o Código Civil revogado, de 1916, demonstra o acerto da afirmação. De uma lei que buscava, exaustivamente, descrever as hipóteses de incidência normativa e suas consequências, passou-se a um modelo normativo em que as hipóteses de incidência e as consequências jurídicas respectivas são menos claras, estão para "ser construídas" no dia a dia da aplicação do direito. Qual é a consequência jurídica de um contrato violar o chamado "princípio da probidade ou da boa-fé contratual" (art. 422 do Código Civil)? O contrato é nulo como um todo? Algumas de suas cláusulas é que devem ser declaradas nulas? Se sim, quais cláusulas? O magistrado pode, sem pedido específico dos interessados, reconhecer esta nulidade?

No âmbito do direito público, as questões, a par de serem representativas do mesmo fenômeno, não são menos complexas. Pode o magistrado acolher pedido feito pelo Ministério Público para determinar a entrega de medicamentos a pessoas que sofram de determinada doença para fazer cumprir o art. 196 da Constituição Federal, segundo o qual "a saúde é direito de todos e dever do Estado"? Faz diferença que exista alguma lei específica que determine a aquisição, pelo Estado, daquele medicamento? E se o medicamento for daqueles que não estão, ainda, homologados ou autorizados pelas autoridades brasileiras competentes? Em suma: até que ponto o Estado-juiz pode contrastar, para declará-las erradas, corrigi-las ou implementá-las concretamente, as chamadas *políticas públicas*? No que pode consistir eventual responsabilização imposta pelo Judiciário dos entes administrativos pelo não cumprimento adequado daquelas políticas?

Estas questões, formuladas apenas com intuito ilustrativo, buscam demonstrar a riqueza do tema e a circunstância de elas não poderem ser desconsideradas pelo processualista civil no trato de sua própria matéria. Esta verdadeira "mutação de paradigma normativo" afeta também o "ser" ou, o que parece mais correto, o "dever-ser" do processo em específico e do direito processual civil como um todo. Tão mais pertinentes as indagações lançadas quando a busca de suas respostas depara-se com duas súmulas expedidas pelo TJSP. De acordo com a Súmula 37 daquele Tribunal, "A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno". E, em consonância com a Súmula 65 da mesma Corte, "Não violam os Princípios Constitucionais da Separação e Independência dos Poderes, da Isonomia, da Discricionariedade Administrativa e da Anualidade Orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades

educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes".

Tais considerações não dizem respeito, apenas, ao tema relativo à interpretação do direito como um todo. Até porque, fosse assim, seria desnecessária sua referência neste *Curso*. O que releva indicar é que o novo "padrão" da norma jurídica acaba por afetar a própria forma de compreender o direito processual civil e o papel que ele deve desempenhar no ordenamento jurídico da atualidade. Se, por força dos novos horizontes do direito, a compreensão do ordenamento jurídico está sensivelmente alterada, não há como negar que esta mesma renovada *compreensão* – com todos os seus avanços e com todas as suas incertezas – afete o próprio modo de se pensar o direito processual civil em todos os aspectos. A *comunicação* e a *simbiose* dos planos material e processual referidas pelos parágrafos anteriores conduzem, necessariamente, a esta conclusão.

É lícito, até para fins de mais adequada aproximação da matéria, contudo, distinguir o que, até agora, foi exposto, em três grandes grupos, voltados a construir, da forma mais didática possível, as "bases" para compreensão da fase contemporânea do estudo do direito processual civil.

O primeiro é o que, até agora, foi exposto e será ainda melhor explicado no número seguinte: o direito processual civil relaciona-se com o direito material. Comunicam-se o plano material e o plano processual. A mais adequada compreensão do direito processual civil depende da perfeita compreensão destes dois "mundos" de normas.

O segundo, ao qual se voltam os ns. 2.3 e 2.4, relaciona-se mais intimamente com a compreensão de que o direito processual civil é disciplina voltada ao estudo do "direito público" ou, de forma menos genérica e, por isto mesmo, mais precisa, ao estudo de uma das formas de atuação do próprio Estado.

O terceiro, que não deixa de ser quase que um desdobramento dos outros dois grupos, diz respeito mais proximamente à "matéria-prima jurídica", à própria compreensão que as normas jurídicas assumem na atualidade e em que medida elas afetam a compreensão do próprio direito processual civil, é dizer, de que maneira elas dizem respeito à necessária (re)construção de novos padrões de compreensão do direito processual civil como um todo. É o tema ao qual se voltam os ns. 2.6 a 2.6.6.

Assumindo esta proposta de divisão, os números seguintes, abrindo verdadeiramente o discurso, por certo mais hermético até o momento, voltam-se a analisar um pouco mais de perto cada uma destas *tendências* do estudo contemporâneo do direito processual civil que bem representam o método adotado para o desenvolvimento deste *Curso*.

É a partir destas múltiplas formas de ver o objeto em estudo que será possível estabelecer, com o máximo de segurança, a base para a compreensão mais profunda de todo o direito processual civil e, como não poderia deixar de ser, de todas as suas partes integrantes, cada um de seus institutos e temas. As partes seguintes, que compõem o vol. 1 deste *Curso*, bem assim seus demais

volumes, vão, no tempo oportuno, demonstrar a aplicabilidade prática destas premissas, destes elementos indispensáveis mas suficientes para (re)construir o pensamento contemporâneo do direito processual civil.

2.1. **A necessária aproximação entre direito processual e direito material**

De todas as considerações desenvolvidas até o momento, decorre uma constatação que, embora não seja "a" conclusão do quanto lá exposto, pode (e deve) fazer as vezes de "uma" conclusão ou, o que parece ser mais correto, de uma conclusão *parcial*. Uma "conclusão parcial" que dá sustento sólido às bases para construção de um pensamento contemporâneo do direito processual civil.

Diferentemente do que os "autonomistas" pregaram para justificar o caráter científico do estudo do direito processual civil, como "ramo do direito autônomo", não vinculado ou dependente de qualquer outro, o direito material – aquele cuja aplicação ou observância controvertida pode dar ensejo à atividade jurisdicional – influencia, a olhos vistos, a compreensão do direito processual civil como um todo. Não se trata de dar destaque ao fenômeno da interpretação do direito que o magistrado terá de realizar para decidir, objeto de questionamentos dos ns. 2.6 a 2.6.6, mas, bem diferentemente, de compreender que todas as vicissitudes, dificuldades e valores que habitam o plano do direito material são transportadas, de uma forma ou de outra, para o plano do processo, fazendo com que estes dois planos do ordenamento jurídico (o material e o processual) comuniquem-se e alimentem-se necessariamente. Diversos institutos processuais civis só têm sentido, é esta a grande verdade, quando analisados à luz do plano do direito material. É importantíssimo, destarte, que o estudo do direito processual civil tenha consciência de que o plano material lhe diz respeito também e influencia, de forma mais ou menos tênue, consoante o caso, o próprio "ser" do direito processual civil.

O direito processual civil, não obstante tenha identidade, função, finalidade e natureza próprias, *serve*, *atende* e *volta-se* para a aplicação concreta do direito material. O direito processual civil *realiza* o direito material, e, por isto mesmo, deixa-se influenciar de forma mais ou menos intensa por ele. Nesta perspectiva, o direito processual civil desempenha a finalidade de *instrumento* do direito material.

Vários autores voltaram-se, especificamente, à demonstração da *necessidade* de o estudo do processo civil partir deste prisma de análise. É imprescindível estreitar ao mínimo indispensável os campos do "direito material" e do "direito processual" ou, para empregar o nome que ganhou mais notoriedade na doutrina mais recente, reduzir, ao mínimo essencial, o binômio entre "direito" e "processo".

Todas as categorias do direito processual civil, de forma mais ou menos intensa, de forma mais ou menos direta, são *informadas* pelo direito material. Há uma necessária *comunicação*, uma necessária *interpenetração* de um campo no outro, embora, isto é importante que fique claro, o direito material não se confunda com o direito processual nem vice-versa. Mesmo naqueles casos em

que as categorias processuais parecem existir independentemente do direito material, não se pode perder de vista que o direito processual civil volta-se à realização do direito material. Mesmo que alguma categoria do direito processual civil, destarte, não receba influências diretas do que está *fora* dele, nem por isto a perspectiva de análise aqui acentuada pode ser perdida de vista. Assim se dá, por exemplo, com o sistema recursal. É difícil justificar qualquer forma de contraste ou de controle de uma decisão judicial por órgão jurisdicional diverso analisando estas estruturas do ponto de vista externo ao processo. Mas, mesmo nestes casos, mesmo que o "recurso de apelação" não seja, ele próprio, informado por nenhuma realidade de direito material, mesmo assim sua finalidade última, a de revisar a "sentença" proferida pelo juízo de primeiro grau de jurisdição, por exemplo, volta-se ao aprimoramento do que foi decidido e, nesta condição, volta-se ao direito material. Também a atividade recursal tem em vista a produção de atos e de efeitos *externos* ao processo.

Mais importante do que *constatar* uma tal premissa, no entanto, é fundamental criar condições para bem aplicá-la, realizá-la, torná-la eficaz, torná-la verdadeira. Por ora, é suficiente que ela seja erigida como uma das bases da construção do pensamento contemporâneo do direito processual civil. Aceita a premissa, o desenvolvimento do *Curso* perseguirá aquele objetivo.

2.2. **As ondas de acesso à justiça**

O despertar para o que o n. 2, *supra*, chamou de "fase contemporânea" do pensamento do direito processual civil encontra em um autor italiano, Mauro Cappelletti, expoente fundamental para as letras jurídicas. Não só italianas ou brasileiras mas, verdadeiramente, para o pensamento do direito processual civil considerado como um todo.

De acordo com Mauro Cappelletti, na exata medida em que o pensamento do direito processual civil passou a ser voltado para a realização de fins alheios ao processo, isto é, a se pensar o processo civil mais como "meio" (instrumento) do que como "fim" em processo civil, colocou-se, no plano social e político, a necessidade de verificar em que condições o direito processual civil tem aptidão concreta, real, de atingir aqueles seus objetivos. Destacou, por isto mesmo, como forma de *pensar* o direito processual civil, o que ele chamou de "três ondas de acesso à justiça", cada uma delas voltadas a verificar em que medida o direito processual civil e suas técnicas reúnem condições de realização de suas finalidades.

A primeira destas "ondas de acesso à justiça" volta-se à criação de condições para propiciar o acesso à justiça aos pobres. A preocupação aqui espelhada repousa, fundamentalmente, na criação de mecanismos para que todos os cidadãos, independentemente de suas condições econômicas ou financeiras, tenham acesso ao "serviço judiciário" no sentido de que tenham condições concretas de requerer a proteção judicial (a tutela jurisdicional) nos casos em que ela se faz necessária e indispensável. É neste contexto que surgem as defensorias públicas, as leis de assistência judiciária gratuita e outras

iniciativas similares.

O que importa destacar, a este respeito, é que a marginalização destas pessoas do sistema judiciário significa, de uma só vez, sua marginalização do próprio sistema jurídico considerado como um todo, porque, sem adequada proteção jurisdicional, sem condições efetivas de realização *concreta* dos direitos, é, até mesmo, difícil distinguir o plano do direito material de meras listas declaratórias de direito. O problema que se põe para o processualista, destarte, é pensar ou, verdadeiramente, repensar o direito processual civil como forma de lidar *também* com estas realidades sociais e políticas, viabilizando que elas sejam realizadas no sentido de tornadas realidade palpável, concreta, mediante a intervenção e atuação do Estado-juiz.

O norte seguro desta "primeira onda de acesso à justiça" repousa na descoberta dos mecanismos de viabilizar a representação de direitos de pessoas que, de outra forma, ficariam excluídas, por completo, verdadeiramente marginalizadas, da proteção jurisdicional. Ao tema, com os olhos voltados para o "modelo constitucional do processo civil" brasileiro, dedica-se, em especial, o n. 14 do Capítulo 1 e o n. 5 do Capítulo 4, ambos da Parte II.

A segunda "onda de acesso à justiça" delineada por Cappelletti relaciona-se com a proteção judicial do que é chamado de "direitos e interesses *difusos*", assim entendidos aqueles direitos e interesses que, diferentemente do que sempre se constatou ao longo da evolução do próprio, não se encontram "subjetivados" ou "individualizados" em alguém. Trata-se, muitas vezes, de direitos e interesses que sequer têm aptidão de fruição individualizada, assim como se dá, por exemplo, com o meio ambiente ou com a moralidade administrativa. A característica desta "onda de acesso à justiça" repousa na constatação de que os modelos de tutela jurisdicional sempre se prenderam a uma espécie de "direito" e "interesse" individual, pessoal, subjetivado, em que o reconhecimento do direito de um exclui necessariamente o do outro. Direitos e interesses, examinados deste ângulo, verdadeiramente, "exclusivos"; direitos e interesses egoísticos, até mesmo. Direitos e interesses que exigem, para serem tutelas em juízo, que o seu próprio titular apresente-se perante o Estado-juiz, como faz regra clara o art. 6º do Código de Processo Civil.

Como o desenvolvimento da sociedade levou a inevitáveis modificações substanciais das próprias estruturas jurídicas – padrões de contrato e atuação administrativa nas políticas públicas são dois bons exemplos desta nova realidade –, a tutela jurisdicional destes "novos" direitos e interesses não poderia ficar aquém dos "tradicionais" no que diz respeito ao tema da tutela jurisdicional. É a verificação das *novas* condições de tutela jurisdicional destes "novos" direitos e interesses ou, quando menos, a necessária adaptação das antigas fórmulas e métodos, o ponto de análise e de pesquisa que marca a "segunda onda de acesso à justiça".

Aqui, a exemplo do que se dá com a "primeira onda de acesso à justiça", a preocupação central é a de viabilizar a representação judicial (no sentido de atuação concreta no plano do processo) de direitos e interesses que, de outra forma, restariam carentes de salvaguarda jurisdicional e, consequentemente, não

passariam de meras declarações formais de "tutela de direitos". O tema é referido no n. 3 do Capítulo 1 da Parte II e desenvolvido com o vagar necessário no tomo III do vol. 2, em especial em sua Parte II.

A chamada "terceira onda de acesso à justiça" propugna um novo meio de ser pensado o próprio processo enquanto realizador do direito material, levando em conta, aprimorando, o enfoque das "duas primeiras ondas de acesso à justiça". Trata-se, a bem da verdade, de assumir, expressa e conscientemente, que o processo civil deve ser pensado de uma tal forma que garanta, na sua plenitude, as realizações e as fruições asseguradas no plano do direito material. Às técnicas características da "primeira" e da "segunda" "ondas de acesso à justiça", assim, devem ser somadas outras para generalizar a tutela processual de quaisquer direitos materiais. Não deixa de ser a tomada de consciência explícita sobre a qual o n. 2.1 trata.

É neste sentido que a proposta desta "terceira onda de acesso à justiça" reside muito mais na criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos, que dispensem ou, quando menos, flexibilizem a atuação da função jurisdicional; a criação de novos procedimentos de acordo com as vicissitudes do direito material controvertido e, de forma ampla, as reformas das leis processuais para que elas sejam mais aderentes às realidades externas ao processo. Não se trata, pois, de apenas criar condições de *acesso à justiça* no sentido de fazer que um determinado direito ou interesse seja levado para apreciação do Estado-juiz mas, muito além disto, de uma concepção que admite não ser suficiente a *representação* judicial de um direito. É mister também que a *atuação* jurisdicional possa tutelá-lo adequada e eficazmente, *realizando-o* no plano exterior ao processo, no plano material.

A proposta reformadora que marca a "terceira onda de acesso à justiça" é a que rende ensejo à maior gama de possibilidades críticas ao estudo e à transformação do direito processual civil. É ela que, de forma consciente ou não, predomina na doutrina e na jurisprudência nacionais. É ela também que acabou por levar às amplas transformações experimentadas pelo Código de Processo Civil e que ocupa boa parte da produção legislativa produzida mais recentemente no direito brasileiro (v. n. 2.7, *infra*).

2.3. **A instrumentalidade do processo**

À medida que o direito considerado como um todo passou a ser estudado, analisado e sistematizado a partir da Constituição Federal – assunto do n. 2.6.4, *infra* e, com mais vagar, da Parte II –, novas luzes, novos enfoques, novas preocupações são perceptíveis também para o direito processual civil e, consequentemente, para o plano do processo. Nesta perspectiva de análise, a tendência é a de um abandono necessário de uma visão única, predominante ou exclusivamente *técnica* do direito processual civil e a assunção de que este busca necessariamente valores, fins, objetivos e escopos fora dele, estranhos a ele, que não se confundem com ele; valores, fins, objetivos e escopos a ele exteriores mas que devem ser por ele alcançados e realizados.

Na literatura brasileira, Cândido Rangel Dinamarco, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é o mentor daquilo que foi chamado (e com este nome amplamente divulgado) de "instrumentalidade do processo", ou seja, a concepção de que o direito processual civil como um todo e o processo em particular só podem ser concebidos e entendidos como *instrumentos* do direito material, como instrumentos do exercício do poder pelo próprio Estado. Mas – e é aqui que reside o fundamental de sua construção –, como todo instrumento, sua perfeita compreensão repousa na identificação de quais são suas *finalidades* ou, como prefere o próprio Dinamarco, os seus *escopos*. A própria *utilidade* do processo só tem condições de ser medida e avaliada na proporção em que se saiba quais são os fins que ele deve atingir e em que grau estes fins são ou conseguem ser alcançados.

De acordo com a obra de Dinamarco, são escopos do processo o "social", o "político" e o "jurídico".

Os escopos *sociais* relacionam-se intimamente com a ideia de justiça, de paz social, de apaziguação, de permitir aos cidadãos e à sociedade como um todo as fruições garantidas desde o plano do direito material. Na análise dos escopos sociais do processo, não há como perder de vista que o fundamento último do direito – e isto é expresso na Constituição brasileira, em seu art. 1º, III, e no art. 3º, I, III e IV – é a dignidade da pessoa humana. Ao processo que é, considerado em si mesmo, método de atuação do Estado, não resta outra alternativa que não a de atingir aquelas finalidades, que caracterizam o modelo de Estado traçado pela Constituição Federal.

É como se fosse dito que o próprio Estado (aqui, a parcela jurisdicional dele, o Estado-juiz) precisa, ele próprio, do "processo" e, mais amplamente, das normas processuais civis, para realizar os seus próprios valores, os seus próprios objetivos, as suas próprias finalidades e necessidades. É no atingimento destas finalidades – que justificam a própria razão de ser do Estado Democrático de Direito – que repousam, em última análise, os escopos sociais do "processo".

Os escopos *políticos*, de seu turno, trazem à tona a necessidade de o Estado-juiz, na sua atuação, ter condições de afirmar a sua *autoridade*, o seu *poder* perante a sociedade, poder este, contudo, que no modelo de Estado adotado pela Constituição de 1988 não é ilimitado mas, muito pelo contrário, mitigado e vinculado ao atingimento de finalidades públicas, finalidades do próprio Estado e estranhas aos exercentes da autoridade, do poder, *em nome* do Estado. Por isto que na compreensão do "escopo político" do processo não há como deixar de lado as preocupações tão clássicas e tradicionais como indispensáveis da "liberdade" dos indivíduos ("direitos subjetivos públicos", assim entendidos os direitos dos cidadãos exigíveis do próprio Estado) e, mais amplamente, a ampla possibilidade (e necessidade) de *participação* dos destinatários da atuação do Estado nesta própria atuação. Seja como forma de verificar em que medida os *limites* inerentes à atuação do próprio Estado estão sendo devidamente observados mas, mais do que isto, como forma de viabilizar – e isto se relaciona intimamente com o atingimento dos escopos sociais do processo – um maior *consenso* com a produção da decisão do Estado-juiz.

De forma bem direta, os escopos *políticos* do processo podem ser entendidos como a necessidade de o Estado-juiz afirmar-se como "autoridade pública" no devido contexto que esta locução deve assumir em um modelo de Estado Democrático e de Direito.

Os escopos *jurídicos*, por fim, representam a compreensão dos institutos processuais e seu desenvolvimento com vistas à consecução dos objetivos mais amplos, porque exteriores ao processo, que são os escopos social e político. A perfeita compreensão do "escopo jurídico do processo" pressupõe, destarte, a necessária *releitura* dos institutos processuais com vistas à sua compreensão em seu adequado contexto e missão teleológica. De nada adianta fixar como *metas* a realização dos escopos social e político se os *meios* de atingimento daquelas finalidades ficam aquém das *possibilidades* e das *necessidades* concretas. O "escopo jurídico", destarte, rente às preocupações da "terceira onda de acesso à justiça" de Cappelletti (v. n. 2.2, *supra*), volta-se à revisitação dos tradicionais institutos do direito processual civil com vistas ao seu aperfeiçoamento para melhor cumprirem seu papel.

Dinamarco também acentua a necessidade de se compreender, para afastá-la, a "instrumentalidade no seu aspecto negativo". Por "instrumentalidade no seu aspecto (ou sentido) negativo" devem ser entendidas as deformações ou exageros derivados da identificação dos escopos da jurisdição. É tratar o processo fora de seu contexto, hipertrofiando quaisquer de seus escopos em detrimento dos outros ou, até mesmo, o que significaria retrocesso tão inescondível como indesejável, dando-se destaque mais às próprias estruturas do processo (escopo jurídico) do que para aquilo que está fora dele e que por ele deve ser atingido (escopos social e político). O próprio Dinamarco chega, a propósito, a acentuar o risco que é transformar a "forma", inerente à prestação jurisdicional, até como formas de *garantia* para os sujeitos do processo em *formalismo*, em *formalidade* estéril, vazio de significado. A instrumentalidade no sentido negativo, destarte, prega a ausência de abusos ou de excessos na compreensão dos escopos do processo. É, em última análise, seu necessário ponto de equilíbrio.

2.4. **Os direitos fundamentais e o direito processual civil**

Um outro desdobramento que também diz respeito à assunção de o direito processual civil precisar ser estudado a partir da ótica constitucional relaciona-se com a temática dos direitos fundamentais. Se a ênfase do constitucionalismo atual é justamente o asseguramento dos direitos fundamentais (na Constituição brasileira, vale o destaque dos arts. 1º, III, e 3º), o direito processual civil como um todo e, em particular, o próprio processo, como mecanismo de atuação do próprio Estado Democrático e de Direito, não podem ficar aquém deste desiderato constitucional. É dizer de forma bem direta: o direito processual civil e todos os seus institutos devem ser compreendidos de maneira a realizar os direitos fundamentais tais quais assegurados no plano constitucional.

A doutrina mais recente do direito constitucional tem destacado a

importância da exata compreensão do que são e para que servem os chamados "direitos fundamentais". Para os fins deste *Curso* cabe, tão somente, constatar esta realidade e indicar em que condições ela deve servir para a (re)construção da fase contemporânea do estudo do direito processual civil.

É bastante comum, a este respeito, ler-se, na doutrina especializada, o entendimento de que é desejável distinguir quatro "gerações" ou "dimensões" dos direitos fundamentais. Estas "gerações" ou "dimensões" de direitos devem ser compreendidas no sentido de que, embora seja possível distinguir quatro grupos bem definidos de direitos fundamentais, desde sua primeira percepção nos primórdios do estudo do direito público até as mais recentes conquistas que o mundo globalizado da atualidade reserva, inclusive para o direito processual civil, estas diversas "gerações" ou "dimensões" convivem entre si e não foram suplantadas umas pelas outras. São, vale o destaque, apenas grupos classificatórios que, ao longo do tempo, acabaram por se justificar.

Sem pretender ir a fundo na matéria, é bem ilustrativa a seguinte indicação de cada uma destas "gerações" ou "dimensões" dos direitos fundamentais, construídas a partir da obra de Paulo Bonavides.

Os "direitos fundamentais da primeira geração" são os clássicos direitos da liberdade em sentido amplo do indivíduo oponível em relação ao Estado. Eles significam, antes de mais nada, a imposição de *limites*, de *abstenções* à atuação do Estado. Geram para o próprio Estado obrigações ou deveres de não fazer ou de não agir. São direitos que, desde sua compreensão e estudo, caracterizam o indivíduo como tal, alheio ao grupo social.

Os "direitos fundamentais da segunda geração", de seu turno, representam os direitos que começaram a ser estudados e compreendidos mais fortemente no século XX. São os chamados "direitos sociais" em sentido amplo, que se passa a compreender a partir de uma visão da sociedade como um todo e não mais do indivíduo isolado nela. De um estado original de baixíssima aplicabilidade – questionava-se, até mesmo, se se tratava, ou não, de normas jurídicas e, como tais, dignas de tutela material ou jurisdicional –, a Constituição brasileira de 1988 fez expressa opção em reconhecer-lhes *status* de norma jurídica e de aplicabilidade imediata. Isto, no campo do processo, quer significar que elas são dignas de tutela *jurisdicional*.

Os "direitos fundamentais da terceira geração" voltam-se, em um campo de atuação ainda mais amplo, a tutelar situações não de um indivíduo ou de uma coletividade específica em determinado Estado mas do próprio ser humano enquanto tal, independentemente de suas nacionalidades. São direitos que dizem respeito às condições do meio ambiente, comunicação, patrimônio comum da humanidade, à paz, por exemplo.

Os "direitos fundamentais da quarta geração" surgem como uma consequência da globalização política na esfera da normatividade jurídica e são bem representados pelo direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Há, até mesmo, a identificação de "direitos fundamentais *institucionais*", querendo esta expressão significar a necessária proteção despendida pela

Constituição não aos indivíduos considerados isoladamente em face do Estado mas, em uma perspectiva mais ampla, dos indivíduos reunidos em *instituições* voltadas a desempenhar determinados papéis na estrutura do Estado ou da sociedade.

Mais importante do que aprofundar o estudo destas *dimensões* dos direitos fundamentais, o que releva para este *Curso* é aspecto diverso da temática. O que deve ser posto em destaque é que os constitucionalistas não hesitam na afirmação de que todos estes "direitos", independentemente de qual "dimensão" ou "geração" pertençam, são, ao contrário do que à doutrina tradicional quis parecer, "justiciáveis" no sentido de que eles não podem e não devem ser entendidos como meras prescrições de direitos sem que houvesse, garantidos no próprio ordenamento jurídico, meios de sua realização concreta, imperativa, até mesmo. São direitos que, porque assegurados pela Constituição Federal, *devem-ser* realizados concretamente pelo Estado como um todo e, até mesmo, pelos e entre os próprios particulares. Não são mais, como a doutrina tradicional chegou a referir, meras *declarações* de direitos ou meras normas *programáticas*, sem eficácia direta e imediata que, no máximo, vinculariam o legislador. São, bem diferentemente, normas que impõem um comportamento ativo e decisivo de todo o Estado, que não só dispõem a respeito de objetivos a serem alcançados mas, também, que impõem as formas de seu atingimento, que têm efeitos diretos e imediatos, e é por isto que aqueles direitos, na concepção aqui analisada, devem ser realizados, sob pena de ruírem os próprios objetivos do Estado. Como a apresentação da matéria já terá dado a entender, estes "meios de realização concreta" residem, também, no direito processual civil e envolvem, também, a atuação do Estado-juiz.

Um exemplo tem o condão de expor com bastante fidelidade as preocupações que estão por trás dos parágrafos anteriores: a Constituição Federal brasileira assegura, em seu art. 196, que todos têm *direito* à saúde e que ela é *dever* do Estado (v. n. 2, *supra*). O que acontece, no entanto, se o cidadão se vê privado daquela garantia constitucional? Pode ele ir ao Estado-juiz para pleitear *tutela jurisdicional*, isto é, que o Estado-juiz proteja aquela situação que, no plano material, é-lhe assegurada expressamente? Pode o magistrado, assim entendida amplamente a autoridade que compõe o Poder Judiciário, conceder, ao cidadão, os remédios ou os tratamentos que, não obstante garantidos pela Constituição Federal, ele não consegue obter no "plano material", é dizer, de forma bem direta: no próprio posto de saúde ou no hospital públicos?

Os Nossos Tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, vêm dando a estas questões respostas positivas.

O exemplo dado não quer problematizar, aqui, a questão, tão interessante quanto complexa. O que ele quer revelar, apenas e tão somente, é a medida em que se faz necessária a revisão do pensamento do direito processual civil, forte na sua compreensão desde seu plano exterior, na própria configuração dos direitos, mesmo que de normatividade bastante difusa mas, nem por isto, menos "justiciáveis". Trata-se, claramente, de entender a necessidade de a *função judiciária* não ser conivente com as omissões das demais *funções* do Estado.

Como a função *judiciária* é, também, "Estado" para todos os fins, trata-se, isto não pode ser colocado em dúvida, também de *função estatal* e, como tal, ela deve perseguir o atingimento concreto das finalidades públicas impostas desde a Constituição Federal na perspectiva aqui analisada.

Ademais, não fosse suficiente o que dão conta os parágrafos anteriores, a temática dos "direitos fundamentais" não pode ser alheia à pauta de preocupações do pensamento *contemporâneo* do direito processual civil na exata medida em que seus estudiosos não negam que eles, os direitos fundamentais, integram-se ao ordenamento jurídico por intermédio de *princípios jurídicos* e, nesta medida, convida, ela própria, a uma renovada reflexão do direito processual civil desde o plano constitucional. É por isto, aliás, que alguns autores vêm-se referindo a um "direito fundamental à efetividade da jurisdição" e, mais amplamente, ao próprio "direito de ação" como um "direito *fundamental*" (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte III), preferindo esta expressão à mais comumente utilizada ("princípio da efetividade da jurisdição") para colocar em relevo a ideia aqui exposta. Não obstante a nomenclatura diversa, contudo, o alcance e a praticidade das concepções é rigorosamente a mesma.

Por esta razão é que o destaque da importância de se levar em conta a teoria dos direitos fundamentais para a adequada compreensão do estudo do direito processual civil justifica-se. Não há como deixar de lado a noção de que a função jurisdicional é (também) mecanismo de concretização, isto é, de realização concreta dos valores idealizados pela própria Constituição Federal para busca, em última análise, de melhor vida em sociedade para todos. Com este deslocamento metodológico, o estudo do direito processual civil passa a *servir*, em última análise, ao próprio homem inserido na sua vida social, no seu Estado, e não mais ao "direito em si mesmo considerado". O direito, assim entendido, é uma das formas de regulação da vida em sociedade e, por isto mesmo, o seu objetivo final é a felicidade do próprio homem e da própria sociedade, a realização de seus valores mais caros, no que são inequívocos, pertinente a ênfase, os arts. 1º e 3º da Constituição Federal. Na medida em que aqueles valores não são alcançáveis "espontaneamente", a mesma concepção relativa à *necessidade* da intervenção judiciária que abriu este *Curso* (v. n. 1 do Capítulo 1, *supra*) apresenta-se para a redobrada reflexão do estudante e do estudioso do direito processual civil.

2.5. **Síntese conclusiva parcial**

À guisa de síntese conclusiva do que os ns. 2.1 a 2.4 tratam, valem algumas considerações que permitirão uma visão de conjunto das considerações feitas até aqui.

Partindo-se, conscientemente, de que há dois "planos normativos" diferentes (v. n. 1 do Capítulo 1, *supra*), o "plano material" e o "plano processual", a compreensão mais adequada do "plano processual" é que eles se comunicam necessariamente. Esta *comunicação*, contudo, é necessariamente qualificada porque o "plano processual", o "direito processual civil", volta-se a

disciplinar a atuação do próprio Estado. E não se trata de um "Estado" qualquer, mas de um específico modelo de Estado, o "Estado Democrático de Direito", o "Estado Constitucional", o "Estado de Justiça", que é – que *deve-ser* – assumido como aquele desejado (e imposto) pela Constituição de 1988, não afetado, no particular, pelas inúmeras (e constantes) Emendas Constitucionais.

Assim, ao mesmo tempo que a dicotomia "tutela de direitos" e "tutela *jurisdicional* de direitos" justifica uma reflexão redobrada no estudo do "direito processual civil", para verificar em que medida as legítimas expectativas que nascem e se reproduzem no "plano material" serão suficientemente (adequadamente) tuteladas (protegidas) no plano material, o exercício da *função jurisdicional* não pode ser descomprometido com outros valores, que regem, que vinculam, que impõem o próprio modo de atuação, o próprio comportamento, a própria atuação do Estado. Os valores do direito material controvertido, por assim dizer, influenciam, de maneira mais ou menos sensível, mais ou menos perceptível, a forma de sua tutela *jurisdicional*; mas os valores regentes da atuação e da personificação do próprio Estado atuam sobre o seu específico agir, qualificando-o. Por isto, a comunicação entre os planos exteriores ao processo e a ele inerentes, verdadeiramente *interiores*, é *qualificada*.

Não se trata, apenas, de estudar as formas de tutela jurisdicional *mecanicamente*, como se bastassem *quaisquer* formas, qualquer tutela, qualquer atuação do Estado. Em um modelo de Estado como o brasileiro, põe-se, necessariamente, o desafio de se pensar os limites e as melhores formas, as formas *ótimas* de atuação do próprio Estado, quando atua a sua parcela, a sua *função jurisdicional*. É este o desafio do estudo *contemporâneo* do direito processual civil. É este o desafio assumido para o desenvolvimento deste *Curso*.

Diante das considerações até aqui expostas, o que importa colocar em relevo, portanto, é a circunstância de que o estudo contemporâneo do direito processual civil caracteriza-se pelo máximo equilíbrio entre os "resultados do processo" e a "técnica processual". Este tema, que tem assento expresso na própria Constituição Federal, extrapola, por isto mesmo, sua concepção como mera "proposta *filosófica* de estudar o processo civil".

A bem da verdade, o estudo do direito processual civil mostra-se, porque da atuação do Estado Democrático de Direito se trata, em última análise, um estudo *necessariamente vinculado* à realização concreta de valores, de ideais, que estão dispersos no ordenamento jurídico e que justificam, em última análise, a própria razão de ser do Estado e, devidamente atualizada, a razão histórica pela qual ele, o Estado, "vedou" que seus particulares, a sociedade civil, fizesse "justiça com as próprias mãos". Na contraface da vedação generalizada da "autotutela" localiza-se o tema e todos os ricos desdobramentos da "tutela *jurisdicional*" nas mãos de um específico modelo de Estado, como o brasileiro.

É como se sublinhasse que aquele que se predispõe a estudar o direito processual civil não tivesse muitas escolhas (se é que as tem) sobre como iniciar o descobrimento do objeto de sua análise. Ele tem que começar pela Constituição Federal e verificar em que medida o direito processual civil como um todo e cada um de seus institutos, a "jurisdição", a "ação", o "processo" e a "defesa",

para mencionar os considerados institutos "fundamentais", mostram-se capazes de realizar adequadamente o equilíbrio entre aquelas duas vertentes: a obtenção dos *resultados* práticos e concretos do processo (que, em última análise, justificam sua própria razão de ser, como método de atuação do Estado Democrático de Direito) e a *técnica* que existe, que se desenvolveu enormemente desde os primeiros estudos "científicos" do direito processual civil (v. n. 1, *supra*) e que faz as vezes de criar as condições mínimas (os *meios*) para atingimento daqueles fins. Aqui, porque, em última análise, o direito processual civil assenta-se no estudo de uma atuação do Estado (do Estado-juiz), os meios *e* os fins são regulados pela ordem jurídica e, neste sentido, a correção de um afeta a do outro e vice-versa.

É por esta razão que Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar da sua visão "instrumentalista do processo", destaca ser o processo um verdadeiro "microcosmos" do Estado Democrático, Social de Direito, querendo se referir, com esta expressão, à circunstância de as opções políticas feitas pela Constituição brasileira deverem estar espelhadas, verdadeiramente refletidas, no processo civil. Até porque o *processo*, em si mesmo considerado, é *método* indispensável de manifestação da vontade do Estado, de todo o Estado, e não só do Estado-juiz e, por isto, justamente por isto, que todo o direito processual civil ocupa-se, em última análise, do estudo desta forma de *exteriorização* da vontade estatal, em estreita observância aos limites e aos objetivos impostos pelo ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal.

2.6. **A interpretação do direito e a atividade jurisdicional**

Vale a pena ir um pouco além do que foi, até aqui, exposto, com vistas à construção de uma base mais sólida para fixar os parâmetros do pensamento contemporâneo do direito processual civil na atualidade.

Uma nova forma de se pensar o direito processual civil, forte na compreensão e aplicação dos valores da Constituição Federal, na teoria dos "direitos fundamentais", justifica-se também em função do "tipo" de norma jurídica que, cada vez mais, é a utilizada como padrão pelo legislador brasileiro.

Com efeito, o paradigma atual do direito legislado – não só do "direito constitucional", mas de todo o "direito – é, por si só, suficiente para que a "abertura" interpretativa propugnada com relação à teoria dos direitos fundamentais faça-se também presente em todas as demais situações de atuação do Poder Judiciário. Mais ainda quando a doutrina tradicional ainda afirma (insiste, a bem da verdade), a exemplo do que a doutrina oitocentista fazia, que ao juiz não é dado *criar* direito algum, que a atribuição do Poder Judiciário ainda é a de julgar conforme e *sob* as condições da lei preexistente. Como se esta "lei" fosse suficiente, sempre e por definição, a cobrir todo e qualquer fato conflituoso que seja entregue ao juiz para julgamento. Como se a atividade do juiz fosse, apenas, a de *aplicar* uma lei sem qualquer margem subjetiva de apreciação do próprio fato e do direito.

Importante, portanto, apresentar algumas considerações específicas para

assentar suficientemente – embora com ânimo de mera *constatação* e não de *demonstração*, sob pena de ir além dos limites deste *Curso* – as noções indicadas no parágrafo anterior.

2.6.1. A crise do legalismo

Hoje ninguém mais poderá colocar em dúvida que o estudo do direito, mesmo o estudo *científico* do direito, já não pode mais ser entendido como fenômeno de "neutralidade" ou de "pureza" no sentido de afastar, por completo, o que é jurídico propriamente dito daquilo que não o é. Quando menos, que o direito, mais do que nunca, não corresponde à *letra* da lei e que todas as consequências jurídicas possíveis para quaisquer fatos não estão em estado de latência nos códigos e nos mais variados diplomas normativos na cômoda posição de aguardo de serem pinçados e aplicados pelo juiz (ou, mais amplamente, pela autoridade responsável) quando devidamente convocado para tanto.

Definitivamente, este paradigma do que "é" o direito não pode mais prevalecer. Não que, por vezes, aquela mesma e tradicional forma de se compreender e atuar diante do fenômeno jurídico não possa ser hoje como era há um ou dois séculos atrás mas, decisivamente, o paradigma do direito, a postura do intérprete e do aplicador diante do fenômeno jurídico, alterou-se por completo.

O fato é que hoje se pensa e se aplica direito de uma forma muito diferente do que se aplicava, por exemplo, no início da década de 1970 no Brasil, quando da promulgação do Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Mais ainda quando percebemos que este novo (ou *atual*) paradigma do direito, esta diversa postura de se comportar diante do fenômeno jurídico, generalizou-se por completo. Mesmo a "matéria-prima" do direito (a própria norma jurídica) já não aparece, perante aquele que vê o fenômeno jurídico, da mesma forma que outrora. Desde o nascimento do "pensamento jurídico moderno", assim entendido o período que nasce com o Estado na concepção que hoje o conhecemos e o reconhecemos até os dias atuais, há uma longa escalada – em ritmo crescente – em alteração do padrão de análise, compreensão, manuseio e finalidades do próprio direito.

Não cabe a este *Curso* demonstrar esta evolução e radical transformação no pensamento jurídico. O que cabe a ele é sublinhar esta alteração de paradigma do pensamento jurídico como um todo e inseri-lo no contexto presente. O paradigma do direito alterou-se por completo.

O que é certo é que, na atualidade – e isto não é de hoje –, não se pode mais afirmar que o direito pode ser estudado, analisado, sistematizado ou aplicado despido de quaisquer outros valores que não os "exclusivamente" jurídicos.

Até porque, isto é interessante de ser destacado, mesmo nas primeiras "Escolas" que pretenderam questionar os exegetas do século XIX é muito difícil – se não absolutamente impossível – discernir o que é direito do que não é direito quando ele é analisado do ponto de vista do seu *conteúdo*. Qual a distinção entre

uma norma jurídica ou de uma norma ética ou moral do ponto de vista de seu *conteúdo*? É jurídico o material empregado pelo aplicador do direito para resolver antinomias ou para preencher lacunas que se evidenciam nas soluções dos casos concretos?

A necessidade de enfrentamento destas questões acabou por levar a outras formulações acerca do pensamento jurídico como um todo e do próprio "positivismo jurídico". Até porque – isto também já não pode mais ser posto de lado e desconsiderado – a "neutralidade" da ciência – de qualquer ciência – é, por si só, uma opção ideológica e que se justifica, de uma forma ou de outra, consoante sejam os valores políticos reinantes em dada sociedade em dado momento.

Estas muito breves considerações têm como objetivo, tão só, o de evidenciar que o atual estágio do pensamento jurídico é *conscientemente valorativo*; é, *conscientemente*, *aberto* à captação e à compreensão dos valores dispersos da sociedade; é, conscientemente, *problemático*. Se isto já ocorria, de alguma forma, na evolução "tradicional" do pensamento jurídico – mesmo que de forma inconsciente, pelo menos do ponto de vista atual e crítico da história da evolução do pensamento jurídico –, na atualidade, o elemento "não jurídico" é (no sentido de "dever-ser") expressamente levado em conta pelo "cientista" e pelo "aplicador" do direito. Ele integra a própria "matéria-prima" que o aplicador do direito tem que manusear para resolver os problemas jurídicos que lhe são dados para resolução, contextualizando-os adequadamente quando soluciona cada caso concreto que lhe é apresentado.

A função do juiz, já não há mais como esconder esta *realidade*, é uma atividade criativa. Não se espera mais do juiz, apenas e tão somente, que ele realize uma reflexão quase-que-lógica ou quase-que-matemática sobre dadas premissas para concluir em um ou em outro sentido mas, bem diferentemente, de aceitar, na formação das suas próprias premissas e na sua conclusão, elementos diferentes, diversos, não levados em conta na evolução e sistematização do pensamento do direito na primeira metade do século XIX, em especial na era das codificações. Já não se pode falar, em todos e em quaisquer casos, que a atividade do intérprete e do aplicador do direito seja meramente *subsuntiva* mas, bem diferentemente, sua função passa a ser *concretizadora*, no sentido de *criadora* do próprio direito a ser aplicado, justamente em função da *complexidade* do ordenamento jurídico atual. De uma atividade de mero *conhecimento* (um comportamento passivo) do fenômeno jurídico para sua aplicação, passa-se a uma atividade *criadora-valorativa* (um comportamento ativo), *conscientemente* criadora e valorativa do juiz.

A dificuldade e o desafio que se põem para os modelos de compreensão do fenômeno jurídico da atualidade, destarte, é *como* compatibilizar a compreensão e a sistematização destes valores dispersos pela sociedade na aplicação do direito. A dificuldade e o desafio que se põem, destarte, é como e em que condições *capturar* estes valores, estes ideais, estas angústias que estão claramente "soltas", "dispersas" pela sociedade e pelos próprios órgãos públicos.

É neste sentido que é correta a afirmação de que todas as escolas do

pensamento jurídico que, desde o século XIX, contrapõem-se ao "positivismo jurídico", no sentido indicado acima, buscam, de forma mais ou menos intensa, operar com elementos distintos daquele que, pela forma, faz parte do direito, compondo-o. O desafio que se colocou basicamente para todas aquelas Escolas foi o de como compreender o fenômeno jurídico levando em conta seu próprio papel e as vozes da sociedade que, de uma forma ou de outra, condicionam a sua própria produção.

Como os ns. 2.2 e 2.3, *supra*, terão condições de evidenciar, esta mesma preocupação tem "migrado" também – e conscientemente – para o direito processual civil. Também para o estudo do direito processual civil os autores – e também a jurisprudência – têm destacado cada vez mais a necessidade de incorporar, expressamente, os *valores* derivados da Constituição Federal e, pois, de uma forma mais ampla, do próprio Estado brasileiro.

2.6.2. A importância da interpretação do direito

As observações expostas no número anterior dão conta da profunda alteração que o "direito", e assim como ele seu estudioso, atravessou ao longo dos tempos e ainda atravessa nos dias atuais. Mais do que nunca, mesmo nos países de tradição "românico-germânica", prega-se a imprescindibilidade da *interpretação* do direito para seu conhecimento derradeiro. É afirmação que, a cada dia, ganha mais adeptos, a de que a norma jurídica é o *texto da lei interpretado e aplicado à luz dos fatos concretos*. Não há, nestas condições, direito sem interpretação e sem aplicação concreta. Interpretação e aplicação são, na realidade, uma só operação, analisada em dois momentos diversos.

O que se põe a olhos vistos, portanto, é a necessidade de compatibilizar estas amplas e abertas formas de interpretação do direito com o que se espera de uma decisão jurisdicional. Como a *qualidade* das normas jurídicas – a "matéria-prima" do direito – alterou-se bastante daquilo que, tradicionalmente, era reconhecido como objeto de norma jurídica ou, quando menos, passível de uma regulação jurídica, não há como evitar, claramente, que se pergunte em que condições concretas a tradicional formação de um magistrado tem condições de lhe oferecer, com os resultados que se fazem necessários, condições concretas e subjetivas de ele, magistrado, interpretar e, consequentemente, aplicar o direito levando em conta dados, elementos, dificuldades que, com certeza, não são de seu conhecimento técnico.

Uma coisa, vale a pena frisar este ponto, é reconhecer que o magistrado julgue a mesma *qualidade de causas* que a magistratura, desde os tempos de direito romano, sempre enfrentou. Para isto, há séculos, verdadeiros milênios, de tradição. A outra é esperar do Judiciário que ele bem decida a respeito das condições específicas e concretas da implementação de uma política pública, de uma prática abusiva de mercado, sobre a constitucionalidade de um plano econômico que pretende pôr fim à instabilidade da economia de um país e assim por diante.

Por mais que se altere e que se tenha alterado o próprio modelo de

resolução de conflitos, inclusive, por vezes, com a "desestatização", isto é, com a retirada das mãos do Estado do *método* de resolução (como se dá, por exemplo, com a arbitragem, v. n. 3.1 do Capítulo 1, *infra*) – o próprio "processo" em si mesmo considerado –, não há como deixar de verificar que a dificuldade não surge no próprio processo mas, bem diferentemente, no plano do direito material. Quiçá, até em um plano ainda mais elevado, na própria filosofia ou teoria geral do direito. Ao processo, como *instrumento* que é, cabe, apenas, conformar-se (ajustar-se) às radicais transformações do direito material e às diversas posturas que se colocam diante da própria compreensão deste direito material, adaptando-se necessariamente a estas alterações sob pena de frustrar-se como *instrumento* de realização daquele mesmo direito *transformado*, frustrando, em idêntica medida, a própria realização daquele direito.

2.6.3. A norma jurídica e a necessidade de sua interpretação e concretização

O direito precisa ser interpretado para ser aplicado. Ele serve para ser interpretado e aplicado. É como se dissesse, sem muito exagero, que não há, propriamente, "direito" sem sua interpretação e sem sua específica aplicação aos casos concretos. Há, no máximo, *textos* que representam o direito, mas não as *normas jurídicas* propriamente ditas. Estas precisam, sempre, ser interpretadas e aplicadas para existirem como tais.

O que vale destacar aqui é que a "matéria-prima" sobre a qual recai o trabalho do intérprete e do aplicador do direito alterou-se profundamente nos últimos anos. Não só a concepção do que sejam as normas jurídicas, assunto a que se referem os números anteriores, mas, mais ainda, a sua forma de expressão e realização sensível, perceptiva, alterou-se profundamente.

Assim, cada vez mais, fala-se, estuda-se e trata-se dos "princípios", das "cláusulas gerais", das "normas de conceito vago e indeterminado", de "discricionariedade" e assuntos tais que, a olhos vistos, correspondem, hoje, à maneira usual da produção normativa. Cada vez mais é difícil o intérprete e o aplicador encontrarem-se diante daquela lei que contém, nela própria, todos os elementos necessários e inquestionáveis para sua *segura* e *inequívoca* aplicação.

Todas estas figuras representam uma "*técnica*" (consciente) de construir normas jurídicas que permitem, que autorizam, o juiz debruçar-se sobre cada fato que lhe é apresentado para julgamento para que ele, juiz, possa extrair do fato o que lhe parece mais sensível, mais importante, mais marcante, mais característico, a fim de aplicar, adequadamente, a norma jurídica. Não se trata, por isto mesmo, de uma aplicação no sentido "tradicional" do termo que trata, mesmo que *inconscientemente*, o magistrado como se fosse um autômato do direito, mas uma aplicação que pressupõe, necessariamente, uma verdadeira *criação* do direito para o caso concreto, valorando pessoalmente aquilo que está em julgamento. Não, apenas, a recuperação de uma valoração que terá sido feita pelo próprio legislador ao editar a "lei" mas, bem diferentemente, de uma valoração presente, feita pelo próprio juiz, que se vê diante do caso concreto com todas as suas peculiaridades e que deve decidir mesmo que a solução não esteja

clara, expressa, pressuposta, "dada" na *letra* da lei.

Todas as figuras acima destacadas são arredias ao que, por muito tempo, prevaleceu em termos de "técnica legislativa", no sentido de negar que o juiz pudesse *valorar* a hipótese concreta do julgamento, tendo a norma jurídica como um padrão mínimo de conduta. As normas jurídicas construídas com cláusulas gerais, por exemplo, ao contrário daquelas normas que adotam a técnica "casuística", pressupõem uma pesquisa mais livre do magistrado em busca dos fatos que reclamam a incidência desta ou daquela norma e, mais do que isto, permite que o juiz *crie* o direito a ser aplicado na exata proporção em que a norma aplicada *não lhe fornece*, com segurança e com a extensão típicas da técnica casuística, quais são as hipóteses que reclamam a incidência daquela regra, com exclusão de todas as outras. São formas, enfim, de autorizar que o juiz *valore* expressa e conscientemente o caso concreto que se lhe apresenta para julgamento.

Vale a pena ilustrar o pensamento: uma coisa é dizer que o juiz pode determinar o "arresto" de bens quando o devedor tentar dilapidar seu patrimônio (art. 813 do Código de Processo Civil). Outra, bem diferentemente, é a lei autorizar que o magistrado pratique atos de salvaguarda dos direitos do credor sempre que houver perigo de dano a ele mas sem especificar quais atos concretos e materiais o juiz pode praticar diante de qual específica situação (art. 796 do Código de Processo Civil). No primeiro caso, a técnica empregada pelo legislador é a casuística, que não deixa ao magistrado qualquer "liberdade" para desviar daquilo que já foi valorado *previamente* pelo legislador. No segundo caso, em que a norma jurídica emprega uma cláusula geral, o magistrado tem, expressamente concedida pelo legislador, "liberdade" para encontrar os casos em que ele, juiz, entende ser necessário atuar e mais do que isto: que atos praticar para garantir a salvaguarda de direitos que a lei lhe determina.

O mesmo pode ser dito, sempre com os olhos voltados para o direito processual civil, com relação aos "conceitos vagos e indeterminados". Não há como negar que, crescentemente, seu emprego pelo "legislador do processo civil" e sua descoberta pela doutrina e pela jurisprudência processuais civis têm sido conscientes de que o emprego daquela fórmula também é *técnica legislativa* para outorgar, ao magistrado de cada caso concreto, uma maior dose de "liberdade" de atuação, no sentido de ser técnica voltada a "abrir" o direito às realidades sociais e às suas vicissitudes concretas e cambiáveis.

Um exemplo bem interessante do Código de Processo Civil é o que diz respeito ao seu art. 82. O dispositivo rege a atuação do Ministério Público na qualidade de "fiscal da lei" (*custos legis*) no processo civil, isto é, as situações em que o Ministério Público deverá atuar ao lado do magistrado e independentemente da atuação das partes, para criar condições de uma melhor decisão para a tutela de determinados direitos (v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II). De acordo com seu inciso I, a intervenção daquela Instituição justifica-se quando há, em causa, interesses de incapazes. O inciso II impõe a intervenção daquela Instituição nas causas que digam respeito ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de

última vontade. O inciso III, por fim, na redação que lhe deu a Lei n. 9.415/1996, dispõe sobre a intervenção do Ministério Público "nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte".

A parte final deste inciso III é, claramente, distinta das demais situações descritas pela regra. Trata-se de enunciação em conceito vago, indeterminado, impreciso, enquanto os demais comandos referem-se a situações que são *unívocas* perante o direito. São, com efeito, conceitos jurídicos cuja resolução de eventuais dificuldades interpretativas conduzirá o aplicador da lei a uma conclusão uniforme. A dificuldade de sua interpretação, por assim dizer, reside em saber o que é curatela, o que é "estado da pessoa", o que são "litígios coletivos pela posse da terra rural". A parte final do inciso III, contudo, é diferente. Não há nela a possibilidade de uma conclusão só a respeito do que possa ser o "interesse público" que legitima a atuação do Ministério Público na qualidade de *custos legis*. Mesmo quando a lei indica que este interesse público tenha como referencial a "natureza da lide" ou a "qualidade da parte".

Não é o caso, agora, de ir além no exame deste dispositivo de lei, que é mais bem analisado no n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II. O que cabe colocar em destaque é que a "abertura" de uma regra jurídica formulada com base em "conceitos vagos e indeterminados" ou com "cláusulas gerais" é indesmentível. As formas de *captura* do que é essencial a seu tipo – para sua aplicação (incidência) concreta, destarte – não podem pressupor a mesma e tradicional forma de pensar e aplicar o direito. Muito pelo contrário. Porque se trata de situações bem diferentes – e é fundamental que a doutrina indique estas distinções –, é mister que se busquem *outros* mecanismos para a sua interpretação.

Uma última ressalva é fundamental. O emprego da palavra "liberdade", no sentido de a lei, pela adoção de uma das técnicas já referidas, ter outorgado expressamente *espaços de decisão valorativa* para o juiz aplicá-la, ou não, e decidir, consequentemente, de uma forma ou de outra, veio sempre acompanhado de aspas com o intuito, declarado, de destacar o termo. A razão disto é que a "liberdade" reconhecida pelo juiz nestes casos – como, de resto, para qualquer intérprete ou aplicador do direito que exerça *função pública* – é sempre mitigada. Não é uma liberdade totalmente "livre", sem possibilidade de controle, em que impera a vontade pessoal. Como o magistrado é agente do Estado, a sua vontade pessoal deve ceder espaço à vontade coletiva, à vontade que, de forma mais ou menos clara, pode ser extraída, senão como a melhor, pelo menos como a mais aceita pela comunidade jurídica como um todo. O direito – isto parece bem esclarecido na sua filosofia – não é uma ciência de verdades demonstráveis mas é uma ciência de verdades consensuais, convencionadas. Por isto, a "liberdade" outorgada pelo magistrado pelas normas jurídicas, mesmo pelas mais "abertas" delas, é sempre uma "liberdade-fim", voltada, sempre, à realização de uma finalidade estranha ao agente e consonante com os interesses de toda a sociedade. Trata-se de uma liberdade, portanto, muito mais de capturação dos valores dispersos pela sociedade para melhor

aplicar a norma jurídica do que, o que seria o oposto disto, a autorização para o juiz decidir como se não houvesse, no ordenamento jurídico, outros valores, outras consciências, outros interesses que não os próprios dele. Isto é, por definição, inconcebível, em um ordenamento jurídico como o brasileiro.

2.6.4. O novo paradigma de norma jurídica: a chamada constitucionalização do direito

As considerações cuja *constatação* fez parte dos números anteriores têm ocupado, de forma gradativa, os estudos do direito em geral. Os próprios constitucionalistas têm destacado a importância de releitura, para não dizer *reconstrução* dos métodos de entender e aplicar o próprio direito constitucional, quando analisado a partir dos *princípios constitucionais*. E mais ainda. Também a partir das mesmas considerações tem-se destacado a inegável e maior influência do direito constitucional nos demais ramos do direito. É o fenômeno que alguns chamam de "constitucionalização do direito". De uma perspectiva, sem qualquer exagero, *milenar* de análise, interpretação e aplicação do direito desde a *lei*, parte-se, assumida e conscientemente, em direção diametralmente oposta, aquela que evidencia a *necessidade* de o direito ser analisado, interpretado e aplicado desde a *Constituição*.

O que cabe destacar a respeito é que na exata medida em que se fala, no campo do direito constitucional, da necessidade da construção de uma "nova", ou, quando menos, "típica" hermenêutica, à altura dos novos *tipos normativos*, a *constitucionalização* referida acima convida para a *mesma* reflexão no campo do direito processual civil. Mais ainda quando a Constituição Federal é eleita como elo metodológico fundamental de compreensão do próprio direito processual civil nos moldes propostos *e* aplicados pela Parte II deste *Curso*.

Assim, o que deve ser posto em relevo é a constatação de que, nos padrões atuais de interpretar e aplicar o direito como um todo – e o direito processual civil em específico –, os mesmos padrões da hermenêutica tradicional, oitocentista, são claramente insuficientes. Eles não conseguem comunicar às normas jurídicas o seu rico campo de abrangência e as variadas gamas de sua interpretação desejada (e, verdadeiramente, incentivada) desde o plano constitucional. Não há mais espaço para que se analise, na atualidade, o "Código de Processo Civil", como se ainda ele fosse o Código que veio à luz em 1973 e que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1974.

Não obstante o título que aquele corpo de normas ostenta (*Código*), as ferramentas hermenêuticas utilizadas para sua interpretação já não podem mais ser as mesmas. Não só porque o "Código", tal qual concebido originalmente, passou desde o próprio ano de 1973 por sensíveis alterações legislativas, culminando nas modificações substanciais que tiveram início em 1994 (v. n. 2.7, *infra*), mas, muito mais do que isto, porque o método de se compreender o direito como um todo e o direito processual civil em específico alterou-se substancialmente desde então.

A "constitucionalização" do direito processual civil, por si só, convida o

estudioso do direito processual civil a lidar com métodos hermenêuticos diversos – a "filtragem *constitucional*" de que tanto falam alguns constitucionalistas –, tomando consciência de que a interpretação do direito é valorativa e que o "processo", como método de atuação do Estado, não tem como deixar de ser, em igual medida, valorativo, até como forma de realizar adequadamente aqueles valores: *no* e *pelo* processo. A dificuldade reside em identificar adequadamente estes "valores" e estabelecer parâmetros o mais objetivos possível para que a interpretação e aplicação do direito não se tornem aleatórias, arbitrárias ou subjetivas. A "neutralidade" científica de outrora não pode, a qualquer título, ser aceita nos dias atuais; não desde a perspectiva de exame aqui proposta.

É por esta razão que vale destacar que o "Código de Processo Civil" da atualidade não é – nem pode mais pretender ser – "Código", no *mesmo sentido ideológico ou político* daquele que era em 1973. O nome "Código" ainda utilizado largamente justifica-se muito mais pela tradição, quiçá pelo costume, do que por uma opção ideológica coerente ou, quando menos, que repouse nas mesmas *escolhas* feitas pelo legislador anterior, de 1973, e na tradição do pensamento jurídico então predominante.

O comportamento intelectual, cognitivo e prático daquele que pretende estudar ou aplicar o "Código de Processo Civil" da atualidade deve ser, portanto, completamente diverso daquele que o moveu em direção à sua formulação original. As normas jurídicas que compõem os "Códigos" da atualidade e o "Código de Processo Civil" em específico são normas que enunciam princípios, são normas construídas mediante a técnica do emprego dos conceitos vagos e indeterminados; são normas, em suma, que pressupõem um diferente e distinto raciocínio judicial, um diferente e distinto método de interpretação e aplicação do direito pela autoridade judicial. Um método que reconhece – e até pressupõe – ser mito a *neutralidade* do juiz. Um método que reconhece – e até pressupõe – a *necessidade* de o juiz comunicar-se com os valores dispersos pela sociedade civil para bem aplicar a norma jurídica, levando-se em conta não os *seus* valores mas os valores *da sociedade* e, por isto mesmo, valores *jurídicos*. Até porque, não é desnecessária a afirmação, as normas jurídicas cada vez mais capturam especificidades e tecnicidades, típicas da evolução tecnológica e da própria sociedade, que não podem ser tratadas como normas de outra época, de outros tempos.

Um desdobramento do quanto consta do parágrafo anterior relaciona-se com a distinção entre "direito" e "fato". Certo que tal distinção é tarefa tortuosa, das mais árduas, e que ocupa séculos e séculos de reflexões dos juristas. Não obstante, e sem violar as finalidades a que se volta o presente *Curso*, é possível acentuar, com alguma tranquilidade, que o resultado desta pesquisa para os dias atuais, pelo menos para o "padrão" do direito atual, é que os campos jurídico e fático completam-se e comunicam-se necessariamente. Isto fica ainda mais evidente à medida que as normas jurídicas passam a valer-se assumidamente das características desenvolvidas acima.

Disto decorre a necessidade de abandonar a figura de um juiz que conhece e apreende os fatos quase que *intuitivamente*, no sentido de que ele

detecta sua existência mas tem pouca ou nenhuma percepção de suas reais consequências e efeitos no próprio mundo fático, e passar a conceber a figura de um juiz que tem conhecimento *consciente* destes mesmos fatos e de suas consequências jurídicas. Tudo para que o juiz esteja apto a produzir decisões racionalmente fundadas e socialmente aceitáveis.

Até porque não há como negar que a necessidade de captura do fato e do direito pelo magistrado pode envolver – e sempre envolverá, esta é a grande verdade – um juízo de valor, do próprio intérprete ou da própria sociedade. E neste sentido não haverá como olvidar a assunção, generalizada, de que ideologia, interpretação e aplicação do direito não são coisas tão diversas como, tradicionalmente, sempre se pregou. Muito pelo contrário.

2.6.5. O precedente jurisdicional e o processo civil da atualidade

Uma outra vertente digna de nota para caracterização, a mais completa possível – ainda que para fins de mera *constatação* –, do pensamento jurídico contemporâneo, que deve presidir as reflexões atuais do direito processual civil, diz respeito ao valor normativo que assume, no direito brasileiro, as decisões jurisdicionais em geral, mais ainda aquelas provenientes dos Tribunais Superiores, assim entendidos, para o direito processual civil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

O que, pelo menos tradicionalmente, relacionava-se, muito mais, como característica das estruturas de outros ordenamentos jurídicos (catalogadas em geral como pertencentes à família do *common law*, como a Inglaterra e os Estados Unidos), tem passado a ser também característica do direito brasileiro mais recente e isto não quer significar que o direito brasileiro, de tradição, pertencente à família do "civil *law*", tenha abandonado suas origens. Muito pelo contrário. Aqui, a exemplo das considerações que ocuparam os números anteriores, a tendência, posto ser inequívoca, é de *adaptação* do direito para as necessidades atuais do mundo contemporâneo.

Desde sua introdução lenta, ainda na década de 1960, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, passando pelo art. 63 da Lei n. 5.010/1966, chegando à Lei n. 8.038/1990 e, mais recentemente, à Emenda Constitucional n. 45/2004, ecoando, ainda, nas mais recentes reformas do Código de Processo Civil, editadas com vistas à regulamentação das novidades introduzidas com aquela Emenda Constitucional, em especial as Leis ns. 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.417/2006, as normas processuais civis passaram a admitir a possibilidade de que, uma vez resolvidos uns poucos casos sobre uma mesma questão, outros a eles similares acabariam por ser resolvidos da mesma forma e, até mesmo, diante daquela "jurisprudência", passou-se a admitir certos "atalhos" procedimentais, o mais notório deles os julgamentos monocráticos no âmbito dos Tribunais, estampados, dentre tantos dispositivos do Código de Processo Civil, no seu art. 557.

Não é o caso, aqui, de criticar ou elogiar estas modificações legais ou constitucionais. Suficiente, também aqui, a *constatação* desta nova realidade

normativa, deste novo "padrão" da norma jurídica, para compreender como se deve pensar hoje o direito processual civil. Seja porque determinadas decisões têm efeitos *vinculantes*, seja, quando menos, porque têm efeitos "meramente *persuasivos*"; nunca, para a experiência jurídica nacional, foi tão importante saber o que e como os Tribunais decidem as mais variadas questões. E saber como eles decidiram para saber como eles vão decidir nos sucessivos "novos" casos que lhes são apresentados para julgamento. O que vale destacar é que cresce cada vez mais a tendência do direito processual civil brasileiro a lidar com "precedentes jurisdicionais", assim entendidas como gênero as expressões usadas com frequência pela lei processual civil brasileira, a "jurisprudência dominante" e as "súmulas".

Esta tendência, inegável na atuação do Supremo Tribunal Federal de mais de quarenta anos e, mais recentemente, assumida expressamente nas novas regras de direito processual civil e que se mostra irreversível até como assunção de um novo e necessário método de trabalho nos Tribunais em virtude do enorme acúmulo de trabalho, leva o processualista a ter que compreender adequadamente o que é e o que não é um "precedente jurisdicional" e sua carga normativa correspondente. E mais do que isto: é absolutamente indispensável que todos os operadores do Direito tenham plena consciência do que é trabalhar com "precedentes", com "súmulas" ou, de forma mais ampla, com "jurisprudência". Não é correto, por exemplo, "interpretar" os meros *enunciados* das Súmulas como se eles fossem "leis", esquecendo-se, nestes casos, do que realmente importa quando se trata de um precedente jurisprudencial: verificar em que medida, no caso atual, o caso que será julgado, mostram-se *suficientemente* presentes as mesmas condições fáticas e jurídicas que, presentes, levaram à decisão do caso pretérito. E mesmo que se tratasse da interpretação de uma "lei", não há como fechar os olhos às considerações apresentadas pelos números anteriores.

O fato é que cada vez mais a existência de "precedentes jurisdicionais" tem sido responsável pela produção de efeitos para dentro do processo e, como tais, eles não podem, desde sua gênese, até sua aplicação diuturna, passando, evidentemente, por suas inevitáveis transformações, ser olvidados por quem se predispõe a estudar o direito processual civil como um todo.

Se, com relação ao tema, há ecos de "segurança jurídica" ou de "isonomia" – princípios constitucionais prestigiados pela Constituição Federal (v. ns. 5 e 10 e do Capítulo 1 da Parte II, respectivamente) –, a dificuldade em se aceitar este novo padrão reside em verificar que, diferentemente do que sempre se deu no direito processual civil brasileiro, cada vez mais o julgamento de uns poucos casos têm condições de *vincular* (de forma mais ou menos intensa; com ânimo de obrigatoriedade, ou não) o resultado de outros futuros. A dificuldade deve ser sublinhada mesmo quando o "ser afetado" pela decisão pretérita significa, quando menos, que o procedimento a ser adotado para resolução de uma nova demanda sofrerá alterações profundas justamente em face do que já se decidiu em demanda anterior.

2.6.6. O papel do juiz na ordem jurídica atual

Quase que com ânimo de conclusão das considerações com as quais se ocuparam os números anteriores, é importante destacar o papel que o magistrado assume no que este *Curso* resolveu, pelas razões expostas desde o n. 2, *supra*, chamar de "fase contemporânea" do estudo do direito processual civil.

O que é necessário destacar é que se o paradigma de produção do ordenamento jurídico na atualidade é diverso daquele sob o qual todo o sistema processual civil, no sentido de sistema em que foi construído todo o arcabouço científico do direito processual civil, foi concebido e se desenvolveu, novas formas de apreciação desta *legalidade* devem ser concebidas.

Assim, a necessidade de *abertura interpretativa* é uma *necessidade* para todo o sistema jurídico. Ela precisa ser "generalizada", não se limitando, apenas, à temática dos "direitos fundamentais" ou das questões que têm assento expresso na Constituição Federal. A necessidade de abertura não repousa, apenas, na interpretação de uma norma constitucional. Também as normas legisladas (no sentido de normas-leis, normas infraconstitucionais) caracterizam-se, cada vez mais, pela mesma abertura. É ver os novos "Códigos" com seus princípios, suas cláusulas gerais e seus conceitos vagos e indeterminados, permitindo que o magistrado, em cada caso concreto – e não mais o legislador abstrata e genericamente –, o *criador* do direito a ser aplicado, analise, em concreto, quais são os valores que devem, ou não, prevalecer. É ver, mesmo nos "velhos Códigos", como é o caso do Código de Processo Civil, que, mesmo de uma forma bem tímida, aquela técnica já havia sido empregada pelo legislador do início dos anos 1970, e que as recentes e constantes reformas trazidas para ele, as "novas normas processuais civis", cada vez mais adotam esta *técnica legislativa* diferenciada.

Não se trata apenas da necessidade de acentuar a prática e o aprimoramento de uma democracia *substancial*, que substitui uma democracia meramente *formal*, também no ambiente do direito processual civil, tendo o exercício da função jurisdicional como pano de fundo, forte no que foi escrito até o momento. Trata-se de verdadeira questão de *legitimidade* do sistema jurídico como um todo. Mais ainda, quando esta *abertura* do sistema jurídico como um todo coloca, na ordem do dia, mais e mais, a amplíssima discussão sobre a "judicialização da política" e da "politização do direito" ou da "justiça". E se é verdade que uma tal discussão se apresenta, muito mais intensamente no plano constitucional, não é exclusivo daquele plano, mormente em um sistema como o nosso, que admite, generalizadamente, o contraste, perante o Judiciário, dos "interesses e direitos" supraindividuais e, sem ressalvas, de um Judiciário que deve enfrentar diuturnamente – porque a jurisdição, no Brasil, é una (v., em especial, o n. 4.4 do Capítulo 1 da Parte III) – todas as questões que envolvem os conflitos entre particulares e Administração Pública.

Disto, portanto, decorre a constatação de que o incremento dos poderes do juiz deriva, por vezes, da modificação da própria lei material e não necessariamente de qualquer regra de direito processual. No elenco dos deveres do juiz não há, nas últimas reformas pelas quais vem atravessando o Código de

Processo Civil, qualquer dado novo, expressamente colocado pelo legislador reformista. Ninguém poderá, contudo, seriamente colocar em dúvida que a nova conformação das cláusulas gerais do Código Civil de 2002 incrementou – e em muito – os poderes do magistrado entre nós por causa da sua indisfarçável necessidade de interpretação-aplicação-criação pelo juiz. O mesmo tem que ser dito para os direitos fundamentais quando filtrados no *e* para o plano do direito processual civil.

Esta tendência – mesmo que menos tendência e muito mais *característica* que, só mais recentemente, veio a ser descortinada ou o que parece ser mais correto, *conscientemente apreendida* – de que a produção normativa não leva ao ideal de segurança jurídica que sempre pregou, que historicamente pregou, é que captura o estudo do direito processual civil do momento atual.

No entanto, o que vale destacar é que se é verdade que, na batalha entre a "efetividade" e a "segurança", a "efetividade" vem, cada vez mais, ganhando espaço no processo civil, e a maior prova do acerto desta afirmação está nas leis que, desde 1994, transformaram, por completo, a estrutura do Código de Processo Civil (v. n. 2.7, *infra*), a *segurança* jurídica não pode, simplesmente, ser abandonada e esquecida. Ela e os valores que representa são, ainda, essenciais ao ordenamento jurídico. O que se busca, doravante, é verificar em que medida é compatível uma maior ênfase de *efetividade* na *segurança* ou de *segurança* na *efetividade* a partir do novo modelo, do novo paradigma de ordenamento jurídico.

Um dos desafios que se põe para o processualista civil da atualidade, destarte, é levar em consideração, na *forma* do exercício da função jurisdicional, esta nova verdade decorrente do próprio direito material (substancial), passando por todas as vertentes expostas nos números anteriores.

A inafastável consequência da evolução do pensamento do direito e a concordância, entre filósofos e teóricos do direito, de que o fenômeno jurídico *não pode* ser pensado de forma "pura" ou "neutra", despido de outros elementos que não os exclusivamente jurídicos, é a percepção de que o juiz, ao *aplicar* o direito, é um *criador* de normas jurídicas. O caráter "avalorativo", típico do positivismo jurídico do século XVIII a meados do século XX, já não pode mais ser acatado. Trata-se, é certo, de uma modalidade de *criação* um tanto diferente daquela que está sob responsabilidade do legislador, mas a interpretação e a aplicação do direito, mesmo quando feitas pelo juiz que tem o dever de julgar um caso concreto, são, necessariamente, *criativas*.

Justamente porque não se compreende possa ser mais o juiz dos dias atuais a mera "boca da lei", deve ele, no seu ofício, bem capturar para bem aplicar, nos casos concretos, os valores que estão dispersos pela sociedade e no próprio Estado, nas mais variadas facetas de sua atuação especializada. O juiz, pois, tem que se voltar para a sociedade para bem aplicar o direito. Mais do que nunca a distinção entre "lei" e "fato" é falsa, errônea. Não há lei sem fato que determine sua aplicação. É voz corrente na doutrina a de que um "conceito vago", um "princípio", uma "cláusula geral" pressupõe, para sua aplicação – e, antes disto, para sua *interpretação* –, um fato. A ponto de haver aqueles que

propõem, justamente em função desta necessária e inafastável *simbiose* entre fato e lei, que o tradicional "silogismo jurídico", em que a premissa maior é a lei, a premissa menor, o fato e a conclusão é a subsunção da lei ao fato, seja *invertido*. A captação do *fato* como premissa maior é essencial, até mesmo, para identificação da lei a ser aplicada. Daí a necessidade de inversão da ordem das premissas deste silogismo. Quando menos que se reconheça a insuficiência do caráter meramente *subsuntivo* da aplicação da regra ao caso concreto e passe a se reconhecer seu caráter de *concreção* ou *concretização*.

O consequente incremento dos poderes do juiz a partir de um novo padrão de norma jurídica ou diante de uma nova forma de sua enunciação é inegável. Deixa-se de lado o mito da neutralidade do juiz, mero aplicador *automático* da lei, e passa-se a lidar com o juiz que se sabe necessariamente influenciado pelos valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado. O juiz, antes mero *aplicador* da lei, dada como pronta e acabada pelo legislador, passa a ser, hoje, compreendido como elo fundamental na cadeia de *produção* normativa. É ele, isto não tem por que ser negado, *criador* da norma jurídica. E, além de *aplicar* o direito, o juiz deve ter *poderes* para *instrumentar* (realizar), concretamente, a sua decisão, o que, de sua parte, convida a uma *reconstrução* de outros temas do direito processual civil, assunto que ocupa o Capítulo 1 da Parte III, quando da abordagem do tema "tutela jurisdicional".

A principal conclusão a que o assunto até aqui exposto deve conduzir é a de que o "novo padrão da norma jurídica" (sua consciente abertura e valoração) não pode ser realidade desconhecida ou menosprezada por quem se predispõe a estudar o direito processual civil. Ao contrário do que poderia dizer respeito e ter interesse apenas para o estudioso da filosofia do direito, a teoria geral do direito encontra o seu eco – não há como negar isto – na compreensão mais ampla de cada "ramo", de cada "área" do direito. Com o direito processual civil não é diverso. Ter *consciência* de que o ordenamento jurídico, considerado como um todo, aceita um novo e diverso paradigma normativo daquele vigente à época de edição do Código de Processo Civil de 1973 e que, de uma maneira mais ou menos clara, muito das leis que alteraram o Código de Processo Civil nos últimos anos buscou incorporar muitas destas conquistas para aquele conjunto de normas é ter consciência da necessidade de pautar a compreensão do direito processual civil no seu devido contexto que é o de compreender, no seu sentido mais amplo, como o Estado-juiz resolve com ânimo de definitividade um conflito de interesses intersubjetivo e em que condições esta resolução – dizer qual é o direito aplicável em um dado caso concreto – é tarefa que se justifica de acordo com as opções políticas de cada ordenamento jurídico (para cá, todo o pensamento é voltado ao brasileiro) e que, por isto mesmo, pode aceitar diversas variações.

Se o direito processual civil volta-se, em última análise, ao estudo da atuação do Estado, de uma específica função do Estado, a jurisdicional, é acientífico não levar em conta a matéria-prima que será manuseada necessariamente pelo agente do Estado ao longo de seu método de atuação, que é o processo.

A *consciência* destas considerações convida o estudioso do direito processual civil a compreender em que medida o resultado último da tutela jurisdicional – a paz social pelo reconhecimento imperativo do direito aplicável ao caso concreto e a criação de condições efetivas de sua realização prática – tem de ser aderente ao cada vez mais complexo e multifacetário ordenamento jurídico, voltado à regulação de uma sociedade e de um Estado que também são cada vez mais complexos e multifacetários. Não só o *fim* (a "justiça material", para empregar expressão bastante usual) mas também o *meio* da atuação do Estado-juiz (o "devido processo") diz respeito intimamente ao estudo do direito processual civil.

2.7. **As reformas do Código de Processo Civil**

O número anterior, a exemplo do n. 2.5, faz as vezes não propriamente de uma conclusão parcial mas, menos do que isto, de ordenação de ideias, distinguindo-as nos três grupos a que fez referência o n. 2, *supra*. Ainda era prematura a conclusão das considerações até aqui traçadas porque, para se tratar de conclusão propriamente dita, fazia-se mister assentar bem as premissas. É este o intento anterior. A conclusão, a verdadeira conclusão, é poder traçar algumas linhas sobre o tema agora enfrentado, relativo às reformas do Código de Processo Civil, isto é, indicar em que condições as *bases do pensamento contemporâneo* do direito processual civil adotado por este *Curso* podem (e devem) guiar o processualista civil (o estudioso do direito processual civil) na sua tarefa de dar ordenação às normas processuais civis, de sistematizá-las, portanto.

O Código de Processo Civil, Lei n. 5.869/1973, vem passando por sensíveis e diversas reformas desde quando ele foi concebido. Ocorre que, por força da predominância do pensamento do direito processual civil até aqui exposto, crescente e cada vez mais aceito e difundido desde o início da década de 1990, o Código de Processo Civil tem sido constantemente e substancialmente reformado para que muitas das críticas e das opções desenhadas pela doutrina e pela jurisprudência à luz dos contrastes da incidência dos valores constitucionais sejam expressamente disciplinadas no Código de Processo Civil, evitando, com isto, qualquer discussão a respeito de sua adoção, ou não, pelo ordenamento brasileiro.

Tantas e tão profundas as Reformas pelas quais o vigente Código de Processo Civil – de cunho *estrutural*, até mesmo – vem passando que se entendeu oportuna nomeação de uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, para a preparação de um Anteprojeto de novo Código de Processo Civil. É esse Anteprojeto que, em junho de 2010, foi apresentado ao Presidente do Senado Federal e que, naquela Casa, converteu-se no Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 166/2010, cujo Relator-Geral é o Senador Valter Pereira e que aguarda votação Plenária na Câmara dos Deputados a partir do que foi aprovado na Comissão Especial daquela Casa Legislativa. É suficiente, pelas razões expostas nas Notas Introdutórias das mais recentes edições deste *Curso*, esta menção àquele trabalho, além das *informações* que ocupam o

Apêndice 2.

Na dogmática mais recente do direito processual civil, forte na *necessidade* de o legislador processual implementar o *modelo político* do Estado brasileiro – em estreita consonância, pois, com as considerações que ocuparam o n. 2.5, *supra* (afinal, o processo é um "microcosmos do Estado Democrático de Direito") –, clama-se, cada vez mais, pela *eficiência* do processo – e não, apenas, por sua *economia* – no sentido de ele dever produzir, sempre, os melhores resultados possíveis e aguardados desde a perspectiva do direito material, mesmo que, em algumas situações, em detrimento do ideal de *segurança* jurídica que, em visão tradicional, é, e para muitos continua sendo, a própria razão de ser do Direito (sobre esta dicotomia, v. os ns. 5 e 15 do Capítulo 1 da Parte II).

Este conflito dicotômico entre "eficiência" e "segurança" jurídicas, contudo, não é típico do processo. Ele está presente no atual estágio da dogmática jurídica. O "conhecer" e o "sistematizar" o direito enfrentam, necessariamente, esta dicotomia. Não se trata, portanto, de uma "exclusividade" ou *característica* do direito processual civil.

Neste sentido, para dar máximo aproveitamento e aplicabilidade às bases do pensamento reflexivo que será aplicado no desenvolvimento deste *Curso*, é que não se pode desconsiderar que muitas vezes os conflitos experimentados pelo processo civil, justamente por ser ele um "microcosmos do Estado Democrático de Direito", assim, por exemplo, os relativos à "sua" efetividade, justificam-se por algo que está *fora dele*, processo, do que, ao contrário do que se poderia pensar à primeira vista, por algo inerente, próprio, exclusivo ou "interno" a si próprio.

A necessidade do proferimento de uma decisão mais rápida e, portanto, mais frágil do ponto de vista de sua sustentação ou menos refletida como, tradicionalmente, se era de esperar, em detrimento do proferimento de uma decisão tomada após todo o debate possível e imaginável que a questão pode sugerir e, mais, pode merecer, destarte, é algo que, se é verdade, caracteriza o estudo do direito processual civil na atualidade, é muito mais decorrência de uma total modificação de todo o ordenamento jurídico. Se a conformação, a sistematização, a lógica do todo está em crise ou, quando menos, repousa, hoje, em paradigma diverso, suas distintas partes, dentre elas a relativa ao direito processual civil, também precisam observar a mesma conformação, sistematização e lógica. Não pode haver descompasso entre o todo e seus elementos de formação. Isto é inconcebível.

Assim é que temas como a "tutela de urgência", a "tutela antecipada", a "tutela específica", os efeitos vinculantes ou persuasivos das decisões judiciais dos variados níveis hierárquicos, novos contornos da própria organização dos atos e fatos processuais ao longo do processo (novos procedimentos, portanto), vêm passando, cada vez mais, para a pauta do direito processual civil e, por isto, suas sensíveis modificações não podem ser deixadas de lado. Como se trata, no entanto, de um *Curso* de direito processual civil, estas novas "soluções", estas novas "opções" do legislador brasileiro serão apresentadas, em seu tempo, já inseridas no seu devido contexto. O que se dá neste vol. 1, à guisa da elaboração

de uma "teoria geral do direito processual civil", é que a análise de determinados temas mais amplos e genéricos acaba, por vezes, em trazer à tona o "estado bruto" daquelas questões.

Quando a atenção do leitor é chamada para a circunstância de que neste número está exposta a "conclusão" das noções apresentadas pelos números anteriores, a ênfase deve recair na ideia de que a assunção expressa, pelo direito positivo brasileiro, de determinadas diretrizes que tiveram nascimento em cogitações doutrinárias e na aplicação do direito no dia a dia do forense (o que é decisivo para a formação da jurisprudência), significa, em última análise, o acerto metodológico adotado para o desenvolvimento deste *Curso*.

Se o movimento de Reforma do Código de Processo Civil – inclusive o relativo à elaboração de um novo Código de Processo Civil – parte, consciente e expressamente, da modificação das *leis processuais civis* brasileiras com vistas a transformar, para melhor, o "acesso à justiça", tornar o processo mais "efetivo" (e não apenas mais rápido), viabilizar a melhor e a mais adequada tutela jurisdicional de "ameaças" e "lesões" a direito, não há razão para desconhecer que esta *ideologia* faz-se presente não só no produto daquela iniciativa (as próprias leis da Reforma) mas, muito além disto, acaba por refletir os próprios valores espalhados pelo ordenamento jurídico, mormente e, em primeiro lugar, na Constituição Federal e no "modelo constitucional do direito processual civil" que, como demonstra a Parte II, desde as suas considerações introdutórias, *impõe* ao legislador, ao intérprete e ao aplicador do direito – compreendida neste último grupo cada uma das funções essenciais à Justiça – um específico "dever-ser" do direito processual civil como um todo a ser implementado, isto é, *construído* concretamente. É este o contexto proposto por este *Curso* para que se desenvolva um estudo *sistemático* do direito processual civil e de cada um de seus temas, cada um de seus institutos. É esta a construção que tem início na Parte seguinte, com a aplicação das premissas aqui expostas quanto a este pensamento contemporâneo do direito processual civil.

Parte II

O MODELO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Feitas as considerações que tomaram corpo no Capítulo 2 da Parte I deste *Curso* quanto à necessidade de serem estabelecidas (novas) bases para a construção de um (novo) pensamento contemporâneo do direito processual civil, um aspecto deverá ter ficado claro porque mencionado insistentemente: é a partir da Constituição Federal que se deve buscar compreender o que é, para que serve e como "funciona" o direito processual civil.

A Parte II, que agora se inicia, tem como objetivo a aplicação *concreta* daquelas premissas metodológicas, forte nos desdobramentos de cada um dos itens lá apresentados, e, com isto, oferecer aos que a elas aderirem uma visão ampla do direito processual civil no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Para tratar de "direito processual civil" é insuficiente referir-se ao "Código de Processo Civil". Se é que isto já foi válido alguma vez em tempos idos, o que é certo, absolutamente certo, é que o "direito processual civil" como, de resto, todos os outros ramos e disciplinas jurídicas está inserido em um *contexto* bem mais amplo, que é o da Constituição Federal. Não há como, para ir direto ao ponto, tratar de "direito", de "qualquer direito", sem que se volte os olhos em primeiro lugar para a Constituição. Até porque, e isto é uma especial verdade para o direito positivo brasileiro, uma mera leitura que se faça de um índice da nossa Constituição revelará que ela regula uma gama absolutamente fantástica de assuntos, quase tudo, a bem da verdade.

Evitando desvios de toda a ordem, o que releva afirmar e fixar como premissa metodológica fundamental para se tratar de qualquer assunto de direito processual civil é que os dispositivos do Código de Processo Civil ou da legislação processual civil extravagante como um todo não bastam por si sós. Não estão "soltos". Mais ainda: é insuficiente para a tão conhecida e festejada "interpretação sistemática do direito" compararem-se alguns poucos textos de lei com outros textos da mesma ou de outra lei para estabelecer, entre eles, uma aparente ordem de "regra geral" para "regra específica" ou de "regra geral" para "regra excepcional". Mais importante do que tudo isto e que deve ser posto em primeiro lugar, inclusive em ordem de pensamento, é verificar em que medida a Constituição Federal *quer* que o direito processual civil seja.

É verificar, na Constituição Federal, qual é (ou, mais propriamente, qual *deve ser*) o "modo de ser" (de *dever-ser*) do direito processual civil como um todo. É extrair, da Constituição Federal, o "modelo constitucional do direito processual civil" e, a partir dele, verificar em que medida as disposições legais anteriores à sua entrada em vigência foram por ela recepcionadas e em que medida as disposições normativas baixadas desde então se encontram em plena consonância com aqueles valores ou, escrito de forma mais precisa, bem realizam os desideratos que a Constituição impõe sejam realizados pelo direito processual civil ou que têm condições de *concretizar* o modelo constitucional do direito processual civil. É verificar, em suma, de que maneira o legislador e o magistrado – este sempre municiado por todos os sujeitos do processo, isto é, todos aqueles que de uma forma ou de outra atuam no processo –, cada um desempenhando seu próprio mister institucional, têm que conceber, interpretar e aplicar as leis para realizar adequadamente o modelo constitucional do direito

processual civil.

Como bem escrevem Italo Andolina e Giuseppe Vignera (*Il modello costituzionale del processo civile italiano*, p. 11), em tradução livre para o português: "Na nova perspectiva pós-constitucional, o problema do processo não se limita apenas ao seu 'ser', isto é, à sua concreta organização de acordo com as leis processuais vigentes, mas também ao seu 'dever-ser', ou seja, à conformidade de sua disciplina positiva com as previsões constitucionais relativas ao exercício da atividade jurisdicional".

De forma bem simples e bem direta é possível (e necessário) concluir no sentido de que é a Constituição Federal o ponto de partida de qualquer reflexão do direito processual civil (e penal e trabalhista também, mas eles não interessam aos fins do presente *Curso*). A Constituição Federal e o "modelo constitucional do direito processual civil" dela extraível são o eixo sistemático (consciente) do estudo do direito processual civil. É o que este *Curso* se propõe a fazer.

O plano *constitucional* delimita, impõe, molda, contamina o *modo de ser* de todo o direito processual civil e de cada um de seus temas e institutos. O plano infraconstitucional do direito processual civil é, assim, caracterizado, conformado, pelo que a Constituição *impõe* acerca da forma de exercício do poder estatal. Justamente porque é esta "forma de exercício do poder estatal" que deve ser entendida por "processo", um dos temas fundamentais do direito processual civil (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte III), o acerto da metodologia aqui proposta fica ainda mais evidente. Quando a análise recai sobre a atuação do Estado-juiz, do exercício da atividade jurisdicional, destarte, absolutamente correto falar-se em "modelo constitucional do *processo* civil", expressão um pouco mais restrita, pelas razões expostas desde as Palavras Iniciais deste *Curso*, que "direito processual civil".

Tanto o plano *técnico* do processo (o "ser" do processo, do método de exercício do Estado-juiz) como seu plano *teleológico* (os fins a serem atingidos pelo processo, isto é, pela atuação jurisdicional do Estado) são necessariamente vinculados ao modelo que a Constituição reserva para ele e, mais amplamente, para todo o objeto do direito processual civil. Mas não só os temas relativos ao "processo" propriamente dito mas também ao "direito processual civil" como um todo derivam diretamente da Constituição Federal. A consequência de a lei afastar-se destas diretrizes é por todos conhecida: a lei é inconstitucional ou, para alguns, quando anterior à promulgação da Constituição, terá deixado de ter sido recepcionada pelo sistema constitucional vigente. De um ou de outro modo, entretanto, a lei contrária às diretrizes constitucionais do direito processual civil deve ter sua aplicação concreta rejeitada e, graças às amplas possibilidades do exercício do controle da constitucionalidade das leis, típico do sistema brasileiro, que combina os controles "abstrato ou concentrado" e "concreto ou difuso" (v. n. 3 do Capítulo 2, *infra*), pode sê-la em cada caso concreto que se apresente para solução perante o Poder Judiciário.

O plano *técnico* do processo é, assim, derivado da Constituição. É seu reflexo, sua forma de *concretização,* de *aplicação* ou de *realização*. É a forma pela qual o legislador busca cumprir as garantias colocadas na Constituição

Federal. Pensar o direito processual civil a partir da Constituição Federal é uma necessidade, e vale enfatizar, uma vez mais, não se trata de uma particularidade deste ramo do Direito. Todo o Direito só pode (e, em verdade, só deve) ser pensado, repensado, estudado, analisado e, consequentemente, sistematizado (sempre no sentido de "construído") a partir da Constituição Federal. Nada no Direito pode querer estar em dissonância com a Constituição Federal. Ela é o diapasão pelo qual todas as outras normas jurídicas – princípios ou regras – devem ser afinadas, medidas e ouvidas, é dizer: tornadas realidade sensível, concreta, a ser experimentada por e para seus destinatários.

Que isto, no entanto, não leve à conclusão de que a atuação do Estado-juiz, o *processo*, portanto, cumpre seu papel pela mera circunstância de bem cumprir as *formas* que a Constituição lhe impõe, independentemente da consecução de determinados fins. O processo tem como finalidade, como objetivo, algo que lhe é exterior. Ele não vale por si próprio; sua finalidade não é só aplicar o direito material corretamente, realizando-o de maneira concreta, independentemente do atingimento de determinados fins. É neste sentido que se deve entender a já clássica afirmação de que o processo é mero *instrumento* do direito material; que ele não é meio mas fim. Não basta, desta forma, a obediência *intrínseca* das normas constitucionais; é mister sua observância *extrínseca*. Não basta haver conformidade com relação à própria atuação do Estado-juiz às normas que a conformam (o "modelo constitucional do *processo civil*") mas, mais amplamente, impõe-se a observância de todas as normas constitucionais que dizem respeito ao assunto aqui discutido, ao "modelo constitucional de direito processual civil", portanto.

Assim, além de o processo ter que "ser" conforme o modelo constitucional do processo, ele deve ser interpretado e aplicado com os olhos voltados à realização concreta de valores e situações jurídicas que são a ele exteriores, passando, necessariamente, pelos valores que a própria Constituição exige que, pelo direito processual civil, considerado como um todo, sejam devidamente realizados. Por isto, é importante enfatizar que são só o plano *técnico* mas também o *teleológico* (seus fins) interessam ao processo e, mais amplamente, ao direito processual civil como um todo. Ambos são queridos e, verdadeiramente, impostos pela e na Constituição Federal.

Para que esta observação fique clara: não há como esquecer sempre, em qualquer caso, que o processo é *método de manifestação do Estado Democrático e de Direito* e que, por isto mesmo, ao solucionar os conflitos que são levados ao Estado-juiz, o "processo" viabiliza o atingimento de duas finalidades ao mesmo tempo. A primeira: a satisfação dos litigantes mediante o reconhecimento e a atuação do direito controvertido. A segunda: o atingimento dos objetivos do Estado, prestacionista por definição, com a realização dos valores e ideologias que caracterizam e justificam a sua própria razão de ser. Quando se afirma que o processo é instrumento do direito material, esta colocação, absolutamente correta, deve ser compreendida neste contexto *duplo*. Trata-se da realização do direito material controvertido levado para solução pelos litigantes (o pagamento da dívida inadimplida; a devolução do tributo pago indevidamente; o

prosseguimento das atividades de estabelecimento comercial que se pretendia fechar, por exemplo) e do direito processual (de origem e contorno constitucional) que conforma e justifica a própria atuação e razão de ser do Estado Democrático de Direito, em todos os exemplos, a entrega da prestação jurisdicional adequada às necessidades do caso concreto.

O processo, portanto, deve ser lido e relido à luz da Constituição Federal. Há uma correlação necessária entre ambos e uma inegável dependência daquele nesta. Ler e interpretar as normas processuais civis desde a Constituição Federal, desta forma, deve ser entendido como um verdadeiro método de estudo. O mesmo tem que ser dito com relação aos institutos do direito processual civil em geral, todos eles. Tais institutos, mesmo quando cunhados pelos processualistas do passado, têm que passar, necessariamente, por uma etapa de *filtragem constitucional*, assim entendida a verificação de sua conformidade (e em que grau) com as diretrizes da Constituição Federal (v. n. 2.6.4 do Capítulo 2 da Parte I). Não só, isto é importante de ser frisado, para verificar o que a Constituição reserva para o direito processual civil como um todo mas, muito além disto, para criar condições, pelo processo, pela atividade jurisdicional, dos valores reservados pela Constituição, quer pelo próprio método de exercício do poder (o "processo"), quer, muito além disto, para a tutela dos direitos materiais, individuais e coletivos, lesados ou ameaçados que são levados ao Estado-juiz para solução com ânimo de definitividade. Assim, a perspectiva metodológica que guia o desenvolvimento de todo este *Curso* é no sentido de que o direito processual civil e cada um de seus institutos devem ser pensados a partir da Constituição Federal, realizando os seus valores e, nesta medida, o que compete àquele que se predispõe a estudar as normas de direito processual civil é extrair delas – de todo o *sistema* – seu máximo aproveitamento em prol da realização dos próprios valores que a Constituição "quer" que sejam realizados no ambiente do direito processual civil, *no* e *pelo* processo. O processo tende a ser "bifronte": ele, o *processo*, serve-se da Constituição Federal mas tem como finalidade primeira realizar os valores da própria Constituição Federal, para aqueles que estão em conflito e para o próprio Estado, que é quem exerce a função jurisdicional. Por isto, os valores constitucionalmente previstos e assegurados devem ser alcançados (isto é, realizados concretamente) *pelo* e *no* processo, *pela* e *na* atuação do próprio Estado-juiz.

Estudar o direito processual civil dando destaque largo e explícito, declarado, aos "princípios *constitucionais* do processo civil", assim como, a seu tempo, aos "princípios *infraconstitucionais* do processo civil" (v. Parte IV), e, mais amplamente, aos demais segmentos constitucionais que se ocupam do direito processual civil – amplamente: o "modelo constitucional do direito processual civil" – tem a grande vantagem de viabilizar uma melhor compreensão de toda a matéria regulada pelo Código de Processo Civil e pela legislação processual civil esparsa. Até porque, em função das diversas e profundas modificações pelas quais o Código vem atravessando nos últimos anos – e não há previsão para que elas se encerrem em um breve espaço de tempo e também porque não há qualquer iniciativa forte o suficiente para se cogitar de

um *novo* e *verdadeiro* Código de Processo Civil –, sua unidade e ordem, vale enfatizar, elementos indispensáveis para a construção de um sistema, acabaram por se perder.

Rigorosamente, o nosso Código de Processo Civil já não pode mais ser chamado de "Código". Ele perdeu, mercê das diversas e profundas alterações que sofreu de forma mais intensa a partir da metade dos anos 1990, as características básicas que poderiam a ele ser dadas para que fosse lido, interpretado e tido como um "Código". Não que não exista espaço para "Códigos" no direito atual. A observação não tem pretensão de ser tão genérica e ampla. O que importa destacar é, diferentemente, que as diversas Reformas pelas quais o Código de Processo Civil atravessou, nos últimos quinze anos, tiveram o condão de descaracterizá-lo como *Código*, justamente porque retiraram dele seus elementos unificadores, harmonizadores e racionalizadores.

O que releva é que, melhor do que um "Código" no sentido tradicional do termo, o método mais apropriado para tratar do direito processual civil na atualidade – mormente, vale a ênfase, à luz das radicais alterações sentidas no plano infraconstitucional – é o de entendê-lo como um *sistema* de direito processual civil. E referir-se a "sistema" quer destacar que o "Código" já não tem mais a mesma *estrutura* lógica, harmônica, racional e coerente de quando foi promulgado. Já não é mais "Código" porque as diversas normas jurídicas que, com o passar do tempo, passaram a lhe incorporar são, muitas delas, suficientes para *desestruturá-lo* por completo. Basta isto para recusar o nome "Código" ao que, na verdade, não é mais Código. O que há hoje é, a bem da verdade, uma *consolidação* de leis de direito processual civil que são postas ou *expostas*, excluídas ou incluídas, num núcleo central, a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, o chamado, em homenagem ao seu passado, "*Código* de Processo Civil". E, mesmo com as diversas leis da "reforma" do processo civil, há inúmeras outras, as leis *extravagantes* (esparsas) do direito processual civil que nunca pretenderam e nunca fizeram parte de Código nenhum. Todas elas tratam também de "direito processual civil" no sentido mais amplo da palavra, clamando pela sua compreensão em um mesmo *sistema*.

O grau de dispersão das leis que regem o direito processual civil como um todo, destarte, exige que aquele que se predisponha a examiná-lo busque um critério seguro que viabilize a sua sistematização, que lhe dê a necessária *unidade* e *ordem*. Um critério que possa, de alguma forma, dar-lhe a aparência, pelo menos, de ser um todo só, unitário e coerente. Este *Curso* assume que um tal grau de unidade e ordem só pode ser obtido pela Constituição Federal. É a partir da Constituição Federal e das suas opções políticas e jurídicas – o "modelo constitucional do direito processual civil" – que o direito processual civil como um todo deve ser estudado; é a partir dela que o direito processual civil pode ser compreendido como um todo *sistemático*. Neste sentido, as relações entre o direito processual civil e a Constituição têm que ser entendidas muito mais como método de estudo do processo. Um método de estudo de todas as normas processuais civis desde a Constituição Federal. O prisma metodológico, expressa e conscientemente, assumido por este *Curso*, destarte, é o "modelo constitucional

do direito processual civil".

Em virtude do elo de ligação – de *unidade* – eleito, só cabe enaltecer a importância do processualista, cada vez mais identificar e saber trabalhar com a compreensão adequada das ricas tramas e recíprocas e inafastáveis interações entre o que está na Constituição Federal (não só relativamente ao "direito processual civil", aliás) e as normas que, à guisa de concretizar os valores e as opções feitas por aquela Carta, tornam menos abstratas suas disposições.

Até porque, para retomar o tom com o qual este número abriu e para frisar a mensagem dos parágrafos anteriores, tratar o Código de Processo Civil como um "Código" nos moldes tradicionais é desconhecer e apequenar as profundas, verdadeiramente radicais, reformas pelas quais ele atravessou muito intensamente nos últimos quinze anos. De "Código" ele ainda porta o nome. Sua estrutura, a sua lógica, a sua "ordem" e "unidade", enfim, já não existem mais. Por isto, mais correto metodologicamente do que se referir a um "*Código* de Processo Civil" é se referir a um "*sistema* de direito processual civil". Um *sistema* por construir, é certo, mas um *sistema* que tem, como linha ordenadora e unificadora, o "modelo constitucional do direito processual civil".

Mas, e é esta a mola propulsora deste *Curso*, não há mais razão para se *conformar* com um método fadado ao fracasso em todos os sentidos. O direito dos "Códigos" – e o derivado do *Código* de Processo Civil, de 1973, não é exceção – caracteriza-se por apresentar soluções preconcebidas, fornecer um sistema preordenado e unitário, pronto para ser aplicado. O direito dos "princípios", mormente dos princípios extraíveis diretamente da Constituição, diferentemente, é realidade a ser construída. Um *sistema de direito processual civil* não é preconcebido, pronto ou acabado; ele é construído em busca da criação de um todo harmônico. Sua visão é *prospectiva*, não *retrospectiva*; é *criativa* e não *descritiva*.

Reapresentadas, na forma dos parágrafos anteriores, as preocupações que ocuparam mais intensamente o Capítulo 2 da Parte I, é chegado o momento de verificar no que consiste o "modelo constitucional do direito processual civil". Para bem aplicá-lo, para verificar em que medida ele será usado como eixo metodológico do estudo de todos, o direito processual civil, é mister extraí-lo da Constituição.

Na Constituição, há uma série de normas que dizem respeito ao direito processual civil como um todo. Embora seja seu *conjunto* que corresponda ao "modelo constitucional do direito processual civil" – por isto, o título dado a esta Parte do *Curso* –, cabível a identificação, para fins didáticos, em quatro grupos distintos (embora complementares), cada um voltado, mais especificamente, a compor uma parte própria deste "modelo constitucional".

O primeiro destes grupos, em geral identificado pela doutrina como *tutela constitucional do processo*, corresponde aos princípios e às garantias que a Constituição consagra e impõe como modo de institucionalizar critérios e parâmetros democráticos, dos quais não se pode afastar a lei infraconstitucional e segundo os quais os magistrados pautarão suas decisões e a própria interpretação do direito. É neste conjunto de *normas* jurídicas que se encontram as

características que impõem o específico "dever-ser" do "processo", como método de atuação do Estado-juiz, no direito processual civil brasileiro. Este grupo caracteriza-se, por isto mesmo, por dar forma mínima (mas inafastável) ao *processo*, como ele "deve-ser", quais são as características básicas que a atuação do Estado-juiz deve preencher para não destoar daquilo que a Constituição lhe impõe. Este primeiro grau compreende os chamados "princípios constitucionais do processo civil". São as normas componentes deste grupo, vale o destaque a partir do que já foi escrito anteriormente, que integram, rigorosamente, o que pode ser chamado de "modelo constitucional do *processo civil*". "Processo", sempre entendido como *parte integrante* do "direito processual civil", como método de atuação do Estado-juiz.

De outro lado, a Constituição traz uma série de outras normas voltadas a disciplinar específicos modos de exercício de tutela jurisdicional. Assim, apenas para fins ilustrativos, quando a Constituição garante o mandado de segurança (art. 5º, LXIX), quando trata da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*), quando autoriza que o Supremo Tribunal Federal expeça súmulas como caráter vinculante (art. 103-A) e, até mesmo, quando impõe determinado *procedimento* para requisitar ao Estado o pagamento de valores em dinheiro devidos por força de decisões jurisdicionais (art. 100). Este grupo, como se pode verificar de sua identificação, já não se volta ao modo de ser do *processo* jurisdicional como um todo. Diferentemente, as normas constitucionais nele reunidas justificam seu elo de ligação, sua lógica, sua racionalidade, seu senso de unidade, de coesão, de harmonia porque prescrevem específicos comportamentos do Poder Judiciário diante de determinadas situações diferenciadas, indicadas pela própria Constituição Federal. Por isto, é correto tratá-las como verdadeiros casos de *procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados*.

Um terceiro grupo de normas constitucionais relevantes para a construção do "modelo constitucional do direito processual civil" diz respeito às disposições da Constituição Federal sobre a organização da Justiça. São normas relativas à organização do Poder Judiciário, que vão desde a criação e a instalação dos Tribunais no ordenamento jurídico brasileiro, passando pela sua competência, isto é, por quais matérias serão julgadas por cada um dos Tribunais e juízos de grau inferior, por sua composição e, até mesmo, por diretrizes de sua organização interna. Neste grupo, as normas também não se voltam ao "modo de ser do *processo* civil", isto é, o meio, a forma pela qual os órgãos jurisdicionais exercem sua função – seu método de atuação – mas, bem diferentemente, quem são, o que fazem e como se organizam os diversos órgãos jurisdicionais, vale dizer, os órgãos que compõem o Poder Judiciário.

Há, por fim, um quarto grupo de normas constitucionais voltadas a disciplinar as funções essenciais à Justiça, assim compreendidos a Magistratura, o Ministério Público, a Advocacia (privada e pública) e a Defensoria Pública. A característica marcante das normas constitucionais reunidas neste grupo é que elas se voltam ao "modo de ser" das *instituições* destinadas, desde seu nascedouro e com assento expresso na Constituição Federal, a exercer e colaborar, no sentido mais amplo do termo, com o exercício da função

jurisdicional, e, muito mais do que isto, com a administração da Justiça, para o atingimento das finalidades mais fundamentais do próprio Estado brasileiro (art. 3º da Constituição Federal).

Os capítulos seguintes voltam-se, com as indicações e as remissões neles feitas, ao exame de cada um destes grupos de normas que compõem o modelo constitucional do processo civil brasileiro.

Os Princípios Constitucionais do Processo Civil

1. INTRODUÇÃO

A exposição dos quatro grandes blocos de normas jurídicas a que fez referência o intróito desta Parte II tem início pelos "princípios constitucionais do direito processual civil". Os "princípios constitucionais" ocupam-se especificamente com a conformação do próprio *processo*, assim entendido o método de atuação do Estado-juiz e, portanto, método de exercício da função jurisdicional. São eles que fornecem as diretrizes mínimas, mas fundamentais, do próprio comportamento do Estado-juiz. É esta a razão pela qual, no desenvolvimento deste trabalho, a menção à expressão "modelo constitucional do *processo civil*", sem qualquer ressalva, quer se referir mais especificamente a este primeiro grupo de normas, o relativo aos "princípios constitucionais do direito processual civil", a uma das partes, pois, que integram o "modelo constitucional do direito processual civil".

Para ilustrar a importância e o alcance deste primeiro grupo de normas para as finalidades enunciadas no parágrafo anterior, basta supor que não existisse nenhuma *lei* sobre direito processual civil no Brasil. Nem o Código de Processo Civil, nem a farta legislação processual civil extravagante, nem, tampouco, normas estaduais ou infralegais as mais variadas. O que haveria, nesta suposição, seria a Constituição Federal, tal qual ela vige no Brasil de hoje. Pela ausência de quaisquer normas de direito processual civil em nível infraconstitucional, as autoridades competentes convocariam os especialistas para elaborá-las e, mais especificamente, para decidir como o Poder Judiciário atuaria para desempenhar a sua finalidade primeira, que é a de resolver conflitos, pacificando a sociedade e o próprio Estado. Quando os especialistas começassem a se questionar como o Estado-juiz se manifestaria em cada caso concreto, isto é, como seria o "processo", eles deveriam levar em conta necessariamente os princípios constitucionais do processo civil. Nenhuma norma infraconstitucional poderia se desviar daquele corpo de normas que a Constituição reserva para o "dever-ser" do próprio *processo*. O processo a ser elaborado não poderia, por exemplo, desprezar o contraditório, a ampla defesa, a motivação das decisões judiciais, a publicidade, a economia e a racionalidade de seus atos, e assim por diante.

Evidentemente que as opções a serem feitas pelos "especialistas" para perseguir estes valores – as chamadas *técnicas processuais*, portanto – são extremamente variáveis mas, por mais amplas e abertas que elas possam ser, uma coisa é certa, elas não podem infirmar, contrariar ou pôr-se contra os princípios constitucionais do processo civil. É correto, portanto, tratar os princípios constitucionais do processo civil como significativos de um modelo mínimo, mas indispensável, mas vinculante, mas impositivo, para a atuação do Estado-juiz.

Pertinente uma ressalva: os demais três grupos de normas integrantes do "modelo constitucional do direito processual civil" não poderiam ser olvidados pelos hipotéticos especialistas. Eles também *vinculariam* o seu poder criativo e a adoção das *técnicas processuais* da mesma forma. O que releva destacar, contudo, é que no caso dos demais grupos de normas não se está, propriamente, a tratar do "modo de ser" do "processo", como método de atuação do Estado-juiz. Está a se tratar, bem diferentemente, de outros institutos relativos ao "direito processual civil" (e não ao "processo"), assim a existência de *procedimentos especiais* para tutelar determinados direitos individuais ou coletivos (Capítulo 2); a organização do Judiciário brasileiro (Capítulo 3); e o papel que determinadas instituições terão que desempenhar para o atingimento das finalidades a serem executada pela função jurisdicional e, mais amplamente, pela "Justiça" (Capítulo 4). O ponto de contato, inegável, entre as normas componentes de cada grupo é consequência natural do critério classificatório empregado por este *Curso*. São todas elas normas relativas à compreensão *constitucional* do direito processual civil e de cada um de seus institutos, dentre eles o "processo" em si mesmo considerado.

As colocações até aqui desenvolvidas ficam ainda mais relevantes por uma característica do direito brasileiro.

Os princípios constitucionais do processo civil – que moldam o "modo de ser" do processo –, explicitados fundamentalmente, mas não exclusivamente, no art. 5º da Constituição Federal, prescindem de lei para "existirem juridicamente". É que o referido dispositivo deve ser lido (e interpretado e aplicado) rente ao que dispõem seus dois primeiros parágrafos. De acordo com eles, todos os direitos e garantias lá previstos não exigem nenhuma regra que os implemente concretamente. São, para empregar nomenclatura consagrada na doutrina tradicional, "normas de eficácia plena". São, para empregar nomenclatura que vem sendo cunhada pela doutrina mais recente, "direitos fundamentais". E mais: o que o art. 5º expressamente prevê – e são setenta e oito incisos com amplíssimos desdobramentos – não exclui que também seja parte integrante do direito brasileiro – do sistema constitucional brasileiro e, pois, do "modelo constitucional do processo civil" – aquilo que deriva do regime e dos princípios adotados pela Constituição brasileira e pelos tratados internacionais que o Brasil seja signatário.

A afirmação do parágrafo anterior não pretende negar a importância da lei para regrar as situações sociais, as relativas à atuação do Estado e as inafastáveis inter-relações entre sociedade e Estado, inclusive aquelas que dizem respeito ao processo civil. Evidentemente que não. O que a justifica, bem

diferentemente, é, tão somente, a compreensão de que não cabe àquele que se predispõe a estudar seriamente uma matéria sentar-se à espera de uma lei para dizer aquilo que está dito já, previamente, no *sistema*, que é *extraível* do sistema; que está por *construir*, independentemente da atuação do "Estado-legislador". Se não houver lei que *concretize adequadamente* o "modelo constitucional do processo civil", em específico o "modo de ser do processo", tal qual imposto pelos princípios constitucionais do processo civil e, nem por isto, o Estado-juiz não poderá (melhor: *deverá*) atuar aqueles mesmos valores, realizando-os concretamente. Também o Estado-juiz deve realizar os *direitos fundamentais* que incorporam o ordenamento jurídico brasileiro como fazem prova maior os "princípios constitucionais do processo civil". Os "princípios constitucionais do processo civil", para ir direto ao ponto, são *normas* veiculadoras de *direitos fundamentais* e, neste sentido, todos os avanços que os teóricos dos direitos fundamentais alcançam em seus estudos *devem* ser utilizados pelo estudioso do direito processual civil.

O comando do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal justifica-se, em última análise, como *diretriz* que deve necessariamente ser seguida – trata-se de *norma jurídica* – no sentido de se ler, interpretar e aplicar o processo civil *pela* e, mais do que isto, a partir da Constituição Federal. Não se deve entender isto de forma limitada, como, tradicionalmente prega-se, como se a leitura do direito processual civil à luz da Constituição Federal fosse justificada apenas como uma tarefa de identificar qual a fonte normativa que tem maior nível hierárquico e qual deve, diante de um conflito de sentidos e significados, prevalecer por este critério. Trata-se, bem diferentemente, de identificar em que medida pode-se dar concreção às finalidades do próprio Estado *também* pelo e no processo civil. E isto, aqui reside o destaque que merece ser dado, independentemente de qualquer "lei" anterior ou posterior à Constituição de 1988. O realizar o "modelo constitucional do direito processual civil", especificamente naquilo que diz respeito ao seu "ser", ao seu "modo de ser", independe de lei. Depende, isto sim, de atos concretos que podem (que *devem*) ser tomados pelo próprio Estado-juiz e, de forma mais ampla, por cada uma das funções essenciais à Justiça.

Não há como negar, com os olhos voltados para a própria Constituição brasileira, em especial para uma das mais recentes Emendas Constitucionais, a de n. 45/2004, a chamada "Reforma do Judiciário", que o seu art. 7º dispôs que o Congresso Nacional deveria instalar, imediatamente após a promulgação daquele Ato, comissão especial mista destinada a elaborar os projetos de lei necessários a regulamentar a matéria nela tratada e promover alterações na legislação federal, objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional. O dispositivo fixou, até mesmo, um prazo para a consecução destas tarefas, de cento e oitenta dias. A circunstância de haver uma determinação de que deverão ser editadas leis para implementar concretamente as inovações trazidas por aquela Emenda, desde o plano constitucional, ainda que reformador, não afasta a correção das observações feitas até aqui. É que mesmo sem leis que regulamentem uma a uma as "novidades" ou alterações trazidas, para o processo civil, por aquela Emenda Constitucional, suas novas diretrizes, ao lado daquelas

que, desde 1988, já integravam o "modelo constitucional do processo civil", devem ser entendidas como método de interpretação e aplicação do direito processual civil como um todo. Mesmo sem lei "nova", que crie condições, por exemplo, de um processo "durar razoavelmente", é mister que o intérprete e o aplicador do direito processual civil comprometam-se com o atingimento daquele *objetivo*, daquele *valor*, daquela finalidade, é dizer: que eles passem a entender e a aplicar as normas de direito processual civil de modo a atingir aqueles resultados mesmo sem qualquer alteração no plano infraconstitucional. É este o alcance que deve ser dado ao § 1º do art. 5º da Constituição Federal. É este o compromisso concreto de *sistematizar* o direito processual civil a partir do plano constitucional. É este o resultado "prático" da aplicação da teoria dos "direitos fundamentais" ao plano do processo civil, compreendendo, em última análise, que os "princípios constitucionais do processo civil", justamente porque são *normas jurídicas*, correspondem a direitos fundamentais que deverão ser realizados concretamente pelo Estado, por todo ele, por qualquer de suas funções, inclusive pelas que interessam mais de perto para o desenvolvimento deste *Curso*, as essenciais à Justiça.

2. PRINCÍPIOS JURÍDICOS: BREVES ILAÇÕES

Antes de estudar, um a um, os princípios constitucionais do processo civil, contudo, é importante fixar algumas diretrizes teóricas para melhor compreender o que são "princípios jurídicos", como interpretá-los e como aplicá-los.

Os princípios são importantes auxiliares no ato do conhecimento, na compreensão global do sistema. São a base do ordenamento jurídico. São as ideias fundamentais e informadoras de qualquer organização jurídica. São os elementos que dão racionalidade e lógica, um sentido de coesão e unidade ao ordenamento jurídico. Dão ao todo um aspecto de coerência, logicidade e ordenação. São instrumentos de construção de um sistema, seu elo de ligação, de coordenação, sua ordem e sua unidade.

Como todo princípio jurídico, a utilidade de seu conhecimento e utilização dos princípios constitucionais do processo civil está em que eles atuam como verdadeiros "guias" para o intérprete e para o aplicador do direito nas dificuldades interpretativas e nas lacunas do sistema. Não obstante o "processo civil brasileiro" seja, em larga escala, *codificado*, não há como deixar de verificar que são inúmeras as lacunas que seus textos legais e suas regras deixam transparecer. Mais ainda quando colocado em destaque, e tem que ser assim, o contexto adequado para exame do próprio direito na atualidade (v., em especial, o Capítulo 2 da Parte I e o n. 1, *supra*). Os princípios, neste contexto, são ferramentas indispensáveis, até mesmo, para viabilizar a solução a problemas práticos.

Os "princípios constitucionais do processo civil" (como, de resto, quaisquer outros princípios constitucionais ou legais) são dados de direito positivo. Longe de pretender suscitar questões típicas da filosofia do direito ou da teoria

geral do direito nesta sede, não há por que duvidar de que os princípios, embora sejam *valores*, são elementos constitutivos do direito positivo e nada têm de metafísico ou, quando menos, de metajurídico. Eles, como *normas jurídicas* que são, *vinculam* o intérprete e o aplicador do direito.

O que deve ser bem compreendido é que as normas jurídicas são gênero do qual os *princípios* jurídicos e as *regras* jurídicas são espécies bem diferentes. O que distingue estas duas espécies de normas jurídicas é, fundamentalmente, a densidade normativa de uma e de outra.

Quando se trata de *princípios jurídicos* – e é sobre eles que se volta a exposição presente, porque eles têm esta natureza "impura", não exclusivamente jurídica, não obstante sejam dados de direito positivo –, a melhor compreensão é que os princípios constitucionais do direito processual civil veiculam *direitos fundamentais* –, sua funcionalidade, é dizer, sua interpretação e aplicação difere bastante daquela que, em geral, é dada e tida como a única na formação dos bacharéis de Direito. Pelo menos numa formação mais tradicional, presa aos Códigos e à armadilha fácil de querer ver neles o "direito como um todo", pronto, acabado, sistematizado. Ver nos Códigos um direito feito e preconcebido pelo legislador que, mesmo em abstrato, teve condições de resolver todos e quaisquer conflitos da realidade concreta. Isto é (e sempre foi) ilusão. Não há como o direito preexistente conceber a solução exata ou adequada para as mais variadas situações de direito material. É por isto que é bastante comum que os princípios sejam entendidos, por boa parte dos seus teóricos, como verdadeiros "mandados de otimização": os valores enunciados pelos princípios pressupõem que sejam criados os meios necessários para seu atingimento em cada caso concreto.

Interpretam-se e aplicam-se "princípios jurídicos" de forma muito diferente do que as "regras jurídicas" são interpretadas e aplicadas. Porque as "regras", por definição, têm em mira uma limitação clara e inequívoca de casos que reclamam sua incidência, o que não ocorre com os princípios; porque as regras colidem umas com as outras e revogam umas às outras e os princípios, não; eles *convivem* uns com os outros mesmo quando se encontrem em estado de total colidência. Eles não se revogam, não se sucedem uns aos outros, mas, bem diferentemente, *preponderam*, mesmo que momentaneamente, uns sobre os outros. Eles tendem, diferentemente do que ocorre com regras colidentes, a conviverem, uns com os outros, predominando, uns sobre os outros, mesmo que temporariamente, mas sem eliminação (revogação) recíproca. Eles, os princípios, tendem a se *acomodar* em um mesmo caso concreto que reclama sua incidência, conforme sejam as necessidades presentes ou ausentes que justificam a sua incidência.

De resto, os princípios assumem fundamental papel na própria interpretação e aplicação das regras jurídicas. Isto se deve fundamentalmente pela especial qualidade de densidade normativa e valorativa que caracteriza um princípio jurídico como tal, em contraposição às regras jurídicas. Assim, é incorreta a interpretação da regra quando ela entra em contradição, explícita ou implícita, com os princípios; se a interpretação da regra resultar em duas ou mais

alternativas, deve prevalecer a que melhor se afinar aos princípios incidentes na espécie; a extensão ou a restrição da regra deve ser calibrada pela restrição ou extensão do próprio princípio incidente na espécie; os princípios jurídicos são importantes ferramentas para colmatar as lacunas do ordenamento jurídico, isto é, para normatizar situações que não foram expressamente previstas pelo legislador.

Vale a pena ilustrar o que foi exposto pelo parágrafo anterior. Se uma regra jurídica dispõe que o prazo para contestação é de quinze dias e a outra diz que o prazo, dadas algumas características inerentes a uma pessoa, é de sessenta dias – é o que se verifica nos arts. 297 e 188 do Código de Processo Civil, respectivamente –, uma das regras, diante do fato concreto, vai prevalecer sobre a outra como se a outra simplesmente não existisse. Se se perguntar, por exemplo, a um advogado público qual é o prazo que ele tem para responder a uma ação que tramita de acordo com o procedimento ordinário, a resposta que se vai ouvir dele, absolutamente correta, é a de que ele tem sessenta dias para apresentar resposta. Este conflito entre duas regras – qual dos dois dispositivos do Código de Processo Civil aplica-se ao caso concreto? – é muito diferente de se saber, por exemplo, se, à luz do princípio do contraditório, deve prevalecer a aplicação de cada uma daquelas regras naqueles casos em que o prazo legal mostrar-se absolutamente insuficiente para o amplo exercício da defesa do réu ou se é possível ao magistrado fixar um prazo diferente daquele previsto na lei. E mais: saber quais os critérios concretos que devem guiar o magistrado naqueles casos, absolutamente excepcionais, em que a lei dá ao magistrado liberdade para fixar o prazo para apresentação da resposta ou para estendê-lo. É o que se dá, por exemplo, no caso da "ação rescisória" (art. 491) e na "ação popular" (art. 7º, IV, da Lei n. 4.717/1965), respectivamente.

Ademais, a dificuldade de quaisquer respostas quando se leva em conta a incidência dos princípios jurídicos repousa na peculiaridade de quando os princípios jurídicos apresentam-se em conflito. Como eles representam, em geral, ideias ou noções (valores) opostas umas às outras e que, em cada caso concreto, precisam *preponderar* umas sobre as outras, põe-se invariavelmente a questão de se saber qual dos dois princípios, qual dos dois valores, antagônicos, contrários entre si, deve prevalecer. É o tema do número seguinte.

2.1. **O chamado princípio da proporcionalidade**

O que caracteriza a interpretação e a aplicação dos princípios é o seu *conflito* e a necessidade de seus valores antagônicos *preponderarem*, mesmo que momentaneamente uns sobre os outros, em cada caso concreto que reclame a sua incidência. Disto resulta uma questão, cuja resposta tem dado ensejo a diversas pesquisas. Como decidir o conflito entre princípios? Como saber qual princípio deve *preponderar*, no sentido de prevalecer, momentaneamente, sobre o outro?

As questões são pertinentes e elas fazem coro à resposta que a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657/1942), em seus §§ 1º a 3º do art.

2º, fornece para a hipótese de conflito entre *regras jurídicas*. Quando *regras jurídicas* conflitam entre si, deve prevalecer a mais recente e a mais específica. Estes critérios de solução de conflitos entre regras são *objetivamente* constatáveis, de mais fácil aplicação, portanto. Mas qual é o mecanismo para resolver semelhante questão quando o choque se dá entre princípios?

A doutrina especializada desenvolveu, a este propósito, o que, por vezes, é chamado de "princípio da proporcionalidade" mas que, rigorosamente – e isto de acordo com os próprios teóricos do tema –, deve ser entendido como "*regra* da proporcionalidade". Regra e não princípio, justamente pelas suas características, em especial porque ela, regra da proporcionalidade, não admite qualquer hesitação, quanto à sua aplicação, em termos de preponderância valorativa.

A "regra da proporcionalidade" fornece critérios os mais objetivos possíveis que deverão ser empregados para solucionar os impasses de *preponderância* dos diversos princípios jurídicos em cada caso concreto. É esta regra que deve ser utilizada em todos os casos em que o intérprete ou o aplicador do direito não conseguir compatibilizar os princípios conflitantes. Estes critérios são os seguintes: regra da adequação; regra da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com a regra da *adequação*, o que se deve buscar é a exata correspondência entre meios e fins para que haja uma correlação lógica entre os fins e os meios utilizados ou utilizáveis para serem alcançados.

A regra da *necessidade* impõe a avaliação dos próprios meios adotados para atingimento das finalidades. Ele leva a uma consideração crítica sobre a existência de outros meios possíveis para ser alcançado o mesmo fim. Na exata medida em que haja outros meios, deve se dar preferência àquele que traga menores prejuízos, a menor restrição a quaisquer outros direitos.

A regra da *proporcionalidade em sentido estrito* faz as vezes de uma verdadeira conferência ou reexame das regras anteriores em que se viabilize um exame da correspondência entre os meios e os fins, sopesando as vantagens e as desvantagens da solução dada ao caso concreto.

Em termos bem diretos, não é errado comparar a "regra da proporcionalidade" à balança que comumente é vista nas representações de Têmis, o símbolo da Justiça. Pela "regra da proporcionalidade", é dado ao magistrado *ponderar* as situações conflitantes do caso concreto para verificar qual, diante de determinados pressupostos, deve proteger concretamente, mesmo que isto signifique colocar em situação de *irreversibilidade* a outra. É por intermédio desta "regra" que o magistrado consegue *medir* os valores dos bens jurídicos postos em conflito e decidir, concretamente, qual deve proteger, qual deve prevalecer, mesmo em detrimento (ou eliminação momentânea) do outro.

Assim, quando houver bens jurídicos de valores diversos em conflito, o magistrado está autorizado a aplicar o que lhe parece, consoante as características do caso concreto, o mais importante, o mais relevante, o que, na sua visão – e consoante as características de cada caso concreto que se apresente para solução –, tem condições de tutelar melhor e mais adequadamente o direito. Pela regra da proporcionalidade, cria-se, para o magistrado, condições *concretas*

e reais de bem aquilatar as variadas situações que lhe são apresentadas no dia a dia forense e que o mais criativo dos legisladores não teria condições de colocar, exaustivamente, numa lista a ser seguida pelo juiz.

Como não é possível o estabelecimento *prévio* e *unívoco* de qualquer prevalência entre os diversos princípios jurídicos (relativos ao processo civil ou, mais amplamente, entre quaisquer princípios do direito), é que se faz mister que o magistrado, ao considerar sua aplicação em cada caso concreto, faça-o *motivadamente*, explicando as razões pelas quais entende que um deve prevalecer sobre o outro, dando especial destaque às considerações acima identificadas, vale dizer: justificando por que o princípio prevalecente é o mais *adequado*, por que é o mais *necessário*, dizendo, em última análise, por que a solução é mais justa para o caso concreto (regra da proporcionalidade em sentido estrito). Fosse possível elaborar um catálogo que apresentasse as soluções para cada possível conflito entre princípios jurídicos e, certamente, a importância da *justificação* da *decisão* judicial não seria tão relevante, tão indispensável. Como, entretanto, uma tal catalogação não é viável, dadas as próprias características e configurações dos princípios e as variadas situações de vida que podem clamar pela sua incidência, é que a atuação judicial cresce em importância jamais concebida no Estado Democrático de Direito, no Estado Constitucional. Também por este fundamento, porque o juiz, conscientemente, *escolhe* qual o valor que prevalecerá em cada caso concreto, é que o tema da *motivação* das decisões judiciais é tão relevante para o processo civil da atualidade. Sobre ele, v. o n. 12, *infra*.

Neste sentido, aliás, vale destacar o papel fundamental que o magistrado desempenha em todos aqueles casos em que, expressa ou implicitamente, o legislador reconhece-lhe *espaço* para decidir, *criando*, verdadeiramente, a norma jurídica aplicável.

Assim, é correto o entendimento de que os princípios jurídicos têm de conviver entre si; não para se excluir reciprocamente. Sua aplicação em cada situação da vivência do direito dá-se pela mera *preponderância* (momentânea) de certos valores mais evidentes por eles representados. O método de constatação de qual princípio deve prevalecer em cada caso concreto repousa na "regra da proporcionalidade". Sua escorreita aplicação depende da qualidade da motivação das decisões jurisdicionais.

3. ACESSO À JUSTIÇA

Feitas as considerações que ocuparam os números anteriores, é hora de expor os princípios constitucionais do processo civil, viabilizando, ao longo da exposição, sua problematização para fins ilustrativos. Até porque, por força da própria exposição anterior, não há como negar a escorreita compreensão dos princípios jurídicos pressuporem a sua *concretização*.

O primeiro dos princípios constitucionais do processo civil que deve ser exposto é o usualmente chamado de "acesso à justiça" e que tem como

sinônimos "acesso à ordem jurídica justa", "inafastabilidade da jurisdição", "inafastabilidade do controle jurisdicional" ou "ubiquidade da jurisdição".

Ele quer significar o grau de *abertura* imposto pela Constituição Federal para o processo civil. Grau de abertura no sentido de ser amplamente desejável, no plano constitucional, o acesso ao Poder Judiciário. É o que se lê, com todas as letras, do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A compreensão de que nenhuma lei excluirá *ameaça* ou *lesão* a direito da apreciação do Poder Judiciário deve ser entendida no sentido de que qualquer forma de "pretensão", isto é, "afirmação de direito" pode ser levada ao Poder Judiciário para solução (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte I). Uma vez provocado, o Estado-juiz tem o dever de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta mesmo que seja negativa no sentido de que não há direito nenhum a ser tutelado ou, bem menos do que isto, uma resposta que diga ao interessado que não há condições mínimas de saber se há, ou não, direito a ser tutelado, isto é, que não há condições mínimas de exercício da própria função jurisdicional, situação que merecerá exame no n. 3 do Capítulo 3, *infra*.

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal é expresso quanto a qualquer *ameaça* ou *lesão* a direito: não pode ser afastada do Poder Judiciário. Isto quer dizer, de maneira bem direta, que toda atuação jurisdicional – e, consequentemente, todas as técnicas incorporadas e a serem incorporadas ao direito processual civil – não pode se limitar a lidar, como se verificou na evolução de seu estudo científico, com situações de lesão já consumadas, relegando a função jurisdicional a uma função de reparar estas lesões, dando, na medida do possível, condições de repor as coisas ao estado anterior.

Não que não haja espaço e, mais do que isto, em função do que os números anteriores quiserem demonstrar, *necessidade* de pensar em uma atuação jurisdicional também voltada – e adequada e eficazmente (v. n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte III) – a *reparar* ou a *sancionar* lesões ocorridas no passado. Mas é aqui que repousa a grandeza do princípio constitucional em exame, novidade trazida para o ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1988, também a mera situação de *ameaça* a direito, isto é, um direito ainda não lesionado, ainda não danificado, uma situação que ainda não revela quaisquer prejuízos, deve receber adequada e eficaz tutela jurisdicional.

É como se disse, que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal impusesse um repensar do processo civil em duas grandes frentes. Uma delas voltada à reparação de lesões ocorridas no passado, uma proposta *retrospectiva* da função jurisdicional, e outra, voltada para o futuro, uma visão *prospectiva* do processo, destinada a evitar a consumação de quaisquer lesões a direito, é dizer, a emissão de uma forma de proteção jurisdicional (de tutela jurisdicional) que *imunize* quaisquer ameaças independentemente de elas converterem-se em lesões. Independentemente, até mesmo, de elas gerarem quaisquer danos. Basta, quando a ameaça é o foro das preocupações da atuação jurisdicional, que haja uma situação antijurídica.

A preocupação revelada pelos parágrafos anteriores e, mais do que eles,

pela própria Constituição Federal, fica ainda mais evidente quando se lembra das diversas situações de direito material que não permitem, pela sua própria natureza, qualquer expressão econômica, qualquer consideração valorativa em dinheiro. É imaginar os direitos da personalidade constitucionalmente (art. 5º, X) e infraconstitucionalmente assegurados (art. 21 do Código Civil) e o direito ao meio ambiente, nos termos do art. 225 da Constituição Federal. Nestes casos, para expor apenas dois exemplos bem significativos, ou se protege o direito ainda ameaçado, retirando-a, evitando que ela, ameaça, torne-se lesão, ou qualquer forma de tutela (de proteção) será não só tardia como inócua.

Assim, em termos bem diretos, o "acesso à justiça", garantido expressamente pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, convida para uma renovada reflexão – e correspondente sistematização – do direito processual civil como um todo (e do processo em particular) com vistas a que o exercício da função jurisdicional proteja – por imposição constitucional adequada, eficaz e rapidamente (v., em especial, os ns. 15 e 16, *infra*) – situações de *ameaça* a direito como situações de *lesão* a direito. É mais que tempo, portanto, de pensar na tutela jurisdicional *preventiva* ao lado da tutela jurisdicional *repressiva*, classificação à qual se volta, a seu tempo oportuno, este *Curso* (v. n. 8.1.2 do Capítulo 1 da Parte III). A propósito de um dos exemplos colocados em destaque no parágrafo anterior, pertinente a ressalva, é bastante significativa a disposição do art. 12 do Código Civil, que não encontra similar no Código Civil anterior, de 1916. De acordo com o dispositivo, "pode-se exigir que cesse a *ameaça*, ou a *lesão*, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei".

É importante destacar também que o acesso à justiça, tal qual delineado pela Constituição Federal, não se limita, como na tradição do direito brasileiro, a permitir que o indivíduo vá ao Judiciário para pretender tutelar (proteger) direito seu. Também entidades associativas, representativas, institucionais, podem pleitear direitos de seus associados ou, de forma ainda mais ampla, direitos da coletividade em geral naquilo que, já expôs o n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte I, vem sendo chamado de "direito processual coletivo". A Constituição Federal, com efeito, é repleta de situações em que expressamente "abre" o processo civil – tradicionalmente individual e privatístico, vale o destaque – para o coletivo e para o público. Assim, apenas, para ilustrar a afirmação, o art. 5º, XXI (que autoriza expressamente as entidades associativas a representar seus filiados judicial e extrajudicialmente); o art. 5º, LXX (que expressamente se refere à impetração do mandado de segurança *coletivo*); o art. 8º, III (que reconhece aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas); e o art. 129, III (que prevê a legitimidade do Ministério Público para ações civis públicas voltadas à tutela de interesses difusos e coletivos).

Por fim, mas não menos importante. Se a Constituição impõe que a lei não retire do Poder Judiciário a apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito, não há como negar que qualquer lei – e, com maior vigor ainda, qualquer ato infralegal – que pretenda subtrair da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou

lesão a direito é irremediavelmente inconstitucional. Como o exercício do direito de ação consagrado neste dispositivo impõe a manifestação do Estado-juiz e como esta atuação tem que ser adequada (devida) para outorgar a tutela jurisdicional tal qual requerida (v. n. 16, *infra*), não há como negar que nenhuma lei pode também pretender minimizar o *processo* e as técnicas processuais adotadas ou adotáveis por ele, para exercício escorreito da função jurisdicional, sob pena de, indiretamente, minimizar-se a amplitude do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e, por isto mesmo, ser irremediavelmente inconstitucional.

4. DEVIDO PROCESSO LEGAL

Se o princípio do "acesso à justiça" representa, fundamentalmente, a ideia de que o Judiciário está aberto, desde o plano constitucional, a quaisquer situações de "ameaças ou lesões a direito", o princípio do "devido processo legal" volta-se, basicamente, a indicar as condições mínimas em que o desenvolvimento do *processo*, isto é, o método de atuação do Estado-juiz para lidar com a afirmação de uma situação de ameaça ou lesão a direito, deve se dar.

Ele é expresso no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Trata-se, pois, de conformar o método de manifestação de atuação do Estado-juiz a um padrão de adequação aos valores que a própria Constituição Federal impõe à atuação do Estado e em conformidade com aquilo que, dadas as características do Estado brasileiro, esperam aqueles que se dirigem ao Poder Judiciário obter dele como resposta. É um princípio, destarte, de *conformação* da atuação do Estado a um especial modelo de agir.

O processo deve ser devido porque, em um Estado Democrático de Direito, não basta que o Estado atue de qualquer forma, mas deve atuar de uma específica forma, de acordo com regras preestabelecidas e que assegurem, amplamente, que os interessados na solução da questão levada ao Judiciário exerçam todas as possibilidades de ataque e de defesa que lhe pareçam necessárias, isto é, de *participação*. O princípio do devido processo legal, neste contexto, deve ser entendido como o princípio regente da atuação do Estado-juiz, desde o momento em que ele é provocado até o instante em que o Estado-juiz, reconhecendo o direito lesionado ou ameaçado, crie condições concretas de sua reparação ou imunização correspondente.

Pelas razões apresentadas no parágrafo anterior, o princípio do devido processo legal é considerado por boa parte da doutrina como um "princípio-síntese" ou "princípio de encerramento" de todos os valores ou concepções do que se entende como um processo justo e adequado, isto é, como representativo suficiente de todos os demais indicados pela própria Constituição Federal e, em geral, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência. Optou a Constituição brasileira, no entanto, por distinguir expressamente diversos componentes do devido processo legal pelo que é fundamental seu exame mais detalhado. Trata-se de uma explícita opção *política* do direito brasileiro quanto à previsão *expressa*

de uma série de princípios do processo civil, ainda que eles possam, em cada caso concreto, ter incidência conjunta. A iniciativa deve ser louvada e bem compreendida. A Constituição Federal brasileira, ao indicar, *expressamente*, qual é o conteúdo *mínimo* do "devido processo legal", não permite que qualquer intérprete ou aplicador do direito reduza o seu alcance e sua amplitude sem que isto incida em flagrante (e direta) inconstitucionalidade. Com isto, cria-se condições ainda mais propícias de realização concreta daquilo que se encarregou o n. 2, *supra*, de demonstrar.

Neste sentido, justamente porque a conceituação do que é e do que não é "devido processo legal" em abstrato é tarefa extremamente penosa (até mesmo, em função da adoção de palavras de textura aberta), a opção do constituinte deve ser louvada. Os demais princípios constitucionais acabam, a bem da verdade, indicando quais os padrões mínimos que devem compor o "método de atuação do Estado" (o processo), criando condições efetivas, por isto mesmo, de regular e legitimar a atuação do Estado-juiz em cada caso concreto.

O princípio do devido processo legal, contudo, não pode e não deve ser entendido como mera forma de *procedimentalização* do processo, isto é, da atuação do Estado-juiz em determinados modelos avalorativos, neutros, vazios de qualquer sentido ou finalidade mas, muito além disto, ele diz respeito à forma de atingimento dos fins do próprio Estado. É o que parcela da doutrina acaba por denominar "legitimação pelo procedimento", no sentido de que é pelo processo devido (e, por isto, não é qualquer processo que se faz suficiente) que o Estado Democrático de Direito terá condições de realizar amplamente as suas finalidades. É, justamente, o que já foi acentuado: o "processo" não é só forma de resolver conflitos de interesse subjetivo, aplicando coercitivamente, se for o caso, o direito material no caso concreto. O "processo" também, como é o método de manifestação do Estado Democrático de Direito, deve viabilizar que, ao longo de toda sua atuação, sua conformação política mostre toda sua plenitude, *qualificando* este atuar do Estado. Assim, todas as opções políticas, que influenciam o comportamento do próprio Estado, têm que estar presentes em toda atuação estatal e, por isto mesmo, têm que estar espelhadas no próprio *processo*. O aspecto político do processo (v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I) é indicativo do grau de desenvolvimento ou aperfeiçoamento da democracia (ou da democratização) de um dado Estado de Direito. O princípio do devido processo legal, neste contexto, é amplo o suficiente para se confundir com o próprio Estado Democrático de Direito.

Como o paradigma da reflexão jurídica da atualidade não repousa mais, suficientemente, na *lei* mas, bem diferentemente, na Constituição (v. n. 2.6 do Capítulo 2 da Parte I), alguns autores têm sugerido o emprego de nome que melhor descreva este fenômeno ao tratar do princípio do qual se ocupa o presente número. Assim, no lugar de um devido processo *legal*, que daria ensejo a ser destacado o papel da lei na conformação da atuação do Estado, tem-se dado preferência a devido processo *constitucional*, para enfatizar que a pauta de reflexão sobre o direito, em um modelo de Estado como o brasileiro, tem que partir da Constituição e não da lei.

Por fim, mas não menos importante, vale destacar que a distinção entre as expressões "devido processo legal *formal*" e "devido processo legal *substancial*" não guarda maior relação com o tema aqui tratado. O "devido processo legal" (ou o que parece ser mais correto, "devido processo *constitucional*") de que ocupou este número é (seria) o *formal*. O "devido processo legal *substancial*" busca, bem diferentemente, outras realidades, relativas à interpretação do direito como um todo e à temática da melhor interpretação possível no caso concreto. Ela, portanto, em si mesma considerada, não se relaciona ao modelo mais adequado de atuação do Estado-juiz, embora seja relevante no seu devido contexto que é o da interpretação judicial do direito. Dele se ocupa este *Curso* toda vez que se refere àquele tema e a seus desdobramentos (v., em especial, as considerações que ocupam o n. 2.6 do Capítulo 2 da Parte I e seus respectivos desdobramentos).

De qualquer forma, não há por que negar aqui mesmo que a importância do tema "devido processo legal *substancial*" cresce na exata medida em que se constata a (irreversível) "abertura" que tipifica o "paradigma" do direito dos dias atuais (v., em especial, os ns. 2.6.3 e 2.6.6 do Capítulo 2 da Parte I). Como a melhor interpretação do direito pode depender, muitas vezes, de uma maior, quiçá necessária, *interação* entre o órgão competente para aplicar a norma jurídica e os valores reinantes na sociedade civil e no próprio Estado – até mesmo pela complexidade, técnica inclusive, que, cada vez mais, tem caracterizado o objeto do regramento jurídico –, não há como negar que a melhor pauta de interpretação do direito pode depender, crescentemente, de uma mais ampla e generosa concepção do próprio *processo* (devido processo legal "formal", neste sentido) para permitir que o magistrado possa ter acesso a estes valores que, dispersos pela sociedade e pelo próprio Estado, mostram-se decisivos para interpretação e aplicação da norma jurídica.

5. CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório vem expresso no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

O núcleo essencial do princípio do contraditório compõe-se, de acordo com a doutrina tradicional, de um binômio: "ciência e resistência" ou "informação e reação". O primeiro destes elementos é sempre *indispensável*; o segundo, *eventual* ou *possível*.

A distinção, contudo, não pode levar a equívocos que esbarrariam no "modelo constitucional do processo civil". Ela não pode querer significar um magistrado indiferente ao resultado útil da atuação jurisdicional, do próprio processo. Até porque é o magistrado, mesmo sem provocação das partes, responsável por alimentar o contraditório no sentido usual da palavra ao longo de todo o processo. É fundamental, destarte, que sejam criadas condições concretas

do exercício do contraditório, não sendo suficiente a mera possibilidade ou eventualidade de reação. Ela tem de ser *real*. Ademais, a depender da qualidade do conflito de direito material levado para solução perante o Estado-juiz e dos fatos processuais, o estabelecimento do contraditório é expressamente determinado pela lei processual civil. Assim, por exemplo, quando o art. 320, II, diante de direitos indisponíveis, proíbe a possibilidade de julgamento sem a produção de outras provas, vedada a presunção que pode decorrer da inércia do réu, e quando o art. 9º, II, impõe para o réu revel citado não pessoalmente a nomeação de um "curador especial", forma de garantir, em um e em outro caso, um *efetivo* contraditório, que não se contenta em ser meramente potencial ou, menos do que isto, presumido, ficto.

As considerações trazidas pelo parágrafo anterior ficam mais claras quando se examina o contraditório no seu contexto adequado, discernindo-o da sua concepção clássica de "defesa", mesmo que "ampla" (v. número seguinte).

É que o contraditório, no contexto dos "direitos fundamentais" (v. n. 2.4 do Capítulo 2 da Parte I), deve ser entendido como o direito de influir, de influenciar, na formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo. Não se deve entendê-lo somente do ponto de vista negativo, passivo, defensivo. O Estado-juiz, justamente por força dos princípios constitucionais do processo, não pode decidir, sem que garanta previamente amplas e reais possibilidades de *participação* daqueles que sentirão, de alguma forma, os efeitos de sua decisão.

Justamente em função desta nova compreensão dos elementos "ciência" ou "informação" é que o princípio do contraditório relaciona-se, intimamente, com a ideia de *participação*, com a *possibilidade* de participação na decisão do Estado, viabilizando-se assim, mesmo que no processo, a realização de um dos valores mais caros para um Estado Democrático de Direito. O que se deve destacar, a este respeito, é que o princípio do contraditório deve ser entendido como a possibilidade de o destinatário da atuação do Estado *influenciar* – ou, quando menos, *ter condições reais, efetivas, de influenciar* –, em alguma medida, na decisão a ser proferida. Tanto assim que o caráter meramente *eventual* da "resistência" ou da "reação" não pode ser entendido como algo secundário ou, até mesmo, dispensável pelo seu titular. Dependendo da situação concreta, não há como admitir estar-se no âmbito de mera disponibilidade das partes o *participar* para *influir* na decisão judicial. O princípio do contraditório deve ser entendido como diálogo, como cooperação; é participação *também* no plano do processo. Contraditório é realização concreta, *também em juízo*, das opções políticas do legislador brasileiro sobre o modelo de Estado adotado pela Constituição brasileira. Contraditório é forma pela qual se efetivam os princípios democráticos da República brasileira, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais.

Não é por razão diversa que se fala tanto em "legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal", querendo-se com isto destacar que a manifestação do Estado – de todo ele, não só do Estado-juiz – será tanto mais legítima quanto maior for a possibilidade de os destinatários de seus atos, de suas

decisões, que têm caráter imperativo e vinculante, poderem se manifestar para *influenciar* a autoridade competente *antes* de ela decidir.

A doutrina brasileira mais recente, fortemente influenciada pela estrangeira, já começa a falar em "princípio da cooperação", uma específica faceta – quiçá uma (necessária) "atualização" – do princípio do contraditório, entendendo tal princípio como um necessário e constante diálogo entre o juiz e as partes, preocupados, todos, com o proferimento de uma melhor decisão para a lide. Neste sentido, o princípio da "cooperação" pode ser entendido como o princípio do contraditório, inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta. E por isto mesmo é que ele convida a uma renovada reflexão do próprio princípio do contraditório. De uma visão que relacionava o princípio somente às partes, à possibilidade de atuação das partes, é correto o entendimento que o vincula também ao juiz. Assim, o princípio do contraditório tem abrangência dupla. A lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação e do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, num direito das partes e em deveres do juiz.

Certo que partes, como sujeitos *parciais* da relação processual, e o juiz, na qualidade de sujeito *imparcial*, não têm interesses iguais refletidos no contraditório. Este, o juiz, não pode, por definição, ter interesse nenhum naquilo que julga, sob pena de ruptura com um dos sustentáculos da jurisdição, que é a *imparcialidade* (v. n. 7.1, *infra*, e o n. 3.5 do Capítulo 1 da Parte III); aquelas, as partes, têm interesse seu deduzido em juízo e que são, por definição também, colidentes. Isto, contudo, não significa que não exista um *outro* tipo de interesse, que é comum a todos estes sujeitos processuais, que é o de resolver a questão pendente de apreciação pelo Poder Judiciário da maneira mais adequada, mais devida, imunizando-a de ulteriores discussões.

É este o contexto em que o princípio da cooperação tem sua incidência.

Não se trata, pois, apenas de salientar a importância do contraditório, mormente a partir de sua visão mais tradicional, típica de uma forma, de uma concepção, de Estado e de Direito mas, mais amplamente, viabilizar um constante diálogo, uma verdadeira *conversa* entre os sujeitos processuais para que cada qual se desincumba da forma mais escorreita possível de seus deveres, direitos, faculdades, ônus e obrigações ao longo de todo o procedimento.

O princípio da cooperação, assim, deve ser entendido como diálogo, no sentido de troca de informações, de municiar o magistrado com todas as informações possíveis e necessárias para *melhor* decidir.

Em alguns sistemas jurídicos, a concepção do *princípio da cooperação* mostra-se tão intenso que se veda ao magistrado que fundamente sua decisão em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por elas valorada, analisada diferentemente sem que lhe dê, *antes*, possibilidade de se manifestar. É dizer de forma direta: se o magistrado entende dar ao caso uma

solução que, até aquele instante procedimental, não foi objeto de específica consideração, exame e reflexão pelas partes, elas têm o direito de, cientes de qual a análise que o juiz pretende fazer, sobre ela se manifestar *anteriormente*, de forma a que possam influenciar agudamente na convicção derradeira do juiz.

Importante destacar esta última observação. Esta faceta do princípio do contraditório mostra-se tão *forte* que impõe a sua observância mesmo naqueles casos em que, usualmente, a prévia e efetiva manifestação das partes não seria sequer concebida, vale dizer, na prática dos atos de ofício pelo magistrado.

A busca de uma "verdade real", em regra, é atribuída ao processo penal. É naquele ramo do direito processual, lê-se com frequência, que o magistrado deve se preocupar com a busca da "verdade" que mais pareça com aquilo que, realmente, ocorreu no mundo dos fatos. É comum ler que ao processo civil é suficiente a busca da verdade "formal", assim compreendida a "verdade dos autos", aquilo que, em função da iniciativa das partes, é levada aos autos e, nesta exata proporção, é passível de apreciação pelo magistrado.

Partindo das premissas que este *Curso* adota, não há como acolher a distinção. No estágio atual da evolução do pensamento do processo civil não se justifica admitir deva ele se contentar com uma outra "verdade" que não aquela que corresponda, na medida do possível, àquilo que realmente ocorreu ou está para ocorrer no mundo dos fatos e, por isto mesmo, dá ensejo à provocação da atuação jurisdicional.

Se o que se busca no processo penal é uma "verdade *real*", é esta mesma verdade que deve motivar o processo civil. O processo é *público* e os compromissos do juiz com a sociedade também o são, trate-se de processo voltado à aplicação da lei penal ou da lei não penal. A distinção entre as "verdades" (se é que ela existe e como se toda a verdade não fosse, necessariamente, convencional e relativa) não justifica a distinção destes – e de outros – ramos do direito processual. Os valores constitucionais a serem realizados pelo processo, civil ou penal, são os mesmos. O "modo de ser" do processo é um só, totalmente vinculado à Constituição Federal.

De resto, mesmo para aqueles que discordem de que, no processo civil, deve o magistrado buscar a "verdade real", não há como negar ser voz corrente no pensamento processual a de que se faz mister reconhecer ao juiz uma maior quantidade de poderes e atribuições, inclusive no que diz respeito à produção de provas ("poderes instrutórios") para formação de sua própria convicção a respeito do que realmente aconteceu para, a partir da fixação desta premissa, aplicar as consequências previstas na lei (STJ, 4ª Turma, REsp 1.010.559/RN, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. un. 16.10.2008, DJe 3.11.2008). Seja a busca, vale enfatizar, por uma "verdade real", ou meramente "formal", autoriza-se ao juiz que busque, *sponte propria*, elementos necessários para a formação de sua convicção. E viabilizar, em "contraditório", isto é, no "contraditório" entendido neste contexto mais amplo, que as partes sejam ouvidas sobre a busca judicial da "verdade real", significa necessária e correlatamente que as partes poderão também produzir suas próprias provas.

Como decorrência das considerações dos parágrafos anteriores é que se

deve compreender que o princípio do contraditório – sempre entendido no seu devido contexto de "participação", de "cooperação", de "colaboração" – prende-se intrinsecamente a outro princípio regente de todo o direito, que é o da *segurança jurídica*. Justamente por se tratar, a *segurança jurídica*, de um princípio fundante do direito como um todo, e não do direito processual civil em particular, é que este *Curso* não o expõe como componente do "modelo constitucional do processo civil". É a sua realização como "contraditório" que interessa ao estudioso do direito processual civil, assim como é a sua aplicação no sistema infraconstitucional que encontra o seu maior reflexo na "coisa julgada" (referida expressamente no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e disciplinada nos arts. 467 a 474 do Código de Processo Civil), característica que assumem, de acordo com a doutrina tradicional, forte na redação do art. 467, determinadas decisões jurisdicionais (as de "mérito") de se tornarem *imutáveis*, isto é, não poderem ser mais discutidas ou modificadas por quem quer que seja, justamente como forma de eliminar a *insegurança jurídica*. O direito material, quando reconhecido pelo Estado-juiz em determinadas circunstâncias – a que importa para cá, quando realizado, suficiente e exaustivamente, o "contraditório" –, fica *imunizado* de qualquer nova discussão (v., a este respeito, o n. 9 do Capítulo 1 da Parte III).

Não é despropositado acentuar, ademais, que o princípio do contraditório, máxime porque previsto expressamente ao lado do "princípio da ampla defesa" pelo mesmo texto constitucional (art. 5º, LV), tem que ser lido no sentido mais amplo, de "participação", de "cooperação", de "colaboração", na linha que os parágrafos anteriores quiseram demonstrar. É que a não se pensar desta forma, buscando, para ele, princípio do contraditório, formas mais amplas de seu emprego no "modelo constitucional do processo civil", sua função restaria apequenada, o que contraria a sua própria razão de ser e, superiormente, o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Destarte, a compreensão "restrita" do contraditório como "defesa" (mesmo que ampla) do réu deve ser descartada no direito brasileiro até mesmo em função da forma pela qual ele foi previsto e expressamente enunciado na Constituição Federal.

6. AMPLA DEFESA

O mesmo inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, que faz expressa referência ao "princípio do contraditório", lista, também como princípio constitucional, o da ampla defesa com os recursos a ela inerentes.

Não há razão para deixar de entender a ampla defesa, mais ainda a partir do que se ocupou de demonstrar o n. 5, *supra*, a respeito do "princípio do contraditório", como a garantia ampla de todo e qualquer acusado em sentido amplo (que é nomenclatura mais empregada para o processo penal) e qualquer *réu* (nomenclatura mais utilizada para o processo civil) ter condições *efetivas*, isto é, *concretas* de se responder às imputações que lhe são dirigidas antes que seus efeitos decorrentes possam ser sentidos. Alguém que seja acusado de violar ou,

quando menos, de ameaçar violar normas jurídicas tem o direito de se defender amplamente. Neste sentido e considerando a ressalva que diz com relação ao contraditório no sentido de "participação", de "cooperação", de "colaboração", a ampla defesa desempenha, na Constituição Federal, o papel que tradicionalmente era reservado para o contraditório, quase que confundido, desta forma, com a "ampla defesa".

Vale destacar, a este propósito, que os "recursos a ela inerentes", a que se refere o art. 5º, LV, da Constituição Federal, devem ser entendidos como a criação de mecanismos, de formas, de *técnicas processuais*, para que a ampla defesa seja exercitada a contento. Não se trata de "recursos" em sentido técnico, em sentido processual, como mecanismos de revisão ou de controle de decisões judiciais, mas, bem diferentemente, de "recursos" no sentido de *meios*, de *técnicas*, para o exercício de algum direito, aqui, a ampla defesa. Estes "recursos" são os mais variados. A previsão do sistema de assistência *jurídica* integral e gratuita, como se lê do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, e a existência de uma Defensoria Pública, como impõe o art. 134 da Constituição Federal, são bons exemplos da criação, pela própria Constituição Federal, de meios *suficientes* para o exercício da ampla defesa em cada caso concreto (v. n. 5 do Capítulo 4, *infra*). Nada adiantaria a existência de instituições protecionistas como as colocadas em destaque, contudo, se o réu, hipossuficiente em qualquer sentido, sequer tenha condições de saber de sua existência. A própria concepção do "direito fundamental à prova" pode e deve ser entendida como uma forma de bem realizar o comando constitucional aqui destacado, isto é, como *meio* de se exercer amplamente a defesa (v. n. 13, *infra*).

É importante, por isto mesmo, não vincular a compreensão de "ampla defesa" ao plano do processo, *depois* que a atividade jurisdicional já tiver sido provocada. É fundamental para o cumprimento da expectativa constitucional do princípio que antes da provocação da atuação do Estado-juiz, antes e "fora" do plano do processo, portanto, o Estado crie condições mínimas de *conscientização* de direitos até como forma de garantir a própria tutela dos direitos no plano material, independentemente da atuação jurisdicional e, pois, da tutela *jurisdicional* de direitos.

Uma aplicação que se mostra bastante eloquente do princípio da ampla defesa com os recursos a ela inerentes na linha do que deu notícia o parágrafo anterior reside no entendimento de que o "mandado de citação" (a comunicação judicial formal de que há uma "ação" ajuizada em face do réu) deve fazer menção expressa à disponibilização, pela União Federal ou pelo Estado, consoante se trate de demanda em curso perante a Justiça Federal ou perante a Justiça Estadual, respectivamente, do endereço das Defensorias Públicas, de sua função e, em se tratando de mandado de citação cumprido por oficial de justiça (quem, em nome do juiz, cumpre suas ordens), não é nem um pouco despropositado que ele explique ao réu o significado *institucional* da criação de mecanismos (recursos) para exercício da ampla defesa.

Assim expostas estas ideias, o princípio constitucional com o qual se ocupa o número presente tem aptidão de demonstrar, a olhos vistos, a patente

insuficiência do art. 285 do Código de Processo Civil. A iniciativa, a par de ilustrar de que maneira os princípios constitucionais do processo civil podem e devem incidir nos casos concretos, mostra uma proposta de leitura *constitucionalizada*, "leitura conforme à Constituição", como se costuma dizer, de dispositivo legal. Tudo, oportuno enfatizar, para tornar concreto o "modelo constitucional do direito processual civil".

Outro desdobramento interessante de ser colocado em destaque acerca do "princípio da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerente" diz respeito à necessária disponibilização, para o réu, não só das condições de oferecer resposta oportuna mas, muito além disto, das condições necessárias de comprovar o acerto de sua defesa, influindo, desta forma, na convicção do magistrado. O tema, que guarda inegável entrelaçamento com o "princípio do contraditório" na forma exposta pelo número anterior, quer evidenciar, apenas e tão somente, que, em um modelo de Estado como o brasileiro, não é suficiente a previsão *formal* de uma garantia processual. É mister a criação de condições mínimas e suficientes para seu escorreito exercício. Assim, não basta se defender mas também se faz necessário criar condições de se exercer adequadamente esta defesa.

No que tange também ao caráter meramente *formal* das garantias enunciadas pela Constituição, convém destacar que a ampla defesa não pode ser entendida como mera garantidora de formas abstratas e vazias de qualquer significado para o atingimento da finalidade da jurisdição. Justamente porque a "ampla defesa" não é um *dogma*, mas um *princípio jurídico*, ela pode, no *tempo* necessário para sua realização, acabar por prejudicar o autor. Em casos como estes, sói *temperar* a ampla defesa com outros princípios constitucionais, o da "efetividade", portanto, e autorizar, quando menos, a tutela jurisdicional *preventiva* do direito do autor (v. n. 8.1.1 do Capítulo 1 da Parte III).

7. JUIZ NATURAL

O "princípio do juiz natural" – por vezes também chamado de "princípio da vedação dos tribunais de exceção" – encontra fundamento expresso em dois dispositivos da Constituição Federal, nos incisos XXXVII e LIII, ambos do art. 5º: "XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção" e "LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

O sentido tradicional do princípio, que ainda é aquele que a Constituição Federal quer revelar, significa que a autoridade judiciária que julgará um determinado caso deverá preexistir ao fato a ser julgado. É vedada a criação *ad hoc* de tribunais. É vedado criar, a partir de um fato, depois de um incidente, um órgão judiciário que tenha competência para julgá-lo. A diretriz que se quer proteger com esta proibição é a de se garantir, da melhor forma possível, a *imparcialidade* do *órgão judiciário*.

Tão importante o princípio, mormente quando analisado no seu contexto histórico de perseguições pretensamente legitimadas pelas demais garantias do processo, que há parcelas da doutrina que identificam o "princípio do juiz

natural" como o único "pressuposto processual de *existência* do processo", isto é, o único requisito que deve necessariamente encontrar-se presente para que se possa conceber, juridicamente, a atuação do Estado-juiz. À discussão deste assunto nesta perspectiva volta-se o n. 3.1.2 do Capítulo 3 da Parte III.

Justamente como decorrência deste último entendimento é que o "princípio do juiz natural" diz respeito à identificação do "juiz" *constitucionalmente* competente. É fundamental, destarte, compreender em que condições a Constituição Federal cria e aceita determinados órgãos jurisdicionais para julgar determinados assuntos, determinadas pessoas e assim por diante. Será "juiz natural" aquele que a Constituição indicar como competente ou, quando menos, quando ela, Constituição Federal, permitir que o seja.

Ilustra bem a afirmação do parágrafo anterior a pesquisa em torno do "juiz natural" para processar e julgar "mandado de segurança contra o Presidente da República". A resposta está no art. 102, I, *d*, da Constituição Federal: o Presidente da República tem o que usualmente é chamado "prerrogativa de foro" no Supremo Tribunal Federal. É esta a mesma resposta para a pesquisa sobre o "juiz natural" para julgar ações diretas de inconstitucionalidade ou as ações declaratórias de constitucionalidade, art. 102, I, *a*. Todas elas devem ser julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

E se se perguntar qual é o "juiz natural" para julgar mandado de segurança impetrado contra o prefeito de uma dada cidade, a resposta não se encontra clara na Constituição Federal. O que há é a previsão genérica do inciso X de seu art. 29 de que as leis orgânicas dos Municípios preverão o "julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça" e a imposição da Constituição Federal de que as justiças dos Estados (não existem justiças municipais na federação brasileira) devem ser organizadas de acordo com os seus próprios princípios e, neste sentido, o juiz natural, a ser indicado pelas Constituições dos Estados-membros, se não é *previsto* pela Constituição Federal é aquele *permitido* por ela. De qualquer sorte – e é isto que importa mais para a distinção – o "juiz natural" desta situação ainda é o indicado por uma Constituição, embora de um nível federal diverso. O mesmo pode ser dito, com os olhos voltados para o art. 125, § 2º, da Constituição Federal, com relação às ações diretas de inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais confrontadas em face das próprias Constituições dos Estados.

O "princípio do juiz natural", em suma, depende, sempre e em qualquer caso, da identificação do órgão jurisdicional que, de acordo com o "modelo constitucional do processo civil", detém ou não jurisdição e, mais especificamente, competência (fixada em abstrato, antes do fato conflituoso) para realizar o julgamento.

O que a lei processual civil, de seu turno, faz, concretizando o "modelo constitucional do processo civil", é criar condições, em cada caso, de distribuir adequada e racionalmente a carga dos trabalhos judiciários entre os diversos órgãos que compõem a estrutura judiciária, regulando a *competência* de cada órgão jurisdicional, tema que é referido pelo n. 5 do Capítulo 1 da Parte III. A existência de "varas especializadas" na primeira instância ou turmas ou câmaras

especializadas no âmbito dos Tribunais (v. n. 4 do Capítulo 3 da Parte II) não fere o princípio em questão (STF, Pleno, HC 88.660/CE, rel. Min. Cármen Lúcia, j.m.v. 15.5.2008, DJE-98 30.5.2008).

É importante, em função das considerações que ocupam os ns. 8.1 e 9, *infra*, acentuar a compreensão que deve assumir o "princípio do juiz natural" no plano dos Tribunais. Mesmo para aqueles que não compartilharem do entendimento de que há princípio do duplo grau de jurisdição garantido *implicitamente* na Constituição Federal (componente, portanto, do "modelo constitucional do processo civil") ou, mesmo que haja, que ele não assegura, em todo e em qualquer caso, o reexame amplo de toda e qualquer decisão, não há como recusar que, à luz da *mesma* Constituição Federal, não há autorização para que, no âmbito dos Tribunais, quaisquer Tribunais, haja decisão que não colegiada. O que se pode tolerar, como *técnica* rente a outros princípios constitucionais, é que a lei estabeleça condições de *aceleração* de julgamento em determinadas circunstâncias. Nunca, entretanto, que ela negue ou que ela tire o que ela, lei, não pode tirar, a possibilidade de controle da decisão monocrática perante o colegiado, que é o órgão competente, o "juiz natural", para julgamento de todos e quaisquer recursos no âmbito dos Tribunais.

Neste sentido, portanto, é correto dizer que, mesmo rejeitado o entendimento relativo ao "princípio do duplo grau de jurisdição", que consta do n. 8, *infra*, o "juiz natural" no âmbito dos Tribunais só pode ser entendido como os órgãos *colegiados* a serem indicados por seus específicos Regimentos e, até mesmo, no caso do art. 97, o órgão colegiado cuja criação é permitida pela própria Constituição, o "órgão especial" (v. n. 9, *infra*). Nunca, entretanto, os seus membros isoladamente considerados. A atuação dos Tribunais, de acordo com o "modelo constitucional do processo civil", é, por imposição constitucional, *colegiada*. O "juiz natural" dos Tribunais é um órgão colegiado.

7.1. **Imparcialidade**

O "princípio da imparcialidade" não tem previsão expressa na Constituição Federal. A doutrina, contudo, não hesita em entendê-lo como decorrência do "princípio do juiz natural" ou, mais corretamente, como fator que o complementa. O que há na Constituição Federal de mais próximo ao "princípio da imparcialidade" são as prerrogativas que o art. 95 reconhece ao magistrado, forma garantística de viabilizar a ele o exercício pleno de suas funções processuais, ao lado das vedações arroladas no parágrafo único do dispositivo. Ao tema, volta-se o n. 2 do Capítulo 4, *infra*.

Não basta, apenas, que o *órgão judiciário* preexista ao fato a ser julgado. Isto, por si só, pode não garantir a realização concreta de todos os valores idealizados por aquele princípio. Também a pessoa física que ocupa o cargo de magistrado no órgão competente para julgamento deve ser imparcial. Imparcialidade, neste contexto, significa acentuar que o magistrado (o juiz, propriamente dito, e não o juízo, que é indicativo do *órgão jurisdicional*) seja indiferente em relação ao litígio. Seja, no sentido comum da palavra, um

terceiro, totalmente estranho, totalmente indiferente à sorte do julgamento e ao destino de todos aqueles que, direta ou indiretamente, estejam envolvidos nele.

O Código de Processo Civil ocupa-se de fornecer instrumental para garantir esta *imparcialidade* em seus arts. 134 e 135, diretrizes que se relacionam com as vedações constantes do parágrafo único do art. 95 da Constituição Federal. No art. 134 estão arrolados os casos de *impedimento*, isto é, as hipóteses em que o juiz, diante de fatos objetivamente constatáveis, está proibido de julgar porque é mais que presumível ou provável seu interesse no litígio. No art. 135, o Código de Processo Civil ocupa-se dos casos de *suspeição*, em que o legislador autoriza que o próprio juiz ou as partes recusem o juiz em função de elementos *subjetivos*, de desconfianças ou suspeitas em relação à sua *imparcialidade*, sempre entendida, para os fins presentes, como desinteresse total no litígio a ser julgado.

A tendência quanto a ser a atuação do juiz *criativa* e não meramente *declaratória* do direito – assunto que ocupa o n. 2.6.6 do Capítulo 2 da Parte I – não deve levar ao entendimento de que as ideias lá expostas comprometem a "imparcialidade do juiz". Não há nenhuma relação entre elas. A falta de "neutralidade" do magistrado diante dos fatos a serem considerados e do direito a ser aplicado – que é, vale repetir, uma imposição do próprio ordenamento jurídico brasileiro – não significa qualquer comprometimento com relação à sua imparcialidade. O magistrado é imparcial porque ele não tem (e não pode ter) nenhum interesse direto, pessoal, na demanda que julga. Não porque, ao levar em conta os fatos e o direito a ser aplicado sobre eles, interpreta-os levando em conta os valores difusos pela sociedade e pelo próprio Estado. A imparcialidade repousa na ideia de que o magistrado é "terceiro", um verdadeiro "estranho" com relação àquilo que julga, com relação às partes e aos sujeitos processuais envolvidos, com o objeto do litígio. Este elemento do "modelo constitucional do processo civil", destarte, não pressupõe neutralidade no ato de interpretar e aplicar o direito.

A construção que é feita com relação ao "princípio do juiz natural" e a importância de seu exame, com vistas, sobretudo, à garantia da *imparcialidade* daquele que julga, são usualmente transportadas pela doutrina para os membros do Ministério Público. Fala-se, nestes casos, de um "princípio do promotor natural" com vistas a assegurar, também aos membros daquela Instituição, no exercício de suas *funções institucionais*, as mesmas características aqui discutidas. O tema será retomado no n. 3 do Capítulo 4, *infra*.

8. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

De todos os princípios constitucionais do processo civil, o mais difícil de ser identificado é o do "duplo grau de jurisdição". Isto, basicamente, porque não há consenso na doutrina sobre sua extensão e significado, o que é agravado porque a Constituição não se refere a ele expressamente. Realmente não há, em nenhum dispositivo da Constituição Federal, a menção a um "duplo grau de

jurisdição". O que existe, para o direito processual *penal*, é o art. 8º, n. 2, letra *h*, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana dos Direitos Humanos de 1969) que, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 27/1992 e promulgado pelo Decreto n. 678/1992, tem *status* de norma constitucional, mercê do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, dispositivo acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, ou, quando menos, por força do § 2º do mesmo dispositivo constitucional. Não há, contudo, para o âmbito do processo *civil*, qualquer previsão similar.

Não obstante, por "duplo grau de jurisdição" deve ser entendido o modelo no qual se garante a revisibilidade ampla das decisões judiciais, quaisquer decisões, por magistrados preferencialmente diversos e localizados em nível hierárquico diverso. Por "revisibilidade ampla" deve ser entendida a oportunidade de tudo aquilo que levou o órgão *a quo* a proferir uma decisão e ser contrastado pelo magistrado *ad quem*.

Há, historicamente, ampla discussão entre as vantagens e as desvantagens de um "duplo grau de jurisdição".

Alguns autores reputam a ideia de reexame amplo de toda e qualquer decisão jurídica verdadeiro contrassenso à prestação jurisdicional porque reveladora da falibilidade dos julgadores – basta pensar na hipótese de um recurso ser provido, com reforma da decisão proferida anteriormente – ou, quando menos, pela total desnecessidade dos Tribunais nos casos de confirmação da decisão recorrida. De resto, o *tempo* que se faz necessário para o controle das mais variadas decisões judiciais por dois graus de jurisdição (o princípio faz referência a um *duplo grau*) pode ser entendido, ele próprio, como óbice. Ainda, de acordo com os opositores deste princípio, o duplo grau de jurisdição estaria a afastar a proximidade do julgador do fato e da prova, o que faria a ruína de outros princípios infraconstitucionais do processo civil inerentes à oralidade e de seus subprincípios da concentração, imediação, identidade física do juiz e "irrecorribilidade em separado das interlocutórias" (v. n. 8 do Capítulo 2 da Parte IV).

Outros autores, defensores de corrente radicalmente oposta, preferem destacar as vantagens do duplo grau, sempre entendido como o modelo de processo civil que admite a recorribilidade ampla das decisões judiciais. Assim, para dar destaque a algumas delas, a maior experiência do julgador do recurso; a maior independência do julgador do recurso; o controle psicológico do Tribunal sobre o órgão *a quo*; o exame mais aprofundado do litígio e a fiscalização dos atos estatais em geral visando ao seu aprimoramento.

Tomar partido nesta discussão é questão de menor importância. O que cabe é verificar se a Constituição brasileira optou, mesmo que de forma menos clara, nada explícita, sobre aquele componente para formação do modelo constitucional do processo civil. É formular a seguinte questão: existe, no processo civil brasileiro, um princípio do duplo grau de jurisdição? Fazendo a mesma pergunta de forma mais consentânea com a nomenclatura empregada por este *Curso*: o princípio do duplo grau de jurisdição integra o "modelo constitucional do processo civil" brasileiro, mesmo que a Constituição Federal

não faça menção expressa a ele?

A resposta a estas questões é positiva. E é positiva embora não haja, vale repetir, previsão *expressa* do duplo grau de jurisdição na Constituição Federal. Trata-se, por isto mesmo, de princípio *implícito*, para empregar o nome que os teóricos do direito dão à figura. Como princípio *implícito* que é, faz-se mister verificar em que condições ele pode ser extraído da Constituição Federal.

É possível, segundo parcela da doutrina, ler o inciso LV do mesmo art. 5º da Constituição Federal de forma ampla o suficiente para entender que, no direito processual brasileiro, o exercício da *ampla defesa* pressupõe *também* a interposição dos recursos. Esta interpretação deve ser descartada pelas razões expostas no n. 6, *supra*. Os "recursos" lá referidos não podem ser entendidos como "recursos" em sentido técnico, de direito processual, mas como as mais variadas técnicas de os litigantes defenderem-se em juízo.

Descabido que seja localizar o "princípio do duplo grau de jurisdição" no precitado dispositivo constitucional, outra forma de chegar a ele é construindo-o a partir da previsão de variados Tribunais na Constituição brasileira. Na forma como se ocupa o n. 1 do Capítulo 3, *infra*, não há como negar que a existência de tribunais de "segundo grau de jurisdição" e de Tribunais Superiores que, muitas vezes, têm como função a de atuar como órgãos revisores de "segundo grau", é indicativo seguro da função *revisora* destes Tribunais, que, entendida em conjunto com o sistema recursal do Código de Processo Civil brasileiro (v. ns. 2 a 6 do mesmo Capítulo 3), em que toda *decisão* é recorrível (v. arts. 504, 513 e 522, *caput*, e n. 8 do Capítulo 2 da Parte IV), só pode levar à conclusão de que existe *um* princípio do duplo grau de jurisdição entre nós. Não se pode duvidar, pertinente exemplificar, que as previsões dos arts. 102, II, e 105, II, da Constituição Federal são inegavelmente garantias de um "duplo grau de jurisdição" para os casos lá previstos. A pertinência da questão e da descoberta de um genérico "duplo grau de jurisdição" justifica-se sobretudo porque aqueles dispositivos são inegavelmente especiais, inegavelmente restritos.

Mas mais do que isto. Justamente em face do que se extrai do Código de Processo Civil, não obstante todas as modificações pelas quais ele passou nos últimos anos, não há como recusar que o princípio do duplo grau de jurisdição derive do *sentimento* generalizado no processo *civil* de que "toda" decisão é recorrível – e recorrível aqui significa recorrível *plenamente*, inclusive do ponto de vista dos fatos subjacentes à decisão –, gerando, quando menos, uma *sensação* de que a questão relativa à pesquisa relativa ao duplo grau de jurisdição tem que ser examinada *também* fora do ambiente normativo (isto é, fora do texto "*escrito*" e, mesmo, do "não escrito" da Constituição) e capturada a partir deste sentimento, tal qual ele *é* e enquanto ele *é*.

Nestas condições, se é certo que não há *expressamente* garantido, na Constituição Federal, um direito amplo a um duplo grau de jurisdição no sentido destacado de início – o que há, em alguns casos, são recursos que garantem o exercício, desde a Constituição, de *um* duplo grau, o que é bem diferente –, não há como negar que se pode (e se deve) extrair da cláusula do devido processo legal um tal princípio. É possível falar, entre nós, portanto, de um princípio do

duplo grau de jurisdição *implícito*, o que, do ponto de vista de sua densidade normativa, não acarreta qualquer distinção.

A previsão de "Tribunais de apelação", para fazer uso de uma expressão tradicional, no âmbito da Justiça Federal e da dos Estados, é, neste sentido, indicativo seguro da admissibilidade do duplo grau de jurisdição, como princípio constitucional, mais ainda quando somados à previsão expressa no texto constitucional, do chamado "recurso ordinário constitucional". Não, entretanto, a previsão de recursos extraordinários (art. 102, III, da Constituição Federal) e recursos especiais (art. 105, III, da Constituição Federal). É que estes recursos, pela sua própria natureza, não garantem a revisibilidade ampla das decisões jurisdicionais a que se vincula o "princípio do duplo grau de jurisdição".

A ausência de previsão genérica do princípio do duplo grau de jurisdição leva alguns autores a sustentar que o princípio do duplo grau de jurisdição seria um princípio "relativo", no sentido de que ele poderia ser restringido pela lei. Fixando o entendimento que há, mesmo implícito, duplo grau de jurisdição como parte integrante do "modelo constitucional do processo civil", não há como emprestar adesão àquele entendimento. Uma coisa é admitir que princípios deixem de incidir em determinados casos concretos em homenagem a outros princípios com ele opostos. Outra, bem diferente, é admitir que a lei minimize ou esvazie o que a Constituição impõe como modelo mínimo do "ser" do processo. No direito brasileiro, este modelo mínimo leva em conta necessariamente o direito ao recurso a um grau superior de jurisdição. Um recurso que garanta ampla revisibilidade da decisão proferida.

Da afirmação do parágrafo anterior decorre outra que lhe é correlata. Mesmo admitindo, como este *Curso* admite, que há princípio do duplo grau de jurisdição no direito brasileiro, ele *não é* (nem poderia pretender ser) óbice para a *eficácia* de quaisquer decisões jurisdicionais.

A admissão de um princípio que assegure a revisibilidade ampla das decisões proferidas por um grau de jurisdição por outro, que lhe seja, neste sentido, hierarquicamente superior, não pode ser causa de inibição de outros princípios e, pois, de outros valores protegidos concomitantemente pela ordem jurídica. Não, pelo menos, em abstrato, como *regra de direito a ser observada* em qualquer caso, independentemente dos valores e vicissitudes concretas de cada caso.

O que é possível admitir é, em cada caso concreto, o conflito entre princípios conflitantes – o princípio do duplo grau de jurisdição de um lado; o princípio da efetividade do outro – e verificar, pelo "princípio da proporcionalidade", qual deve prevalecer, isto é, de que maneira se deve tutelar os bens jurídicos representados por um e outro princípios. Justamente porque estes dois princípios convivem – e devem conviver – no ordenamento jurídico brasileiro, a conjugação e o balanceamento de cada um deles em cada situação concreta é a árdua tarefa daquele que se propõe a entender o ordenamento jurídico, transformando-o em um *sistema*. Uma coisa é assegurar a possibilidade de revisão ampla de decisões jurisdicionais. Outra, bem diferente, é reconhecer condições para que estas decisões surtam, regularmente, seus efeitos,

independentemente de sua revisão. É o que, no n. 8.3 do Capítulo 1 da Parte III dá fundamento à distinção entre a "tutela jurisdicional *provisória*" e a "tutela jurisdicional *definitiva*".

8.1. **Colegialidade nos Tribunais**

Aceito o princípio do duplo grau de jurisdição, mesmo que como princípio constitucional *implícito*, o que, vale a pena repetir, em termos de *normatividade* não faz diferença nenhuma, é importante destacar que ele pode se manifestar não só no plano *vertical*, isto é, de um órgão jurisdicional "inferior" para um órgão jurisdicional "superior"; de um juiz de direito para um Tribunal, por exemplo (como a ele se faz referência tradicionalmente), tema que é tratado com mais vagar no n. 4.5 do Capítulo 1 da Parte III, mas também no plano *horizontal*. Neste contexto, ganha espaço para discussão o que parcela da doutrina mais recente vem chamando de "princípio da colegialidade".

Por "princípio da colegialidade" deve ser entendido que a manifestação dos Tribunais brasileiros, sempre de acordo com o modelo constitucional do processo civil, deve ser plural, isto é, *colegiada*, no sentido de não poder ser realizada por um só de seus membros isoladamente, unitariamente, monocraticamente. É o que, no contexto examinado no n. 7, *supra*, foi chamado de "juiz natural dos Tribunais".

Decisão colegiada não deve ser entendida como a decisão tomada pela totalidade dos integrantes do Tribunal ao mesmo tempo. É perfeitamente legítimo e, até mesmo desejável, que os Tribunais, sobretudo os que tenham vários integrantes, organizem-se internamente buscando uma maior racionalização de trabalhos. É por isto que todos os Tribunais brasileiros, nos termos dos seus respectivos Regimentos Internos (v. n. 1.2 do Capítulo 3, *infra*), subdividem-se em diversos grupos menores, dentre eles, as chamadas "Turmas" (nomenclatura mais comum nos Tribunais Superiores e nos Tribunais Regionais Federais) ou "Câmaras" (nomenclatura mais comum nos Tribunais de Justiça) para viabilizar esta maior racionalidade no desempenho de sua atividade judicante.

A "colegialidade" retratada no princípio aqui examinado diz respeito à decisão tomada por estes órgãos, as "Turmas ou Câmaras". Isto não quer significar, contudo, que não haja determinados casos em que é obrigatória a manifestação de todos os integrantes do Tribunal e, neste sentido, do Tribunal considerado como um todo. É, por exemplo, o que exige o art. 97 da Constituição Federal, objeto de exame no número seguinte e no n. 3 do Capítulo 2, *infra*.

O "princípio da colegialidade", entendido nos termos e com a ressalva dos parágrafos anteriores, como todo princípio, não pode ser compreendido como dogma. É correto o entendimento, amplamente vencedor na doutrina e na jurisprudência, de que não agride nenhum princípio constitucional do processo civil a circunstância de a lei, rente à concretização de outros valores constitucionais do processo – celeridade e racionalidade nos julgamentos, por exemplo (v. n. 15, *infra*) –, dispor que, no âmbito dos Tribunais, decida-se de forma isolada (monocraticamente), *desde que* a lei preveja uma forma

suficiente de contraste desta decisão perante o órgão colegiado, isto é, pela "Turma" ou pela "Câmara". Este mecanismo de controle da decisão singular (monocrática) para o órgão colegiado (o órgão competente do Tribunal, "juiz natural do julgamento do recurso") é o chamado recurso agravo *interno* e que tem previsão nas leis que criaram uma tal *técnica* de julgamento, antecipando-se, diante de determinadas circunstâncias, o julgamento do colegiado mediante a atuação de um só juiz (v. n. 5 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5).

Nestas condições, a decisão monocrática do relator só pode ser entendida como uma *técnica* de *antecipação* do julgamento colegiado por um de seus membros. Nunca, entretanto, como decisão singular e, nesta condição, incontrastável. Antecipa-se, em determinadas circunstâncias, aquilo que o colegiado entende firme e uniforme, aquilo que parece manifestamente incabível, facultando-se, de qualquer sorte, que o órgão colegiado verifique a correção da decisão isolada de um de seus membros em todos os seus sentidos, inclusive no que diz respeito à correção da oportunidade de seu proferimento.

Por reputar *constitucional* o princípio da colegialidade, quando menos como desdobramento do "duplo grau de jurisdição" e, até mesmo, como desdobramento do "juiz natural" (v. n. 7, *supra*), não há como entender que uma lei ou, o que é pior, qualquer ato infralegal possa *subtrair* o recurso (a técnica) de contraste da decisão singular pelo órgão colegiado competente. Assim, para ilustrar a importância da questão, não há como entender constitucional o que fez a Lei n. 11.187/2005, ao introduzir um parágrafo único ao art. 527 do Código de Processo Civil, vedando a possibilidade de recurso ao órgão colegiado competente das decisões proferidas monocraticamente com fundamento nos incisos II e III do *caput* daquele dispositivo. O tema, relevantíssimo, é enfrentado pelo n. 3.5 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5.

9. RESERVA DO PLENÁRIO PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO

Do "princípio da "colegialidade" um outro pode ser formulado, mesmo para quem não aceite a demonstração e a conclusão que ocuparam o número anterior quanto ao desdobramento do "princípio do duplo grau de jurisdição". Até porque o princípio aqui referido guarda íntima relação com o próprio "princípio do juiz natural" tratado no n. 7, *supra*.

O direito brasileiro aceita o chamado controle *abstrato* (ou *concentrado*) sem prejuízo do chamado controle *concreto* (ou *difuso*) da constitucionalidade das leis ou, em geral, dos atos normativos. Isto, de forma bem direta, quer dizer que qualquer juiz pode recusar-se a aplicar lei ou ato normativo que repute contrário à Constituição Federal (controle *concreto* ou *difuso* da constitucionalidade), sem prejuízo de, perante o Supremo Tribunal Federal e perante os Tribunais de Justiça dos Estados, ser provocado, por *procedimentos diferenciados*, o controle *abstrato* (ou *concentrado*) da constitucionalidade. As específicas *formas* de provocação deste controle são objeto de consideração do n.

3 do Capítulo 2, *infra*.

Por ora, o que importa destacar, porque de "princípios constitucionais do processo civil" é que se ocupa o presente Capítulo, é que o exercício do controle *concreto* (ou *difuso*) da constitucionalidade depende da atuação de todos os membros do Tribunal Pleno ou, quando menos, de um "órgão especial". É o conteúdo do art. 97 da Constituição Federal: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

De acordo com o dispositivo, só o Tribunal Pleno ou, onde existir, o "órgão especial" é que declara a *inconstitucionalidade* de lei. Nestes casos, como adiantado pelo número anterior, a "colegialidade" é exigida expressamente pela Constituição Federal. É o que em geral é chamado de "princípio da reserva de plenário". Aqui, não há como duvidar de que é o Pleno ou o "órgão especial" do Tribunal o "juiz natural" para apreciação da inconstitucionalidade das normas jurídicas. Tanto assim que, de acordo com o enunciado da Súmula vinculante n. 10 do STF: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte" (v. n. 3 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 5). Na jurisprudência mais recente do STJ, v., aplicando aquela Súmula: 1ª Turma, REsp 976.549/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 23.3.2010, DJe 12.5.2010.

Por *Tribunal Pleno* deve ser entendida a totalidade dos integrantes do Tribunal como o órgão competente para apreciar e declarar, se for o caso, a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo do Poder Público. O "órgão especial", é o art. 93, XI, da Constituição Federal quem determina, pode ser criado nos Tribunais com número superior a 25 julgadores e exercerá as atribuições administrativas e jurisdicionais a ele delegadas da competência do Tribunal Pleno. O órgão especial deverá ser composto por no mínimo 11, e, no máximo, 25 membros. É o órgão especial, desde que haja delegação do Pleno nesse sentido, que detém competência para a declaração da *inconstitucionalidade* da lei ou do ato normativo. A "maioria absoluta" ou qualificada, exigida pelo dispositivo constitucional, deve ser entendida como a metade mais um dos julgadores que *compõem* o Tribunal Pleno (ou o órgão especial). É indiferente, para o cálculo, o número dos presentes na sessão de julgamento.

Questão que se põe sobre o alcance do art. 97 da Constituição Federal diz respeito à possibilidade de a lei dispensar a manifestação do Tribunal Pleno ou do órgão especial naqueles casos em que eles próprios já tenham declarado a inconstitucionalidade de uma lei, ou, ainda, quando o Supremo Tribunal Federal já a declarou. É o que dispõe o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, aí incluído pela Lei n. 9.756/1998.

O interesse do exame da questão nesta sede é ainda maior porque ela permite uma melhor compreensão do funcionamento dos princípios constitucionais do processo civil. Não se pode duvidar de que o dispositivo legal está inspirado no princípio da economia processual. De acordo com seu

comando, dispensa-se a remessa do incidente de declaração de inconstitucionalidade para o "Tribunal" (Plenário ou, onde houver, órgão especial), toda vez que já houver pronunciamento anterior do plenário do Supremo Tribunal Federal ou do próprio Tribunal acerca daquela *tese*. É dizer por outras palavras: desde que o *plenário* do Supremo Tribunal Federal ou o próprio Tribunal já tenham se manifestado a respeito da constitucionalidade da lei ou do ato normativo que daria ensejo ao incidente, dispensa-se sua instauração. Nessa hipótese, aplica-se, desde logo, a *tese* relativa à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma ao caso concreto perante o órgão fracionário competente para o julgamento.

Embora de inspiração elogiável – justamente por se afinar ao princípio da economia e eficiência processuais –, a dispensa da remessa ao Plenário ou ao órgão especial do Tribunal diante de prévia manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal é de duvidosa constitucionalidade. A uma, porque fere o art. 97 da Constituição Federal, que reserva aos *próprios* Tribunais em que se dá o julgamento a competência para declaração da *inconstitucionalidade* de lei ou de ato normativo. A duas, porque as únicas decisões do Supremo Tribunal Federal que têm efeito *vinculante*, pelo menos do ponto de vista constitucional, são as proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da Constituição Federal) e suas Súmulas (art. 103-A da Constituição Federal). Fora daí, sem desconsiderar, evidentemente, o efeito persuasivo do *precedente* do Supremo Tribunal Federal, não tem ele, para a ordem constitucional vigente, o condão de se *impor* às instâncias inferiores (v. n. 4 do Capítulo 2, *infra*).

Em função das considerações do parágrafo anterior, é importante destacar que a constitucionalidade do dispositivo em exame depende de que a inconstitucionalidade anteriormente declarada pelo Supremo Tribunal Federal seja derivada do controle concentrado de constitucionalidade (quando prevalece a orientação do precitado art. 102, § 2º, da Constituição Federal); ou, quando menos, que aquele precedente, fixado a partir do julgamento de reiterados recursos extraordinários no mesmo sentido (controle difuso da constitucionalidade), com efeito meramente persuasivo, deva ser acatado pelas instâncias inferiores, em homenagem a outros princípios do processo civil, assim a economia processual e a racionalidade dos julgamentos, forte no que dispõe o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (v. n. 15, infra). Vale o destaque da existência de entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal de emprestar às decisões por ele proferidas, mormente quando reconhecedoras de alguma inconstitucionalidade, certas características do controle concentrado (do chamado "processo objetivo de constitucionalidade"), legitimando-se, com isto, certo caráter vinculante – por vezes chamado de "transcendente" – aos demais casos. Neste sentido, v., dentre outros: STF, 2ª Turma, AI-AgR 168.149/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 26.6.1995, DJ 4.8.1995, p. 22520; STF, 1ª Turma, RE 190.728/SC, rel. p./acórdão Min. Ilmar Galvão, j.m.v. 27.6.1995, DJ 30.5.1997; STF, 1ª Turma, RE 191.898/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 27.5.1997, DJ 22.8.1997, p. 38781, e, mais recentemente, o voto do Min. Gilmar Mendes na

Reclamação n. 4.335/AC, ainda pendente de julgamento final. Mesmo quando não invocado aquele caráter, é jurisprudência assente no STF a de que, havendo entendimento consolidado seu sobre a inconstitucionalidade de dada regra, afasta-se a reserva de plenário, sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal. Assim, v.g.: 2ª Turma, RE-AgRg 491.653/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 8.5.2012, DJe 21.5.2012.

A crítica quanto à inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 481 de que tratam os parágrafos anteriores não existe, entretanto, para a outra hipótese também regulada no mesmo dispositivo. Quando a prévia manifestação acerca da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo for do próprio Tribunal (Pleno ou órgão especial, consoante o caso), a aplicação do anterior julgamento (da *tese* relativa à inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo) ao caso concreto não agride o precitado art. 97 da Constituição Federal; pelo contrário, pressupõe que, em determinado momento, o *incidente* de que cuidam os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil tenha sido legitimamente instaurado. Havendo predisposição para rever anterior posicionamento do Tribunal a respeito do tema, contudo, é fundamental a instauração do incidente nos termos do dispositivo em análise e consoante o disposto naqueles artigos da lei processual civil, assunto que é tratado, com o vagar necessário, pelo n. 5 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 5.

10. ISONOMIA

O princípio da isonomia ou da igualdade é basilar na organização do Estado brasileiro. É expresso sobre ele o *caput* e o inciso I do art. 5º da Constituição Federal, assim como, tendo em conta o Estado-administração, o art. 37, *caput*, e, com os olhos voltados à função tributária do Estado, o art. 150, II, da Constituição Federal. Mesmo o Código de Processo Civil é expresso a ele no inciso I do art. 125.

A isonomia ou igualdade deve ser entendida no sentido de que o Estado-juiz (o magistrado, que o representa) deve tratar de forma igualitária os litigantes. Seja dando-lhes igualdade de condições de manifestação ao longo do processo, seja criando condições para que esta igualdade seja efetivamente exercitada.

É tradicional descrever o princípio da isonomia com o nome, bastante eloquente do significado da norma, "paridade ou igualdade de armas". Esta forma de tratar do princípio evidencia bastante bem a necessidade de oferecimento de iguais oportunidades aos litigantes ao longo do processo. Não há como conceber, nestas condições, instrumentos processuais não uniformes, não iguais, não equivalentes para as partes.

No entanto, não há como negar que a legislação processual civil, codificada e não codificada, é repleta de situações que criam condições *desiguais* de participação dos litigantes ao longo do contraditório. A questão que cabe formular, destarte, é se estas previsões são, ou não, constitucionais, isto é, se atendem, ou não, ao "princípio da igualdade", ao "princípio da paridade de armas".

Ensina a doutrina que o mero tratamento desigual, por si só, não agride, necessariamente, a isonomia constitucional. O que revela é que o tratamento desigual seja suficientemente justificável, isto é, que ele seja devido e adequado para *equilibrar*, perante o Estado – e, para os fins deste *Curso*, perante o juiz no processo jurisdicional –, situação de desequilíbrio estranho ao processo ou, quando menos, que surge no próprio plano do processo. É o que deriva da costumeira lição de que o tratamento desigual se justifica na medida exata da desigualdade combatida.

Assim, por exemplo, embora sejam significativas de tratamento desigual em juízo, não violam o princípio da isonomia as normas relativas à assistência judiciária gratuita para os hipossuficientes. Não só no que diz respeito ao não recolhimento das taxas judiciais (tributos devidos pela atuação do Estado-juiz) mas, também, pela concessão de prazos diferenciados. Não agride a "paridade das armas" a possibilidade de inversão do ônus da prova admitida pelo art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 (o chamado "Código do Consumidor"), porque ela visa, no plano do processo, colocar lado a lado as oportunidades de conhecimento técnico relativo a um produto ou um serviço que, de outro modo, poderiam resultar em prejuízo para quem não detém o mesmo conhecimento do produtor ou do prestador de serviços. São situações, aliás, que bem *concretizam* o que os primeiros parágrafos deste número acentuaram: não basta, no modelo de Estado brasileiro, assegurar *formalmente*, meramente *garantir*, a isonomia. O Estado-legislador e, na ausência da lei, o próprio juiz (v. n. 2, *supra*), deve criar condições da efetiva e contrafruição de cada um dos princípios constitucionais do processo civil. Com o princípio da isonomia, base do Estado Republicano, não poderia ser diverso.

Todas estas situações, e a elas poderiam ser apresentadas muitas outras, não despertam dúvidas da doutrina de que o tratamento desigual não agride o "modelo constitucional do processo civil". Outras, contudo, já não despertam nenhuma unanimidade na doutrina, embora a jurisprudência não tenha, ainda, despertado para ela.

Há diversas regras, no Código de Processo Civil e na legislação processual civil extravagante, que emprestam, ao próprio Estado, quando está em juízo, tratamento diferenciado. São, por exemplo, prazos para a prática de atos diferenciados (art. 188); sujeição de sentenças contrárias a seus interesses a reexame perante o Tribunal competente, independentemente da interposição de recurso (art. 475); possibilidade de retirar a eficácia de decisões proferidas em seu desfavor (art. 15 da Lei n. 12.016/2009 e art. 4º da Lei n. 8.437/1992). Seriam estas previsões constitucionais?

A resposta à questão reside em saber se o tratamento diferenciado é ou não justificável. Este *Curso* refuta qualquer explicação neste sentido. Nada justifica que, no plano do processo, o Estado tenha *prerrogativas* (*privilégios*) que as outras partes não têm. Mais ainda quando é a Constituição Federal, sempre a Constituição Federal, que determina a atuação *eficiente* da Administração Pública (art. 37, *caput*) e, mais ainda, quando é a mesma Constituição Federal que institucionaliza as advocacias públicas como órgãos institucionais para a

tutela, em juízo e fora dele, dos interesses e direitos do Estado.

Não convence o entendimento de que o Estado representa interesses e direitos de uma coletividade e que, por isto, sua figura impõe tratamento diferenciado em juízo. É que a se pensar desta forma, estar-se-ia criando uma imunidade à atuação do Estado, um protecionismo não autorizado pela Constituição. O tema, contudo, é dos mais polêmicos e, para os fins deste *Curso*, basta apresentá-lo sem maiores problematizações. O que é inadmissível é não mencioná-lo mesmo em um trabalho que pretende ser só o início, não mais do que isto, dos estudos de direito processual civil. Teoria acrítica é contradição nos próprios termos.

11. PUBLICIDADE

O princípio da publicidade vem expresso no inciso LX do art. 5º da Constituição Federal: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". Ele também consta dos incisos IX e X do art. 93 da Constituição Federal, ambos com a redação que lhes deu a Emenda Constitucional n. 45/2004: "IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação"; "X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros".

Trata-se, inequivocamente, de uma garantia política do exercício da função jurisdicional, forte na concepção de exercício de controle sobre ela, típica, portanto, dos "direitos de primeira geração". A publicidade viabiliza publicidade não só por aqueles que atuam, de alguma forma, no próprio processo mas também pela sociedade em geral e pelo Estado considerado como um todo. É clássica a expressão de célebre pensador da Revolução francesa, Mirabeau – em que os ideais do Estado de Direito foram erigidos, pela primeira vez, na história recente, nas cláusulas constitucionais –, de que "Deem-me o juiz que desejarem: parcial, corrupto, meu inimigo mesmo, se quiserem; pouco me importa desde que ele nada possa fazer senão em público".

A publicidade, tal qual exigida constitucionalmente, tem sentido duplo. A primeira acepção é a de que o direito brasileiro não admite julgamentos "secretos". Neste sentido, todo o atuar do Estado-juiz é público no sentido de ser possível o acesso imediato a ele. A segunda é no sentido de que todas as decisões, para serem entendidas como tais, devem ser publicadas, isto é, tornadas públicas, acessíveis ao público em geral. Tudo o que caracteriza o "processo" – e "processo", sempre é bom destacar, é método de manifestação do Estado – é público, e, como tal, tem que estar disponível para quem quer que seja.

A publicidade do processo e dos atos processuais concretiza-se de variadas

formas. Pelo acesso aos prédios em que atuam os magistrados de primeiro grau de jurisdição (fóruns) ou os de segundo grau ou dos graus de sobreposição (Tribunais); pela possibilidade de exame, nos fóruns ou nos Tribunais, dos autos do processo; pela publicação de decisões e de despachos na imprensa oficial, e assim por diante.

Mais recentemente, têm-se criado condições de, com vistas a sempre dar maior concretização a este princípio, divulgar o conteúdo das decisões e dos variados julgamentos em meios eletrônicos (internet), prática que veio a ser generalizada pela Lei n. 11.419/2006; de televisionar julgamentos os mais diversos, havendo, até mesmo, um canal de TV com tal propósito, além de outros de *informação* e *formação* sobre os mais variados assuntos relacionados ao Direito como um todo (a chamada "Rede Justiça", criada pela Lei n. 10.461, de 17 de maio de 2002, e que entrou no ar no dia 11 de agosto de 2002), ou o uso de mecanismos de audiovisual nas sessões de julgamento no âmbito dos Tribunais, mencionadas estas circunstâncias, a título apenas ilustrativo.

O inciso IX do art. 93, contudo, admite expressas restrições ao princípio da publicidade. Assim, nos casos de "preservação do direito à intimidade do interessado", desde que não haja prejuízo ao "interesse público à informação" – direito que decorre do modelo de Estado adotado pelo Brasil –, a prática do ato processual pode ser limitada às próprias partes e a seus advogados ou somente a estes. A superação de eventual conflito entre estes dois princípios (entre estes dois *direitos fundamentais*) reclama a incidência do chamado "princípio da proporcionalidade", de que dá notícia suficiente o n. 2.1, *supra*. Mais *aberta* do que a do inciso IX do art. 93, é a enunciação do inciso LX do art. 5º. De acordo com o dispositivo, a publicidade dos atos processuais pode ceder espaço à intimidade e ao interesse social.

Sobre o assunto, não há como deixar de mencionar o art. 155 do Código de Processo Civil, que, embora se afine com o inciso IX do art. 93, é bem mais restritivo do que o inciso LX do art. 5º da Constituição Federal. À luz do texto constitucional, não há vedação para que o magistrado, segundo as características de cada caso concreto, determine o "segredo de justiça", justificando o porquê de sua iniciativa, contrapondo-a ao "direito de informação", traço típico do regime republicano. Neste sentido, é correto o entendimento de que o art. 155 é meramente exemplificativo – conclusão que se fortalece com o art. 5º, LX, da Constituição Federal – e, portanto, não exclui outras hipóteses que, de acordo com as necessidades de cada caso concreto, possam justificar a restrição do direito à publicidade, pelo menos de parte dos atos processuais. No âmbito da Justiça Federal, a Resolução n. 507/2006, do Conselho da Justiça Federal, que "estabelece diretrizes para o tratamento de processos e investigações sigilosas ou que tramitem em segredo de justiça, no âmbito da Justiça Federal de 1º e 2º graus", inclina-se expressamente a esta diretriz (v., em especial, seus arts. 2º e 3º). É também o entendimento que prevaleceu no julgamento do AgRg na MC 14.949/SP, pela 3ª Turma do STJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 19.5.2009, DJe 18.6.2009.

O art. 93, IX, da Constituição Federal, enseja discussão interessante sobre

a não observância do princípio da publicidade. É clara sua redação quanto a ser *nulo* o ato processual praticado em desrespeito ao princípio em exame. A "nulidade" referida no texto legal quer significar que o ato processual não é válido e, por isto, não pode pretender produzir seus efeitos regulares. O tema da nulidade dos atos processuais em geral, contudo, aceita diversos temperamentos. Mesmo que ausência de publicidade de um ato processual, princípio constitucional do processo, direito fundamental, não significa, por si só, necessariamente, em todo e em qualquer caso, *nulidade*. É preciso verificar o caso concreto e verificar em que condições que, a despeito da nulidade, a finalidade do ato foi atingido. Na medida em que se permitiu que os interessados tomasse ciência do ato, isto é, que o ato tenha, de alguma forma, se tornado público, não há por que falar em nulidade. Este *Curso* trata do tema relativo às nulidades dos atos processuais no n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III e no n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV.

12. MOTIVAÇÃO

O princípio da motivação, também chamado de princípio da *fundamentação*, tem previsão expressa nos mesmos incisos IX e X do art. 93 da Constituição Federal, que expressam também o princípio da publicidade (v. n. 11, *supra*). Isto, contudo, não é o suficiente para tratar as duas figuras, os dois princípios, estes dois direitos fundamentais, como se eles fossem uma coisa só, embora, é certo, haja inegável correção entre ambos.

O princípio da motivação expressa a *necessidade* de toda e qualquer decisão judicial ser explicada, fundamentada, justificada pelo magistrado que a prolatou. Com isto o princípio assegura não só a transparência da atividade judiciária mas também viabiliza que se exercite o adequado controle de todas e quaisquer decisões jurisdicionais. Justamente porque o direito reclama, para sua aplicação, interpretação, e considerando que a interpretação da regra jurídica reclama, para sua correção, a consideração (consciente) de valores (v. n. 2.6 e desdobramentos do Capítulo 2 da Parte I), é fundamental que se verifique a razão de o magistrado ter decidido de uma forma ou de outra. Não é despropositado, muito pelo contrário, referir-se ao princípio da motivação como uma forma de o magistrado "prestar contas do exercício de sua função jurisdicional" ao jurisdicionado, aos demais juízes, a todos os participantes do processo e, mais amplamente – e como consequência inafastável –, a toda a sociedade.

Sobre o assunto ventilado pelo parágrafo anterior, vale enfatizar a ideia de que, mercê do novo paradigma da norma jurídica, assunto ao qual se voltou especificamente o n. 2.6.4 do Capítulo 2 da Parte I deste *Curso*, a motivação tem que ser entendida, cada vez mais, como algo conatural, verdadeiramente imanente, à prestação da tutela jurisdicional. Se nos casos – e eles ainda existem – em que a aplicação da lei se baseia, ainda, na mera interpretação de um texto legal –, não há como afastar a *necessidade* de motivação suficiente e adequada do magistrado, naqueles casos que caracterizam a atuação jurisdicional mais

recente, em que a textura aberta da norma jurídica conduz o magistrado a fazer escolhas entre valores e soluções opostas, que conduz o magistrado a, conscientemente, *criar* o direito, o dever de motivação ganha, ainda mais, espaço e necessidade. É por intermédio de seu exame, da sua correção e adequação, que se viabilizará como e em que medida a decisão proferida pelo juiz – seja qual for esta decisão – é, ou não, a mais correta, a mais adequada para o caso concreto.

Os próprios teóricos do direito que dedicaram seus estudos aos "princípios jurídicos" e aos "critérios de solução de conflitos entre eles", assunto ao qual se dedicou o n. 2.1, *supra*, não omitem a necessidade de as *escolhas* nas aplicações dos princípios conflitantes nos casos concretos seja sempre acompanhada de *fundamentação*, de *motivação*, como forma segura de *justificar* o acerto da norma jurídica que regulará o caso concreto. Trata-se, assim, de haver condições, o mais objetivas possível, de verificar o que levou o magistrado a decidir de uma ou de outra forma e se a decisão tomada é a mais correta à luz das circunstâncias concretas.

Houvesse uma "lista" na Constituição Federal ou na lei que indicasse quais critérios deveriam ser empregados nos casos de conflito entre princípios e, certamente, a motivação das decisões judiciais, embora não pudesse ser dispensada (porque ela é expressamente exigida pela Constituição Federal, sem quaisquer ressalvas), seria de menor relevância. Como não há, contudo, uma tal lista, como sua elaboração é, por definição, impossível, o que se impõe é *controlar* as escolhas feitas pelo magistrado concreto à luz da sua motivação, da explicação das razões pelas quais ele escolheu o prevalecimento de um princípio e não de outro; porque ele preencheu um determinado conceito vago de um modo e não de outro e assim por diante. O princípio da motivação, à luz deste novo paradigma da norma jurídica, destarte, assume inegáveis foros de mecanismos de *justificativa* e de *controle* do exercício da função jurisdicional. Sua importância para o estudo do direito processual civil como um todo, pois, é inegável.

A motivação, neste sentido, é claramente uma decorrência inafastável do modelo político do Estado brasileiro, Democrático e de Direito. Assim mesmo que, em tese, não houvesse a previsão expressa da motivação de qualquer decisão jurisdicional no art. 93, IX e X, não se admitira, entre nós, sem atrito ao modelo constitucional do processo civil, decisões não fundamentadas. É desta imposição constitucional, mais ainda quando enunciada à luz da *publicidade* da atuação do Estado-juiz, que deriva entendimento bastante assente na doutrina de que o direito processual civil brasileiro não admite decisões "implícitas", isto é, a resolução de questões que não sejam identificadas como tais porque expressamente enfrentadas e acolhidas ou rejeitadas à luz de fundamentação *suficiente*. É neste sentido que o princípio da motivação relaciona-se intimamente com o da publicidade. A ideia de motivação, destarte, pressupõe que as decisões sejam públicas no sentido de serem elas tornadas públicas, acessíveis ao público em geral e, mais diretamente, às partes e a seus advogados.

O Código de Processo Civil é expresso ao exigir a fundamentação das

decisões e criar mecanismos de controle da sua ausência ou insuficiência. Concretiza, assim, o "modelo constitucional do processo civil".

O art. 458, II, exige como requisito indispensável da sentença a análise crítica das questões de fato e de direito e sua resolução expressa. É o que o dispositivo chama de *fundamentos*. Por "questões" de fato e de direito devem-se entender os pontos, as matérias, sobre os quais controvertem autor, réu e eventuais intervenientes. Essa parte da sentença (a referente à *fundamentação* ou à *motivação*) é o momento em que o julgador desenvolve seu raciocínio à luz do material carreado aos autos, aplicando, sobre as premissas fáticas que estabelece, as regras de direito. Tudo o que for relevante para o deslinde da causa deve ser apreciado *e resolvido* nessa *parte* (capítulo) da sentença. O próprio Código de Processo Civil, ao estabelecer, no art. 131, liberdade do julgador na apreciação das provas ("princípio do livre convencimento motivado do juiz", v. n. 6 do Capítulo 2 da Parte IV), impõe, *como contrapartida*, que a sentença indique os motivos que formaram seu convencimento.

Mas não só a sentença exige fundamentação. Quaisquer outras decisões jurisdicionais também o exigem e nisto o Código de Processo Civil é claro, como demonstra o seu art. 165. Nem poderia ser diferente, vale o destaque, sob pena de desatendimento do "modelo constitucional do processo civil". A circunstância de aquelas outras decisões poderem ser *concisamente* fundamentadas não significa não observância do princípio da motivação. Como todo princípio, a lei, ao discipliná-lo, optou, em nome de outros valores (economia, celeridade, por exemplo), admitir fundamentação concisa, isto é, breve. O mesmo lê-se no art. 459 com relação às chamadas "sentenças terminativas", isto é, aquelas que têm um dos conteúdos do art. 267. Assim, para situações que, pelo menos em tese, exigem decisões menos complexas, em que as *questões* suscitadas pelas partes e por eventuais intervenientes não são tão complexas, conformou-se o legislador com breves fundamentações. Evidentemente que, na medida em que as questões resolvidas por sentenças "terminativas" ou por decisões interlocutórias sejam complexas – e na prática do foro é bastante comum que o sejam –, a fundamentação do juiz, natural e consequentemente, não poderá ser concisa no sentido de simplista.

Até porque, pertinente o destaque, fundamentação *concisa* não é sinônimo de *falta* ou de *deficiência* de fundamentação. Nessa hipótese – e não naquela – ocorre nulidade nos termos do art. 459 e, mais amplamente, nos termos dos próprios incisos IX e X do art. 93 da Constituição Federal. A motivação imposta por estes dispositivos constitucionais é a fundamentação *suficiente*, isto é, aquela em que o magistrado consiga demonstrar as razões pelas quais à luz do que foi alegado e provado decidiu.

Para que se dê cumprimento escorreito ao princípio constitucional, é fundamental que também os argumentos ou as teses que, *ao julgador*, pareçam ser de menor ou nenhuma relevância para o julgamento sejam identificadas e rejeitadas *com esta fundamentação*. Caso contrário, não há como verificar em que condições o julgador encontrou os fundamentos *suficientes* para proferir a sua decisão. Tanto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

cristalizada na Súmula 211, admite a oposição do recurso de embargos de declaração (art. 535, II) para suprir omissão relativa ao não enfrentamento *e* resolução de questão fundamental (essencial) para o deslinde do processo. Importante o enfrentamento explícito (e suficiente) de todas as questões trazidas pelos sujeitos do processo, ademais, porque o julgador não fica vinculado à fundamentação jurídica trazida pelas partes ou pelos intervenientes. Pode o julgador valer-se de norma jurídica não ventilada até então nos autos para dar solução à controvérsia: *jura novit curia*.

Do que este *Curso* acabou de dizer decorre uma importante distinção. Pode ser que o defeito na motivação seja *intrínseco* (falta de correção lógica entre fundamentos e conclusão) ou *extrínseco* (a decisão deixa de analisar provas e alegações, por exemplo). Em qualquer caso, faz-se mister confrontar a decisão com o que foi produzido em todos os sentidos no processo para verificar sua suficiência. É mister, para cumprimento do princípio em exame, que se analise tudo o que foi alegado, tudo o que foi provado e o que se decidiu. Na medida em que não haja correlação entre a decisão e as alegações e a prova há defeito de motivação. O recurso de embargos de declaração é mecanismo hábil para corrigir este equívoco perante o próprio prolator da decisão (art. 535), como examina o n. 2 do Capítulo 8 da Parte I do vol. 5.

13. VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS OU OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

O "princípio da vedação das provas ilícitas" é expresso na Constituição Federal no inciso LVI do art. 5º. De acordo com o dispositivo: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". O que o princípio quer proteger, acima de tudo, é a intimidade das pessoas, nos termos amplos do art. 5º, X, da Constituição Federal.

O art. 5º, LVI, da Constituição Federal permite a distinção entre "provas ilícitas" e entre provas *obtidas* por meios ilícitos. Prova ilícita é aquela que, em si mesma considerada, fere o ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, a tortura, expressamente proibida pelo art. 5º, III, da Constituição Federal. Prova obtida por meios ilícitos é aquela que, em si mesmo considerada, é admitida ou tolerada pelo sistema, mas cuja forma de obtenção, de constituição, de formação, fere o ordenamento jurídico. Bem ilustra a situação o desrespeito ao sigilo de correspondência ou a oitiva de conversas telefônicas não autorizada nos termos da lei.

A prova ilícita ou obtida de forma ilícita deve ser entendida como não produzida perante o magistrado. Ela não pode ser levada em conta pelo magistrado na formação de sua convicção. Como a vedação decorre, contudo, de *princípio* constitucional, a aparente rigidez desta vedação pode admitir exceções ou temperamentos consoante as necessidades de cada caso concreto. Assim, por exemplo, não é equivocado o entendimento de que a prova lícita obtida de forma ilícita pode ser utilizada válida e eficazmente se ela for o único meio de provar o fato que diga respeito a interesses maiores, à segurança

pública, por exemplo, ou se ela puder beneficiar o acusado. Trata-se, uma vez mais, da aplicação do "princípio da proporcionalidade", assunto ao qual se volta o n. 2.1, *supra*. A prova ilícita, contudo, não deve tolerar qualquer gradação ou qualquer temperamento. Ela, por violar os valores mais caros ao Estado brasileiro – a dignidade da pessoa humana –, deve ser sempre rejeitada, sem prejuízo, evidentemente, de os responsáveis pela sua obtenção serem responsabilizados pelos seus atos.

Questão interessante já enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, diz respeito às provas ilícitas "por derivação", é dizer, em que medida uma prova ilícita ou obtida de forma ilícita pode tornar imprestável a utilização de outras provas, lícitas e obtidas regularmente, mas que derivaram, diretamente, das primeiras. A resposta mais correta é a que afasta a utilidade das provas, verdadeiramente contaminadas, a não ser que haja, no caso concreto, algum outro valor, maior, que deva preponderar, nos termos do que discutiu o último parágrafo. Nos casos, contudo, em que outras provas confirmarem aquilo que, de alguma forma, derive da prova ilícita ou obtida de forma ilícita, não há qualquer óbice na sua utilização, conquanto, na hipótese, a prova ilícita ou obtida ilicitamente, a bem da verdade, seja indiferente para a formação da convicção do magistrado.

Embora seja *suficiente* a previsão do art. 5º, LVI, para vedar o uso da prova ilícita *e* da prova obtida de forma ilícita, vale destacar também o comando do inciso XII do mesmo dispositivo, segundo o qual: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

O dispositivo traz uma especificidade para o processo *penal* digna de destaque. Segundo ele, correspondências e comunicações telegráficas, telefônicas e transmitidas por outras formas de transmissão de dados devem ser preservadas – forte no comando mais amplo de proteção à intimidade das pessoas (art. 5º, X, da Constituição Federal) – mas, excepcionalmente, podem ser rompidos aqueles sigilos para fins de persecução criminal nos termos da lei. A lei a que se refere o dispositivo constitucional é a Lei n. 9.296/1996, que disciplina as condições em que o juiz penal, para fins de instrução criminal, pode determinar a quebra dos sigilos telefônicos e de outras fontes do acusado. Não há autorização constitucional nem legal (nem poderia ser diferente, sob pena de inconstitucionalidade) para similar quebra de sigilo para fins processuais civis. A doutrina, contudo, não nega a possibilidade de a prova *licitamente* obtida para fins processuais *penais* poder ser utilizada também no plano processual *civil* na qualidade de "prova emprestada", isto é, como uma forma *atípica* (porque não regulada expressamente pela lei processual civil – v. n. 6 do Capítulo 2 da Parte IV) de produção de prova (assim, *v.g.*; STJ, 4ª Turma, REsp 678.143/MG, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 22.5.2012). O "juiz civil", nestas condições, não fica sujeito ou vinculado ao entendimento a que chegou o "juiz penal". O que não pode ser admitido, sob pena de violação do precitado dispositivo constitucional e

agressão ampla ao princípio agasalhado no inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, é que o "juiz civil", no plano do "processo civil", isto é, não penal, determine a quebra do sigilo telefônico ou de correspondência do réu.

No plano infraconstitucional, o art. 332 do Código de Processo Civil permite, no processo civil, o uso de "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código" para fins probatórios. Trata-se do que a doutrina chama de "princípio da atipicidade da prova". O núcleo do dispositivo, no que ele deriva do "modelo constitucional do processo civil", está em que qualquer método probatório é admitido no plano do processo civil *desde que* não sejam agredidos os valores superiores do ordenamento, expressos ou implícitos na Constituição Federal. O n. 6 do Capítulo 2 da Parte IV volta a tratar do assunto, ao ensejo do exame dos "princípios infraconstitucionais do processo civil".

Tanto assim que é corrente em parcela da doutrina a identificação de um verdadeiro "direito fundamental à prova" (assim, por exemplo, Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*, p. 96-99). Segundo tal "direito" – que (re)conduz o "princípio da atipicidade das provas" para o plano constitucional –, é vazio de significado viabilizar às partes ou a eventuais terceiros "acesso à justiça", "contraditório", "ampla defesa" (v. n. 6, *supra*) e "devido processo legal" se as alegações transportadas para o plano processual não pudessem ser acompanhadas de prova de sua veracidade, prova esta capaz e suficiente de *influenciar* a formação da convicção do magistrado, o destinatário da prova. O direito a afirmar um direito em juízo deve, consequentemente, ser acompanhado do direito à sua prova, assunto ao qual se dedica, com maior profundidade, o n. 6 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 2, tomo I.

14. ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

O n. 15, *infra*, ocupa-se em acentuar que o princípio da "economia processual" no seu sentido tradicional, isto é, voltado à problemática dos custos envolvidos direta ou indiretamente na atuação judicial passou a ser tratado expressamente pela Constituição Federal no art. 5º, LXXIV: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". É este o momento de exame mais detido deste princípio.

Como o n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte I ocupou-se em demonstrar, uma das principais preocupações dos estudiosos do direito processual civil a partir da segunda metade do século XX foi a de verificar em que condições era possível viabilizar o acesso à justiça àqueles que não tinham recursos suficientes para tanto. É que Mauro Cappelletti catalogou como "primeira onda de acesso à justiça".

Longe de considerar aqueles ideais e aquelas preocupações meramente filosóficas, é importante destacar que o precitado dispositivo constitucional ocupou-se de prevê-las e contornar a situação do hipossuficiente, criando

condições efetivas, condições concretas, de seu acesso à justiça.

Mas não só acesso à justiça no sentido "jurisdicional" do termo. O dispositivo constitucional foi além e estabeleceu como obrigação do Estado não só assistência *judiciária* integral e gratuita mas, muito mais do que isto, assistência *jurídica* integral e gratuita. Isto quer significar, portanto, que também "fora" do plano do processo, o Estado tem o dever de atuar em prol da conscientização jurídica da sociedade, orientando-a com relação aos seus direitos. Este é, com efeito, um passo decisivo para desenvolvimento e fortalecimento do sentimento de cidadania de um povo. É fundamental que se saiba que se tem direitos até como pressuposto lógico e indispensável para se pretender exercê-los, se for o caso, inclusive jurisdicionalmente.

Não obstante a largueza da previsão constitucional, relevantíssima, para este *Curso* interessa mais de perto a feição *jurisdicional* do comando. O que se quer, de acordo com o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal é evitar que o *custo* inerente à prestação da atividade jurisdicional seja óbice para aqueles que não tenham condições de suportá-lo. Não se trata de tornar a prestação da atividade jurisdicional gratuita. Não é isto o que a Constituição Federal estabelece. Trata-se, bem diferentemente, de evitar que a responsabilidade por estes custos obstaculize o exercício *jurisdicional* de direitos. É como se dissesse de forma bem direta, é determinar que o próprio Estado assuma, para todos os fins, os custos inerentes ao exercício da função jurisdicional, de modo a permitir àquele que não teria condições de suportá-los atuar processualmente. Neste contexto, não há como omitir que a temática relaciona-se intimamente com o "princípio do acesso à justiça", assunto ao qual se volta o n. 3, *supra*.

A própria Constituição Federal estabelece diretrizes seguras para a implementação concreta da diretriz constante do dispositivo em exame. Assim, por exemplo, no inciso LXXVII do art. 5º determina que "são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania". Adotando as premissas que este *Curso* adota para construir um *sistema* de direito processual civil, não há razão para não espraiar esta gratuidade também às chamadas "ações constitucionais", dentre elas o mandado de segurança, porque representativa, em última análise, do exercício, embora no plano jurisdicional, da cidadania.

Ainda no plano da Constituição Federal, importante destacar as "Defensorias Públicas" criadas pelo art. 134 como instituições especificamente voltadas à "orientação jurídica e à defesa, em todos os graus dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". As "Defensorias Públicas" são, destarte, órgãos estatais incumbidos de fornecer aos hipossuficientes mecanismos de realização daquela diretriz constitucional. A elas se dedica o n. 5 do Capítulo 4, *infra*.

No plano infraconstitucional, é relevante a Lei n. 1.060/1950, a chamada "lei da assistência judiciária", que, não obstante ser bem anterior à Constituição Federal de 1988, é o diploma legislativo que, ainda hoje, ocupa-se do tema. Esta lei, fundamentalmente, disciplina que todos que afirmarem não possuir condições econômicas de suportar os custos do litígio – prevalece o entendimento de que não há necessidade de prova preconstituída da dificuldade financeira, bastante

sua afirmação em juízo (art. 4º da Lei n. 1.060/1950), ressalvadas, sempre, as situações peculiares de cada caso concreto (STJ, 4ª Turma, REsp 646.649/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. un. 12.8.2008, DJe 15.9.2008) – estarão, temporariamente, isentos do pagamento das custas processuais, isto é, de todas as despesas processuais, como, por exemplo, os tributos devidos ao Estado como retribuição pelo exercício da função jurisdicional e demais valores derivados da atuação jurisdicional, além dos honorários devidos aos advogados (art. 3º da Lei n. 1.060/1950), resguardado contrato de honorários anteriormente firmado por ser ato jurídico perfeito, como bem decidiu a 3ª Turma do STJ no REsp 1.065.782/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 7.3.2013, DJe 22.3.2013). Uma tal isenção perdurará enquanto subsistirem as razões que justificaram sua concessão até cinco anos do trânsito em julgado da sentença (art. 12 da Lei n. 1.060/1950), sendo pertinente sua concessão mesmo após o proferimento da sentença (STJ, 4ª Turma, REsp 903.779/SP, j.un. 17.11.2011, DJe 7.12.2011, e REsp 904.289/MS, j.un. 3.5.2011, DJe 10.5.2011, ambos relatados pelo Min. Luis Felipe Salomão). A isenção não abrange penas ou sanções devidas pela litigância de má-fé do beneficiário (STJ, 4ª Turma, RMS 15.600/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 20.5.2008, DJe 23.6.2008).

É correto o entendimento, que vem prevalecendo no âmbito dos Tribunais, de que a isenção tratada no diploma legislativo destacado no parágrafo anterior seja concedida também a pessoas *jurídicas*, não obstante a redação da Lei n. 1.060/1950 dar a entender que seu destinatário seria apenas a pessoa *física*. Suficiente, para tanto, que elas afirmem não possuir recursos para suportar os custos do litígio sem prejuízo de suas próprias atividades, máxime em se tratando de entidades sem fins lucrativos. Injustificável, à luz da grandeza do beneplácito constitucional, mormente quando inserida no contexto amplo de *acesso à justiça* (v. n. 3, *supra*), a leitura *literal* da regra legislativa. Deve prevalecer, no caso, o resultado de sua *filtragem constitucional* (v. o n. 2.6.4 do Capítulo 2 da Parte I e a Introdução desta Parte II). Neste sentido, dentre outros: STJ, CE, EREsp 1.055.037/MG, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.m.v. 15.4.2009, DJe 14.9.2009 (reconhecendo o benefício para entidades sem fins lucrativos e beneficentes, que têm presunção *iuris tantum* da condição de necessitado); STJ, 2ª Turma, REsp 1.038.634/ES, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 15.5.2008, DJe 30.5.2008 (exigindo que a pessoa jurídica com fins lucrativos demonstre a impossibilidade momentânea de suportar os custos do processo); STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 916.638/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 3.4.2008, DJe 28.4.2008, e STJ, 4ª Turma, REsp 994.397/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 4.12.2007, DJ 17.12.2007, p. 221. A orientação acabou se convertendo na Súmula 481 do STJ, que tem o seguinte enunciado: "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais".

É neste contexto amplo de evitar óbices econômicos ao acesso à justiça que deve ser lida e aplicada a Súmula 667 do Supremo Tribunal Federal. De acordo com ela, são inconstitucionais as leis estaduais que, ao disciplinarem as despesas processuais, não limitarem os valores a serem recolhidos para a prática

dos atos processuais: "viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa". Tudo para evitar qualquer entrave de cunho econômico para a atuação processual de quem quer que seja.

15. ECONOMIA E EFICIÊNCIA PROCESSUAIS: A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E OS MEIOS QUE GARANTEM A CELERIDADE PROCESSUAL

O princípio da economia processual também é um princípio *constitucional* do processo. Seja no sentido de sua formulação tradicional, embora, como demonstra o n. 14, *supra*, ela encontre supedâneo expresso mais apropriado na Constituição Federal brasileira, na assistência *jurídica* integral e gratuita, seja na sua formulação mais recente, que veio de ser expressamente consagrada na Constituição Federal, mercê da introdução do inciso LXXVIII no seu art. 5º pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a chamada "Reforma do Judiciário": "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Tradicionalmente, o princípio da economia processual era visto como a necessidade de o processo civil levar em conta o menor dispêndio possível de recursos financeiros para que o acesso à justiça pelos mais pobres não fosse comprometido. A formulação original do "princípio econômico" ("princípio informativo" do processo civil, consoante a discussão à qual se volta o n. 2 do Capítulo 1 da Parte IV), era justamente neste sentido.

Ocorre que, pelas razões que diversas vezes já foram mencionadas por este *Curso* e que ainda serão tratadas naquele momento, os princípios do processo civil (constitucionais ou infraconstitucionais) são uma imposição do direito positivo de cada país e que, por isto mesmo, podem variar de tempos em tempos. É o que se dá com a formulação *original* do "princípio econômico". Ele, para o ordenamento jurídico brasileiro, está *suficientemente* garantido no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, que enuncia o "princípio da assistência jurídica integral e gratuita", razão pela qual este enfoque do princípio da "economia processual" está todo tratado no n. 14, *supra*.

Para o número presente, o que releva evidenciar é que o princípio da economia processual deve ser entendido como aquele segundo o qual a atividade jurisdicional deve ser prestada sempre com vistas a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços. O "princípio da economia processual", nos contornos que lhe deu o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, já encontrava eco seguro no art. 125, II, do Código de Processo Civil.

Não há como desconsiderar que, assim enunciado, o princípio pode mostrar-se consoante ao "princípio da efetividade do processo", ao qual se volta o número seguinte. Esta aproximação, contudo, não é prejudicial à concepção de cada um dos princípios, com suas formulações próprias, ao mesmo tempo que viabiliza a criação de uma maior área de cobertura por um e por outro princípio.

Até porque antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, não eram poucas as vozes que já se referiam ao mesmo objetivo, hoje tornado explícito no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, como derivado, se não do amplíssimo "devido processo legal", do próprio princípio da "efetividade do processo".

E mesmo antes do advento daquela Emenda, não havia como negar que o "princípio da duração razoável do processo" já era "direito vigente" entre nós porque era ele assegurado expressamente pelo art. 8º, n. 1, do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto n. 678/1992 e, por isto, norma integrante do sistema processual civil. O que com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 ficou esclarecido, não fosse pela consagração explicitada no novo inciso LXXVIII do art. 5º, é que aquele princípio ganhou *status constitucional*, mercê da introdução do § 3º no mesmo dispositivo ou, quando menos, em função do § 2º do mesmo dispositivo constitucional.

Como quer que seja, o relevante é que a iniciativa da Emenda Constitucional n. 45/2004 acaba por significar que não há como pensar no processo civil brasileiro sem levar em consideração *também* aquele princípio – o da duração razoável do processo *e* meios que garantam a celeridade de sua tramitação –, independentemente dos resultados práticos produzidos por este processo, campo mais propício para o princípio da "efetividade do processo". E mais: que se trata de um princípio *constitucional* do direito processual civil e, portanto, inderrogável por qualquer norma infraconstitucional e que, como tal, *independe* de lei para ser implementado em todos os sentidos.

É importante destacar que o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, mesmo que possa ser lido sob o nome comum de "economia processual", pelas razões expostas, a seu tempo, nos parágrafos anteriores, traz duas diretrizes diversas, embora complementares. Uma é a relativa à "duração razoável do processo". Outra é a relativa aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A primeira parte do dispositivo deve ser entendida como a diretriz de que a "duração razoável do processo" – e não há mal nenhum em enunciar esta diretriz como o "princípio da "duração razoável do processo" ou, para evitar a repetição com o texto empregado pela norma em exame, "princípio da tempestividade da tutela jurisdicional" – depende, fundamentalmente, do exame de cada caso concreto, levando em conta as suas próprias especificidades, as suas próprias dificuldades, as suas próprias incertezas. O que é dado ao processualista idealizar, em abstrato, são as *técnicas*, as mais variadas e nos variados planos, para buscar um julgamento mais célere, assunto ao qual se volta a segunda parte do dispositivo em exame.

A discussão relativa à possibilidade de indenização a ser paga pelo Estado pela não duração "razoável do processo", pela não observância, portanto, do princípio expresso no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, por isto mesmo, não parece ter, pelo menos à falta de lei expressa que regulamente os parâmetros concretos de uma tal indenização, maior expressividade. Um tal dever indenizatório não pode ser negado, até por causa do que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal (v. n. 2.1 do Capítulo 4, *infra*), mas o que o princípio

aqui examinado – que é direito fundamental – quer é que se criem condições, as mais variadas, concretas de atingimento de uma dada finalidade. Enfocá-lo como uma cláusula de mera indenização apequena a sua própria função no Estado brasileiro. Por ora, portanto, é mais importante revelar o seu conteúdo prestacional.

À luz das considerações dos parágrafos anteriores, não há como negar que os contornos do princípio em análise concentram-se na sua segunda parte. Trata-se, nestas condições, de verificar como "economizar" a atividade jurisdicional no sentido da *redução* desta atividade, *redução* do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez. O que o princípio previsto expressamente no inciso LXXVIII do art. 5º quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam *racionalizados*, *otimizados*, tornados mais *eficientes* (o que, aliás, vai ao encontro da organização de toda atividade estatal, consoante se vê do art. 37, *caput*, da Constituição Federal e do "princípio da eficiência" lá previsto expressamente), sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos. Por isto mesmo, não há por que recusar referir-se a esta faceta do dispositivo constitucional em exame como "princípio da *eficiência* da atividade jurisdicional".

Entre as várias possibilidades de aplicação daquela nova norma jurídica está, justamente, a de reconhecer nela a necessidade de o "processo" (sempre: método de atuação do Estado) e o "direito processual civil" como um todo ser pensado do ponto de vista de sua *economicidade*, seja em termos de tempo ou em termos de recursos, de técnicas ou de meios a serem empregados para atingimento de suas finalidades, visando, com isso, uma melhor e mais *eficiente* prestação da tutela jurisdicional. O próprio Código de Processo Civil tem sido pensado há um bom tempo desta perspectiva. A prioridade na tramitação de todos os atos e diligências dos "processos" em que figurem idosos, assim entendidas quaisquer pessoas com sessenta anos de idade ou mais, ou, ainda, pessoas portadoras de doença grave (diretriz estabelecida no art. 1.211-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 10.173/2001 e ampliado pela Lei n. 12.008/2009); a tutela *antecipada* dos arts. 273 e 461, § 3º (que permite, em última análise, que o magistrado empreste eficácia plena a decisões que, de outro modo, levariam mais tempo para surtir quaisquer efeitos, v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III); e a autorização para a prática de atos processuais por meios eletrônicos independentemente da repetição do ato na forma tradicional, em papel, que veio de ser expressamente reconhecida pela Lei n. 11.280/2006, quando introduziu um parágrafo único ao art. 154, prática generalizada pela Lei n. 11.419/2006 – o chamado "processo eletrônico" –, são alguns poucos, mas importantes, exemplos desta nova realidade normativa.

É, contudo, desejável e possível ir além. O princípio em destaque autoriza – a bem da verdade, impõe – uma nova forma de pensar o direito processual civil, mesmo em casos em que não há lei expressa que o acolha, que o concretize. São exemplos desta nova forma de pensar o processo civil expedientes como a penhora "on-line" e a penhora de faturamento de empresas

(técnicas executivas que foram largamente aplicadas no dia a dia do foro mesmo antes de passarem a ser expressamente reguladas pela Lei n. 11.382/2006 nos arts. 655, VII, e 655-A do Código de Processo Civil) e a chamada "tutela inibitória autônoma" (ou um "dever-poder geral de inibição"), que autoriza o Estado-juiz a imunizar suficientemente quaisquer situações de ameaça a direito, independentemente de um "procedimento especial", e que este Curso, pelas razões expostas no n. 8.1.1 do Capítulo 1 da Parte III, prefere chamar de "tutela jurisdicional preventiva".

O princípio da economia processual, tal qual explicitado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, contudo, não se refere só ao *tempo* necessário para o desenvolvimento do processo mas também à redução de custos nele envolvidos e, bem assim, à realização de uma mais ampla *otimização da prestação jurisdicional*, inclusive do ponto de vista *econômico*, *administrativo* e, até mesmo, *burocrático*. Em suma, trata-se de desenvolver o máximo da prestação jurisdicional no menor espaço de tempo com o menor esforço possível, obtendo o máximo de resultados coincidentes com os objetivos mais amplos de todo o sistema jurídico, entre outros, a *uniformidade de decisões*. O princípio, portanto, convida também para uma série de outras reflexões sobre a necessidade de alteração profunda da própria *estrutura* do Poder Judiciário (estrutura física, humana, burocrática e administrativa). Até, para alguns, convidará para uma análise "econômica" do Direito, tendência em voga em alguns autores norte-americanos e menos comum no direito brasileiro.

Independente da linha metodológica a ser adotada pelos diversos desdobramentos admitidos pelo dispositivo constitucional em análise – e este *Curso* mantém-se, no particular, fiel à proposta anunciada no n. 2 do Capítulo 2 da Parte I –, não há por que negar ser neste contexto, de dever ser (re)pensada a própria atuação jurisdicional do Estado do ponto de vista estrutural, a pertinência do destaque de algumas novidades trazidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que acabaram por criar diversas oportunidades de *concretização* do que ela própria estabeleceu no inciso LXXVIII do art. 5º.

Apenas a título ilustrativo, vale a colação dos seguintes dispositivos: (*a*) a atividade jurisdicional deve ser ininterrupta, vedadas as férias coletivas nos juízos de 1º grau e nos Tribunais de 2º grau e instituído o "plantão judiciário" (objeto da Resolução n. 36/2007 do CNJ e, no Estado de São Paulo, da Resolução n. 364/2007, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça daquele Estado), diretriz que já era chamada por alguns, com razão, de "princípio da continuidade da atividade jurisdicional" (art. 93, XII); (*b*) o número de juízes deve ser proporcional à demanda judicial e à respectiva população (art. 93, XIII); (*c*) a prática de atos meramente administrativos e sem conteúdo decisório pode ser delegada, pelo magistrado, a servidores (art. 93, XIV); (*d*) todos os processos em todos os graus de jurisdição devem ser distribuídos automaticamente (art. 93, XV); (*e*) as custas e os emolumentos judiciais – que têm natureza jurídica de taxa e, como tal, estão sujeitas ao regime jurídico tributário (STJ, CE, AI no RMS 31.170/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 18.4.2012, DJe 23.5.2012) – serão destinados ao custeio dos serviços afetos às atividades da própria Justiça

(art. 98, § 2º); (*f*) possibilidade de descentralização dos Tribunais de Justiça dos Estados com "câmaras regionais", a exemplo do que já ocorre com os Tribunais Regionais do Trabalho (art. 125, § 6º); e (*g*) a possibilidade da criação da "justiça itinerante", observando-se os limites territoriais de cada juízo (art. 125, § 7º).

A análise mais detalhada destes dispositivos é ir além dos limites e dos propósitos da exposição presente e de uma teoria geral de direito processual civil. Fica indicado o tema, entretanto, para aqueles que, a partir destas breves considerações, quiserem levar em conta em seus estudos complementares de direito processual civil, em estreita consonância, destarte, com um dos objetivos declarados para o desenvolvimento deste *Curso*. Ademais, quando a atenção do processualista civil volta-se mais à estrutura humana, organizacional e burocrática do Poder Judiciário, não há como perder de vista que o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal é eco seguro do que, no plano da Administração Pública, passou a ser explicitado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal com a Emenda Constitucional n. 19/1998. De acordo com aquela nova norma, a atuação administrativa deve ser *eficiente*. Eficiente, neste contexto, quer significar os necessários esforços de *racionalização* da estrutura judiciária de forma a viabilizar que a sua atuação – e amplamente: o *método* de sua atuação – seja, a um só tempo, célere e seguro: que produza o máximo de resultados ótimos com o mínimo de esforço e de gastos.

É importante, por fim, destacar que o dispositivo em estudo não deve ser entendido como se a busca por um julgamento mais célere, mais ágil, reconhecendo-se os meios necessários para a obtenção desta finalidade, pudesse, de forma generalizada, colocar em risco o ideal de *segurança jurídica* que o princípio do devido processo legal e do contraditório (v. ns. 4 e 5, *supra*) impõem. Também aqui a ideia de necessária *preponderância* entre os diversos princípios constitucionais do processo civil (v. n. 2.1, *supra*) deve ser levada em conta adequadamente em cada caso concreto, sempre impondo ao magistrado e, mais amplamente, ao intérprete e ao estudioso do direito processual civil, a necessária fundamentação (justificativa) das suas escolhas e das razões que conduziram a elas.

16. EFETIVIDADE DO PROCESSO

O princípio da efetividade do processo ou da jurisdição também encontra seu fundamento na locução contida no art. 5º, XXXV, de que a lei não excluirá nenhuma *lesão* ou *ameaça* a direito da apreciação do Poder Judiciário, o mesmo que, no n. 3, *supra*, rendeu ensejo à apresentação do "princípio do acesso à justiça". Este princípio, por vezes, é enunciado como "efetividade da jurisdição".

Sua noção nuclear, no contexto adotado para desenvolvimento deste *Curso*, repousa em verificar que, uma vez obtido o reconhecimento do direito indicado como ameaçado ou lesionado, e que, por isto mesmo, justifique a atuação do Estado-juiz (a prestação da "tutela jurisdicional"), seus resultados devem ser *efetivos*, isto é, *concretos*, *palpáveis*, *sensíveis* no plano *exterior* do

processo, isto é, "fora" do processo.

Vale destacar, para bem compreender o significado do princípio da efetividade do processo, que enquanto o princípio do "acesso à justiça" e o do "devido processo legal" e os que dele derivam – que, pelas razões expostas no n. 4, *supra*, são praticamente todos os princípios expostos até aqui – voltam-se, basicamente, à criação de condições efetivas de provocação do Poder Judiciário e de obtenção da tutela jurisdicional mediante uma *devida* participação ao longo do processo, com vistas ao reconhecimento do direito (ameaçado ou lesionado) de alguém pelo Poder Judiciário, o princípio da efetividade do processo volta-se mais especificamente aos resultados práticos deste reconhecimento do direito, na exata medida em que ele o seja, isto é, aos *resultados* da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo. É inócuo falar em um "*processo* justo" ou em um "*processo* devido", dando-se a *falsa* impressão de que aqueles atributos tendem a se esgotar com a tão só observância da correção do *meio* de produzir a decisão jurisdicional apta a veicular a tutela jurisdicional. O "justo" e o "devido", com efeito, vão além do *reconhecimento* jurisdicionalmente do direito. A efetividade do processo, nesse sentido, deve ser compreendida como *efetividade* do direito material pelo processo. Efetividade, vale a ênfase, no sentido de sua *concretização* e *realização* práticas.

Sem desconhecer que os princípios jurídicos, normas jurídicas diferentes das regras, não são mais ou menos fortes do que outros, é importante enfatizar a importância – a preponderância – do princípio da efetividade. É por ele que se deve *re*pensar o direito processual civil todo de uma perspectiva que, se não é nova, é carente de uma mais detida reflexão. Para ir direto ao ponto saliente deste *princípio*, o processo civil deve gerar resultados práticos e concretos para aqueles que procuram o Estado-juiz para resolução de seus conflitos de interesses. Assim, quem convence o Estado-juiz de que tem razão para alcançar as consequências práticas e reais do seu direito, tal qual reconhecido, deve conseguir fazê-lo da forma mais eficiente possível inclusive pela atuação da função jurisdicional. Observar, adequadamente, o contraditório e o "devido processo legal" não é gerar *ineficácia* dos direitos reconhecidos pela lei e pelo juiz; é seguir um trâmite em que ambos os interessados (credor e devedor) possam ser ouvidos na medida de seus direitos.

É por esta razão que é comum (e correta) a associação entre o princípio da efetividade do processo ou da jurisdição ou da inafastabilidade da jurisdição (v. n. 3, *supra*), ao que se tem chamado de tutela de urgência, aí entendidas as cautelares, as tutelas antecipadas e assim por diante. Isto está absolutamente certo, mas o princípio não esgota, com estes institutos, o seu conceito e a sua função. Também quando se fala na atividade cognitiva ou na atividade executiva desenvolvida pelo Estado-juiz também é necessário que eles sejam examinados à luz do princípio da *efetividade* da jurisdição. Faço notar que isto não é doutrina, pura e simplesmente; não é uma corrente filosófica que propõe ler, entender e aplicar o processo civil *constitucionalmente*; não é teoria, desavisada de sua contraface, a prática. Trata-se, muito diferentemente, de uma *necessidade* do próprio direito positivo; das opções políticas, sociais e culturais que acabaram

sendo impostas pelo constituinte de 1988. Ao intérprete e ao aplicador do direito cabe extrair, das *opções constitucionais*, o que *deve ser* o *modelo* do processo civil.

O grande norte a ser seguido pelo legislador e, consequentemente, pela *técnica* processual é o do princípio da *efetividade* da jurisdição ou do acesso à justiça ou à ordem jurídica justa, constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sempre *equilibrado* e dosado, como bom princípio que é, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal). A partir do alcance e do equilíbrio entre estes princípios é dado verificar as seguintes características fundamentais dos processos no plano infraconstitucional.

Um processo só pode ser efetivo desde que predisposto a externar suficiente e adequadamente seus resultados. Para que estes efeitos, estes resultados, obteníveis pelo processo, sejam sentidos no plano a ele exterior, pressupõe-se uma nova concepção de mecanismos de proferimento, de atuação e de realização concreta das decisões jurisdicionais (de técnicas processuais, portanto), que é um dos temas mais discutidos na atualidade. Desta forma, temas como a necessidade de novos procedimentos especiais para a tutela de determinados direitos materiais; novas regras procedimentais que distribuam melhor o tempo ao longo do processo com aceleração do proferimento das decisões jurisdicionais e de sua realização concreta; aumento dos poderes dos magistrados; novas técnicas de atuação das decisões jurisdicionais. Todos estes assuntos e seus respectivos desdobramentos têm exame detalhado neste *Curso* no seu momento oportuno.

Os arts. 461 e 461-A, vale o destaque para ilustrar a afirmação que fez o parágrafo anterior, outorgam ao juiz aplaudidos "deveres-poderes" para bem atingir a "tutela específica" ou o "resultado prático equivalente", entendidas estas expressões como a máxima coincidência possível entre o cumprimento *jurisdicional* e o *pré-jurisdicional* da obrigação (ou, mais amplamente, do direito material controvertido), isto é, caso não fosse *necessário* o ingresso no Judiciário, dado o cumprimento espontâneo do vínculo obrigacional. Não há como negar que aqueles dois dispositivos legais são prova segura da *concretização*, no plano infraconstitucional, do princípio da efetividade da jurisdição.

Mas o "princípio da efetividade do processo" pode – e merece – ser entendido mais amplamente. Também é por ele que se busca a necessária redução do binômio "direito e processo", reconhecendo-se o processo como mero *instrumento* de e para *realização* concreta do direito material. É daí que vêm os "procedimentos especiais" ou, mais amplamente, a "tutela diferenciada". É daí que vem o assento constitucional e de direito positivo para o processualista voltar-se a preocupações que estão *fora* do processo; para a busca de finalidades que são *exteriores* ao processo, mormente em um modelo de Estado Social, Democrático e de Direito como é o brasileiro.

O princípio da efetividade do processo também deve ser compreendido no sentido de que o processo civil brasileiro, tal qual moldado pela Constituição Federal, tem inegável vocação para o chamado "processo civil coletivo" (arts. 5º,

XXI e LXX; 8º, III; 129, III). É o que o n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte I chamou de "direito processual coletivo" e que é estudado com a profundidade necessária pela Parte II do tomo III do vol. 2. Por ora, faz-se suficiente o destaque de que a expectativa de um processo *efetivo* deve ser entendido amplamente no sentido de realização concreta dos direitos individuais ou subjetivados *e* coletivos, isto é, aqueles direitos ou interesses que não guardem, necessariamente, pertinência subjetiva. É por intermédio do processo civil que se tutelam *jurisdicionalmente* os chamados interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

No contexto amplo da "efetividade do processo" aqui discutida, a doutrina costuma indicar uma série de considerações que, em última análise, convidam para uma renovada postura *crítica* sobre todo o direito processual civil. Para os fins deste *Curso* vale trazer à colação as reflexões de José Carlos Barbosa Moreira. Para o prestigiado processualista, um processo jurisdicional efetivo deve apresentar as seguintes características: (*a*) deve dispor de instrumentos de tutela adequados na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; (*b*) estes instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogite, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; (*c*) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; (*d*) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo ordenamento; e (*e*) o atingimento de semelhantes resultados deve-se dar com o mínimo dispêndio de tempo e energias.

Por sua vez, Cândido Rangel Dinamarco oferece a seguinte lição, que bem demonstra o alcance do princípio aqui analisado e convida para ulteriores reflexões cujo desenvolvimento extrapolaria os limites deste *Curso*: "A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a *efetividade do processo*, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sociopolítico-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais".

Procedimentos Jurisdicionais Constitucionalmente Diferenciados

1. INTRODUÇÃO

O segundo dos grupos de normas constitucionais que dizem respeito ao direito processual civil como integrantes, portanto, do "modelo constitucional do direito processual civil", identificado, para fins didáticos, na Introdução desta Parte II, é o relativo ao que lá foi chamado de "procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados".

Trata-se de um grupo de normas jurídicas bastante heterogêneo, ainda que todo ele tenha assento expresso na Constituição Federal. Sua característica comum, suficiente para serem, todas estas normas, tratadas como componentes de um *mesmo grupo*, embora com distinções em classes diferenciadas para fins didáticos, é de elas, de uma forma ou de outra, mas sempre desde a Constituição, imporem um específico comportamento ao Estado-juiz, uma específica forma de atuação, de prestação da tutela jurisdicional, a depender de determinada situação de direito material, isto é, específicos canais de "acesso à justiça", a depender de uma específica pessoa, a depender de um específico conflito de interesses. Neste sentido, estas normas tratam inequivocamente de *procedimentos jurisdicionais diferenciados*. E como são *procedimentos jurisdicionais diferenciados* por imposição da Constituição Federal, nada mais coerente do que chamá-los de "procedimentos jurisdicionais *constitucionalmente diferenciados*". Aqui, diferentemente do que se dá no Livro IV do Código de Processo Civil, por exemplo, é a própria Constituição Federal, não a lei, que optou por criar específicas formas de atuação do Estado-juiz que se diferenciam das demais, as "não diferenciadas" e, neste sentido, "comuns", pautada a iniciativa, é certo, não só pela tradição do próprio direito brasileiro mas, também, por motivos de conveniência política que ainda se fazem presentes.

Sem prejuízo do que, pelo n. 6 do Capítulo 3 da Parte III, será exposto sobre a mais adequada compreensão do que é *procedimento* e, um pouco mais do que isto, do que é "procedimento *diferenciado*" – ou como é de uso bastante frequente para descrever o mesmo fenômeno, "tutela jurisdicional diferenciada" –, é importante, para os fins presentes, destacar que este grupo de normas constitucionais determina uma específica forma de atuação do Poder Judiciário diante de determinadas circunstâncias valoradas pelo legislador constituinte. Seja

para tutelar (sempre jurisdicionalmente) determinados direitos; seja para a prática de determinados atos jurisdicionais; seja para assegurar a concretização (a realização prática) de algum desiderato imposto pela própria ordem constitucional.

Considerando a heterogeneidade destes procedimentos, convém reunir este grupo em cinco classes distintas, com a finalidade única de tornar a exposição mais didática.

A primeira das classes a ser destacada é voltada ao que usualmente a doutrina chama de "tutela jurisdicional das liberdades públicas" ou "ações constitucionais" e sua evolução conatural com o modelo político de Estado traçado pela Constituição de 1988.

A segunda classe destina-se a indicar as formas de controle da constitucionalidade no direito brasileiro, com especial destaque, mas não só, ao controle *concentrado* exercitado perante o Supremo Tribunal Federal.

A terceira classe ocupa-se da produção de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, uma das novidades introduzidas no "modelo constitucional do direito processual civil" pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

A quarta classe trata especificamente da imposição constitucional do *modo* de cumprimento de sentenças que imponham às Fazendas Públicas o pagamento de dinheiro, a chamada "execução contra a Fazenda Pública", nos termos do art. 100 da Constituição Federal.

A quinta classe, por fim, refere-se a dois procedimentos diferenciados que, em última análise, buscam a garantia, pela atuação jurisdicional, de objetivos e competências assegurados pela própria Constituição Federal.

2. TUTELA JURISDICIONAL DAS LIBERDADES PÚBLICAS DAS DIVERSAS GERAÇÕES

Historicamente falando, as "ações constitucionais" representam as primeiras formas de manifestação dos jurisdicionados contra os desmandos do Estado e das autoridades públicas constituídas. Por isto é bastante frequente valer-se, quando se refere a elas, da expressão "tutela jurisdicional das liberdades públicas", forte na sua gênese histórica de garantir, em juízo, os então recém-concebidos "direitos subjetivos públicos", isto é, os direitos dos particulares exercitáveis contra o próprio Estado, passo decisivo para a formação (e desenvolvimento) do Estado Democrático de Direito. São, neste sentido, formas *diferenciadas* de pedido e de prestação da tutela jurisdicional para tutela dos "direitos de primeira geração" (v. n. 2.4 do Capítulo 2 da Parte I).

A Constituição Federal de 1988 consagrou e desenvolveu, sobremaneira, o rol destas "ações constitucionais". Ao lado da ação popular prevista no art. 5º, LXXIII, como forma de qualquer cidadão pretender declarar nulo ou invalidar atos administrativos lesivos ao patrimônio público de entidade de que o Estado participe ou à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, prevê o mandado de segurança no art. 5º, LXIX, além de

criar expressamente – e de forma inédita, até então – o mandado de segurança *coletivo* (art. 5º, LXX), ambos com finalidade ampla para coibir ou reprimir qualquer ato ilegal ou abusivo de direito praticado por autoridade pública.

Cria também, como um inegável desdobramento do mandado de segurança, uma nova "ação", o *habeas data*, como forma específica para obtenção de informações ou sua retificação constantes de registros ou bancos de entidades governamentais ou de caráter público (art. 5º, LXXII).

A Constituição Federal de 1988, contudo, não se limita a tratar das clássicas e renovadas formas de "tutela jurisdicional das liberdades públicas" no sentido mais tradicional do termo, de garantias jurisdicionais dos "direitos de *primeira* geração", de direitos titularizados pelos *indivíduos*, considerados em si mesmos, contra o Estado. Ela vai muito além, estabelecendo ao lado daquelas figuras, e atenta à evolução dos próprios direitos subjetivos públicos – evolução que acompanha *pari passu* a evolução do próprio Estado Democrático de Direito –, novas formas de "tutela jurisdicional" com vistas a permitir o controle, o mais amplo possível, pelo Judiciário, dos demais espaços que o Estado como um todo passa a ocupar e, por isto mesmo, começam a ser passíveis de controle, no mais amplo sentido da palavra, pelos cidadãos.

Não se trata mais ou, pelo menos, não se trata necessariamente de "ações" voltadas contra o Estado para controlar o exercício do poder político em face dos indivíduos ou da sociedade no sentido de obter, do Estado-juiz, proteção consistente em uma *abstenção* estatal, em um "não fazer", um "não violar" um direito reconhecido existente, mas, bem diferentemente, de formas de tutela jurisdicional que buscam, do Estado, considerado amplamente, específicos comportamentos, específicas *prestações* – atuações positivas, portanto, não meramente abstenções estatais –, típicas e características de um Estado Democrático de Direito nos moldes atuais.

Assim é que a Constituição Federal de 1988, inovando substancialmente em relação a todas as demais, no particular, traz, ao lado das "clássicas" formas de tutela jurisdicional das liberdades públicas – clássicas porque *individuais* e voltadas, precipuamente, à obtenção de uma ordem de *abstenção* do Estado-administração –, outras tantas. Assim, por exemplo, a "ação civil pública" voltada à "proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos" (art. 129, III) e o "mandado de injunção" (art. 5º, LXXI), como forma de viabilizar, perante o Poder Judiciário, o exercício pleno dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O que se verifica, com relação a estas formas de atuação do Estado-juiz, é que, com o surgimento de "novos direitos" – direitos de *segunda* e *terceira* gerações, nos termos do que o n. 2.4 do Capítulo 2 da Parte I quer demonstrar –, a finalidade da tutela jurisdicional acabou por se transformar em igual medida. Os procedimentos mencionados no parágrafo anterior não desnaturam, por isto mesmo, o ponto mais característico da atuação jurisdicional, que é o de viabilizar uma mais adequada prestação jurisdicional aderente às vicissitudes do próprio direito material conflituoso. Para distinção destas "ações" das referidas de início

– as relativas à "tutela jurisdicional das liberdades públicas" –, não é errado, muito pelo contrário, entender estas formas de acesso à justiça, *diferenciadas* desde o plano constitucional, como uma *consciente* normatização do que a doutrina acentuou dever ser tratado como uma das ondas renovatórias de acesso à justiça (n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte I).

As normas componentes desta classe são, portanto, formas de provocação do exercício de tutela jurisdicional pelas quais os particulares, individual ou coletivamente, e o próprio Estado podem pretender, em *complementação* à genérica garantia constitucional do acesso à justiça constante do art. 5º, XXXV (n. 3 do Capítulo 1, *supra*), fazer valer os valores mais amplos e mais caros da cidadania em face do próprio Estado. Por isto, por irem além do *comum*, do que a própria Constituição Federal assegura genericamente, são formas de tutela jurisdicional *diferenciada*.

Levando em conta a metodologia adotada por este *Curso*, o estudo das chamadas "ações constitucionais", tanto as "clássicas", voltadas a tutelar os "direitos de primeira geração", como as mais recentes, voltadas à tutela dos "direitos de segunda e terceira gerações", é reservado para um volume próprio, o tomo III do vol. 2. O que, por ora, é suficiente de ser destacado, até mesmo em razão do que o n. 2 do Capítulo 2 da Parte III desenvolve, é que todas elas – desde as mais tradicionais, como o mandado de segurança na sua forma "individual", até a ação civil pública, "ação coletiva", por definição – podem e devem ser tratadas, menos como "ações" – e, por isto, importante frisar, o uso constante das aspas –, e mais propriamente como *procedimentos* diferenciados. Procedimentos diferenciados no sentido de que, por razões perceptíveis no próprio plano material (isto é, externo ao processo), ou por razões de política legislativa, foram concebidos mecanismos que se reputam mais *adequados* para a tutela jurisdicional de determinados direitos. Eles são, a bem da verdade, uma técnica, amplamente aplaudida pela doutrina, de dar melhor proteção (tutela) jurisdicional a determinados direitos materiais em virtude de suas específicas características e vicissitudes.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade caracteriza-se pela admissão do exercício concomitante do controle *difuso* (concreto) e do controle *concentrado* (abstrato). É o que decorre da leitura adequada dos arts. 5º, XXXV, 97, 102, I, *a*, e III, e 125, § 2º, todos da Constituição Federal.

O controle concentrado (abstrato) da constitucionalidade de leis ou atos normativos *federais* é feito exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Constituição Federal (art. 102, *caput*, da Constituição Federal), por intermédio de três "ações": a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Certo que por serem "ações", elas poderiam ser examinadas conjuntamente com o grupo de normas que ocupou o número

anterior. Convém destacar, contudo, que sua colocação apartada justifica-se porque, neste grupo de normas componentes do modelo constitucional do direito processual civil, o critério classificatório levado em conta, isto é, o que se mostra mais relevante para tratamento conjunto destas realidades normativas é o destaque de serem estas "ações" os *procedimentos diferenciados* para controle específico, próprio, da constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro. O critério classificatório forte, portanto, reside no *controle da constitucionalidade* e não na diferenciada forma de seu reexame. Elas representam o que a doutrina e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal chama de controle *objetivo* da constitucionalidade ou de "processo *objetivo*".

No plano dos Estados, a Constituição Federal permite, em seu art. 125, § 2º, que sejam criadas formas de controle concentrado (abstrato) da constitucionalidade de leis ou atos normativos *estaduais* e *municipais* quando contrastados em face das respectivas Constituições *Estaduais*. No caso do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, competência similar é reconhecida pelas alíneas *n* e *o* do inciso I do art. 8º da Lei n. 11.697/2008 (que regula, como exposto pelo n. 6 do Capítulo 3, *infra*, a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios), cabendo-lhe o julgamento da "ação direta de inconstitucionalidade" e da "ação declaratória de constitucionalidade" de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica. Em todos esses casos, todavia, é possível, por intermédio do recurso extraordinário, contrastar a decisão dos Tribunais de Justiça perante o Supremo Tribunal Federal desde que presentes os seus respectivos pressupostos (art. 102, III, da Constituição Federal).

Embora a possibilidade do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal exista, no direito brasileiro, desde o advento da Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, a Constituição Federal de 1988 trouxe sensíveis e profundas alterações em seus contornos jurídicos, dentre elas a ampliação dos entes legitimados à sua provocação, até então restrita ao Procurador-Geral da República. Tanto assim que o art. 125, § 2º, da Constituição Federal impõe às Constituições Estaduais que não restrinjam os "legitimados" para o controle *concentrado* da constitucionalidade.

A Constituição de 1988 também inovou quando criou, no § 1º do art. 102, a "arguição de descumprimento de preceito fundamental", e a Emenda Constitucional n. 3/1993 inovou, uma vez mais, no controle concentrado (abstrato) de constitucionalidade, quando criou a "ação declaratória de constitucionalidade" (art. 102, I, *a*, da Constituição Federal). A Emenda Constitucional n. 45/2004 unificou, de vez, os legitimados à propositura destas "ações" (art. 103) e o caráter geral e *vinculante* das decisões finais nelas proferidas (art. 102, § 2º), nos seguintes termos: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e

municipal". No exercício do controle *concentrado* de constitucionalidade, o Advogado-Geral da União defenderá o ato ou texto impugnado como lhe impõe o § 3º do art. 103 da Constituição Federal.

Somente depois de uma sólida e madura jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é que estas "ações" foram regulamentadas. Em 10 de novembro de 1999, foi promulgada a Lei n. 9.868, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, e, em 3 de dezembro de 1999, foi promulgada a Lei n. 9.882, que regulamenta o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que entende pela *inconstitucionalidade* da norma jurídica no âmbito do controle *concentrado* ou *abstrato* retira-a, ela própria, do ordenamento jurídico, como se ela nunca tivesse existido. Ela vale, por isto mesmo, contra todos (*erga omnes*) e tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública de todos os níveis federados (art. 102, § 2º, da Constituição Federal; art. 28 da Lei n. 9.868/1999). É por isto que os efeitos de uma tal decisão são *retroativos* ou, como é comum referir, *ex tunc*. O que pode ocorrer, por força do art. 27 da Lei n. 9.868/1999, é que o Tribunal decida pela *atenuação* dos rigores da consequência da retroatividade decorrente da *declaração* de constitucionalidade, movido por "razões de segurança jurídica" ou de "excepcional interesse social". Todas essas questões são mais bem estudadas pelos Capítulos 4 a 6 da Parte II do vol. 2, tomo III.

Neste grupo de normas componentes do "modelo constitucional do direito processual civil", contudo, há espaço para indicar não só as específicas "ações" voltadas ao controle *concentrado* da constitucionalidade mas também para indicar que o tema relativo ao controle da constitucionalidade, mesmo que em sede difusa, concreta, é vinculado às diretrizes constitucionais.

O controle *difuso* da constitucionalidade caracteriza-se basicamente pela possibilidade de qualquer magistrado de qualquer grau de jurisdição declarar *incidentalmente* a constitucionalidade de lei ou de ato normativo no exercício da função jurisdicional.

Não há nenhum *procedimento* que regule uma tal declaração perante a primeira instância. No plano dos Tribunais, no entanto, forte no que dispõe o art. 97 da Constituição Federal (o "princípio da reserva do Plenário", de que trata o n. 9 do Capítulo 1, *supra*), o Código de Processo Civil criou, em seus arts. 480 a 482, um *procedimento específico*, conhecido como "incidente de inconstitucionalidade".

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo no chamado "controle difuso ou concreto" da constitucionalidade, no âmbito dos Tribunais, portanto, depende da instauração de um específico *procedimento* que permita, em homenagem ao art. 97 da Constituição Federal, que o Plenário ou o órgão especial do Tribunal manifeste-se a respeito do assunto. O incidente pode ser provocado pelos próprios julgadores, de ofício, isto é, sem qualquer pedido para tanto, por qualquer uma das partes ou, até mesmo, pelo Ministério Público

quando, como parte ou fiscal da lei, atuar no caso. O *procedimento* regulado pelos arts. 480 a 482 cria um verdadeiro *incidente* processual que impõe o *sobrestamento* do julgamento e o "destaque" da questão sobre se determinada lei ou ato normativo é, ou não, constitucional, que deverá ser apreciada *independentemente da causa*. Importante destacar que a competência do Plenário ou órgão especial nos termos do art. 97 da Constituição Federal limita-se à apreciação da *inconstitucionalidade* da lei ou ato normativo. Se o órgão fracionário entender que a norma é *constitucional*, não há espaço para instauração do incidente.

Uma vez julgada a *questão*, declarando, ou não, a inconstitucionalidade da norma, o julgamento anteriormente sobrestado deverá ser *retomado* pelo órgão fracionário competente (Câmara ou Turma, por exemplo) e *aplicado* o resultado do julgamento do incidente na causa concreta.

Um exemplo pode esclarecer melhor o que é tratado pelo dispositivo. Impetra-se mandado de segurança alegando-se a inconstitucionalidade de determinada exação tributária. Denegada a segurança em primeira instância, isto é, não reconhecido o direito do contribuinte de deixar de recolher o tributo, a apelação robustece a argumentação da inconstitucionalidade e, consequentemente, a de concessão da ordem. O relator do recurso, verificando o teor da demanda (no exemplo, sua *causa de pedir*, art. 282, III), deverá instaurar o *incidente* de inconstitucionalidade, colhendo a oitiva do Ministério Público e submetendo a questão relativa à inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado perante o órgão colegiado respectivo, ressalvada a hipótese do parágrafo único do art. 481. Uma vez decidida *essa* questão, a *tese jurídica* relativa à constitucionalidade ou não da norma deverá ser aplicada ao caso concreto pelo órgão competente para apreciação da apelação.

Diferentemente do que se dá no controle *concentrado*, a declaração *incidental* da inconstitucionalidade (mesmo que no âmbito dos Tribunais) não tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em geral. Ela, a decisão, vale somente para o caso concreto, para o caso julgado. O que pode ocorrer é que o Supremo Tribunal Federal – e só ele – ao declarar *incidentalmente* a inconstitucionalidade de alguma lei, requeira ao Senado Federal que suspenda a eficácia daquela norma (art. 52, X, da Constituição Federal). Enquanto isto não ocorrer, contudo, a decisão tem valor de *precedente jurisprudencial* e, como tal, deverá ser tratado.

Não obstante a consideração do último parágrafo, importa destacar a existência de acesa discussão no STF quanto a emprestar, ou não, ao controle *incidental* da inconstitucionalidade, a exemplo do que se dá no controle *concentrado*, eficácia *erga omnes*, suficiente, por si só (e, por conseguinte, independentemente da atuação do Senado), para impor a observância do julgamento daquele Tribunal, mesmo por quem não tenha sido *parte* no processo em que se reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade, a ser contrastada, se o caso, pelo uso da "reclamação". É neste sentido o voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes na Reclamação n. 4.335/AC em sessão que se realizou em 1º.2.2007, acompanhado pelo Min. Eros Grau (para o assunto, v., ainda, o n. 9 do

Capítulo 1).

O exame do incidente de inconstitucionalidade e de todos os seus desdobramentos é tema que ocupa o Capítulo 4 da Parte II do vol. 5.

Por fim, mas não menos importante, é assente o entendimento de que o exercício do controle *difuso* da constitucionalidade pode-se dar no âmbito das ações coletivas (ação civil pública, por exemplo) sem que isto acarrete qualquer intromissão indevida no controle *concentrado de constitucionalidade* e, pois, na competência privativa do Supremo Tribunal Federal em julgar ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade de atos federais quando contrastadas com a Constituição Federal. A circunstância de os efeitos práticos de uma e de outra decisão poderem, em alguma medida, coincidir não é óbice para a aplicação, também no âmbito do "direito processual coletivo" (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte I), do sistema de controle de constitucionalidade que caracteriza o direito processual civil brasileiro desde a Constituição Federal.

4. SÚMULAS VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O art. 103-A da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, trouxe substancial novidade para o ordenamento jurídico brasileiro. Admitiu que as Súmulas do Supremo Tribunal Federal assumam caráter vinculante.

De acordo com o dispositivo, "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".

As Súmulas expedidas de acordo com o *caput* do art. 103-A terão "como objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica". Não há como negar, destarte, ser pressuposto da edição de Súmulas a existência *concreta* de "controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública", controvérsia esta que "acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica". Trata-se, neste sentido, de mais uma providência voltada a implementar o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal no contexto a que ele se referiu o n. 15 do Capítulo 1, *supra*.

A Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, foi promulgada para regulamentar o art. 103-A, que, claramente, dependia de lei para ser aplicado. Em estreita consonância com o disposto no § 2º do art. 103-A, da Constituição Federal, a precitada Lei admite que o início do *processo* voltado à edição, à revisão e ao cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo

Tribunal Federal – e a palavra "processo", aqui, é empregada no seu contexto adequado, de método de manifestação do Estado-juiz e, portanto, é irrecusável tratar-se de "processo *jurisdicional*" – pode-se dar por todos aqueles que detêm legitimidade para propor ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103 da Constituição Federal) e por outras entidades, nos termos dos incisos VI, XI e do § 1º do art. 3º da Lei n. 11.417/2006, sem prejuízo de intervenção de "terceiros" – o chamado *amicus curiae* – para pluralizar o debate acerca da manifestação do Supremo Tribunal Federal.

A iniciativa deve ser aplaudida porque o *procedimento* criado pela Lei n. 11.417/2006 afina-se bastante bem ao "modelo constitucional do direito processual civil", em especial aos princípios constitucionais do processo civil (v. Capítulo 1, *supra*, em especial o n. 1). Nem poderia ser diferente porque os efeitos das Súmulas a serem editadas, revisadas ou canceladas, são decisivos para reger os mesmos comportamentos futuros por parte da Administração Pública em todos os níveis federais e todos os demais órgãos do Poder Judiciário. Não havia como deixar de criar amplas oportunidades de *participação* dos demais órgãos do Estado (inclusive do Judiciário e da "Justiça") e da sociedade civil organizada para o escorreito exercício daquele mister. Caso contrário, haveria inegável "déficit democrático" nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal considerando a forma de escolha e indicação de seus membros.

O § 3º do art. 103-A, da Constituição Federal, por fim, ocupa-se de prever o cabimento da *reclamação* como mecanismo adequado para contratar ato administrativo ou decisão judicial que contrarie a súmula aplicável no caso concreto ou que a aplique indevidamente. O acolhimento da reclamação significa a anulação do ato administrativo ou a cassação da decisão judicial proferida em desacordo com a súmula e a determinação de que outra seja proferida sem a mácula anterior. O tema também foi regulamentado pelo art. 7º da Lei n. 11.417/2006. Trata-se de instrumento inerente a impor o caráter *vinculante* das Súmulas expedidas de acordo com o disposto no art. 103-A da Constituição Federal, assunto ao qual se volta o n. 6, *infra*.

As Súmulas do Supremo Tribunal Federal existentes antes da introdução do art. 103-A na Constituição Federal, isto é, expedidas anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 não passaram despercebidas por ela. De acordo com o art. 8º daquela Emenda, é possível que seja reconhecida também eficácia *vinculante* àquelas Súmulas desde que elas sejam confirmadas por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal com sua publicação na imprensa oficial. Assim, desde que dois terços daquele Tribunal assim decidam, qualquer uma de suas 735 Súmulas preexistentes à Emenda Constitucional n. 45/2004 pode vir a ter eficácia vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal. Embora não haja nada de expresso neste sentido, mais que consentâneo com o modelo constitucional do *processo* civil, em especial os princípios do devido processo legal e do contraditório (v. ns. 4 e 5 do Capítulo 1, *supra*), que as antigas Súmulas do Supremo Tribunal Federal devam passar pelo *procedimento* de que faz menção o § 2º daquele mesmo dispositivo, tal qual disciplinado pela Lei n. 11.417/2006, como forma de assegurar, na medida do possível, uma maior e

necessária (e *inafastável*) discussão sobre sua pertinência e atualidade.

Uma última palavra sobre o tema "Súmulas" faz-se necessária. As Súmulas de que trata o art. 103-A da Constituição Federal são "exclusivas" do Supremo Tribunal Federal. Só aquele Tribunal pode emprestar efeito *vinculante* à sua jurisprudência sumulada e é por esta razão que a própria Constituição impõe um "procedimento diferenciado", regulamentado pela Lei n. 11.417/2006, para legitimar a sua edição, revisão e cancelamento. Os demais Tribunais, todos eles, podem, contudo, consolidar sua jurisprudência em Súmulas.

De fato, a edição de Súmulas é bastante frequente pelos Tribunais brasileiros, mais ainda pelo Superior Tribunal de Justiça, tanto assim que algumas delas são mencionadas ao longo da exposição deste *Curso*. Elas, contudo, não *vinculam* no sentido exposto neste número. Elas, no máximo, terão efeito *persuasivo*, isto é, representarão, justamente por causa do órgão judiciário de que emanam, elemento de convicção muito forte, quiçá determinante, quanto à sua aplicação pela Administração Pública ou pelos demais órgãos do Judiciário. Não se trata, contudo, de aplicação *vinculante*, no sentido de *obrigatória*, *compulsória*, mas, bem diferentemente, sempre voluntária.

O que não há como negar é que o Código de Processo Civil, desde a Lei n. 8.038/1990 – e isto para ficar com a legislação mais recente –, passou, gradativamente, a prever que a existência de Súmulas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos demais Tribunais, isto é, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça de cada Estado, é dado suficiente para a modificação de determinados procedimentos, da otimização e, até mesmo, da eliminação de certos atos processuais. É a existência de uma "Súmula" ou, quando menos, de "jurisprudência dominante", expressão que deve ser entendida, neste contexto, como a existência segura e objetivamente constatável de reiteradas decisões de um mesmo Tribunal (ou de seus órgãos componentes) em um mesmo sentido, que autoriza, por exemplo, a atuação monocrática (isolada) no âmbito dos Tribunais no sentido do que é discutido pelo n. 8.1 do Capítulo 1, *supra*, a respeito do "princípio da colegialidade", fenômeno que tem levado alguns autores a se referir a uma verdadeira tendência de *objetivação* do direito processual civil.

Basta a constatação do parágrafo anterior, aliás, para verificar que o tema relativo às "Súmulas" e, de forma geral, à formação da "jurisprudência", isto é, dos "precedentes", nos Tribunais é cada vez mais fundamental para a perfeita compreensão do *sistema processual civil*. Seu enfrentamento, contudo, extrapola o "modelo constitucional do direito processual civil". Como é o Código de Processo Civil que estabelece o *procedimento* de sua expedição, modificação e cancelamento – pelo menos se trata de um indicativo de procedimento, nem sempre observado pelos Tribunais – em seus arts. 476 a 479, este *Curso* trata do assunto no n. 2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 5, ocasião em que também trata pormenorizadamente, da Lei n. 11.417/2006 (v. Capítulo 3 da Parte II do vol. 5), sob pena de serem traídas as premissas eleitas para a construção de uma teoria geral do direito processual civil.

5. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O quarto componente deste grupo de normas jurídicas, de "procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados", diz respeito a um específico dispositivo da Constituição Federal. Trata-se do art. 100, que impõe um específico e bastante diferenciado modelo para implementar concretamente as decisões jurisdicionais que imponham à Fazenda Pública, isto é, ao próprio Estado, nos seus variados planos federais o pagamento de determinada quantia em dinheiro.

O que o art. 100 da Constituição Federal reserva, para estes casos, como regra é que os valores devidos pelas Fazendas Públicas, tenham, ou não, natureza alimentar, deverão ser requisitados pelo Presidente do Tribunal competente para que sejam pagos em exercícios financeiros seguintes. É o que a própria Constituição chama, prática confirmada pelos usos e costumes forenses, de "precatórios". Se o precatório for apresentado ao ente devedor até o dia 1º de julho de cada ano, o pagamento *deverá dar-se* no exercício seguinte, isto é, no ano seguinte, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro. Caso o precatório seja apresentado após o dia 1º de julho, a programação de pagamento se dará para o exercício do outro ano, também entre 1º de janeiro e 31 de dezembro.

Em termos bem diretos: na requisição para que o Estado de São Paulo pague a diferença de vencimentos apurada a um servidor público seu em "ação de cobrança" por ele ajuizada, cujo precatório foi apresentado até o dia 1º de julho de 2009, deverá este ser quitado entre os dias 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2010; na requisição para que a União Federal devolva os valores relativos a um tributo pago a maior por um contribuinte, quiçá porque o tributo foi declarado inconstitucional, apresentado a partir do dia 2 de julho de 2009 até o dia 31 de dezembro de 2009, deverão os valores ser pagos entre os dias 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2011.

Desde as alterações acrescentadas ao art. 100 pela EC n. 30/2000, passou-se a admitir que "pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor" sejam feitos "diretamente", isto é, sem necessidade de expedição de precatórios (requisição para pagamento nos exercícios seguintes por intermédio dos Presidentes dos Tribunais de Justiça ou Regionais Federais). É o que dispõe o § 3º do art. 100 da Constituição Federal, mantido pela EC n. 62/2009. As obrigações de "pequeno valor", vale o destaque, são definidas em lei federal, estadual ou municipal, consoante o caso, observando-se o § 4º do art. 100 da Constituição Federal. No plano federal, o valor genérico é o de 60 salários mínimos (art. 3º, *caput*, da Lei n. 10.259/2001). Nos planos estaduais, distrital e municipais, enquanto não houver leis próprias, devem prevalecer os limites impostos pelo art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias incluído pela EC n. 37/2002, reiterado pelo § 12 do art. 97 do mesmo Ato, incluído pela EC n. 62/2009 quais sejam, 40 salários mínimos para os Estados e o Distrito Federal e 30 salários mínimos para os municípios. No âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, aqueles mesmos valores são mantidos enquanto não houver a fixação de outros valores por lei do próprio ente federado (art. 13, § 3º, da Lei n. 12.153/2009).

A justificativa do sistema de precatórios – e, bem assim, também da requisição de pequenos valores – reside na necessária observância do princípio da isonomia pela Administração Pública (art. 37, *caput*) e também na realidade orçamentária das Administrações Públicas, dependentes, desde a Constituição Federal, da observância de diversos princípios e regras (arts. 165 a 169).

Com relação aos precatórios, tudo funciona de maneira bem didática, como se os credores das Fazendas Públicas fizessem duas "filas" para receber seus créditos: a primeira é de credores "alimentares". Créditos alimentares para os fins aqui discutidos devem ser entendidos como aqueles essenciais à subsistência do credor, como os "decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil" do Estado (art. 100, § 1º, da Constituição Federal). O § 2º do art. 100 da Constituição Federal, novidade trazida pela EC n. 62/2009, dispõe que os credores alimentares cujos titulares tenham, ao menos, sessenta anos de idade na data da expedição do precatório ou sejam portadores de doença grave, tal qual definida em lei, deverão receber até o valor equivalente ao triplo do fixado para as obrigações de "pequeno valor" com *preferência* sobre os demais, admitido, para tanto, o fracionamento, pagando-se o restante na ordem cronológica de apresentação do precatório, isto é, junto com os demais credores alimentares. A segunda das "filas" referidas compreende os credores "não alimentares", isto é, os titulares dos créditos não compreendidos na dicção do precitado § 1º do art. 100. O critério de organização da "fila de pagamentos", que, vale a insistência, *não é* dispensado no caso de dívidas alimentares (Súmula 655 do STF e Súmula 144 do STJ), é *objetivo*: ordem cronológica de apresentação dos precatórios, dividindo-os nas duas classes referidas e dando-se preferência, dentre os alimentares, que deverão ser pagos antes dos não alimentares, aos compreendidos no § 2º do art. 100 da Constituição Federal. Não há como, deste ponto de vista, duvidar do acerto do critério empregado, que vai ao encontro da *isonomia* constitucionalmente assegurada.

Não é aqui a sede adequada para avaliar criticamente estas "justificativas", nem tampouco para aprofundar o exame dos precatórios, mormente à luz do sistema infraconstitucional do processo civil, em especial os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil, o art. 17 da Lei n. 10.259/2001, que disciplina os "juizados especiais cíveis federais" e o art. 13 da Lei n. 12.153/2009, que disciplina os "Juizados Especiais da Fazenda Pública". Para tanto, este *Curso* dedica o Capítulo 8 da Parte II do vol. 3 e os ns. 7.2 dos Capítulos 2 e 3 da Parte III do vol. 2, tomo II. O que importa para o momento presente, de expor, da forma mais abrangente possível, o "modelo constitucional do direito processual civil", é destacar que não há como o legislador processual civil desviar-se do art. 100 da Constituição Federal – e das novas regras que foram a ele levadas pelas Emendas Constitucionais ns. 20/1998, 30/2000, 37/2002 e 62/2009 –, sob pena de contrariar a Constituição Federal. Isto, contudo, não quer significar que não há – e, do ponto de vista histórico, que não havia –, desde a promulgação da Constituição em 1988, *limites* derivados dos outros grupos de normas

componentes do "modelo constitucional do direito processual civil", que afastam – ou afastariam – determinadas *restrições* que as precitadas Emendas Constitucionais trouxeram para a Constituição Federal. Não há como olvidar, a este respeito, que é a própria Constituição Federal quem protege, de quaisquer alterações – inclusive do "constituinte derivado" ou o que parece, mais rente à realidade brasileira, o "*legislador-constituinte*" –, determinados grupos de normas, dentre eles "os direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4º, IV). Como o n. 2 do Capítulo 1, *supra*, terá conseguido demonstrar suficientemente, os "princípios constitucionais do processo civil" são "direitos e garantias individuais" e, por isto, por *imposição constitucional*, são também, para empregar o nome usualmente empregado pelos constitucionalistas, "cláusulas pétreas".

Em termos bem diretos, deixando o estudo do assunto para os momentos apropriados e já anunciados deste *Curso*, as formas de *efetivação*, de *concretização*, de *realização* das decisões jurisdicionais que imponham ao Estado o dever de *pagamento de quantia em dinheiro* devem observar a disciplina do art. 100 da Constituição Federal. Uma decisão jurisdicional, contudo, que não determine que o Estado pague mas, diferentemente, que imponha ao Estado outra modalidade de obrigação ou de dever (redutíveis, no plano de direito material, a um "fazer", a um "não fazer" ou a uma "entrega de coisa" diferente de dinheiro), não ficará atrelada ao art. 100 da Constituição Federal. As técnicas processuais voltadas para implementação prática, concreta, destas outras decisões jurisdicionais não se vinculam, *mesmo no plano constitucional*, ao modelo decorrente do art. 100 da Constituição Federal. Por isto mesmo é correta a observação de que elas devem satisfação, apenas, aos demais grupos componentes do "modelo constitucional do direito processual civil".

Também os casos de *urgência* merecem especial atenção do intérprete do direito processual civil. É que as restrições constantes do art. 100 da Constituição Federal quanto ao pagamento depois do "*trânsito em julgado* da decisão" são obra de Emendas Constitucionais que têm tudo para conflitar com a garantia ampla do art. 5º, XXXV, da mesma Carta. É suficiente, por ora, a indicação do tema, deixando seu enfrentamento para o n. 6 do Capítulo 8 da Parte II do vol. 3.

6. CONTROLE DE ESPECÍFICAS COMPETÊNCIAS RECONHECIDAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O último grupo de normas relativas aos "procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados" poderia passar despercebido porque, analisado do prisma constitucional, ele é limitado à constatação de que determinados Tribunais têm *competência* para processamento e julgamento de determinadas situações. Faz-se pertinente, contudo, o seu destaque pela gravidade das situações aqui retratadas, diferentemente dos demais casos em que outras diversas e não poucas competências são, desde a Constituição Federal, reservadas aos órgãos judiciários que compõem a "organização judiciária" brasileira, assunto ao qual se volta o Capítulo 3, *infra*.

O que ambos os procedimentos têm em comum e que justifica, por isto, seu trato conjunto é a circunstância de se voltarem precipuamente à escorreita garantia das competências reconhecidas pela própria Constituição às entidades federadas e ao próprio Judiciário.

A intervenção da União Federal nos Estados-membros ou no Distrito Federal ou, ainda, dos Estados-membros nos Municípios, de que tratam os arts. 34 e 35 da Constituição Federal, respectivamente, depende, em algumas hipóteses, que são todas absolutamente excepcionais, do deferimento da medida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado. Antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, vale o destaque, havia previsão de competência para atuação do Superior Tribunal de Justiça mas que foi suprimida com a revogação do inciso IV do art. 36 por aquela Emenda, consolidando todos os casos de intervenção *federal* no Supremo Tribunal Federal.

A intervenção federal será justificada se o Supremo Tribunal Federal acolher representação formulada pelo Procurador-Geral da República nos casos do art. 34, VII, da Constituição Federal – a chamada "ação direta de inconstitucionalidade *interventiva*", que, em termos amplos, descreve situações de não observância aos princípios constitucionais relativos à forma republicana, ao sistema representativo e ao regime democrático; aos direitos da pessoa humana; à autonomia municipal; à prestação de contas da Administração Pública, direta e indireta; e à aplicação de receitas públicas na manutenção e no desenvolvimento de ensino e serviços públicos de saúde – ou, ainda, no caso de recusa à execução de lei federal, ordem ou decisão judicial (art. 34, VI, da Constituição Federal), como, por exemplo, quando o Executivo estadual deixa de fornecer força policial para o cumprimento de reintegração de posse (STJ, CE, IF 106/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 12.4.2010, DJe 21.5.2010).

A intervenção estadual nos Municípios, por sua vez, depende de acolhimento de representação formulada pelo Ministério Público do respectivo Estado ou qualquer outro legitimado (art. 129, IV, e § 1º, da Constituição Federal e art. 25, II, da Lei n. 8.625/1993; v. n. 3 do Capítulo 4, *infra*), nos casos do art. 35, IV, da Constituição Federal, isto é, quando for o caso de assegurar a observância de princípios constantes da Constituição dos próprios Estados ("ação direta de inconstitucionalidade *interventiva*") ou para assegurar a execução de lei, ordem ou decisão judicial.

O estudo detalhado do *procedimento* destas intervenções passa pelo exame das normas infraconstitucionais que o regem, em especial a Lei n. 4.337/1964 (com a modificação nela introduzida pela Lei n. 5.778/1972), os arts. 19 a 22 da Lei n. 8.038/1990 e os Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça, além das Constituições dos Estados. O que importa destacar é que o provimento da representação destacada acima se pode limitar à *suspensão* do ato impugnado, inclusive *provisoriamente*, nos casos em que uma tal determinação bastar para o restabelecimento da normalidade institucional.

O segundo procedimento cuja notícia se justifica nesta sede, para a mais completa composição do quadro do "modelo constitucional do direito processual civil", é a chamada "reclamação". Os arts. 102, I, *l*, e 105, I, *f*, da Constituição

Federal, respectivamente, limitam-se a prever a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para delas conhecer e julgá-las.

Sua menção nesta sede é devida, no entanto, para evidenciar que a própria Constituição Federal se preocupa com o estabelecimento de meios eficazes o suficiente para garantir a preservação do exercício de sua competência e que a autoridade das decisões proferidas pelos mais altos órgãos jurisdicionais seja devidamente observada pelos seus respectivos destinatários, sejam eles órgãos do próprio Estado, mesmo que exercentes de outras funções que não as jurisdicionais, sejam particulares.

O tema relativo à "reclamação", de outro lado, ganha enorme interesse diante do caráter *vinculante* que a Constituição Federal reconhece para as decisões proferidas em sede de controle concentrado da constitucionalidade (v. art. 102, § 2º; n. 3, *supra*) e também, por identidade de motivos, às Súmulas expedidas de acordo com o que dispõe o art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal (v. art. 103-A, § 3º; n. 4, *supra*). É por seu intermédio que se assegura a escorreita *observância* do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal naquelas sedes.

Como o estudo da "reclamação" envolve o necessário exame de normas infraconstitucionais, assim os arts. 13 a 18 da Lei n. 8.038/1990, o art. 7º da Lei n. 11.417/2006, e os arts. 156 a 162 e 187 a 192 dos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, a ela se dedica, com maior profundidade, o Capítulo 3 da Parte III do vol. 5, fazendo eco, o corte, à postura metodológica que acompanha a construção de uma teoria geral do direito processual civil por este vol. 1.

1. ÓRGÃOS COMPONENTES DO PODER JUDICIÁRIO

É o art. 92 da Constituição Federal que prevê quais são os órgãos componentes do Poder Judiciário: (*a*) o Supremo Tribunal Federal; (*b*) o Conselho Nacional de Justiça; (*c*) o Superior Tribunal de Justiça; (*d*) os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais; (*e*) os Tribunais e os Juízes do Trabalho; (*f*) os Tribunais e os Juízes Eleitorais; (*g*) os Tribunais e os Juízes Militares; e (*h*) os Tribunais e os Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

É possível, a partir deste dispositivo, distinguir os Tribunais Superiores dos demais. Os Tribunais Superiores exercem, dentre outras, competência recursal que os caracteriza como órgãos de sobreposição na estrutura judiciária, é dizer, como órgãos que visam em primeiro plano uniformizar a interpretação e a aplicação do direito em todo o território nacional. É por isto mesmo que só eles, e não os demais, têm jurisdição em todo o território nacional, nos termos do art. 92, § 2º, da Constituição da República.

Tribunais Superiores na organização judiciária brasileira são o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Eleitoral. Não obstante o seu nome, o "Superior Tribunal Militar" não tem natureza jurídica de Tribunal Superior nos termos indicados no parágrafo precedente. Trata-se de órgão que exerce competência recursal *plena* e não de *sobreposição* das justiças militares em que não haja, nos termos do art. 125, § 3º, da Constituição Federal, a instalação de tribunais militares de segundo grau de jurisdição.

Este *Curso*, de direito processual civil, não se volta à análise daquelas parcelas do poder jurisdicional do Estado dirigidas ao processo trabalhista (arts. 111 a 116), eleitoral (arts. 118 a 121) ou militar (arts. 122 a 124 e 125, §§ 3º a 5º), o que não significa dizer que o direito processual civil e, mais especificamente, o Código de Processo Civil, não sejam subsidiários em maior ou em menor grau para elas (v. n. 22 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I). A "justiça desportiva", cuja existência é autorizada pelos §§ 1º e 2º do art. 217 da Constituição Federal, não tem caráter estatal nem jurisdicional.

Interessam, pois, à construção do "modelo constitucional do direito processual civil", aqui pretendida, a análise do Supremo Tribunal Federal; do

Superior Tribunal de Justiça; dos Tribunais Regionais Federais; dos Juízes Federais; dos Tribunais de Justiça; e dos Juízes dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. E mesmo com relação a estes órgãos jurisdicionais, é importante verificar que releva o exame de sua *competência cível*, entendida a expressão no sentido que a ela dá o n. 4.2 do Capítulo 1 da Parte III, isto é, na contraposição entre a "jurisdição *comum*" e a "jurisdição *especial*".

1.1. **Composição e organização dos Tribunais**

De acordo com o art. 94 da Constituição Federal, "um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes".

Trata-se do que os usos e costumes forenses acabaram reconhecendo como o "quinto constitucional", mecanismo que garante a composição plural dos Tribunais brasileiros, viabilizando, com isto, que pessoas alheias à carreira da magistratura, mas egressas do Ministério Público ou da advocacia, passem a integrar os diversos Tribunais brasileiros.

Como, de acordo com a própria Constituição Federal, a magistratura, o Ministério Público e a advocacia são considerados, todos, funções essenciais ao exercício da justiça e, por isto mesmo, estão no mesmo plano constitucional, a composição plural tradicionalmente assegurada pelas Constituições brasileiras é característica digna de destaque. Ela acaba por viabilizar uma maior legitimidade democrática na composição dos Tribunais por garantir que um quinto dos Tribunais seja formado por pessoas alheias ao quadro da magistratura.

A escolha dos integrantes do "quinto constitucional" é feita a partir de uma lista com três nomes (a chamada "lista tríplice") preparada pelo próprio Tribunal, que é formada a partir da "lista sêxtupla", isto é, de seis nomes, que lhe é apresentada para deliberação pelos órgãos de representação do Ministério Público e da advocacia. Dos seis nomes indicados para compor cada "quinto", o Tribunal escolhe três e, entre estes três, o chefe do Poder Executivo da unidade federal a que pertence o Tribunal escolherá um. Assim, para a composição do "quinto constitucional" dos Tribunais *federais* – assim entendidos os Tribunais Regionais Federais e, pelas razões expostas no n. 6, *infra*, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios –, a escolha, entre os nomes que constam da "lista tríplice", é feita pelo Presidente da República. No caso do "quinto constitucional" dos Tribunais *estaduais* – assim entendidos os Tribunais de Justiça dos Estados –, a escolha é feita pelo Governador do Estado respectivo. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de entender, ainda que em sede cautelar, inconstitucional o parágrafo único do art. 63 da Constituição do Estado de São Paulo, que impunha que o nome escolhido pelo Governador fosse aprovado pela maioria absoluta da Assembleia Legislativa como condição para ser nomeado Desembargador (ADI 4.150/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 8.10.2008, DJe-

199 20.10.2008). A composição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça deve observar regras constitucionais diversas, assunto ao qual se voltam os ns. 2 e 3, *infra*.

O art. 96 da Constituição Federal dispõe sobre as regras que devem ser observadas para a composição dos Tribunais, para sua própria organização e organização da justiça respectiva. Assim é que compete privativamente aos Tribunais: (*a*) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (v. n. 1.2, *infra*); (*b*) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva (vedado, portanto, que ato administrativo do Presidente do Tribunal desempenhe a mesma função: STF, Pleno, ADI 2.907/AM, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.m.v. 4.6.2008, DJE-162 28.8.2008); (*c*) prover, na forma prevista na própria Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; (*d*) propor a criação de novas varas judiciárias (STF, Pleno, ADI 4.062/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.un. 4.6.2008, DJE-112 19.6.2008); (*e*) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; e (*f*) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

O mesmo art. 96, no seu inciso II, reserva ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça, a iniciativa de propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: (*a*) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores, dispositivo que levou o STF a declarar inconstitucional a limitação do número de Desembargadores prevista pelo art. 122 da Constituição da Bahia (ADI 3.362/BA, rel. p./acórdão Marco Aurélio, j.m.v. 30.8.2007, DJ 14.9.2007); (*b*) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; (*c*) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; e (*d*) a alteração da organização e da divisão judiciárias.

O art. 93 da Constituição Federal prevê a criação de um "Estatuto da Magistratura", uma lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, voltado precipuamente a disciplinar diversos assuntos relativos indistintamente à organização dos órgãos jurisdicionais e aos magistrados, sua carreira e atividade. O dispositivo indica, na sua própria letra, *princípios* que deverão ser observados por esta futura lei em prol da preservação do "caráter nacional da magistratura" (STF, Pleno, ADI-MC 3.976/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.m.v. 14.11.2007, DJE-26 14.2.2008). Os princípios pertinentes à estruturação da organização judiciária e, consequentemente, do próprio "processo" são os expostos pelo Capítulo 1, *supra*, quando os ns. 11 e 12 tratam dos princípios da publicidade e da motivação (art. 93, IX e X), quando o n. 9 trata do princípio da reserva de Plenário (art. 93, XI) e quando o n. 15 trata do princípio da economia

e da eficiência processuais (art. 93, XII a XV).

De acordo com o art. 98 da Constituição Federal, a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: (*a*) "juizados especiais", providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; e (*b*) a "justiça de paz", remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação (v. Resolução n. 16/2008 do CNJ). A lei estadual pode prever para os juízes de paz outras funções desde que não invadam a competência privativa da União Federal constante do art. 22 da Constituição Federal (STF, Pleno, ADI 2.938/MG, rel. Min. Eros Grau, j.m.v. 9.6.2005, DJ 9.12.2005, p. 199).

Os Juizados Especiais são órgãos jurisdicionais que adotam procedimento célere e diferenciado para julgamento de causas nos termos da Constituição. No âmbito federal sua criação deveu-se à Lei n. 10.259/2001. No âmbito dos Estados, é a Lei n. 9.099/1995 quem os disciplina, sendo certo que a Lei n. 12.153/2009 também passou a admitir a existência de Juizados Especiais da "Fazenda Pública" nos Estados e também no Distrito Federal. Sem prejuízo de este *Curso* dedicar-se ao tema na Parte III do tomo II de seu vol. 2, é importante destacar que os Juizados Especiais *federais* são assim chamados porque admitem os procedimentos mais céleres e simplificados pela Lei n. 10.259/2001 contra a União Federal e demais pessoas jurídicas federais. No âmbito da Justiça Estadual, os Juizados Especiais são vocacionados a resolver conflitos entre pessoas de direito privado (Lei n. 9.099/1995) e entre pessoas privadas e pessoas de direito público, estaduais, municipais ou distritais (Lei n. 12.153/2009).

O art. 99 da Constituição Federal garante ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira. Isto é fundamental para que se concretize um dos postulados básicos do Estado Democrático de Direito que é o da *independência* das três funções estatais (art. 2º da Constituição Federal). Tanto assim que são os próprios tribunais que elaboram suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias (art. 99, § 1º). O encaminhamento de tais propostas orçamentárias, isto é, as perspectivas de custos, investimentos e recursos ao longo de um ano, compete, "no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais; no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais" (art. 99, § 2º). Se "os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta

orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo" (art. 99, § 3º). Ademais, "se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual" (art. 99, § 4º). Por fim, de acordo com o art. 99, § 5º, "durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais".

Ocupa-se, ainda, da questão relativa ao orçamento e ao financiamento das atividades judiciárias o § 2º do art. 98. O dispositivo, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, dispõe que "as custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça". O seu objetivo é o de evitar que a atividade jurisdicional subvencionasse, de forma direta ou indireta, outras parcelas da atividade estatal, permitindo, com isto, a maximização do emprego da arrecadação tributária gerada pela prestação das próprias atividades jurisdicionais no aprimoramento e desenvolvimento da própria atuação do Estado-juiz. Trata-se, como o n. 15 do Capítulo 1, *supra*, demonstra, de uma forma de *racionalizar* a atuação do Judiciário nos amplos termos do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

1.2. **Regimentos Internos dos Tribunais**

Além da estruturação financeira desde o plano constitucional, é importante colocar em destaque que também os Tribunais podem-se organizar *administrativamente*, consoante expressa autorização constitucional constante do art. 96, I, *a*, da Constituição Federal. É para esta finalidade – e só para esta, vale o destaque – que os Tribunais editam seus "Regimentos Internos". São as normas regimentais, por exemplo, que disciplinam como o Tribunal é organizado internamente, isto é, quais órgãos ou comissões que o compõem (órgão especial, Turmas ou Câmaras, v. ns. 8.1 e 9 do Capítulo 1, *supra*); que distribuem o exercício das competências dos Tribunais a estes órgãos internos; que estabelecem as diretrizes da composição de cada um destes órgãos.

São regras infraconstitucionais e infralegais voltadas a disciplinar os mais variados assuntos relativos à sua própria organização interna, à sua atividade administrativa e, em sentido amplo, as questões burocráticas e que *não podem* tratar de normas de processo ou de procedimento a qualquer título. No máximo podem fazer menção a elas de forma a deixar mais claras as tarefas administrativas e burocráticas sobre que disciplinam e que serão desempenhadas por seus magistrados e pelos seus serventuários em geral. Nunca, contudo, *criar* regras de processo ou de procedimento.

A própria redação da alínea *a* do art. 96, I, da Constituição Federal deixa esta noção suficientemente clara ao dispor que compete aos Tribunais: "... elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e

das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos".

É neste sentido e para este fim que devem ser lidos e compreendidos alguns dispositivos do Código de Processo Civil que expressamente reconhecem aos regimentos dos Tribunais a possibilidade de tratar de determinados assuntos. É o que se dá, a título meramente exemplificativo, com o art. 493, I, que se ocupa da "ação rescisória" no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, com os arts. 533 e 534, que disciplinam o recurso de "embargos infringentes", com os arts. 543-A, §§ 5º e 6º, e 543-B, *caput*, e §§ 4º e 5º, que se ocupam da "repercussão geral" do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, com o § 9º do art. 543-C com relação aos chamados "recursos especiais repetitivos", com o parágrafo único do art. 546, que trata do recurso de "embargos de divergência", e com o art. 1.059, que regulamenta a "habilitação" (sucessão) das partes no âmbito dos Tribunais.

É por esta razão, dentre outros vários desdobramentos, que o tema oferece, que não se pode aceitar que os regimentos internos dos Tribunais prevejam o cabimento de recursos contra decisões proferidas pelos seus magistrados monocraticamente. Os recursos que a prática judiciária usualmente denomina "agravos *regimentais*" não podem ser compreendidos como se eles dependessem da previsão regimental e pudessem, por isto mesmo, ser modificados ou extintos de acordo com a vontade dos próprios Tribunais. Tais agravos, impropriamente chamados de "regimentais", decorrem, bem diferentemente, do próprio sistema processual civil, desde o plano constitucional – esta demonstração é objeto de reflexão pelo n. 8.1 do Capítulo 1, *supra* – e, por isto, só por isto, estão fora do alvitre de qualquer regimento.

Historicamente no Brasil já houve expressa autorização para que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal tivesse caráter e força de lei. A referência é ao art. 119, § 3º, *c*, da Constituição Federal de 1967 na redação da Emenda Constitucional n. 1/1969. Isto, contudo, não prevaleceu com a promulgação da Constituição de 1988 e, por esta razão, não merece abrigo o entendimento de que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal teria sido recepcionado como lei pela nova ordem constitucional naquilo que ele diz respeito a normas de "processo" ou de "procedimento". Só *lei* pode criar normas de *processo* e de *procedimento* civil nos precisos termos dos arts. 22, I, e 24, XI, da Constituição Federal. Não atos que estão, por definição, abaixo dela e que só podem, por isto mesmo, pretender *regulamentá-la* no sentido de criar condições para sua adequada aplicação, observando-se sempre o disposto no precitado art. 96, I, *a*, da mesma Carta. É por essa razão que este *Curso* não pode concordar com o entendimento que acabou por prevalecer no Plenário do STF a propósito na AP 470/DF (o chamado caso do "mensalão"), sobre a subsistência do recurso de "embargos infringentes" no âmbito dos processos penais em que aquele Tribunal exercer competência *originária*. Não há como, com o devido respeito ao entendimento então vencedor por um voto de divergência, desconsiderar a circunstância de que a *legislação* específica extinguiu aquele recurso, não existindo, destarte, espaço normativo para o Regimento Interno dispor

diversamente.

2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. Esta afirmação deve ser entendida, como qualquer outra, no seu devido contexto. Ela não quer significar – e não significa – que haja qualquer subordinação entre o Supremo Tribunal Federal e os demais órgãos judiciários brasileiros. Ela não autoriza, por isto mesmo, o entendimento de que haja hierarquia *administrativa* entre os diversos órgãos componentes do Poder Judiciário brasileiro. O que há, de forma bem nítida desde o plano constitucional, é a distribuição de *competências* a diversos órgãos jurisdicionais que serão responsáveis pelo exercício da função jurisdicional e, por uma razão de segurança jurídica, não de subordinação, coisa bem diversa, a necessidade de que determinadas decisões prevaleçam sobre outras. É neste sentido que o Supremo Tribunal Federal comparece como o ápice da estrutura judiciária brasileira em relação a *todos* os demais órgãos jurisdicionais referidos no art. 92 da Constituição Federal.

Justamente por esta sua posição sobranceira na estrutura judiciária é que o Supremo Tribunal Federal, nos termos do *caput* do art. 102 da Constituição Federal, é o "guardião" da Constituição Federal. A "última palavra" sobre a interpretação constitucional no direito brasileiro, cujo sistema de controle, como é objeto de exame mais detalhado pelo n. 3 do Capítulo 2, *supra*, é *misto*, é a dada pelo Supremo Tribunal Federal. Seja no plano do controle *concentrado* de constitucionalidade (no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, por exemplo), seja no plano do controle *difuso* (no julgamento de recursos extraordinários, por exemplo).

Sua sede, diz o art. 92, § 1º, é na Capital Federal, Brasília, de acordo com o § 1º do art. 18 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, assim como os demais "Tribunais Superiores", tem jurisdição em todo o território nacional (art. 92, § 2º, da Constituição Federal).

A *composição* do Supremo Tribunal Federal é determinada pelo art. 101 da Constituição Federal. De acordo com o dispositivo, ele é composto de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, desde que sejam brasileiros natos (art. 12, § 3º, IV, da Constituição Federal). Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, prossegue o parágrafo único do mesmo dispositivo, são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Os órgãos do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o art. 3º de seu Regimento Interno, são o Plenário, suas duas Turmas e o Presidente.

A *competência* do Supremo Tribunal Federal é objeto de regulação pelo art. 102 da Constituição Federal. É assente o entendimento de que sua

competência é *taxativamente* a indicada na Constituição Federal, o que significa, em termos bem diretos, que não pode a lei ampliá-la ou restringi-la. Lei que pretenda tal intento é irreversivelmente inconstitucional. É situação bem diversa, portanto, do que se verifica, por exemplo, para o Tribunal Superior do Trabalho. Para aquele Tribunal, de acordo com o que dispõe o § 1º do art. 111-A da Constituição Federal, é a *lei* que disporá sobre sua competência, observando-se o rol do art. 114.

Exemplo recente sobre o assunto e que o ilustra suficientemente para os fins presentes disse respeito às chamadas "ações de improbidade administrativa". Em 2002, foi promulgada a Lei n. 10.628, que, dando nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal, passou a determinar que os Tribunais seriam competentes para processar e julgar ações de improbidade administrativa todas as vezes que, no âmbito penal, as autoridades indicadas como rés tivessem o chamado "foro por prerrogativa de função" nas hipóteses de crime comum e de responsabilidade, isto é, a prerrogativa de os Tribunais agirem como órgãos de "primeiro grau de jurisdição", ao contrário do que é a regra, os órgãos de "primeira instância" (v. n. 4.5 do Capítulo 1 da Parte III). A criação legislativa inovava, às claras, o que a Constituição reservava para o assunto ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça e ao *modelo* que deve ser observado pelos Estados (art. 125, *caput*; v. n. 6, *infra*). Por isto mesmo, nas ADI 2.797/DF e 2.860/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence (j.m.v. 15.9.2005, DJ 19.12.2006, p. 37), o Supremo Tribunal Federal declarou a lei inconstitucional, forte no argumento de que sua competência é *taxativa*, isto é, exaustivamente imposta pela Constituição, não passível, por isto mesmo, de ser alterada pelo legislador infraconstitucional.

Para melhor compreensão da competência a ser exercitada pelo Supremo Tribunal Federal, importante distingui-la em três classes, rente ao que dispõe o precitado art. 102.

O Supremo Tribunal Federal pode exercer competência *originária*. Isto quer significar que ele será o primeiro (e pela sistemática constitucional) o único órgão jurisdicional a conhecer, processar e julgar determinadas causas. São os casos previstos no inciso I do art. 102, dentre os quais os seguintes dizem respeito ao direito processual civil: (*a*) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, cujos legitimados, isto é, os entes que podem provocar o exercício desta competência originária do Supremo Tribunal Federal são aqueles listados pelo art. 103 da Constituição Federal, incluindo o pedido de medida cautelar nelas formulado; (*b*) o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; (*c*) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; (*d*) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (STF, Pleno, ACO-QO 765/RJ, rel. p./acórdão Min. Eros

Grau, j.m.v. 1.6.2005, DJE-211 6.11.2008), aí compreendidos, por extensão, os conflitos de atribuição entre Ministérios Públicos de dois Estados diversos (STF, Pleno, ACO 889/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, j.m.v. 11.9.2008, DJE-183 26.9.2008); (*e*) a ação rescisória de seus julgados; (*f*) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; (*g*) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; (*h*) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados, observando-se, nestes casos, o que dispõem as Súmula 623 e 731 (STF, Pleno, AgRg na AO 1.498/SP, rel. Min. Eros Grau, j.un. 27.11.2008, DJe 6.2.2009); (*i*) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal, compreendida também a hipótese de conflito se verificar entre juízo de primeira instância e Tribunal (STF, Pleno, CComp 7.545/SC, rel. Min. Eros Grau, j.un. 3.6.2009, DJe 14.8.2009); (*j*) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; e (*k*) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.

Embora o inciso I do art. 102 da Constituição Federal não deixe claro, também compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as "arguições de descumprimento de preceito fundamental" previstas no art. 102, § 1º, disciplinadas pela Lei n. 9.882/1999, e as "ações diretas de inconstitucionalidade por omissão" previstas no art. 103, § 2º, da Constituição Federal, e disciplinadas pelas alterações promovidas pela Lei n. 12.063/2009 na Lei n. 9.868/99. Também é da competência *originária* do Supremo Tribunal Federal o pedido de "intervenção federal", a "ação direta interventiva", nos termos do art. 36, III, da Constituição Federal (v. n. 6 do Capítulo 2, *supra*).

O inciso II do art. 102 da Constituição Federal ocupa-se com a competência recursal *ordinária* do Supremo Tribunal Federal, isto é, define em que casos a atuação do Supremo Tribunal Federal deve-se dar na condição de um Tribunal revisor, como órgão de revisão do que foi decidido por outro Tribunal. São casos em que o exercício da função jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal dá-se, verdadeiramente, como autêntico órgão de segundo grau de jurisdição.

A hipótese pertinente ao direito processual civil é a prevista na alínea *a* do dispositivo: o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, isto é, se desfavorável àquele que provocou o exercício da função jurisdicional.

Por fim, o inciso III do art. 102 da Constituição Federal disciplina a competência recursal *extraordinária* do Supremo Tribunal Federal. São casos em

que o Supremo Tribunal Federal atuará mediante o exame de recursos e, neste sentido, como Tribunal revisor de decisões proferidas por outros Tribunais mas que, pela própria natureza jurídica do recurso, "recursos de direito estrito", como a doutrina costuma acentuar, o reexame, a revisão a ser feita pelo Supremo Tribunal Federal é restrita, verdadeiramente vinculada a pressupostos bastante específicos. São justificáveis eventuais restrições ao processamento e julgamento destes recursos, que são, por isto mesmo, *extraordinários*. É que neles o reexame das decisões a ser feito pelo Supremo Tribunal Federal tem como finalidade primeira a uniformização da interpretação e aplicação do direito *constitucional federal* em todo o território brasileiro e não como se dá quando o mesmo Tribunal atua no exercício de suas demais competências (incisos I e II do mesmo art. 102) como primeiro ou segundo grau de jurisdição. O Supremo Tribunal Federal, nestes casos, atua como verdadeiro órgão de *sobreposição* dos demais órgãos jurisdicionais no que diz respeito ao exame da Constituição Federal.

O exercício desta específica competência do Supremo Tribunal Federal depende de que a decisão recorrida, proferida em única ou última instância, contrarie a Constituição Federal, declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição ou julgue válida lei local contestada em face da lei federal.

O recurso extraordinário depende, vale a pena o destaque, da existência de uma *questão de direito constitucional federal* que mereça reexame perante o Supremo Tribunal Federal. Correto acentuar que esta questão "mereça reexame" perante aquele Tribunal porque a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu, no "modelo constitucional do direito processual civil", a "repercussão geral" (art. 102, § 3º, da Constituição Federal). Este instituto deve ser entendido como a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua competência recursal extraordinária, decidir, de acordo com determinados pressupostos, o que ele julgará ou deixará de julgar. A "repercussão geral", destarte, tem como finalidade permitir que as causas a serem apreciadas em grau de recurso *extraordinário* sejam verdadeiramente *filtradas* pelo Supremo Tribunal Federal, sendo certo que somente pela manifestação de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal é que o recurso extraordinário não será apreciado. A Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, ao acrescentar os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, acabou por regular o instituto, concretizando a exigência do precitado dispositivo constitucional.

A análise das hipóteses descritas no art. 102 da Constituição Federal em que o Supremo Tribunal Federal exercerá sua competência em matéria *civil* e, portanto, afeta ao "direito processual civil", é assunto que ocupa diversos outros pontos deste *Curso*. Por ora, para fins de construção do "modelo" aqui pretendido e para os fins de uma teoria geral do direito processual civil é suficiente a enunciação que ocupa os parágrafos anteriores.

O Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União (v. n. 3 do Capítulo 4, *infra*), oficiará em todos os casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal independentemente da competência concretamente exercitada, isto é, originária, recursal *ordinária* ou recursal *extraordinária*. É o que dispõe o

art. 103, § 1º, da Constituição Federal, repetido, no âmbito infraconstitucional, no art. 46 da Lei Complementar n. 75/1993. A adequada interpretação daquelas regras é a de afastar a atuação de outros componentes do Ministério Público perante aquele Tribunal (STF, Rcl-AgRg 6.239/RO, rel. p./ acórdão Min. Rosa Weber, j.m.v. 23.5.2012, e Rcl-AgRg 7.318/PB, rel. Min. Dias Toffoli, j.m.v. 23.5.2012, DJe 26.10.2012).

3. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior que é (v. n. 1, *supra*), tem jurisdição em todo o território nacional, de acordo com o art. 92, § 2º, da Constituição Federal. Sua sede é em Brasília, de acordo com o § 1º do mesmo dispositivo constitucional (art. 18, § 1º, da Constituição Federal).

A composição do Superior Tribunal de Justiça é objeto de regulação no art. 104 da Constituição Federal. O número de Ministros é de, no mínimo, trinta e três, atual composição daquela Corte. Sua nomeação é feita pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 104, parágrafo único).

Sua composição é plural porque, de acordo com os incisos I e II do parágrafo único do art. 104 da Constituição Federal, um terço do Superior Tribunal de Justiça será formado por Desembargadores dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal, e o terço restante em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94 da Constituição Federal (v. n. 1.1, *supra*). O art. 1º da Lei n. 7.746/1989, que regulamenta esse dispositivo constitucional teve sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 4.078/DF, rel. p./ acórdão Min. Cármen Lúcia, j.m.v. 10.11.2011, DJe 13.4.2012). O pedido de inconstitucionalidade foi rejeitado, reconhecendo-se a possibilidade de os dois terços de magistrados indicados para o STJ, oriundos dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, não serem magistrados de carreira, mas oriundos do chamado "quinto" da advocacia ou do Ministério Público (v. n. 1.1, *supra*).

A competência do Superior Tribunal de Justiça vem regulada pelo art. 105 da Constituição Federal. Também aqui prevalece o entendimento, com o qual já se ocupou o n. 2, *supra*, de que a lei não pode restringi-la ou ampliá-la. Trata-se de um caso em que o rol constitucional é taxativo, não permitindo modificação por ato infraconstitucional.

O exame da competência do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo da do Supremo Tribunal Federal, merece exame distinto consoante se trate de competência *originária*, *recursal ordinária* e *recursal especial*.

Os casos de atuação do Superior Tribunal de Justiça como "primeiro grau de jurisdição", isto é, os casos em que ele exercita sua competência *originária*, no que diz respeito ao direito processual civil, são, de acordo com o inciso I do art. 105, os seguintes: (*a*) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal (aí incluídos os mandados de segurança contra atos administrativos praticados pelo Conselho da Justiça Federal, que atua junto ao ST; v. n. 3.1, *infra*: STJ, CE, Rcl 3.495/PE, rel. Min. Nancy Andrighi, j.m.v. 17.12.2012, DJe 28.2.2013); (*b*) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*, da Constituição Federal (v. n. 2, *supra*, letra *i*), bem como entre tribunal e juízes não vinculados ao Superior Tribunal de Justiça e entre juízes vinculados a tribunais diversos (STF, Pleno, ACO 1.179/PB, rel. Min. Ellen Gracie, j.un. 11.9.2008, DJe-206 30.10.2006); (*c*) as ações rescisórias de seus julgados; (*d*) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; (*e*) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; (*f*) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; e (*g*) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

A competência recursal *ordinária* é prevista pelo inciso II do art. 105 da Constituição Federal. As hipóteses que dizem respeito ao direito processual civil são as seguintes: (*a*) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; e (*b*) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Por fim, a competência recursal *especial* do Superior Tribunal de Justiça é prevista pelo art. 105, III, da Constituição Federal. A regra disciplina as hipóteses de cabimento do "recurso especial" a ser interposto nas "causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (*a*) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; (*b*) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e (*c*) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal". A função exercida pelo Superior Tribunal de Justiça nestes casos, a exemplo daquela que exerce o Supremo Tribunal Federal para fins do "recurso extraordinário", é de órgão de *sobreposição*, voltada, precipuamente, à uniformização da interpretação e aplicação do direito infraconstitucional federal em todo o território nacional. Não se trata, por isto, de exercício de mera competência recursal "ordinária", "comum", como se, nestes casos, atuasse o Superior Tribunal de Justiça como órgão de segundo grau de jurisdição.

Não há espaço, no "modelo constitucional do direito processual civil" brasileiro, para que alguma lei estabeleça para o recurso especial "filtro" idêntico ou similar à "repercussão geral" nos termos do art. 102, § 3º, da Constituição Federal. Uma tal iniciativa, dada a *taxatividade* da competência exercitada, em todos os níveis, por aquele Tribunal depende de alteração constitucional, veiculada por Emenda Constitucional, insuficiente qualquer inovação legislativa para tal fim. É esta a razão pela qual importa compreender adequadamente a disciplina dos chamados "recursos especiais repetitivos" tal qual criada pela Lei n. 11.672/2008, que introduziu um novo art. 543-C ao Código de Processo Civil (v. n. 4.4 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5).

Também aqui, a exemplo do que o n. 2 acentuou a respeito do Supremo Tribunal Federal, é suficiente a enumeração da *competência* do Superior Tribunal de Justiça. A análise de cada um dos casos em que aquele Tribunal pode exercê-la em matéria civil é tema que ocupa outros volumes deste *Curso*.

A consideração do parágrafo anterior, contudo, não inibe, a exemplo da iniciativa com relação ao Supremo Tribunal Federal, que se mencione como se dão as repartições de competência no interior do Superior Tribunal de Justiça. Ele é dividido internamente em três Seções, cada qual composta de duas Turmas. A 1ª e a 2ª Turmas, que compõem a 1ª Seção, têm especialização em questões de direito público em geral incluindo as atinentes aos servidores públicos civis e militares. A 3ª e a 4ª Turmas, componentes da 2ª Seção, são especializadas em direito privado, inclusive os conflitos sobre locação predial urbana. A 3ª Seção, que é composta pela 5ª e pela 6ª Turmas, tem especialização em direito penal e nas questões relativas ao direito previdenciário. É o que dispõem o art. 2º, §§ 3º e 4º, e o art. 9º e respectivos parágrafos do Regimento Interno daquele Tribunal.

Há, ainda, no Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a faculdade consagrada pelo art. 97 da Constituição Federal (v. n. 9 do Capítulo 1, *supra*), um "órgão especial", chamado de "Corte Especial" (art. 2º, I, do Regimento Interno), composta pelos quinze Ministros mais antigos e presidida pelo Presidente do Tribunal, que exerce a competência a ela reconhecida pelo art. 11 de seu Regimento.

3.1. **Conselho da Justiça Federal e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados**

De acordo com o parágrafo único do art. 105 da Constituição Federal, funcionam junto ao Superior Tribunal de Justiça dois outros órgãos que, embora não tenham função jurisdicional, desempenham atividades relevantíssimas e que, por isto, merecem destaque nesta sede. São o Conselho da Justiça Federal e a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

O "Conselho da Justiça Federal" foi previsto desde a Constituição Federal de 1988 e disciplinado originariamente pelos arts. 6º a 8º da Lei n. 7.746/1989, revogados pela Lei n. 8.472/1992. Sua finalidade precípua é exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de 1º e 2º graus, como órgão centralizador das informações estratégicas daquele sistema em todo o território

brasileiro, além de deter poderes correicionais, cujas decisões têm caráter vinculante.

O Conselho da Justiça Federal é composto por dez membros: o Presidente, o Vice-Presidente e outros três Ministros a serem eleitos, todos do Superior Tribunal de Justiça, e pelos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais. Sua presidência é exercida pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça e o Ministro mais antigo exercerá as funções de Corregedor-Geral da Justiça Federal. Têm assento no Conselho da Justiça Federal, sem direito a voto, os Presidentes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE). É o que dispõe o art. 2º da Lei n. 11.798/2008, que disciplina a composição e a competência daquele Conselho, e cujo art. 11 expressamente revogou a Lei n. 8.472/1992, que disciplinava, anteriormente, o assunto.

A competência do Conselho da Justiça Federal é prevista no art. 5º da Lei n. 11.798/2008. Dentre suas diversas funções, de cunho administrativo e orçamentário, cabe destacar que é este órgão que deverá examinar e encaminhar ao Superior Tribunal de Justiça "proposta de criação ou extinção de cargos e fixação de vencimentos e vantagens dos juízes e servidores da Justiça Federal de primeiro e segundo graus" e "proposta de criação ou extinção de Tribunais Regionais Federais e de alteração do número de seus membros" (art. 5º, I, "a" e "b", da Lei n. 11.798/2008) e "aprovar sugestões de alteração da legislação relativa às matérias de competência da Justiça Federal" (art. 5º, II, da Lei n. 11.798/2008). O Conselho da Justiça Federal tem poder correicional e suas decisões (que, por definição, têm caráter administrativo) são vinculantes no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus (art. 105, parágrafo único, II, da Constituição Federal e art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 11.798/2008).

A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, prevista pelo art. 14, § 2º, da Lei n. 10.259/2001, a lei que disciplina os "juizados especiais federais" (v. n. 3.4 do Capítulo 1 da Parte I), como órgão competente para uniformizar as decisões das Turmas Recursais vinculadas a Regiões diversas em âmbito nacional, passou, desde sua instalação, a funcionar junto ao Conselho da Justiça Federal (arts. 4º e 9º da Lei n. 11.798/2008).

De acordo com o mesmo dispositivo, também integram a estrutura institucional do Conselho da Justiça Federal a Corregedoria-Geral da Justiça Federal e o Centro de Estudos Judiciários, que tem competência para realizar e fomentar estudos, pesquisas, serviços editoriais e de informação, visando à modernização da Justiça Federal; planejar, coordenar e executar atividades de formação e aperfeiçoamento de magistrados e servidores, em articulação com as escolas de magistratura dos Tribunais Regionais Federais, segundo normas a serem editadas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e também para elaborar e encaminhar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados o Plano Nacional de Aperfeiçoamento e Pesquisa para os Juízes Federais (art. 8º, I a III, da Lei n. 11.798/2008).

A "Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados" (ENFAM) é criação da Emenda Constitucional n. 45/2004 e funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, parágrafo único, I, da Constituição Federal). Ela exerce, dentre outras funções, a de regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e a promoção na carreira e a formação e o aperfeiçoamento de magistrados, objeto da Resolução n. 1/2007 (objeto da ADI 4.122/DF, rel. Min. Celso de Mello, perante o STF) e da Resolução n. 2/2007. A ENFAM foi instituída pela Resolução n. 3/2006, alterada pela Resolução n. 5/2008, ambas do Presidente do STJ.

4. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça foi criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a chamada "Reforma do Judiciário". Sua sede é em Brasília (art. 18, § 1º, c/c art. 92, § 1º, da Constituição Federal). Sua criação deu-se para o exercício de funções eminentemente de controle administrativo sobre todos os demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro. Seu Regimento Interno foi aprovado por sua Resolução n. 67/2009.

De acordo com o art. 103-B, *caput*, da Constituição Federal, na redação da EC n. 61/2009, o Conselho Nacional de Justiça é composto por quinze membros. Eles exercem *mandato* de dois anos, admitida uma recondução, isto é, a possibilidade de, por mais dois anos, exercerem a função.

Órgão plural, seus quinzes membros têm origem nos mais variados órgãos representativos da *Justiça* brasileira. Sua composição é a seguinte: o Presidente do Supremo Tribunal Federal, um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um desembargador de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

A nomeação dos membros do Conselho, à exceção do Presidente do Supremo Tribunal Federal, é feita pelo Presidente da República, depois de aprovadas as indicações pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 103-B, § 2º, com a redação da EC n. 61/2009). Se não ocorrerem, no prazo legal, as indicações necessárias para sua composição, a escolha dos integrantes do

Conselho deve ser feita pelo Supremo Tribunal Federal (art. 103-B, § 3º).

O Conselho Nacional de Justiça é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente daquele mesmo Tribunal (art. 103-B, § 1º, com a redação da EC n. 61/2009). O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exerce papel de destaque, cabendo-lhe, nos termos do § 5º do art. 103-B, a função de Ministro-Corregedor, quando ficará excluído da distribuição de processos naquele Tribunal, competindo-lhe determinadas atribuições que podem ser aumentadas pelo "Estatuto da Magistratura", a que se refere o *caput* do art. 93 da Constituição Federal. Estas atribuições são as seguintes: (*a*) receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; (*b*) exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; (*c*) requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Junto ao Conselho atuam o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de acordo com o § 6º do mesmo dispositivo constitucional.

A competência do Conselho Nacional de Justiça é fixada pelo § 4º do art. 103-B, sem prejuízo de outras atribuições que venham a lhe ser conferidas pelo "Estatuto da Magistratura", como as seguintes: *(a) zelar* pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; *(b) zelar* pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos *administrativos* (e não os jurisdicionais) praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; *(c)* receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa, assunto regulamentado pela Resolução n. 135/2011, que "dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades, e dá outras providências", cuja constitucionalidade é objeto da ADI 4.638/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j.m.v. 9.2.2012; (d) representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a Administração Pública ou de abuso de autoridade; (e) rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; (f) elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; e (g) elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias

sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, que deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. Estas duas últimas atribuições foram disciplinadas pelas Resoluções n. 4/2005 e 15/2006 do CNJ.

Para o atingimento perfeito de suas finalidades correicionais, o § 7º do art. 103-B da Constituição Federal determina que a União criará, em todo o território brasileiro, "ouvidorias de justiça", que são órgãos competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, e que poderão apresentá-las diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

A competência que lhe é desenhada desde a Constituição Federal, contudo, não pretende traçar o Conselho Nacional de Justiça como órgão meramente *corregedor*, entendida a palavra no sentido de manter a disciplina dos magistrados ou dos serventuários da justiça, cujos limites têm, mais recentemente, alavancado interessantes (e inadiáveis) debates no âmbito do Judiciário e na comunidade jurídica. A expectativa na criação do órgão vai além destas atribuições. Não se espera do órgão, de outro lado, que assuma feições *legislativas* ou *judicantes*. O órgão não tem competência para tanto e tal inovação agrediria, por certo, o "modelo constitucional do direito processual civil" anterior ao advento da Emenda Constitucional n. 45/2004.

O que ele, o Conselho Nacional de Justiça, deve desenvolver, de forma rente ao seu modelo constitucional, é a implementação de suas funções administrativas e fiscalizatórias para criar condições efetivas de maior *integração* e de *articulação* dos diversos órgãos que compõem a estrutura judiciária brasileira em termos estratégicos e operacionais. Não é equivocado, à luz das competências que a Constituição lhe traça, esperar dele que atue como um verdadeiro órgão de *integração* e de *planejamento* do Poder Judiciário (Federal e Estadual), considerado como um todo, dando diretrizes seguras para a própria organização e coordenação daquele Poder, inclusive do ponto de vista da sua racionalização orçamentária. O Conselho Nacional de Justiça, neste sentido, passa a ser um órgão voltado a debater soluções que tenham tido êxito quando aplicadas em parcelas do Judiciário brasileiro (numa comarca ou numa seção judiciária, por exemplo) com vistas a criar condições as mais objetivas possíveis para sua implementação em nível nacional ou, quando menos, regional.

É neste sentido e para este fim, aliás, que a atuação recente do Conselho Nacional de Justiça tem-se pautado. Ele tem, ao desempenhar a competência que lhe reconheceu expressamente a Constituição Federal, buscado fixar parâmetros administrativos a serem observados por todos os Tribunais brasileiros – assim, por exemplo, no que diz respeito à fixação de um teto salarial para a magistratura e para os servidores do Poder Judiciário (Resoluções n. 13/2006, 14/2006 e 42/2007), à composição a ser observada nos órgãos especiais dos diversos Tribunais (Resolução n. 16/2006), à vedação da contratação de parentes dos magistrados de todos os graus de jurisdição para ocupar cargos de confiança ou comissionados, o chamado "nepotismo do Judiciário" (Resolução n. 7/2005

com as modificações das Resoluções ns. 9/2005 e 21/2006), à uniformização das normas relativas ao procedimento administrativo aplicável aos magistrados (Resolução n. 30/2007), ao estabelecimento do Código de Ética da Magistratura Nacional (Resolução n. 60/2008), à disciplina, no âmbito do Poder Judiciário, dos procedimentos relativos ao cadastramento e à estruturação de serviços de assistência jurídica voluntária (Resolução n. 62/2009), à disciplina do Plantão Judiciário em primeira e segunda instâncias (Resolução n. 71/2009), à disciplina da jornada de trabalho no âmbito do Poder Judiciário, o preenchimento de cargos em comissão e o limite de servidores requisitados (Resolução n. 88/2009 com as modificações da Resolução n. 130/2011), à fixação de critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau (Resolução n. 106/2010), a Resolução n. 115/2010, com as modificações da Resolução n. 123/2010, que "dispõe sobre a gestão de precatórios no âmbito do Poder Judiciário" e à disciplina da participação de magistrados em congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares (Resolução n. 170/2013) – e, bem assim, propor medidas administrativas que visem, de alguma forma, maior racionalização dos atos processuais e, consequentemente, maior celeridade na prestação jurisdicional como, por exemplo, a Resolução n. 46/2007, que cria as "Tabelas Processuais Unificadas do Poder Judiciário" com o objetivo de "padronização e uniformização taxonômica e terminológica de classes, assuntos e movimentação processuais no âmbito da Justiça Estadual, Federal, do Trabalho e do Superior Tribunal de Justiça, a serem empregados em sistemas processuais", a Resolução n. 76/2009, que "Dispõe sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelece seus indicadores, fixa prazos, determina penalidades e dá outras providências", a Resolução n. 90/2009, que "dispõe sobre os requisitos de nivelamento de tecnologia da informação no âmbito do Poder Judiciário" (com as modificações da Resolução n. 136/2011), a Resolução n. 138/2011 que institucionaliza o "Fórum Nacional das Ações Coletivas", a Resolução n. 158/2012 que "institui o Fórum Nacional de Precatórios – FONAPREC, com o objetivo de elaborar estudos e propor medidas para o aperfeiçoamento da gestão de precatórios e a Resolução n. 160/2012 que "dispõe sobre a organização do Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e nos Tribunais Regionais Federais".

É o que se verifica, para ilustrar o comentário, quando o Conselho Nacional de Justiça firmou com o Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados um "pacto social" para descongestionar os juizados especiais cíveis em busca de medidas uniformes de atuação em determinados casos concretos, todas elas de cunho burocrático-administrativo ou, também, ao propor a criação de "varas especializadas" em primeira instância e de Turmas ou Câmaras especializadas no âmbito dos Tribunais para permitir que a especialização de determinados magistrados em questões específicas acarrete maior racionalização e otimização da prestação jurisdicional. É ainda o que se dá com a crescente adoção, pelos juízos de primeira instância e no âmbito dos próprios

Tribunais, de especialização para julgamento de determinadas matérias, até mesmo, se for o caso, com a colaboração de profissionais de outras áreas (administradores de empresa, economistas, contadores, psicólogos, assistentes sociais, por exemplo). É também o objetivo perseguido pela Resolução n. 125/2010, que "dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências", que busca incentivar o emprego de meios alternativos à resolução de conflitos. Com vistas à obtenção de dados e informações concretas para otimizar a sua própria função é que o CNJ expediu a Resolução n. 15/2006, que regulamenta o Sistema de Estatística do Poder Judiciário, criado pela Resolução n. 4/2005 do mesmo órgão.

5. JUSTIÇA FEDERAL

A Justiça federal, no Brasil, foi criada logo após a proclamação da República, por força do art. 1º do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. A iniciativa passou a ter sede constitucional no art. 55 da Constituição de 1891, que se referia ao "Poder Judiciário da União" composto por "um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República, e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso criar.

Ela se volta, basicamente, a processar e julgar "ações" que envolvem as pessoas jurídicas de direito público federal (critério *pessoal* da fixação da competência) e determinados assuntos que, por razões que se puseram e que se põem, ao longo do tempo, ao constituinte, originário ou reformador, pela sua importância ou magnitude, preferiu-se estarem afeitos à Justiça Federal. É o que a doutrina usualmente denomina critério *material* da fixação da competência.

A Justiça Federal deve ser entendida como organismo judiciário mantido pelos cofres da União Federal. Seus magistrados e servidores são todos, nesta perspectiva, funcionários públicos federais. Mas nem toda Justiça Federal entendida nestes termos diz respeito ao estudo do direito processual civil. Também a "justiça do trabalho" (arts. 111 a 116 da Constituição Federal) é federal, assim como o são a justiça eleitoral e a justiça militar, previstas nos arts. 118 a 121 e 122 a 124 da Constituição Federal, respectivamente. Com relação à justiça militar, importante ressalvar que os Estados podem criá-la nos termos dos §§ 3º a 5º do art. 125 e, neste caso, serão, pelo critério aqui exposto, "justiças *estaduais*" (v. n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I).

A parcela da justiça federal que diz respeito ao presente *Curso* é aquela prevista nos arts. 106 a 109 da Constituição Federal, objeto de exame pelos números seguintes.

5.1. Tribunais Regionais Federais

De acordo com o art. 106 da Constituição Federal, são órgãos da Justiça Federal os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais.

A composição dos Tribunais Regionais Federais é definida de acordo com o art. 107 da Constituição Federal. Eles "compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: I – um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira; II – os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antiguidade e merecimento, alternadamente". A composição dos Tribunais Regionais Federais, destarte, obedece ao disposto no art. 94 da Constituição Federal quanto ao "quinto constitucional" (v. n. 1.1, *supra*).

De início, foram cinco os Tribunais Regionais Federais, criados pelo art. 92, III, e pelo § 6º do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, cada um exercendo jurisdição em uma determinada *região*, nos termos do que foi estabelecido na Resolução n. 1, de 6 de outubro de 1988, do extinto Tribunal Federal de Recursos (v. art. 1º da Lei n. 7.727, de 9 de janeiro de 1989, que dispõe sobre a composição inicial dos Tribunais Regionais Federais e sua instalação e cria os respectivos quadros de pessoal). A Emenda Constitucional n. 73, de 6 de junho de 2013, ao acrescentar um novo § 11 do referido art. 27 do ADCT, aumentou o número de Tribunais Regionais Federais para nove, inovação esta que é objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal na ADI 5.017/DF, rel. Min. Luiz Fux.

"Região", para os fins presentes, quer significar a área do território brasileiro onde o Tribunal pode exercer sua *jurisdição*. Enquanto os Tribunais Superiores a exercem em todo o território nacional (art. 92, § 2º), a Justiça Federal foi dividida, pelo texto original da Constituição de 1988, em cinco *regiões*, isto é, em cinco porções do território brasileiro cobertas cada uma delas pela atuação de cada um dos cinco Tribunais Regionais Federais atualmente em funcionamento.

A 1ª Região compreende o Distrito Federal e os Estados do Acre, do Amazonas, de Rondônia, de Roraima, do Pará, de Mato Grosso, do Amapá, do Maranhão, do Piauí, de Tocantins, da Bahia, de Minas Gerais. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem sede em Brasília.

A 2ª Região compreende os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo. Sua sede localiza-se na cidade do Rio de Janeiro.

A 3ª Região compreende os Estados de São Paulo e do Mato Grosso do Sul. Sua sede encontra-se na cidade de São Paulo.

A 4ª Região compreende os Estados do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Paraná. Sua sede está em Porto Alegre.

A 5ª Região, por fim, compreende os Estados de Pernambuco, do Ceará, do Rio Grande do Norte, da Paraíba, de Alagoas e de Sergipe. Sua sede está localizada em Recife.

O § 1º do art. 107 é que dispõe sobre a jurisdição e a sede dos atuais Tribunais Regionais Federais, bem assim sobre a permuta de juízes entre as diversas Regiões. Foi o art. 27, § 6º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que criou os atuais (e já instalados) cinco Tribunais Regionais

Federais. Sua "jurisdição" foi outorgada, nos termos daquele dispositivo constitucional, por ato do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Quando forem efetivamente instalados os novos Tribunais Regionais Federais, fruto da EC 73/2013 – cujo art. 2º reserva, para tanto, o (pífio) prazo de seis meses e que depende de aprovação de lei, cujo Anteprojeto foi elaborado pelo Conselho da Justiça Federal, e de posterior regulamentação por ato deste órgão (v. n. 3.1, *supra*) –, haverá radical alteração na divisão de regiões acima enunciada.

Isso porque, de acordo com o art. 1º daquela Emenda Constitucional, o TRF da 6ª Região (com sede em Curitiba) terá jurisdição sobre os Estados do Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul. O TRF da 7ª Região (com sede em Belo Horizonte) terá jurisdição sobre o Estado de Minas Gerais. O da 8ª Região (com sede em Salvador) exercerá jurisdição nos Estados da Bahia e Sergipe. Por fim, o TRF da 9ª Região, que terá sede em Manaus, terá jurisdição nos Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima.

Os Tribunais Regionais Federais – independentemente de seu número – são inovação trazida pela Constituição de 1988. Antes dela, a segunda instância da justiça federal era exercida por um só Tribunal, o Tribunal Federal de Recursos, que tinha sede em Brasília, embora a Constituição Federal de 1967, na redação da Emenda Constitucional n. 1/1969, em seu art. 121, § 1º, tenha chegado a prever a criação, por lei complementar, de outros dois Tribunais Federais de Recursos com sede em São Paulo e em Pernambuco, nunca instalados efetivamente, tendo sido revogado aquele dispositivo pela Emenda Constitucional n. 7/1977. Não é equivocado o entendimento de que cada um dos atuais cinco Tribunais Regionais Federais, criados originariamente pela Constituição de 1988, deriva daquele antigo Tribunal e representa, a bem da verdade, a corporificação da repartição da competência exercida por aquele Órgão nas atuais cinco regiões desde então criadas, a exemplo do que o Superior Tribunal de Justiça, se analisado desta mesma perspectiva, surge como verdadeiro desdobramento de parcelas da competência anteriormente pertencentes ao Supremo Tribunal Federal até o advento da nova ordem constitucional de 1988.

De acordo com o § 2º do art. 107, "Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários". Da mesma forma, em busca de uma maior racionalização e celeridade na atuação jurisdicional, forte, portanto, na diretriz do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, o § 3º do mesmo art. 107 dispõe que: "Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo". Ambos os dispositivos foram introduzidos pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

A competência dos Tribunais Regionais Federais, não alterada pela EC n. 73/2013, é definida pelo art. 108 da Constituição Federal. Segundo o dispositivo, a competência *originária* daqueles Tribunais, que diz respeito ao direito processual

civil, é a seguinte: (*a*) julgar as "ações rescisórias" de julgados seus ou dos juízes federais da respectiva Região; (*b*) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal da respectiva Região; e (*c*) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao mesmo Tribunal Regional Federal, mesmo quando se tratar de conflito entre o Juizado Especial Federal e a Justiça Federal de primeira instância (STF, Pleno, RE 590.409/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 26.8.2009, DJe 14.9.2009, e Súmula 428 do STJ, que substitui a de número 348 daquele mesmo Tribunal, em sentido contrário). Se a hipótese for de conflito de competência entre juízes vinculados a Tribunais Regionais Federais de diferentes Regiões, ou mesmo entre juízes estaduais e federais da primeira instância, seu julgamento compete ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *d*, da Constituição Federal). A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de entender que não se subsume à previsão do art. 105, I, *d*, da Constituição Federal, conflito de competência entre diversas câmaras ou tribunais arbitrais (CC 113.260/SP, rel. p/ acórdão João Otávio de Noronha, j.m.v. 8.9.2010).

A competência *recursal* dos Tribunais Regionais Federais é prevista amplamente no art. 108, II. Cabe àqueles Tribunais revisar, em grau de recurso, "as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição".

O exame mais demorado do assunto ocupa outros volumes deste *Curso*, bastantes, por ora, as indicações da competência originária e recursal dos Tribunais Regionais Federais.

5.2. **Juízes federais**

A expressão "juízes federais", empregada pelo inciso II do art. 106 da Constituição Federal, quer significar a "justiça federal comum" de primeira instância, isto é, aqueles órgãos jurisdicionais que não têm competência para matéria trabalhista, eleitoral ou militar mas, diferentemente, para apreciar e julgar causas que envolvam matéria cível e penal, a "jurisdição comum" (v. n. 4.2 do Capítulo 1 da Parte III).

O art. 109 da Constituição Federal ocupa-se em definir a competência da Justiça Federal de primeira instância, isto é, de definir as matérias que os juízes federais, os magistrados que formam a primeira instância da Justiça federal, julgarão.

Para o momento presente da exposição é suficiente a indicação das matérias que, cabíveis aos juízes federais, dizem respeito ao direito processual civil. Seu estudo com o vagar necessário dá-se, em especial, no n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do tomo I do vol. 2. Os casos são os seguintes: (*a*) as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (*b*) as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e município ou pessoa domiciliada ou residente no País; (*c*) as causas fundadas em tratado ou

contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; (*d*) as causas relativas a direitos humanos, observando-se, no caso, o "incidente de deslocamento de competência" a ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, a que faz referência o § 5º do art. 109; (*e*) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; e (*f*) a disputa sobre direitos indígenas.

O § 1º do art. 109, voltado, mais especificamente, à *competência* em que as "ações" que serão apresentadas à Justiça Federal terão trâmite, dispõe que "as causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte". O § 2º, por sua vez, autoriza que "as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou ainda, no Distrito Federal".

De acordo com o § 3º, "serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal". O dispositivo autoriza, ainda, que, diante dessa mesma condição, a lei possa autorizar que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual. Neste caso, contudo, os recursos serão sempre dirigidos ao respectivo Tribunal Regional Federal e não ao Tribunal de Justiça dos Estados (art. 109, § 4º). Todas estas regras, em especial a do § 3º, são fortemente inspiradas no princípio do "acesso à justiça", expressamente garantido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

De acordo com o art. 110 da Constituição Federal, cada um dos Estados-membros, assim como o Distrito Federal, corresponde a uma "seção judiciária", que tem como sede a respectiva Capital. "Seção judiciária", neste contexto, é o território onde os juízes federais exercem a sua jurisdição, noção que vem acolhida expressamente no art. 11, *caput*, da Lei n. 5.010/1966, que, ainda hoje, organiza a justiça federal de primeira instância. De acordo com leis específicas, podem ser instaladas varas federais em outras localidades, isto é, ser criadas novas "subseções judiciárias". É o que vem ocorrendo em larga escala, em um movimento que, por vezes, é chamado de "interiorização da justiça federal". A iniciativa está amplamente afinada com os princípios constitucionais de processo civil, em especial os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. A competência para tanto é do Conselho da Justiça Federal (art. 5º, I, *a*, da Lei n. 11.798/2008, v. n. 3.1 do Capítulo 3, *supra*). No plano das justiças dos Estados, "subseção judiciária" equivale a "comarca".

Embora não haja, no Brasil atual, territórios, o parágrafo único do art. 110 dispõe que: "Nos Territórios Federais, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais caberão aos juízes da justiça local, na forma da lei".

6. TRIBUNAIS DE JUSTIÇA E JUÍZES DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

A Constituição Federal ocupa-se também de traçar o modelo básico das justiças dos Estados e do Distrito Federal. De acordo com o art. 125, *caput*, a organização das justiças estaduais e do Distrito Federal observará os "princípios estabelecidos nesta Constituição", levando em conta também as expressas diretrizes constantes dos seus parágrafos.

Com relação ao Poder Judiciário do Distrito Federal, é importante destacar que ele é organizado e mantido pela União Federal (art. 21, XIII, da Constituição Federal) e, neste sentido, uma justiça *organicamente federal* embora *materialmente estadual*, que é o critério mais relevante para o estudo do direito processual civil. Também é a União Federal quem legisla privativamente sobre a organização judiciária do Distrito Federal, nos termos do art. 22, XVII, da Constituição Federal. É a Lei n. 11.697, de 13 de junho de 2008, que "dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios".

A competência dos Tribunais de Justiça dos Estados será definida nas respectivas Constituições, vedada a delegação para sua fixação por lei (STF, Pleno, ADI 3.140/CE, rel. Min. Cármen Lúcia, j.un. 10.5.2007, DJ 29.6.2007, p. 21) e sempre observando os princípios decorrentes da Constituição Federal (STF, Pleno, ADI 541/PB, rel. Min. Carlos Velloso, j.m.v. 10.5.2007, DJ 6.9.2007, p. 35), sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça (art. 125, § 1º, da Constituição Federal). Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (art. 125, § 2º).

Os Tribunais de Justiça poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo (art. 125, § 6º). A possibilidade encontra um exemplo *similar* no âmbito da Justiça do Trabalho, considerando que o Tribunal Regional Federal da 15ª Região – os Tribunais Regionais do Trabalho são os órgãos que desempenham as funções da segunda instância em matéria trabalhista – localiza-se em Campinas, cidade do interior do Estado de São Paulo, o único entre os outros vinte e três Tribunais Regionais do Trabalho existentes no Brasil não localizado em uma capital. A justificativa que levou, no ano de 1986, a instalação do TRT em Campinas representa suficientemente bem o intuito do dispositivo em comento. Tanto assim que o § 2º ao art. 115 da Constituição Federal, também incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, repete, para a justiça do trabalho, a diretriz do art. 125, § 6º.

O art. 4º da mesma Emenda Constitucional, contudo, vedou que os Estados mantivessem os seus Tribunais de Alçada cuja criação havia sido autorizada pelo art. 124, II, da Constituição Federal de 1946. Os Tribunais de Alçada eram órgãos jurisdicionais que, ao lado dos Tribunais de Justiça, desempenhavam a função jurisdicional de "segunda instância" (v. n. 4.5 do Capítulo 1 da Parte III). Não havia hierarquia *jurisdicional* entre aqueles Tribunais, apenas hierarquia *administrativa*, de carreira dos magistrados. O que os distinguia era a *matéria* julgada por um e por outro. Mercê do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, os Tribunais de Alçada, que ainda existiam nos Estados de São Paulo, do

Paraná e de Minas Gerais, foram incorporados pelos respectivos Tribunais de Justiça.

Os Tribunais de Justiça também poderão instalar "justiça itinerante", com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários (art. 125, § 7º).

Os dois dispositivos destacados nos parágrafos anteriores, incluídos pela Emenda Constitucional n. 45/2004, estão intimamente relacionados à criação de condições de um maior e mais efetivo acesso à justiça, nos termos do art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal.

O art. 126, em complementação, e preocupado com uma das mais tormentosas questões brasileiras, permite que os Tribunais de Justiça dos Estados proponham a criação de varas especializadas com competência exclusiva para questões agrárias, processando e julgando conflitos fundiários. O parágrafo único do dispositivo, visando a uma maior eficiência na prestação jurisdicional e uma maior proximidade do juiz aos *fatos*, dispõe que "Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio". É regra específica em relação à genérica contida no art. 93, VII, da Constituição Federal, dirigida aos juízes titulares.

A justiça estadual e distrital de primeira instância (v. n. 4.5 do Capítulo 1 da Parte III) é estruturada de acordo com os princípios da Constituição Federal (art. 125, *caput*). O enfrentamento desta estrutura, contudo, dá ensejo a questões relacionadas ao tema da *competência* (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte III), razão pela qual, para o momento presente, sua exposição é desnecessária. Este *Curso* volta-se ao tema, em especial, nos ns. 2 e 3 do Capítulo 2 da Parte I do tomo I de seu vol. 2.

1. INTRODUÇÃO

Por fim, mas não menos importante, mister o exame, ainda como parte integrante do "modelo constitucional do direito processual civil", do que a Constituição Federal denominou, ainda que timidamente, de "funções essenciais à Justiça".

Timidamente porque a Constituição Federal, no Capítulo IV do Título IV ("Da organização dos Poderes"), ao tratar das "funções essenciais à Justiça", faz referência ao Ministério Público, à Advocacia Pública e Privada e à Defensoria Pública, deixando de lado a Magistratura. Certo que o Capítulo III do mesmo Título (arts. 92 a 126), ao tratar do Poder Judiciário, já havia se ocupado suficientemente da magistratura e do magistrado, seu exercente, mas convém fazer o destaque que este *Curso* faz até para evitar mal-entendidos. A Magistratura é *também* "função essencial à Justiça" e é neste sentido que ela compõe o "modelo constitucional" aqui traçado. E é *ao lado* do Ministério Público, da Advocacia, pública ou privada, e da Defensoria Pública que ela, a Magistratura, é função essencial à Justiça. Entendê-la fora desta realidade normativa, não obstante a *numeração* dos dispositivos constitucionais que a disciplinam, é apequená-la, é tratá-la como se ela fosse apenas e tão somente a composição humana do todo orgânico, que é o Poder Judiciário. Ela é, como, de resto, são todas as demais funções essenciais à Justiça, bem mais do que isto.

É interessante destacar, ainda em caráter mais amplo, que as funções essenciais à Justiça (bem entendidas: Magistratura, Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública) devem ser entendidas como formas de exercício do próprio poder político, ao lado dos "três Poderes" (Executivo, Legislativo e Judiciário) em corajosa iniciativa da Constituição Federal de 1988, em rica harmonia com o modelo de Estado que ela reconheceu ao Estado brasileiro.

A criação destas *instituições* desde a Constituição Federal, o estabelecimento de garantias para elas e para seus membros desde a Constituição Federal, a definição de conteúdos programáticos mínimos desde a Constituição Federal, tudo isto tem que ser entendido no seu devido contexto, rente ao "modelo constitucional do direito processual civil", de que a proposta da Constituição de 1988 foi a de conscientemente *abrir* para outros organismos do Estado e de fora

dele a ampla *participação* na busca dos desígnios do próprio Estado brasileiro (art. 1º da Constituição Federal). Trata-se, não há por que duvidar disto, de forma expressa de *legitimação* das formas de atuação do próprio Estado e da sociedade civil e por isto mesmo da busca de uma "Justiça" em sentido amplo.

Bem significativo, portanto, referir-se, a Constituição Federal, no Capítulo IV do Título IV – justamente após os três Capítulos destinados a disciplinar cada um dos "Poderes" –, à "*Justiça*" e não à "Jurisdição". É que, para todos os fins, embora eles sejam estranhos ao desenvolvimento deste *Curso*, a atuação das funções essenciais à Justiça – aí compreendida a Magistratura, vale repetir – não se esgota na atuação *jurisdicional* do Estado mas, muito além disto, na atuação, qualquer atuação, do próprio Estado. E, para ser repetitivo, porque é assim que se aprende, isto é imposição do *modelo* de Estado criado pela própria Constituição Federal de 1988, do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Uma outra consideração deve ser feita à guisa de introdução. Não constituem segredo as críticas que, de norte a sul, leste a oeste do Brasil, vêm sendo feitas, pelos mais variados segmentos da sociedade civil e pelo próprio Estado acerca da formação do bacharel em Direito. São estes bacharéis que exercerão, a tempo e modo oportunos, as "funções essenciais à Justiça". Pela relevância que tais funções ocupam no contexto aqui enunciado é que se deve colocar em destaque, mais ainda a partir de uma visão *institucional* da questão, o fundamental papel a ser desempenhado pelas Escolas Superiores das Magistraturas, dos Ministérios Públicos, das Advocacias e das Defensorias Públicas em prol de melhor qualificação e atualização, isto é, dos componentes de cada uma daquelas instituições.

Uma tal postura, de resto, veio institucionalizar-se desde a Constituição Federal, como evidencia o novo inciso I ao parágrafo único do art. 105, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que cria a "Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados", cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais não só para o *ingresso* mas também para a *promoção* na carreira (v., em especial, o art. 93, II, *c*, e IV da Constituição Federal, n. 3.1 do Capítulo 3, *supra*). Uma tal iniciativa, posto não ser novidade no direito brasileiro, porque são diversos os Estados onde já existem as "Escolas da Magistratura", ativíssimas, como também as "Escolas do Ministério Público", as "Escolas da Advocacia" e das "Defensorias Públicas", deve ser aplaudida e incentivada para tornar-se real e ser aprimorada, em todos os níveis federados e em relação a todas as atividades aqui examinadas.

É importante que se tenha consciência que quando o assunto diz respeito às funções essenciais à Justiça, o resultado palpável de seu fortalecimento, de seu aperfeiçoamento, não reside nelas próprias. Estas, as "funções essenciais à Justiça", são instrumentais com relação aos desígnios do próprio Estado Democrático de Direito. É este, não aquele, o fortalecimento das instituições por si e em si próprias, o desafio que se põe para a questão quando analisado, como aqui se propõe, desde o plano constitucional.

Feitas estas considerações de cunho meramente introdutório, é chegado o momento de analisar cada uma das funções essenciais à Justiça.

2. MAGISTRATURA

A Magistratura deve ser entendida no contexto prenunciado pelo número anterior como a *instituição* formada pelos magistrados (v. n. seguinte) e que, como toda instituição, não se confunde com os próprios membros.

Por esta razão é que se faz tão relevante o estudo dos diversos órgãos de caráter não jurisdicional que se relacionam intimamente à Magistratura e que criam condições de seu melhor aperfeiçoamento e de seus membros individualmente considerados.

É neste contexto amplo, por exemplo, que devem ser recebidos com bons olhos o "Conselho Nacional de Justiça" (v. n. 4 do Capítulo 3, *supra*) e a "Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados" (v. n. 3.1 do Capítulo 3, *supra*), ambos criados pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

A "Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados", por exemplo, tem tudo para implementar condições ótimas de manter atualizados os magistrados para desempenho de suas funções jurisdicionais e, até mesmo, suas funções não jurisdicionais e tipicamente administrativas junto aos locais em que exercem sua atividade. É providência salutar, de resto, que incentiva o melhor aparelhamento das Escolas de Magistratura já existentes e, com isto, o melhor preparo dos próprios magistrados.

Compreender a Magistratura neste contexto mais amplo não é reduzi-la a uma "categoria profissional" ou a um "órgão de classe". A uma, porque tal compreensão não é desarrazoada nem supérflua, muito pelo contrário. Não é de hoje que as funções exercidas pelas Associações de Magistrados em todo o território brasileiro vêm recebendo amplo destaque e aplausos da sociedade civil. A duas, e justamente pelo que acabou de ser colocado em destaque, a compreensão da Magistratura como instituição é ir além do que já existe, criando condições que os magistrados, como um todo, ganhem voz como *instituição*, ao lado das demais funções essenciais à administração da Justiça. Trata-se, em última análise, de colocar em destaque o que o n. 2.4 do Capítulo 2 da Parte I referiu como direitos fundamentais *institucionais*.

2.1. O magistrado

O "magistrado" é a pessoa física que compõe a Magistratura, entendida a instituição nos termos propostos pelo número anterior. Em termos mais coloquiais, é o "juiz" que recebe, pela própria Constituição Federal, nomes diversos, a depender do Tribunal onde exerce a sua função. De acordo com a Constituição, são *juízes* no sentido técnico da palavra, os magistrados da primeira instância: os "juízes de direito" na "Justiça estadual"; os "juízes federais" na "Justiça Federal". Na segunda instância, isto é, no âmbito dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, os magistrados recebem os nomes de "Desembargadores". No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, os magistrados que os compõem recebem o nome de "Ministros".

Para escorreito desempenho da Magistratura, em toda sua plenitude, a

Constituição Federal, consagrando conquistas históricas do Estado Democrático de Direito, os três incisos do art. 95 da Constituição Federal, reconhece as seguintes *prerrogativas* aos magistrados: a "vitaliciedade", a "inamovibilidade" e a "irredutibilidade de subsídios".

A "vitaliciedade" deve ser entendida como a impossibilidade de o cargo de magistrado ser perdido, a não ser nos casos expressamente admitidos pela Constituição Federal e, mesmo assim, depois da falta cometida pelo magistrado ser apurada em processo administrativo ou, se for o caso, jurisdicional, garantida a ampla defesa. É por isto que o inciso I do art. 95 refere-se a que a perda da vitaliciedade depende, "nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado". Nos casos dos magistrados recém-ingressos na carreira, que se dá pela "primeira instância" (v. n. 4.5 do Capítulo 1 da Parte III), a "vitaliciedade" depende, para ser adquirida, de dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado.

A "inamovibilidade" é significativa da impossibilidade de o magistrado ser retirado do local onde exerce sua jurisdição, salvo se ele requerer ou concordar, ressalvados os casos de interesse público, na forma do art. 93, VIII, da própria Constituição Federal.

A "irredutibilidade de subsídios", por sua vez, deve ser entendida como a inviabilidade de os valores recebidos pelos magistrados a título de contraprestação por seus serviços (o equivalente a "salário" nas relações de emprego regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho) serem reduzidos fora dos casos estabelecidos pela própria Constituição Federal, com a ressalva do disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e § 2º, I, todos da Constituição Federal.

As *prerrogativas* reservadas para os magistrados desde o plano constitucional são conquistas históricas da formação do Estado Democrático de Direito e constituem, não há como negar isto, marcos fundamentais para o seu desenvolvimento na atualidade. É indispensável que o exercente de um poder político da qualidade daquele que deve exercer um magistrado tenha o mínimo de garantias, de *segurança* em sentido amplo, para decidir, para atuar, consoante sua própria consciência, sem qualquer receio, dúvida, temor de quem ou do que quer que seja. Por isto é correto o entendimento de que estas prerrogativas são *instrumentais*, são *meios* que garantem o atingimento de determinadas finalidades, aqui, a de assegurar aos magistrados a necessária e inafastável *imparcialidade* (v. n. 7.1 do Capítulo 1, *supra*).

Mas não é o suficiente, desde o plano constitucional, para assegurar a *imparcialidade*. O parágrafo único do art. 95 da Constituição Federal estabelece algumas restrições ao exercício de outras funções pelos magistrados com o mesmo propósito. Até como forma de evitar, ao máximo, distrações de todo o tipo aos magistrados, viabilizando com isto que a maior parte de seu tempo e da atividade profissional por eles exercida seja *comprometida* com a função jurisdicional. As vedações impostas por aquele dispositivo constitucional são as seguintes: (*a*) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério (objeto de regulamentação pela Resolução n. 34/2007); (*b*)

receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; (*c*) dedicar-se à atividade político-partidária; (*d*) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (*e*) exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. Esta última vedação corresponde a um dos mais polêmicos pontos da Emenda Constitucional n. 45/2004 e acabou sendo conhecida como "quarentena".

De acordo com o art. 93 da Constituição Federal, será expedida lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, que disporá sobre o Estatuto da Magistratura. Naquilo que diz respeito ao magistrado (ao juiz, pessoa física, que integra os juízos e, mais amplamente, toda a organização judiciária, o membro da Magistratura), são dignos de destaque os seguintes princípios que, independentemente da edição daquele diploma legislativo, já devem ser observados porque são regras dotadas de eficácia imediata e plena: (*a*) o ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, se dará mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação (v. Resolução n. 75/2009 do CNJ); (*b*) a promoção de entrância para entrância, isto é, nos vários níveis da carreira da magistratura, na primeira instância, dar-se-á, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes diretrizes: é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento; a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância, e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; a aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; na apuração de antiguidade, o Tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; (*c*) o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância (STF, Pleno, SS-AgR 3.457/MT, rel. Min. Ellen Gracie, j.m.v. 14.2.2008, DJE-55 27.3.2008); (*d*) a previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados; (*e*) o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo

a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º, da Constituição Federal; (*f*) a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40 da Constituição Federal; (*g*) o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal (objeto da Resolução n. 37/2007, do CNJ, que obriga os Tribunais a disciplinarem o dispositivo constitucional); (*h*) o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; e (*i*) a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto na letra *b*, *supra*, assunto que foi disciplinado pela Resolução n. 32/2007 do CNJ.

Enquanto não editada a Lei Complementar a que faz referência o precitado art. 93, o "Estatuto da Magistratura", continua em vigor a Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, que dispõe sobre a "Lei Orgânica da Magistratura Nacional". Embora bastante defasada, mormente depois do advento da Constituição Federal de 1988 e da Emenda Constitucional n. 45/2004, é ela, ainda, a lei que regulamenta, no plano infraconstitucional, as *garantias* inerentes à Magistratura, as *prerrogativas* e os *deveres* do magistrado. Por isto, cabe um breve exame destes pontos fazendo eco à metodologia adotada pelos números seguintes com relação às demais "funções essenciais à Justiça".

Com relação às garantias, os arts. 25 a 29 daquela Lei Complementar tratam da "vitaliciedade" e das hipóteses em que o magistrado perderá o cargo. Os arts. 30 e 31, por sua vez, referem-se às hipóteses de "inamovibilidade". Por fim, a "irredutibilidade de vencimentos" ocupa o art. 32.

O art. 33 apresenta o rol das *prerrogativas* do magistrado. São elas: (*a*) ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou Juiz de instância igual ou inferior; (*b*) não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado; (*c*) ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final; (*d*) não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial; e (*e*) portar arma de defesa pessoal.

O art. 35 ocupa-se dos *deveres* do magistrado. A eles cabe: (*a*) cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; (*b*) não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; (*c*) determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; (*d*) tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência; (*e*)

residir na sede da comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado; (*f*) comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão e não se ausentar injustificadamente antes de seu término; (*g*) exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes; e (*h*) manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

O art. 36, de seu turno, volta-se às *vedações* impostas ao magistrado. O dispositivo deve ser lido em conjunto com o parágrafo único do art. 95 da Constituição Federal. Ao rol lá constante, é pertinente acrescentar a proibição ao magistrado de "manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério" (art. 36, III).

As penas disciplinares aplicáveis aos magistrados são previstas no art. 42 da Lei Complementar n. 35/1979. Elas variam da "advertência" à "demissão", consoante a gravidade do fato. Para serem aplicadas, há necessidade de *processo* administrativo a ser disciplinado nos termos dos Regimentos Internos dos Tribunais aos quais o magistrado é vinculado e que, de qualquer sorte, não pode destoar dos princípios constitucionais relativos ao *processo*, assim entendida qualquer *manifestação* do Estado (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte III).

O art. 49 da Lei Complementar n. 35/1979, por fim, disciplina o tema relativo à responsabilidade civil do magistrado. De acordo com o dispositivo, o magistrado responderá por perdas e danos quando atuar com dolo ou fraude no exercício de suas funções ou quando recusar, omitir, retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes. A regra deve ser lida em conjunto com o disposto no art. 133 do Código de Processo Civil, inserida no contexto mais amplo a que se refere o n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV.

Para construção do "modelo constitucional do direito processual civil" importa destacar, a propósito da informação do parágrafo anterior, que o inciso LXXV do art. 5º garante que "o *Estado* indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". Se, é certo, a segunda figura referida pelo dispositivo diz respeito ao direito processual penal, a primeira, o "erro judiciário", é ampla o suficiente para albergar também hipóteses que dizem respeito ao direito processual civil.

As doutrinas do direito constitucional e administrativo são uníssonas no reconhecimento de que a responsabilidade de um Estado como o Brasileiro – um Estado Democrático de Direito – deriva do princípio maior de sua necessária submissão à ordem jurídica. Mesmo assim, contudo, e para ser enfático, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal reconhece o dever de o Estado reparar os danos causados por seus agentes mesmo naqueles casos em que não haja dolo ou culpa. A responsabilidade do Estado, isto é absolutamente assente entre nós, é "objetiva". Basta que haja dano e nexo causal entre uma ação ou *omissão* de um agente do Estado para que o dever de indenizar seja exigido, indiferente a ocorrência de qualquer intenção ou ânimo de causar o dano por parte do agente. Nos casos em que o agente agir (ou omitir-se) com base em tais elementos, é o

mesmo art. 37, § 6º, quem prevê, haverá possibilidade de o próprio Estado reaver o que pagou ao particular do causador do dano. No plano infraconstitucional, a mesma diretriz é agasalhada expressamente (nem poderia ser diferente) no art. 43 do Código Civil.

É como decorrência da responsabilidade do Estado também nos casos de *omissão* que, na linha do que o n. 15 do Capítulo 1, *supra*, referiu ao tratar do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, não há espaço para negar que da morosidade da Justiça, do deficiente, tardio ou *ineficiente* funcionamento da máquina judiciária possa decorrer, consoante o caso, o *dever* de o Estado (e, se for o caso, o próprio juiz e seus auxiliares) ser responsabilizado por danos daí derivados.

Unindo-se as duas previsões constitucionais, forte na percepção de que a indenização pelo "erro judiciário" é novidade trazida, ao ordenamento jurídico nacional, pela Constituição Federal de 1988, a melhor interpretação é aquela que admite a responsabilização do Estado, mesmo nos casos em que não haja responsabilidade *subjetiva* do magistrado, isto é, nas hipóteses em que o dano não deriva de um comportamento doloso ou culposo dele (ou de uma omissão sua com as mesmas características). O "erro judiciário" deve ser entendido amplamente, como qualquer ato do juiz que, reconhecido como *objetivamente* contrário ao que decorre dos autos e do direito aplicável à espécie concreta, no próprio ambiente judiciário – ou, até mesmo, em ambiente diverso, como aquele criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, perante o Conselho Nacional de Justiça –, tenha efetivamente causado dano a alguém. Havendo comprovação do "nexo causal", isto é, que o dano adveio do ato do juiz, o dever de indenizar, pelo Estado, é constitucionalmente exigido.

A jurisprudência de nossos Tribunais, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, é bem reticente quanto ao acolhimento deste entendimento. Ele, contudo, é o mais correto. Não só porque deriva do modelo de Estado constitucional brasileiro mas, não fosse isto suficiente, porque o art. 5º, LXXV, é inequívoco quanto aos casos em que o *Estado* responde pelo ato de um de seus agentes, o juiz, independentemente de sua atuação dolosa ou culposa. Nos casos em que se fizerem presentes estes elementos subjetivos, à luz das normas infraconstitucionais precitadas, em especial a mais recente delas, que é a do art. 133 do Código de Processo Civil, não há como recusar também a responsabilidade do próprio juiz.

3. MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público, de acordo com o art. 127, *caput*, da Constituição Federal, "é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Para atingimento de seus objetivos funcionais, o § 1º daquele dispositivo prescreve como princípios institucionais do Ministério Público "a *unidade*, a

indivisibilidade e a *independência funcional*". Os dois primeiros destes princípios devem ser entendidos no sentido de que o Ministério Público é considerado uma só instituição embora aceite, até como forma de racionalizar suas tarefas e melhor atingir suas finalidades institucionais, divisões internas, verdadeiras partições de competência. A "independência funcional", referida no dispositivo, de seu turno, quer significar que a atuação do Ministério Público e de cada um de seus membros não se vincula a qualquer outro órgão ou a políticas da União, dos Estados ou do Distrito Federal. Foi com base nesse dispositivo e do "princípio da *unicidade*" dele extraído que a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (MS 14.041/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.m.v. 9.9.2009, DJe 27.10.2009) entendeu que a atuação do Ministério Público como *parte* (v. n. 3.1, *infra*) afasta a atuação daquela mesma instituição como "*fiscal da lei*" (v. n. 3.2, *infra*).

O § 2º do art. 127, referindo-se mais propriamente à organização burocrática e administrativa do Ministério Público, assegura-lhe "autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento". Em prosseguimento, o § 3º do mesmo dispositivo assegura ao Ministério Público o poder de iniciativa para elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. Os §§ 4º a 6º do dispositivo tratam das regras inerentes à votação do orçamento destinado ao funcionamento do Ministério Público. É lê-los: "§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º"; "§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual"; e "§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais".

O art. 128, fazendo alusão à "unidade" e à "indivisibilidade" do art. 127, *caput*, distingue, para fins de atribuição de competência, diferentes órgãos do Ministério Público. Trata-se de fenômeno próximo ao que se dá no plano do exercício jurisdicional. A jurisdição também é una no sentido de ela ser uma só e não aceitar divisões por sua própria definição. Mas a *especialização* da jurisdição busca criar condições de racionalização de sua atividade e, consequentemente, viabilizar uma melhor prestação jurisdicional (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte III).

É disto que se ocupa o art. 128 ao criar, em seu inciso I, o Ministério Público da União, que compreende: (*a*) o Ministério Público Federal; (*b*) o Ministério Público do Trabalho; (*c*) o Ministério Público Militar; e (*d*) o Ministério

Público do Distrito Federal e Territórios. Para o estudo do direito processual civil dizem respeito o "Ministério Público Federal" e o "Ministério Público do Distrito Federal e Territórios".

O Ministério Público Federal exerce sua competência junto ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais e aos Juízes Federais (art. 37, I, da Lei Complementar n. 75/1993).

Sobre o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, faz-se pertinente a mesma ressalva feita no n. 6 do Capítulo 3, *supra*, sobre seu Poder Judiciário. É ele organizado e mantido pela União Federal (art. 21, XIII, da Constituição Federal), e é lei *federal* que disciplina a sua organização (art. 22, XVII, da Constituição Federal). É órgão de atuação, contudo, a exemplo do que se dá para os Ministérios Públicos dos Estados, junto ao Tribunal de Justiça e aos Juízes do Distrito Federal e Territórios (art. 149 da Lei Complementar n. 75/1993).

Também cada um dos Estados-membros tem o seu Ministério Público, o "Ministério Público dos Estados", de acordo com a nomenclatura empregada pelo art. 128, II.

Os §§ 1º e 2º do art. 128 ocupam-se de traçar os princípios reitores do Ministério Público da União. Seu chefe é o "Procurador-Geral da República", nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. Sua destituição, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal. No plano infraconstitucional, as atribuições do Procurador-Geral da República vêm dispostas nos arts. 26 e 27 da Lei Complementar n. 75/1993.

Os §§ 3º e 4º do art. 128 dirigem-se aos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios para estabelecer regra similar. De acordo com o § 3º, os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva – para o do Distrito Federal e Territórios, esta lei é federal (art. 22, XVII, da Constituição Federal, v. *infra*) –, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução. O § 4º, de seu turno, permite a destituição dos chefes dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

O § 5º do art. 128 dá as diretrizes básicas de leis complementares, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, que regulam a organização, as atribuições e o estatuto de "cada" Ministério Público, isto é, do Ministério Público da União (art. 128, I) e dos Estados (art. 128, II). No plano federal, é a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, incluindo, importante o destaque, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (arts. 149 a 181). A Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, por sua vez, institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a

organização do Ministério Público dos Estados. Este diploma legislativo deve ser entendido, portanto, como verdadeira "norma geral" de observância compulsória para cada Estado-membro regular o seu próprio Ministério Público sem prejuízo das prescrições impostas pela própria Constituição Federal.

As funções *institucionais* do Ministério Público estão previstas no art. 129 da Constituição Federal. As que dizem respeito ao direito processual civil são as seguintes: (*a*) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; (*b*) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (*c*) promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição (v. n. 6 do Capítulo 2, *supra*); (*d*) defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; e (*e*) exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A legitimação, prevista no art. 129, III (letra *b* do parágrafo anterior), deixa expresso o § 1º do dispositivo, não exclui a de terceiros nas mesmas hipóteses e para os mesmos fins, observando-se, como não poderia deixar de ser, o "modelo constitucional do *processo* civil". É o que a doutrina especializada no "direito processual coletivo" chama de "legitimação concorrente e disjuntiva", assunto que este *Curso* aborda na Introdução da Parte II do tomo III do vol. 2. Vale destacar, contudo, como a Constituição, rente às preocupações expostas no n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte I, depositou nas mãos do Ministério Público, embora de modo não exclusivo, a função *institucional* de provocar o exercício da jurisdição naqueles casos em que o "processo civil clássico, tradicional, individualista" não consegue tutelar adequadamente. Por esta razão que a Súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público", está absolutamente correta. Não se trata, vale o destaque, de reconhecer que o Ministério Público atue como "advogado do Estado", em "defesa do Estado", assim considerada a pessoa jurídica de direito público. Para a tutela destes interesses e direitos é que a Constituição Federal reconhece e determina a criação das advocacias públicas (arts. 131 e 132, v. n. 4.1, *infra*). A atuação do Ministério Público em "defesa do patrimônio público", destarte, deve ser entendida como a tutela do chamado interesse público *primário* do Estado e não do chamado interesse público *secundário*.

A propósito das outras funções a serem exercidas pelo Ministério Público, expressamente autorizadas pelo art. 129, IX, da Constituição Federal (letra *e* do penúltimo parágrafo), é pertinente o destaque das funções institucionais estabelecidas pelo art. 5º da Lei Complementar n. 75/1993. Elas são aplicáveis ao Ministério Público Federal por expressa remissão do art. 38 do mesmo diploma legislativo e também ao Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. São elas:

(*a*) a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios: a soberania e a representatividade popular; os direitos políticos; os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; a indissolubilidade da União; a independência e a harmonia dos Poderes da União; a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; as vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União;

(*b*) o zelo pela observância dos princípios constitucionais relativos: ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte; às finanças públicas; à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional; à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente; à segurança pública;

(*c*) a defesa dos seguintes bens e interesses: o patrimônio nacional; o patrimônio público e social; o patrimônio cultural brasileiro; o meio ambiente (STJ, 2ª Turma, REsp 1.264.302/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 8.11.2011, DJe 17.11.2011); os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso;

(*d*) o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, às garantias, às condições, aos direitos, aos deveres e às vedações previstos na Constituição Federal e na lei, relativos à comunicação social;

(*e*) o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto: aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação; aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade; exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei.

Para cumprir estas funções, o art. 6º da Lei Complementar n. 75/1993 indica os "instrumentos de atuação" do Ministério Público. Trata-se das diversas formas pelas quais o Ministério Público pode provocar o Estado-juiz para requerer a prestação de tutela jurisdicional em prol da realização de seus misteres institucionais. Por força da metodologia empregada por este *Curso*, estes "instrumentos", que, no plano do processo, dão ensejo a "procedimentos diferenciados" (v. n. 6.1 do Capítulo 3 da Parte III) serão estudados nos demais volumes, em especial na Parte I do tomo III do vol. 2, quando do estudo do "direito processual público" pelas razões que já foram expostas no n. 1 do Capítulo 2, *supra*.

A Lei n. 8.625/1993, de seu turno, disciplina o art. 129, IX, da Constituição Federal, em seu art. 25. Pertinente o destaque das seguintes atribuições que o dispositivo reconhece expressamente aos Ministérios Públicos estaduais: (*a*) propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual; (*b*) promover a representação de

inconstitucionalidade para efeito de intervenção dos Estados nos Municípios (v. n. 6 do Capítulo 2, *supra*); (*c*) promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos ou para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem; (*d*) manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou o grau de jurisdição em que se encontrem os processos; (*e*) ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas; e (*f*) interpor recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

De acordo com o § 4º do art. 129 da Constituição Federal, o disposto no art. 93 aplica-se também e no que couber ao Ministério Público.

Uma questão palpitante a respeito desta prescrição diz respeito a saber se, no âmbito dos inquéritos civis públicos (art. 129, III), o Ministério Público deve observar o que este *Curso* chama de "modelo constitucional do *processo* civil", isto é, os princípios constitucionais do *processo*, forte no entendimento de que *processo* é o método de atuação do Estado Democrático de Direito. A resposta é positiva, inclusive no que diz respeito ao *dever* de *todas* as decisões proferidas pelo Ministério Público, ainda que em âmbito não jurisdicional, serem públicas e motivadas. As exceções, vale a ênfase do que foi tratado pelo n. 11 do Capítulo 1, *supra*, são as expressamente previstas pela Constituição Federal, nenhuma outra: privacidade dos envolvidos ou segurança nacional. Justamente por esta razão, não há como recusar que se contraste o exercício da atividade do membro do Ministério Público pelo uso do mandado de segurança, na sua forma individual e coletiva. O atuar do Ministério Público, órgão estatal que é, também é *processual*, é vinculado ao atingimento de finalidades estranhas ao agente, voltadas a perseguir a chamada "vontade funcional", nos exatos termos expostos pelo n. 1 do Capítulo 3 da Parte III.

Fazendo eco específico à regra do art. 93, XV, da Constituição Federal, o § 5º do art. 129 dispõe que "a distribuição de processos no Ministério Público será imediata". Introduzida pela mesma Emenda Constitucional n. 45/2004, seu desiderato é o de impor uma mais eficiente e rápida atuação da própria organização administrativa do Ministério Público.

3.1. **Ministério Público como parte**

O Ministério Público pode atuar no direito processual civil como *parte* ou como "fiscal da lei", expressão que, em geral, vem expressa pelo seu equivalente latino: *custos legis*.

A atuação do Ministério Público como parte, isto é, como aquele que pede

a prestação à tutela jurisdicional, não suscita maiores discussões no plano infraconstitucional. O que há, no Código de Processo Civil, são algumas regras excepcionais para a instituição e que são enfrentadas ao longo deste *Curso*. Assim, apenas para exemplificar, a concessão de prazos diferenciados para a prática de atos processuais (art. 188); a desnecessidade de *adiantar* o pagamento das despesas dos atos processuais (art. 27) e, até mesmo, a dispensa do recolhimento de valores pela sua prática (arts. 488, parágrafo único, e 511, § 1º).

Na perspectiva que mais interessa ao momento presente, contudo, a questão ganha maior interesse na identificação dos casos em que o Ministério Público pode, ou não, atuar, isto é, em que casos ele pode pedir a tutela jurisdicional como "parte". Isto porque, colocado em destaque no n. 3, *supra*, é vedada a atuação do Ministério Público em prol de interesses *individuais e disponíveis* (arts. 127, *caput*, e 129, III). Teriam sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988, portanto, dispositivos legais anteriores a ele que permitem a atuação do Ministério Público mesmo naqueles casos? É o caso, por exemplo, do art. 68 do Código de Processo Penal, que autoriza a promoção, por aquele órgão, da chamada "ação civil *ex delicto*", isto é, a ação civil reparatória dos danos derivados do fato reconhecido como crime em prol dos necessitados, e da possibilidade de lei estadual reservar a atuação do Ministério Público para funcionar na qualidade de "curador especial", nos termos do art. 9º do Código de Processo Civil (como, a título ilustrativo, disciplinava o art. 41, II, da Lei Complementar n. 304/1982 do Estado de São Paulo, vigente até o advento do art. 16 da Lei Complementar estadual n. 667/1991).

A melhor resposta, de acordo com as considerações expostas no n. 1 do Capítulo 1, *supra*, é a negativa, observada a importante ressalva feita pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 135.328/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 29.6.1994, DJ 20.4.2001, p. 137) quanto à necessária aplicação da tese da "inconstitucionalidade progressiva", isto é, os precitados dispositivos de lei só perderiam a sua eficácia à luz do ordenamento constitucional de 1988 quando implementadas concretamente as condições desejadas pela nova Carta, assim, a criação da Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da Constituição Federal (v. n. 5, *infra*). Até lá, sob pena de comprometer como um todo o "modelo constitucional do *processo* civil", em especial a concepção mais ampla de "acesso à justiça", do art. 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição Federal (v. ns. 3 e, especialmente, 14 do Capítulo 1, *supra*), impunha-se a subsistência daquelas funções do Ministério Público.

A atuação do Ministério Público como *parte* afasta a sua atuação no mesmo processo na qualidade de *custos legis*. Neste sentido, há diversas manifestações dos Tribunais (assim, *v.g.*: STJ, 1ª Seção, MS 14.041/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.m.v. 9.9.2009, DJe 27.10.2009 e STJ, 1ª Turma, REsp 1.115.370/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 16.3.2010, DJe 30.3.2010) e o art. 5º, XX, da Recomendação n. 16/2010, do CNMP, que excepciona a atuação em grau recursal. Trata-se de correta aplicação do "princípio da unidade" apontado pelo n. 3, *supra*.

O grande campo de atuação do Ministério Público como *parte* no direito

processual civil, contudo, reside naquilo que o n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte I chamou de "direito processual coletivo". Pela metodologia adotada por este *Curso*, o tema é tratado pela Parte II do tomo III do vol. 2.

3.2. **Ministério Público como fiscal da lei**

Tradicionalmente, o Ministério Público exerce e continua a exercer outra função no plano do processo civil que, se não pode deve ser tratada como "parte" – não pelo menos no sentido daquele que rompe a inércia da jurisdição –, nem por isto é menos relevante e importante inclusive quando analisada da perspectiva em que o tema está, aqui, sendo enfrentado, isto é, a da Constituição Federal. Trata-se do exercício, pelo Ministério Público, da função de "*custos legis*" ou, no vernáculo, "fiscal da lei". A expressão, consagrada pelos usos e costumes, merece ser entendida de forma ampla, isto é, com a palavra "lei" empregada como sinônimo de "ordem jurídica" (v. n. 2.6.1 do Capítulo 2 da Parte I).

São aqueles casos em que a lei prevê a *intervenção* do Ministério Público para atuar não em favor de um dos litigantes, autor ou réu, mas para atuar de uma forma reconhecidamente desvinculada do interesse individual, subjetivado, trazido ao processo. De uma forma *imparcial* ou para ser mais preciso, para exercer uma atuação processual que *transcende* o interesse subjetivado, próprio, de cada uma das partes que estão na relação processual perante o Estado-juiz.

No Código de Processo Civil, a atuação do Ministério Público como interveniente está expressamente prevista no art. 82. Segundo o dispositivo, "Compete ao Ministério Público intervir: I – nas causas em que há interesses de incapazes; II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte".

Há diversas formas de classificar aqueles três incisos. A que mais se mostra útil é a que distingue a atuação do Ministério Público para a tutela de um interesse público *objetivamente* indisponível, evidenciado pela natureza da lide, e aqueles casos em que sua atuação justifica-se pela qualidade das partes. Somente no primeiro caso é que a atuação do Ministério Público deve ser imparcial. Naquelas situações de atuação do Ministério Público fundamentada na indisponibilidade *subjetiva*, não. Em tais casos, o Ministério Público deve atuar para proteger o interesse ou direito que justifica a sua intervenção. Havendo, contudo, conflito entre o interesse público e o interesse que justifica a intervenção ministerial, deve prevalecer aquele (o público) sobre este. Assim, *v.g.*: STJ, 4ª Turma, REsp 172.968/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 29.6.2004, DJ 18.10.2004, p. 279.

Vale a pena, mesmo que brevemente, propor uma necessária *releitura* do art. 82, III, que se faz necessária a partir das premissas que este *Curso* elegeu como necessárias e suficientes. Mais ainda porque as situações descritas

expressamente pelo legislador nos incisos I, II e na primeira parte do inciso III do mesmo dispositivo podem (e devem) ser entendidas muito mais como um *qualificativo* de interesse público, como um caso em que, expressamente, reconheceu o legislador a existência de *um* interesse público. Como definir, entretanto, o interesse público para os fins da segunda parte do inciso III do art. 82 do Código de Processo Civil?

Certo que a Lei n. 9.415, de 23 de dezembro de 1996, ao lhe dar nova redação explicitou *mais uma* hipótese em que há interesse público (quando houver litígios coletivos pela posse de terra rural), a segunda parte do dispositivo – que era, antes do advento daquela lei, a totalidade do inciso – não traz nada de revelador a este respeito.

Neste sentido, buscando elementos para *concretização* do dispositivo que representa, claramente, *norma de encerramento*, é fundamental buscar, no próprio ordenamento jurídico, outros referenciais expressos.

Assim, em todos aqueles casos em que a própria lei processual exige a participação do Ministério Público na qualidade de *custos legis*, serão casos, *ipso facto*, de interesse público para os fins do dispositivo em análise. Mas não só. Mesmo na ausência de lei expressa, a intervenção deve se dar em todos aqueles casos em que os valores que justificam a própria razão de ser da instituição fizerem-se presentes. Assim, em todos aqueles casos em que se versar sobre interesses metaindividuais e, mesmo quando individuais, indisponíveis, justifica-se a participação do Ministério Público nos termos do art. 82, III, do Código de Processo Civil. Referencial seguro, destarte, para *concretização* daquela regra é o art. 127 da Constituição Federal, que estabelece as finalidades *institucionais* do Ministério Público, assim como a disciplina infraconstitucional que a Lei Complementar n. 75/1993 e a Lei n. 8.625/1993 instituíram diante do art. 129, IX, da Constituição Federal.

O que vale destacar para os fins do art. 82, III, do Código de Processo Civil é que o legislador deixou ao intérprete e ao aplicador do direito um indisfarçável "espaço" para ser preenchido, caso a caso, consoante se verifique a ocorrência de um específico interesse público, assim entendida aquela especial situação de indisponibilidade e relevância construída a partir dos referenciais do ordenamento jurídico. Mais ainda quando lido, como tem que ser, à luz do art. 6º, XV, da Lei Complementar n. 75/1993: "Compete ao Ministério Público da União: (...) XV – manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção". A Recomendação n. 16/2010 do Conselho Nacional do Ministério Público, alterada pela Resolução n. 19/2011 do mesmo órgão, "dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil", adotando, em largas linhas, esta linha de pensamento e indicando, aprioristicamente, os casos em que a atuação do Ministério Público é desnecessária "respeitado o princípio da independência funcional" (art. 5º).

Questão clássica da doutrina e da jurisprudência, que veda a possibilidade, é a de saber se, para os fins do art. 82, III, o Ministério Público deve intervir na qualidade de fiscal da lei naqueles casos em que uma das partes é o *Estado*.

Sem dúvida – e isto é ainda mais claro e exato à luz da Constituição de 1988 (v. n. 4.1, *infra*) – que o Ministério Público não pode fazer as vezes de um "advogado do Estado". Uma tal iniciativa que, até o advento da Constituição Federal, era por ele desempenhada para a União Federal, hoje lhe é expressamente vedada (art. 129, IX, v. n. 3, *supra*). Isto, contudo, não quer significar – à luz do entendimento que prevalece – que o fato de o Estado estar em juízo devidamente representado por seu advogado é suficiente para afastar que *outras parcelas de interesse público* sejam devidamente tuteladas, "fiscalizadas", inclusive pelo Ministério Público. A "imparcialidade" que deve, desde a Constituição Federal, presidir toda a atuação do Ministério Público só tem, neste caso, a acrescentar ao que o n. 5 do Capítulo 1, *supra*, chamou de "princípio da participação". Sobretudo quando é o próprio inciso II do art. 83 que, ao disciplinar os "poderes processuais do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei", prevê que ele possa "requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade". Aqui, uma vez mais, um detido exame sobre as tão diversas e amplas como indispensáveis funções institucionais do Ministério Público impostas desde o plano constitucional e concretizadas no plano infraconstitucional faz-se desnecessário, suficientes, por ora, as considerações que ocupam o n. 3, *supra*. O art. 5º, XV, da precitada Recomendação do CNMP, dispensa a atuação apriorística do Ministério Público nos casos em que predomina interesse meramente *patrimonial* do Estado.

É importante, de resto, destacar que a necessária e desejável participação do Ministério Público no processo na qualidade de fiscal da lei não afasta – à luz do modelo de Estado brasileiro – que outras entidades, também voltadas à tutela de direitos e de interesses não subjetivados ou subjetiváveis, participem do processo se não para desempenhar o *mesmo* papel, pelo menos para desempenhar papel próximo.

É a própria Constituição Federal quem, para fins de *legitimação ativa* do Ministério Público, não exclui a de outros entes, de outras instituições, de outros organismos. O mesmo pluralismo, destarte, que marca e que justifica aquele art. 129, § 1º, justifica a ampliação do exercício da função de fiscal da lei a outros entes exponenciais do direito brasileiro. Com os olhos voltados ao modelo constitucional do direito processual civil, não há como recusar que as entidades conglomeradoras da magistratura, da advocacia (pública e privada) e da Defensoria Pública não possam, consoante o caso, desempenhar em juízo o *mesmo* papel que, tradicionalmente, parece quase que monopolizado nas mãos do Ministério Público. Esta mesma solução, de resto, é impositiva quando analisada a questão do ponto de vista do princípio do contraditório. Para evitar a repetição de nomes que, tradicionalmente, foram reservados para desempenhar esta função quando exercitada pelo Ministério Público, parcela da doutrina mais recente tem sustentado que este "espaço institucional" pode e deve ser ocupado por um outro sujeito processual que, de acordo com as fontes do direito estrangeiro, pode, para o nosso direito, ser chamado de *amicus curiae*. O n. 4.2, *infra*, volta ao tema, ao ensejo da discussão do art. 44, II, da Lei n. 8.906/1994 e as funções institucionais a serem desempenhadas pela Ordem dos Advogados do

Brasil.

Sendo o caso de o Ministério Público atuar na condição de *custos legis*, deverá ser observado o disposto no art. 83. De acordo com aquele dispositivo: "Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público: I – terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; II – poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade". Não existindo prazo específico, prevalece o genérico, de cinco dias, previsto no art. 185 como se colhe, inclusive, da Recomendação n. 8/2008 do CNMP.

Os arts. 84 (nulidade do processo pela ausência de intervenção do MP nos casos em que a lei a impõe) e 85 (responsabilidade do membro do Ministério Público por sua atuação) são estudados pelo n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III e pelo n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV, respectivamente.

3.3. **Os membros do Ministério Público**

Todas as funções institucionais do Ministério Público só "podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição". É a regra constante do § 2º do art. 129 da Constituição Federal.

De acordo com o § 3º do art. 129: "O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação".

O art. 128, § 5º, da Constituição Federal reserva aos membros do Ministério Público as seguintes *garantias*: (*a*) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; (*b*) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; (*c*) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto no art. 37. Na Lei Complementar n. 75/1993, que disciplina, no que diz respeito ao direito processual civil, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, estas *garantias* vêm expressas no art. 17 e, no art. 18, vêm arroladas as *prerrogativas* concedidas a seus membros. Na Lei n. 8.625/1993, para os Ministérios Públicos dos Estados, o tema ocupa os arts. 38, 40 e 41, respectivamente. Tanto as *garantias* como as *prerrogativas* reconhecidas aos membros do Ministério Público correspondem, em linhas gerais, àquelas reconhecidas expressamente desde o plano constitucional para os magistrados e, como elas, têm o mesmo caráter *instrumental* (v. n. 2.1, *supra*). É neste contexto que deve ser interpretado o art. 21, *caput*, da Lei Complementar n. 75/1993: "as garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público da União são inerentes ao exercício de suas funções e irrenunciáveis".

A exemplo do que o art. 95, parágrafo único, reserva para os membros da

Magistratura, o inciso II do § 5º do art. 128 também estabelece, aos membros do Ministério Público, as seguintes *vedações*: (*a*) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; (*b*) exercer a advocacia pública ou privada, vedação que fica ainda mais evidente quando lida em conjunto com as funções *institucionais* do Ministério Público, em especial, o art. 129, IX (v. n. 3, *supra*), mas que não significa que ele, o integrante do Ministério Público, não tenha a chamada "capacidade postulatória", isto é, que ele não possa, por si só, independentemente da contratação de um advogado, atuar em juízo (v. n. 3.2.5 do Capítulo 3 da Parte III); (*c*) participar de sociedade comercial, na forma da lei; (*d*) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, isto é, de professor; (*e*) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; e (*f*) exercer atividade político-partidária. Na Lei Complementar n. 75/1993, as *vedações* constam do art. 237, e na Lei n. 8.625/1993, para os Ministérios Públicos dos Estados, no art. 44.

A última vedação, listada acima sob a letra (*f*) e que consta da alínea *e* do inciso II do § 5º do art. 128 da Constituição Federal, é novidade trazida para os membros do Ministério Público pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e, como tal, despertou grande interesse nas eleições do ano de 2006, o que levou o Tribunal Superior Eleitoral, no art. 13 da Resolução n. 22.156, de 3 de março de 2006, que dispõe sobre a escolha e registros de candidatos às eleições daquele ano, a determinar que "os magistrados, os membros dos Tribunais de Contas e os do Ministério Público devem filiar-se a partido político e afastar-se definitivamente de suas funções até seis meses antes das eleições". O dispositivo, ao exigir o *afastamento definitivo*, não se contentou, no que observa adequadamente a vedação constitucional, com o *licenciamento* do cargo. Tampouco fez distinção quanto à data de ingresso na carreira, isto é, para seus fins, é indiferente ser membro do Ministério Público antes ou depois do advento da referida Emenda Constitucional. A questão é ainda mais interessante com relação aos membros do Ministério Público ingressos na carreira antes da Constituição de 1988, à luz do que dispõe o art. 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mas seu enfrentamento extrapolaria os limites deste *Curso*.

Também se aplica aos membros do Ministério Público a "quarentena" instituída pela Emenda Constitucional para os magistrados no inciso V do parágrafo único do art. 95. É o que dispõe o art. 128, § 6º (v. n. 2.1, *supra*).

No plano infraconstitucional, o art. 236 da Lei Complementar n. 75/1993 prescreve os seguintes *deveres* para os membros do Ministério Público da União, aí compreendidos, para os fins de um *Curso* de direito processual civil, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: (*a*) cumprir os prazos processuais; (*b*) guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função (STJ, 4ª Turma, REsp 1.162.598/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 2.8.2011, DJe 8.8.2011); (*c*) velar por suas prerrogativas institucionais e processuais; (*d*) prestar informações

aos órgãos da Administração Superior do Ministério Público, quando requisitadas; (*e*) atender ao expediente forense e participar dos atos judiciais, quando for obrigatória a sua presença, ou assistir a outros, quando conveniente ao interesse do serviço; (*f*) declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; (*g*) adotar as providências cabíveis em face das irregularidades de que tiver conhecimento ou que ocorrerem nos serviços a seu cargo; (*h*) tratar com urbanidade as pessoas com as quais se relacione em razão do serviço; (*i*) desempenhar com zelo e probidade as suas funções; e (*j*) guardar decoro pessoal.

O rol apresentado no art. 43 da Lei n. 8.625/1993 para os membros do Ministério Público dos Estados faz menção, em complementação, aos seguintes *deveres*: (*a*) indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal; (*b*) residir, se titular, na respectiva Comarca; (*c*) atender aos interessados, a qualquer momento, nos casos urgentes; (*d*) acatar, no plano administrativo, as decisões dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público.

O descumprimento dos *deveres* e das *vedações* impostas aos membros do Ministério Público rende ensejo à aplicação de sanções que variam desde a advertência até a demissão ou, se for o caso, a cassação da aposentadoria ou de disponibilidade (art. 239 da Lei Complementar n. 75/1993), a ser apurado em processo administrativo (arts. 242 e 252 a 265 da Lei Complementar n. 75/1993). No plano dos Estados, o art. 17, V, da Lei n. 8.625/1993 assegura a competência da Corregedoria-Geral do Ministério Público respectivo para aplicação das sanções disciplinares mas não regula as sanções cabíveis, matéria deixada para cada Lei estadual que vier a organizar o seu respectivo Ministério Público.

É do conjunto destas prerrogativas, deveres e vedações que parcela da doutrina constrói, a notícia suficiente foi dada no n. 7.1 do Capítulo 1, *supra*, o "princípio do promotor natural". Este princípio é a expressão tão sintética quanto precisa da *imparcialidade* que deve acompanhar toda atuação do órgão ou do membro do Ministério Público no atingimento de suas funções e finalidades institucionais.

Os integrantes do Ministério Público recebem nomes diferenciados consoante o cargo e a função que ocupam. Não há identidade rígida entre os nomes que descrevem as mesmas *funções* exercitadas no âmbito do Ministério Público dos Estados (e do Distrito Federal) e no âmbito do Ministério Público Federal.

No Ministério Público estadual, os membros que atuam perante a primeira instância são chamados de "promotores de justiça" (art. 32 da Lei n. 8.625/1993). É muito comum verificar que, consoante a especialização de sua função e, mais do que isto, de seu cargo, eles acabam sendo designados pela função exercitada. Assim, por exemplo, "promotor de justiça de mandado de segurança", "promotor de justiça de família e sucessões", "promotor de justiça de menores" e assim por diante. Na segunda instância, isto é, perante os Tribunais de Justiça dos Estados, os integrantes do Ministério Público são os "Procuradores de Justiça" (art. 31 da Lei n. 8.625/1993). Também é comum haver os designativos diante da função exercida. Embora seja integrante do Ministério Público da União (art.

128, IV, da Constituição Federal e art. 24, IV, da Lei Complementar n. 75//1993), os membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios também são denominados "promotores e procuradores de justiça", consoante atuem em primeira ou segunda instâncias (arts. 153, VI e VII, 175 a 177 e 178 da Lei Complementar n. 75/1993).

No âmbito do Ministério Público Federal, seus integrantes recebem denominação consoante ao grau de jurisdição que atuem. Os que oficiam junto aos Tribunais Superiores são os "Subprocuradores-Gerais da República" (arts. 43, VI, 44, 66 e 67 da Lei Complementar n. 75/1993; v. STJ, CE, EREsp 455.664/AC, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.m.v. 21.5.2008, DJe 30.10.2008 e STJ, 1ª Seção, QO no MS 14.041/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 9.9.2009, DJe 27.10.2009); os que atuam no âmbito dos Tribunais Regionais Federais são os "Procuradores Regionais da República" (arts. 43, VII, 44, 68 e 69 da Lei Complementar n. 75/1993) e os que oficiam perante a primeira instância, isto é, perante a justiça federal, são os "Procuradores da República" (arts. 43, VIII, 44, 70 e 71 da Lei Complementar n. 75/1993).

3.4. **Conselho Nacional do Ministério Público**

O art. 130-A da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, criou o "Conselho Nacional do Ministério Público". Trata-se, a exemplo do "Conselho Nacional de Justiça", de órgão vocacionado a exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe, de acordo com o § 2º daquele dispositivo: "I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; V – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI".

O Conselho Nacional do Ministério Público é composto de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha

pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução.

São os seguintes os quatorze membros do Conselho: (*a*) o Procurador-Geral da República, que preside o Conselho Nacional do Ministério Público; (*b*) quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras, isto é, do Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios; (*c*) três membros do Ministério Público dos Estados; (*d*) dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça; (*e*) dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (*f*) dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. "Os membros do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei", é o que dispõe o § 1º do art. 130-A.

Haverá, ainda, um Corregedor Nacional, escolhido em votação secreta, dentre os membros do Ministério Público que integram o Conselho. É a lei quem fixará suas atribuições, sem prejuízo do que é imposto pelo § 3º do art. 130-A: (*a*) é vedada sua recondução; (*b*) receberá reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares; (*c*) exercerá funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral; (*d*) requisitará e designará membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

Junto ao Conselho Nacional do Ministério Público oficiará o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 130-A, § 4º).

De acordo com o § 5º do art. 130-A, "Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público".

4. ADVOCACIA E O ADVOGADO

O advogado é função essencial à Justiça, nos termos do art. 133 da Constituição Federal: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". A diretriz vem repetida no plano infraconstitucional, no art. 2º da Lei n. 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil: "O advogado é indispensável à administração da justiça" e esclarecida nos seus dois primeiros parágrafos: "No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social" e "No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público". Os próprios deveres éticos impostos ao advogado são vinculados ao atingimento deste mister mais amplo, como se lê do art. 31 da Lei n. 8.906/1994: "O advogado deve

proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia. § 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância. § 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão".

Advogado é o profissional que exerce a advocacia; atividade privativa daquelas pessoas regularmente inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil. É o que dispõe o *caput* do art. 3º da Lei n. 8.906/1994. O exame para ingresso nos quadros da OAB ("exame de ordem") teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Pleno do STF no RE 603.583/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 26.10.2011, DJe 25.5.2012.

De acordo com o art. 1º do mesmo diploma legislativo, são consideradas atividades privativas da advocacia "a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais", embora o STF tenha entendido legítima a dispensa do advogado no âmbito dos Juizados Especiais nos termos do art. 9º, § 1º, da Lei n. 9.099/1995 (ADI 1.539/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j.un. 24.4.2003, DJ 5.12.2003, p. 17) e do art. 10 da Lei n. 10.259/2001 (ADI 3.168/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.m.v. 8.6.2006, DJ 3.8.2007, p. 29) – diretriz aplicável, por identidade de motivos, aos "Juizados Especiais da Fazenda Pública" criados pela Lei n. 12.153/2009 – e também perante a Justiça do Trabalho e a Justiça de Paz (ADI 1.127/DF, rel. p./acórdão Ricardo Lewandowski, j.m.v. 17.5.2006, DJ 26.5.2006), além das "atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas". O estagiário de advocacia, quando regularmente inscrito nos quadros da OAB, pode praticar os atos privativos da advocacia desde que os pratique em conjunto com o advogado e sob sua responsabilidade (art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994).

A Lei n. 8.906/1994, com vistas a criar condições mínimas de assegurar ao advogado a criação de condições de exercício de sua atividade, que, importante frisar, é considerada "pública", "essencial à administração da justiça", estabeleceu uma série de prerrogativas em seu art. 7º. Estas prerrogativas têm que ser entendidas a partir da prescrição ampla do § 3º do art. 2º da mesma lei: "No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei". Tais prerrogativas, a exemplo das prerrogativas reconhecidas desde a Constituição para magistrados e membros do Ministério Público e, no plano infraconstitucional, também aos defensores públicos, são *instrumentais*, são vinculadas, finalisticamente, ao exercício da profissão. Não são, por isto mesmo, *privilégios* para um tipo de profissional, em detrimento de outros. Elas se justificam quando o "ser" advogado é analisado no seu devido contexto, que é o que se irradia desde o art. 133 da Constituição Federal. As *prerrogativas* servem para viabilizar que o advogado (público ou privado, não há diferença entre ambos neste particular) possa exercer seu múnus público sem receio de violações ou ameaças à sua incolumidade pessoal e profissional; de seu domicílio; ou do local e dos instrumentos necessários para desenvolvimento de sua própria profissão. As prerrogativas, destarte, são garantias estabelecidas, em lei, em plena consonância com o "modelo constitucional do direito processual civil" para que o advogado tenha condições

objetivas de cumprir a sua função em um Estado Democrático de Direito. E assim sendo, criam-se condições para que se defendam também as próprias bases de sustentação daquele modelo político do Estado.

Não se trata, portanto, de querer emprestar qualquer espécie de privilégio a um profissional especialmente considerado. Trata-se, muito diferentemente, de assegurar os *direitos*, destacar as necessárias *prerrogativas* de toda uma classe, alçada a função essencial à justiça pela própria Constituição Federal, e de criar condições mínimas de garantir a *independência profissional*, a *isenção técnica* e a *liberdade de opinião* que justificam o exercício da atividade de advocacia e que a torna, desde o art. 133 da Constituição Federal, função *essencial* e *indispensável* à Justiça. Nem mesmo o grau de subordinação hierárquica que caracteriza o empregado pode subtrair do advogado estas suas prerrogativas. É o que expressamente dispõe o art. 18, *caput*, da Lei n. 8.906/1994 sobre os "advogados empregados".

Os direitos do advogado constam no art. 7º da Lei n. 8.906/1994, que amplia o rol constante do art. 40 do Código de Processo Civil.

Para os fins deste *Curso*, vale o destaque das seguintes *prerrogativas* reconhecidas ao advogado: (*a*) exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional; (*b*) ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB; (*c*) ingressar livremente nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados, nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado, em qualquer assembleia ou reunião de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais, locais onde o advogado poderá permanecer sentado ou em pé e retirar-se independentemente de licença (v. STJ, 1ª Turma, RMS 28.091/PR, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 18.6.2009, DJe 5.8.2009); (*d*) dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada, assunto que tem despertado renovada controvérsia mais recentemente diante da decisão proferida pelo então Conselheiro Marcus Faver, do CNJ, no Pedido de Providências n. 1.465 que entendeu, diante do texto da lei, ser desnecessário qualquer agendamento prévio do advogado para ser atendido pelo magistrado. A decisão foi mantida pelo Plenário do CNJ em sede de recurso administrativo. O tema também chegou ao STJ por intermédio da Associação dos Advogados de São Paulo, que impetrou mandado de segurança coletivo contra ato administrativo da Ministra Fátima Nancy Andrighi, que regulamentava o procedimento de atendimento aos

advogados em seu gabinete. A liminar foi deferida pelo Ministro Francisco Peçanha Martins no MS 13.080/DF, que acabou sendo julgado *prejudicado* pela revogação do ato questionado; (*e*) usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas; (*f*) reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento; (*g*) falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder Legislativo; (*h*) examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos (hipótese também prevista no art. 40, I, do CPC); (*i*) ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais (quando deverão ser observadas as prescrições dos §§ 1º e 2º do art. 40 do CPC, dando destaque à possibilidade da chamada "carga rápida" introduzida neste último dispositivo pela Lei n. 11.969/2009) e retirar autos de processos findos, mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias (com as ressalvas do § 1º do dispositivo, com especial destaque ao segredo de justiça), o que amplia o prazo de cinco dias reconhecido pelo inciso II do art. 40 do CPC e consolida o direito já consagrado no inciso III do mesmo dispositivo; (*j*) ser publicamente desagravado, quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela; (*k*) usar os símbolos privativos da profissão de advogado; (*l*) recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional; e (*m*) retirar-se do recinto onde se encontre aguardando pregão para ato judicial, após trinta minutos do horário designado e ao qual ainda não tenha comparecido a autoridade que deva presidir a ele, mediante comunicação protocolizada em juízo.

Vale destacar que o inciso IX do art. 7º da lei ("sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido") foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.105/DF e da ADI 1.127/DF (j.m.v. 17.5.2006, DJ 26.5.2006), relator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, ajuizada contra diversos dispositivos da Lei n. 8.906/1994. Entendeu-se que o dispositivo afrontaria o princípio do contraditório e o devido processo legal.

Como advogados não são, como tais, *subordinados* ou *sujeitos* a quaisquer determinações judiciais – advogados, magistrados e membros do Ministério Público estão todos em pé de igualdade perante o modelo constitucional do direito processual civil, são todos "funções essenciais à Justiça". Merece aplauso

jurisprudência vencedora nos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, de que é *ilegal* a exigência costumeiramente feita por vários magistrados em todo o Brasil, no âmbito da "justiça estadual" e da "justiça federal", de que os advogados, para terem acesso aos autos de algum processo, precisam "preencher fichas de controle" ou similares. Trata-se de medida que deve ser repudiada porque cerceadora do livre exercício da atividade advocatícia e violadora do art. 6º da Lei n. 8.906/1994.

O advogado, para representar os interesses do jurisdicionado, deve apresentar a chamada "procuração", que é o instrumento, a comprovação, de um específico contrato, o "mandato" (art. 36 do Código de Processo Civil; art. 5º da Lei n. 8.906/1994 e art. 653 do Código Civil). A regra é que o advogado só seja admitido a atuar fazendo prova do mandato (art. 37 do Código de Processo Civil, primeira parte). Há exceção prevista na segunda parte do mesmo dispositivo, que conduz a situações de urgência, diretriz que também consta do art. 5º, § 1º, da Lei n. 8.906/1994. Mesmo assim, é fundamental que o advogado exiba a procuração no prazo de quinze dias, prorrogáveis por outros quinze dias pelo magistrado, sob pena de os atos por ele praticados serem desconsiderados (serem considerados "inexistentes", diz o parágrafo único do art. 37), sem prejuízo de o advogado ser responsabilizado por perdas e danos. Aquele prazo, já teve oportunidade de entender a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 264.101/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 10.3.2009, DJe 6.4.2009, deve ser entendido como "dilatório" (v. n. 4.3.1 do Capítulo 3 da Parte III), cabendo, destarte, ao advogado *sanar* sua representação processual enquanto não declarado o vício pelo magistrado.

Sobre o "mandato judicial", cabe dar destaque ao art. 692 do Código Civil, novidade que não encontra similar o Código anterior de 1916. Aquele dispositivo, ao estatuir que: "O mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes da legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas neste Código", é suficientemente claro no sentido de que a *primeira* legislação de regência dos mandatos judiciais – e é deles que deve se ocupar um *Curso de direito processual civil* – é a processual civil. É no ambiente do *direito processual civil*, e não do direito *civil* ou, mais amplamente, do direito *material*, que devem ser localizadas as normas de regência do instituto.

Também com relação aos defensores públicos, há expressa exceção quanto à necessidade de apresentação da procuração. De acordo com os arts. 44, XI, 89, XI, e 128, XI, da Lei Complementar n. 80/1994, eles são dispensados, para a prática dos atos processuais em geral, de sua apresentação (v. n. 5.1, *infra*). Até porque, em consonância com o § 6º do art. 4º daquela mesma Lei Complementar, introduzido pela Lei Complementar n. 132/2009, "a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público".

O art. 9º da Lei n. 9.469/1997, de seu turno, dispensa a apresentação da procuração pelos advogados ou procuradores das autarquias e das fundações públicas. Os advogados da União e os Procuradores dos Estados não necessitam apresentar procuração para atuar em juízo porque eles não são propriamente

mandatários daqueles entes políticos e administrativos mas, bem diferentemente, órgãos de sua *representação* em juízo, decorrendo a possibilidade de sua atuação da própria razão de ser daquelas instituições. De resto, o inciso I do art. 12 do Código de Processo Civil é suficientemente amplo para dar embasamento a este entendimento. O inciso II do mesmo dispositivo, contudo, pressupõe a existência de uma "procuradoria municipal", nos termos discutidos no n. 4.1, *infra*. Caso contrário, o advogado do Município deve demonstrar em juízo o instrumento de mandato de acordo com a regra geral apontada no parágrafo anterior.

No caso de o advogado renunciar ao mandato, deverá provar que deu ciência ao seu constituinte para que ele nomeie um novo advogado. Nos dez dias que se seguem àquela ciência, contudo, o advogado continua sendo responsável pela prática de quaisquer atos processuais desde que seja necessário para lhe evitar prejuízos. É a orientação do art. 45 do Código de Processo Civil, na redação da Lei n. 8.952/1994 que deve prevalecer, porque mais recente, sobre a do § 3º do art. 5º da Lei n. 8.906/1994. O constituinte também pode revogar o mandato que outorgou ao advogado. Neste caso, precisará, no mesmo ato, constituir um novo advogado, consoante a prescrição do art. 44 do Código de Processo Civil.

A procuração, de acordo com o *caput* do art. 38, habilita o advogado à prática de todos os atos do processo. Ela pode ser outorgada por instrumento público ou por documento particular, quando deverá ser assinada pela parte, ou, ainda, ser assinada digitalmente na forma autorizada pelo parágrafo único do mesmo art. 38, incluído pela Lei n. 11.419/2006. Não há, desde a Lei n. 8.952/1994, necessidade de a firma do outorgante ser reconhecida. As exceções relativas à prática dos atos processuais não compreendidas na "procuração geral para o foro" são as discriminadas no mesmo art. 38, *caput*, diretriz que vem repetida pelo § 2º do art. 5º da Lei n. 8.906/1994: receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido; transacionar; desistir; renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação; receber e dar quitação e firmar compromisso. Para a prática de cada um destes atos processuais, é mister que sejam outorgados poderes expressos, isto é, que eles sejam nominados expressamente na procuração. Mesmo nos casos em que a lei dispensa a exibição de procuração, como faz, por exemplo, com os defensores públicos (v. *supra*), a prática destes atos depende da outorga de expressos poderes.

Em determinadas situações, o advogado passa a exercer atividade incompatível com o exercício da advocacia, quando lhe passa a ser vedada integralmente a atuação como advogado. Em outros casos, a vedação é parcial, dando ensejo ao impedimento do exercício da advocacia. As hipóteses de incompatibilidade são as descritas no art. 28 da Lei n. 8.906/1994; as de impedimento estão listadas no art. 30 do mesmo Estatuto. Em quaisquer destas hipóteses, a "capacidade postulatória" (v. n. 3.2.5 do Capítulo 3 da Parte III) do advogado deixa de existir e, por isto, na exata medida em que a prática de qualquer ato, judicial ou extrajudicialmente, reclame-a, a pessoa precisará dos préstimos de um advogado. Os eventuais praticados por advogado impedido (nos limites do impedimento), suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade

incompatível com a advocacia são (devem ser considerados) de acordo com o parágrafo único do art. 4º da Lei n. 8.906/1994, nulos.

Como decorrência das prerrogativas reconhecidas expressamente pela lei ao advogado, somando-as às diversas hipóteses em que o profissional não pode exercer seu múnus e ao rígido padrão ético que o advogado deve necessariamente observar em toda sua conduta (arts. 31 e 33 da Lei n. 8.906/1994), o art. 34 arrola uma série de infrações disciplinares que, consoante o caso, podem levar à aplicação das sanções descritas no art. 35, quais sejam: censura, suspensão, exclusão e multa. A apuração da responsabilidade disciplinar do advogado – e a responsabilidade do advogado é sempre *subjetiva*, isto é, vinculada à ocorrência de culpa ou dolo nos termos do art. 32 da Lei n. 8.906/1994 – depende, de acordo com os arts. 70 a 77 da Lei n. 8.906/1994, da prévia instalação de *processo* administrativo, em que se garanta, nem poderia ser diferente, a ampla defesa (art. 73, § 1º, da Lei n. 8.906/1994). Neste processo deverão ser levadas em conta necessariamente as regras dos arts. 36 a 43 da Lei n. 8.906/1994.

4.1. **Especialmente a advocacia pública**

É pertinente abrir um número próprio para tratar do advogado público e da chamada "advocacia pública". Não que haja diferença ontológica entre a advocacia "pública" e a "privada". Ela não existe, como expressamente dispõe o art. 3º, § 1º, da Lei n. 8.906/1994 – "Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional" –, mas porque a Constituição de 1988 procurou, diferentemente das anteriores, dar outro colorido à questão.

Deixou-se de lado o que, no plano federal, verificou-se, até o advento da Carta de 1988, ou seja, a possibilidade de o Ministério Público atuar, no processo civil, na qualidade de *advogado* da União Federal ou de eventuais entidades pertencentes aos quadros da Administração Pública Federal, representando os interesses daquelas pessoas jurídicas de direito público ou de seus próprios órgãos. A Constituição de 1988 criou, para a União Federal, uma entidade própria, voltada especificamente para o desempenho desta tarefa e para outras que lhe são correlatas, a Advocacia-Geral da União (art. 131). De acordo com aquele dispositivo constitucional, trata-se, a Advocacia-Geral da União, da instituição que representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, ainda, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal.

De acordo com o art. 131, § 3º, da Constituição Federal, a representação da União nos casos de execução da dívida ativa de natureza tributária caberá à "Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional", a quem compete, além de inscrevê-la, representar privativamente a União na execução de sua dívida ativa de

caráter tributário (art. 12 da Lei Complementar n. 73/1993). Este órgão subordina-se diretamente ao Advogado-Geral da União, sendo todos os seus membros integrantes da Advocacia-Geral da União (art. 2º, §§ 1º e 5º, da Lei Complementar n. 75/1993).

A Advocacia-Geral da União compreende também, como órgão de direção superior, a Procuradoria-Geral da União, a Consultoria-Geral da União, o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União e a Corregedoria-Geral da União (art. 2º, I, "b" a "e", da Lei Complementar n. 73/1993) e, como órgãos de execução, as Procuradorias Regionais da União e as Procuradorias da União nos Estados, no Distrito Federal e nas respectivas Seccionais, além da Consultoria da União e as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, da Secretaria-Geral e das demais Secretarias da Presidência da República e do Estado-Maior e das Forças Armadas (art. 2º, II, "a" e "b", da Lei Complementar n. 73/1993). Vinculam-se, ainda, à Advocacia-Geral da União, as Procuradorias e os Departamentos Jurídicos das autarquias e fundações públicas federais (art. 2º, § 3º, da Lei Complementar n. 73/1993).

A Advocacia-Geral da União tem como chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 131, § 1º); o ingresso em sua carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos (art. 131, § 2º). Ela é regulamentada pela Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, que institui a lei orgânica da Advocacia-Geral da União e pela Lei n. 9.028, de 12 de abril de 1995, que dispõe sobre as atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União.

Dentre as diversas atribuições do Advogado-Geral da União (art. 4º da Lei Complementar n. 73/1993), uma merece destaque nesta sede. É possível ao Advogado-Geral da União dispensar os demais advogados da União da interposição de recursos, do ajuizamento de novas ações e autorizar a prática de acordos judiciais ou extrajudiciais quando a matéria já esteja consolidada no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores (art. 4º, VI, da Lei Complementar n. 73/1993 e arts. 1º a 4º da Lei n. 9.469/1997). A Portaria Interministerial n. 16, de 8 de maio de 2006, firmada entre a Advocacia-Geral da União e o Ministro do Estado da Previdência Social, bem ilustra esta possibilidade, ao autorizar os órgãos de representação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal e seus integrantes a realizar transação judicial para extinguir processos judiciais que tenham por objeto a aplicação dos vinte e quatro primeiros salários-de-contribuição anteriores aos doze últimos, pelos índices da ORTN/OTN no cálculo da renda mensal inicial do benefício previdenciário de aposentadoria por idade e outras, desde que observadas as condições disciplinadas naquele ato normativo. Com isto busca-se uma maior efetividade na própria atuação da advocacia pública em prol do atingimento dos interesses maiores do Estado. Ademais, atos como este tomam como base a consolidação jurisprudencial do assunto, concretizando-se o princípio da isonomia, expresso para a Administração Pública no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

No plano dos Estados e do Distrito Federal, o art. 132 da Constituição de 1988 refere-se também à existência de "Procuradores dos Estados e do Distrito Federal" e à sua organização em carreira pública na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases e que terá estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias (art. 132, parágrafo único). As "Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal", prossegue o *caput* do art. 132, exercem "a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas".

Apesar do nome, devem-se entender como "procuradorias dos Estados" as "*advocacias* dos Estados" e não os órgãos componentes do Ministério Público. Os "procuradores dos Estados" são, na verdade, advogados dos Estados, neste sentido advogados públicos que representam, em juízo e fora dele, os Estados e eventuais entidades componentes da Administração Pública estadual. É por esta razão que o n. 3, *supra*, ao reconhecer legitimidade do Ministério Público para a defesa do "patrimônio público em juízo", distinguiu os chamados interesse público *primário* e interesse público *secundário*. Os advogados públicos atuam em prol do interesse público *secundário*, certo que em uma perspectiva de que ele prevaleça, que se revele idêntico ao "interesse público *primário*", mas o que é importante para deixar bem assentado é que os *planos de atuação* do Ministério Público e dos advogados públicos, mesmo em se tratando de um *mesmo* interesse público é diverso. É como se tratasse, apenas e tão somente, de prismas de análise *diversos* de um mesmo interesse. Daí serem ambos legitimados para perseguirem em juízo (ativa ou passivamente, isto pouco importa) estes prismas de análise *diversos*.

A Constituição Federal silenciou a respeito da organização da advocacia pública municipal. Prevalece, neste caso, o que cada Município, de acordo com as Constituições estaduais, com suas próprias leis orgânicas ou leis locais (art. 30, I, da Constituição Federal), se for o caso, decidir ser mais conveniente e oportuno para a sua própria realidade. Há Municípios que têm suas próprias procuradorias (assim, por exemplo, boa parte dos Municípios do Estado de São Paulo) e há Municípios que, por não terem *advogados próprios*, contratam os profissionais para desempenharem esta função. Uma tal contratação deve observar os ditames constitucionais, em especial o disposto no art. 37, II e XXI, da Constituição Federal.

4.2. **Ordem dos Advogados do Brasil**

De acordo com o art. 44, *caput*, da Lei n. 8.906/1994, a Ordem dos Advogados do Brasil é "serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa". A previsão legislativa sempre despertou interessante debate sobre a natureza jurídica da OAB: trata-se de uma autarquia? Trata-se de um órgão vinculado ao Estado? Trata-se de uma entidade privada?

O Supremo Tribunal Federal definiu, a respeito da natureza jurídica da

OAB, que ela não é uma autarquia, mesmo que, *sui generis*, ela não integre, portanto, os quadros da Administração Pública, razão pela qual ela não precisa realizar concursos públicos para preenchimento de seus cargos. No julgamento da ADI/3.026/DF (j. m. v. 8.6.2006, DJ 29.9.2006, p. 31), o relator, Ministro Eros Grau, acentuou que determinadas instituições, como a OAB, para servirem a seus propósitos e, pois, para alcançarem a contento as suas finalidades e misteres, precisam, necessariamente, ser independentes e autônomas, impensável, por isto mesmo, que ela pudesse, de alguma forma, estar submetida ao controle dos poderes públicos. Neste sentido, aliás, é claro o § 1º do art. 44 da Lei n. 8.906/1994: a OAB não mantém, com os Poderes Públicos, nenhum vínculo funcional ou hierárquico.

A forma federativa da OAB deve ser entendida em estreita consonância com o que dispõe o art. 45 da Lei n. 8.906/1994. O Conselho Federal da OAB (arts. 45, I, e 51 a 55 da Lei n. 8.906/1994) é o órgão máximo da instituição e, como tal, tem sede na capital federal. Os Conselhos Seccionais (arts. 45, II, e 56 a 59 da Lei n. 8.906/1994), que têm personalidade jurídica própria e independente da do Conselho Federal, exercem suas atribuições nos territórios de cada um dos Estados-membros e do Distrito Federal. Consoante deliberação de cada Conselho Seccional, podem ser criadas, de acordo com o art. 45, III, e regidas de acordo com os arts. 60 e 61, todos da Lei n. 8.906/1994, as "Subseções" que, como partes autônomas dos Conselhos Estaduais, exercerão suas atribuições nos territórios indicados nos seus atos constitutivos. Todos os membros da OAB são eleitos de acordo com as regras dos arts. 63 a 67 da Lei n. 8.906/1994.

É insuficiente pensar que a Ordem dos Advogados do Brasil limita-se a ser um "órgão de classe", um "órgão de representação e disciplina da profissão de advogado" no território brasileiro. A Ordem dos Advogados do Brasil também desempenha esta função mas sua atuação *institucional*, sua própria razão de ser, vai muito além, graças ao alcance do art. 133 da Constituição Federal e de sua lei de regência expedida em ampla consonância com o dispositivo constitucional. É ler os incisos do art. 44 da Lei n. 8.906/1994, que dispõem as finalidades da OAB: "I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil".

A compreensão mais ampla, desde o prisma constitucional, da função a ser desempenhada pela Ordem dos Advogados do Brasil tem significados muito importantes para o direito processual civil. Alguns são bem visíveis no ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, a legitimidade ativa expressamente pelo art. 103, VII, da Constituição Federal ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. No plano infraconstitucional, de sua parte, não há como recusar à

Ordem dos Advogados do Brasil legitimidade para ajuizar ações civis públicas, a despeito da ausência de remissão expressa pelo *caput* do art. 5º da Lei n. 7.347/1985 (lei da "ação civil pública"), ou, mais amplamente, para agir, como autor, em qualquer ação coletiva, nos termos do art. 82 da Lei n. 8.078/1990 ("Código do Consumidor"), diante do que dispõe o art. 21 da Lei n. 7.347/1985.

Estas funções, contudo, não excluem e não podem excluir que a Ordem dos Advogados do Brasil possa intervir em qualquer processo quando verificar a ocorrência de "interesse institucional", assim entendidos, no caso dela, Ordem dos Advogados do Brasil, os reflexos que a tomada de eventuais decisões jurisdicionais possam acarretar para o "Estado Democrático de Direito" (art. 44, I).

A Ordem dos Advogados do Brasil tem espaço para atuar, no que diz respeito ao direito processual civil, semelhantemente ao que a legislação processual civil (art. 82) reserva para o Ministério Público quando prevê sua atuação na qualidade de *custos legis* (v. n. 3.2, *supra*). Não se pode entender, em uma sociedade plural como a brasileira, e à luz de uma Constituição como a de 1988, que possa uma só instituição pretender reservar, para si, o grau máximo (e único) de representatividade dos "interesses públicos". A Ordem dos Advogados do Brasil também é um adequado representante, um adequado portador e defensor destes interesses em juízo. Também ela é um ente colaborador do Judiciário para que as normas jurídicas sejam devida e escorreitamente bem aplicadas. É neste sentido amplo que deve ser interpretado o art. 49 da Lei n. 8.906/1994.

Para não emprestar à Ordem dos Advogados do Brasil o mesmo regime jurídico que a lei processual civil e a tradição reservam para o Ministério Público quando atua na qualidade de *custos legis* – o que poderia levar a confusões desnecessárias –, a função exercida pela Ordem dos Advogados do Brasil para o perseguimento das funções institucionais a que fez referência o parágrafo anterior merece ser designada por outro nome, cujo emprego vem-se tornando mais frequente na doutrina e na jurisprudência nacionais. Trata-se, não há por que duvidar disto, de uma hipótese de intervenção de *amicus curiae*.

Aceita a premissa, a Ordem dos Advogados do Brasil pode, na qualidade de *amicus curiae*, intervir em quaisquer processos em que haja, pela relevância da matéria, interesse público relevante às suas funções institucionais e, nos termos do art. 44, I, da Lei n. 8.906/1994, postular pela defesa da ordem constitucional, dos valores tutelados pelo Estado Democrático de Direitos, além dos direitos humanos, da justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis. Isto com vistas a uma mais eficiente administração da justiça e consequente aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas nacionais. Trata-se, pois, de um ente institucional voltado, desde o plano da Constituição Federal, a realizar adequadamente, em toda sua plenitude, o "modelo constitucional do direito processual civil".

4.3. **Honorários de advogado**

De acordo com o art. 22 da Lei n. 8.906/1994, a prestação de serviço profissional assegura aos advogados (v. n. 4, *supra*) direito aos honorários convencionados, isto é, aqueles ajustados contratualmente entre a parte e o advogado, aos honorários fixados por arbitramento judicial, quando não há consenso com relação a esta fixação e aos de "sucumbência", que são aqueles que derivam do resultado da atuação processual (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV). O direito é reconhecido inclusive ao advogado que faz as vezes dos membros da Defensoria Pública (art. 22, § 1º) – como, corretamente, reconhece o STJ (assim, *v.g.*: 2ª Turma, AgRg no AREsp 173.920/PE, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j.un. 26.6.2012, DJe 7.8.2012) – sendo certo, todavia, que os defensores públicos não podem receber honorários de advogado das pessoas cujos interesses representam em juízo ou fora dele (v. n. 5.1, *infra*).

O art. 23 da mesma lei reconhece ao advogado direito próprio e, neste sentido, distinto do da parte que representa processualmente, de receber os honorários arbitrados judicialmente ou de sucumbência e, nesta qualidade, e até mesmo, se for o caso, cobrá-los mediante tutela jurisdicional executiva (v. n. 8.5.4 do Capítulo 1 da Parte III), sendo possível, ainda, a compensação dos honorários convencionais com os valores a serem recebidos por quem é representado pelo advogado (art. 22, § 4º). A Súmula 306 do STJ ilustra a hipótese ao dispor que: "Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte". Em sede de Recurso Especial Repetitivo, a Corte Especial do STJ entendeu que aquela disciplina, derivada do Estatuto da Advocacia, não atrita com a constante do Código de Processo Civil, em especial de seu art. 21 (REsp 963.528/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.12.2009, DJe 4.2.2010).

No que diz respeito aos honorários de advogado, vale destacar questão interessante que já recebeu exame do Supremo Tribunal Federal (RE 143.802/SP, 1ª Turma, rel. Min. Sydney Sanches, j.un. 3.11.1998, DJ 9.4.1999, p. 34; RE 146.318, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, j.un. 13.12.1996, DJ 4.4.1997, p. 10537; e RE 141.639/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j.un. 10.5.1996, DJ 13.12.1996, p. 50179) e do Superior Tribunal de Justiça (REsp 724.693/PR, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 11.4.2006, DJ 28.4.2006, p. 272, e REsp 329.519/SP, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 25.10.2005, DJ 21.11.2005, p. 174) e que diz respeito a saber se eles têm ou não natureza *alimentar*. A questão, que pode parecer exclusivamente teórica numa primeira análise, é eminentemente prática porque as verbas de natureza alimentar, quaisquer que elas sejam, têm tratamento diferenciado nas mais variadas ordens de pagamento. Assim, por exemplo, no que diz respeito aos pagamentos devidos pela Fazenda Pública (art. 100, *caput*, e §§ 1º e 2º, da Constituição Federal).

O entendimento que predominou nos julgamentos destacados e em tantos outros distinguiu os honorários de advogado *sucumbenciais* dos *contratuais*, dicotomia que está em estreita harmonia ao disposto no art. 22 da Lei n. 8.906/1994, e, dentre os contratuais, distinguiu os ajustados em valor fixo e os que dependem de algum evento futuro, assim, o ganho da causa, os chamados

"honorários de êxito". Os honorários contratuais fixos teriam natureza alimentar; não os devidos pela sucumbência ou os contratuais devidos pelo êxito da atuação do profissional. A justificativa repousaria no caráter aleatório destes últimos. A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento mais recente (STF, 1ª Turma, RE 470.407/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 9.5.2006, DJ 19.5.2006), contudo, teve oportunidade de recusar qualquer distinção entre os honorários advocatícios, que merecem, em qualquer caso, tratamento de verba *alimentar* porque representam, por definição, a contraprestação de um serviço prestado e, como tal, têm como finalidade primeira a de prover a subsistência do profissional que os prestou e de sua família.

A orientação, que se apresenta como a mais correta, foi observada pela 3ª Turma do STJ (REsp 793.245/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 27.3.2007, DJ 16.4.2007, p. 188) para classificar os honorários advocatícios ao lado dos créditos trabalhistas alimentares em sede de falência; pela 1ª Turma do STJ (REsp 859.475/SC, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 26.6.2007, DJ 2.8.2007, p. 382) para impedir a penhora de honorários advocatícios independentemente de sua origem (para esta discussão, v. n. 2.4 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3) e, mais amplamente, pela mesma 1ª Turma do STJ, para, diante do precedente do STF, "ser revisto o entendimento que esta Corte Superior aplica à questão (...) que considera alimentar apenas os honorários contratuais, mas não reconhece essa natureza às verbas honorárias decorrentes de sucumbência" (REsp 934.421/PR, rel. Min. José Delgado, j.un. 26.6.2007, DJ 23.8.2007, p. 236). Na atualidade, a questão parece estar pacificada no âmbito daquele Tribunal no sentido de reconhecer, aos honorários advocatícios, natureza alimentar, independentemente de sua origem ser *contratual* ou *sucumbencial*. Neste sentido, são as seguintes decisões: STJ, 1ª Seção, EREsp 647.283/SP, rel. Min. José Delgado, j.un. 14.5.2008, DJe 9.6.2008; STJ, 1ª Turma, REsp 1.032.747/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 18.3.2008, DJe 17.4.2008; STJ, 3ª Turma, REsp 798.241/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 11.3.2008, DJe 26.3.2008, e STJ, CE, EREsp 706.331/PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.m.v. 20.2.2008, DJe 31.3.2008.

O valor dos chamados "honorários *sucumbenciais*" será fixado entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, observados os seguintes critérios: *a)* o grau de zelo do advogado; *b)* o lugar de prestação do serviço; e *c)* a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 20, § 3º, do CPC). O § 4º do art. 20 do mesmo Código excepciona a observância daqueles limites percentuais nos seguintes termos: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior". Sobre a aplicação deste dispositivo nos processos em que é sucumbente a Fazenda Pública, decidiu o STJ, em sede de Recurso Especial Repetitivo, que: "1. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser

adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade. 2. Nas demandas de cunho declaratório, até por inexistir condenação pecuniária que possa servir de base de cálculo, os honorários devem ser fixados com referência no valor da causa ou em montante fixo. (...)" (STJ, 1ª Seção, REsp 1.155.125/MG, rel. Min. Castro Meira, j.un. 10.3.2010, DJe 6.4.2010).

Havendo pedido da parte, cabe ao magistrado impor ao sucumbente o pagamento dos honorários *contratuais* que, como destacado, não podem ser confundidos com os honorários *sucumbenciais*, que têm origem e justificativa no e pelo próprio processo. Assim, é correto o entendimento da 3ª Turma do STJ segundo o qual os honorários *contratuais* integram as perdas e danos nos termos e para os fins dos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil (REsp 1.134.725/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. un. 14.6.2011, DJe 24.6.2011 e REsp 1.027.797/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 17.2.2011, DJe 23.2.2011).

5. DEFENSORIA PÚBLICA

Rente ao que foi desenvolvido pelo n. 14 do Capítulo 1, *supra*, a respeito do incentivo que a Constituição Federal de 1988 empresta ao hipossuficiente para tutelar-se *juridicamente* – noção mais ampla do que *judicialmente* –, o art. 134 daquela Carta criou, inovando, no particular, com relação às Constituições anteriores, as Defensorias Públicas. Estes órgãos devem ser entendidos como "instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV".

Trata-se de passo fundamental que foi dado pela Constituição Federal em prol da construção e aperfeiçoamento de um novo Estado Democrático de Direito para o país. Antes do art. 134, a tutela jurídica do hipossuficiente era não só incipiente mas, também, feita quase que casuisticamente pelos diversos membros da Federação. O dispositivo da Constituição Federal, neste sentido, teve o grande mérito de *impor* a necessária *institucionalização* daquela função, permitindo, assim, maior racionalização na atividade de *conscientização* e de *tutela jurídica* da população carente, providência inafastável para o engrandecimento de um verdadeiro Estado e do fortalecimento de suas próprias instituições, inclusive as que mais importam para o desenvolvimento deste *Curso*, as relativas à "Justiça". É neste contexto que o tema respeitante aos "direitos fundamentais *institucionais*", ao que o n. 2.4 do Capítulo 2 da Parte I fez menção, deve ser relembrado. Os arts. 3º-A e 4º-A da Lei Complementar n. 80/1994, introduzidos pela Lei Complementar n. 132/2009, são bastante claros quanto à diretriz aqui evidenciada. O primeiro indicando os "objetivos da Defensoria Pública"; o segundo, "os direitos dos assistidos da Defensoria Pública".

Um exemplo parece ser bastante ilustrativo a este respeito. Não obstante a determinação constante do art. 134 da Constituição Federal, alguns Estados-membros demoraram mais de uma década e meia para a criação e a instalação

de suas Defensorias Públicas. É o caso de São Paulo, em que a Defensoria Pública só foi criada pela Lei Complementar n. 988, de 9 de janeiro de 2006, daquele Estado. Não que antes disto as "funções institucionais" reservadas, desde o plano constitucional, não fossem desempenhadas de alguma forma e a população hipossuficiente daquele Estado ficasse ao desamparo desta "tutela jurídica". O ideal, em termos de realização dos valores constitucionalmente assegurados, seria a Defensoria Pública poder se estruturar e se organizar com total independência dos demais Poderes e funções públicas como meio, até mesmo, de bem alcançar seus objetivos. Com relação ao Estado de Santa Catarina, ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, questionou a viabilidade de as funções institucionais da Defensoria Pública serem exercidas pelo que o art. 104 da Constituição daquele Estado e a Lei Complementar que o disciplina chamam de "advocacia dativa", organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil local (ADI 3.892/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.m.v. 14.3.2012, DJe 25.9.2012). O entendimento que prevaleceu foi o da inconstitucionalidade da regra, determinando-se que aquele Estado instalasse no prazo máximo de um ano a Defensoria Pública.

O Supremo Tribunal Federal, coerentemente, nega que eventuais convênios firmados pela Defensoria Pública para auxiliá-la a atingir seus misteres institucionais sejam exclusivos ou monopolísticos. Foi o que motivou o Pleno daquele Tribunal a julgar inconstitucional Lei do Estado de São Paulo que obrigava a Defensoria Pública daquele Estado a firmar convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil local em caráter de exclusividade. Trata-se da ADI 4.163/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j.m.v. 29.2.2012.

A Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, editada por força do § 1º do art. 134 da Constituição Federal, trata da organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Territórios (art. 2º), além de prescrever as normas gerais para sua organização nos Estados. De acordo com o art. 1º deste diploma legal, com a redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009, "A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal".

A autonomia funcional, administrativa e orçamentária da Defensoria Pública de todos os níveis federados é plena. Ela é assegurada desde os §§ 2º e 3º do art. 134 da Constituição Federal e expressamente reiterada no plano infraconstitucional, assim, por exemplo, no art. 3º da Lei Complementar n. 80/1994, que prevê como princípios institucionais da Defensoria Pública "a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional", e no § 2º do art. 4º da mesma Lei que assegura o *dever* de atuação da Defensoria Pública, como "função institucional", mesmo "contra as pessoas jurídicas de direito público".

É em função do reconhecimento *constitucional* desta autonomia e de sua importância para o desempenho escorreito de suas funções institucionais que o

STF declarou inconstitucional dispositivo de lei estadual que vinculava a Defensoria Pública à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos, órgão componente do Executivo estadual (ADI 3.569/PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 2.4.2007, DJ 11.5.2007, p. 47).

As funções institucionais da Defensoria Pública, voltadas sempre aos "necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal", são indicadas nos incisos do art. 4º da Lei Complementar n. 80/1994, na redação que lhes deu a Lei Complementar n. 132/2009. Valem o destaque das seguintes: (*a*) prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (*b*) promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (*c*) exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; (*d*) atuar nos Juizados Especiais; e (*e*) exercer a função de "curador especial" nos casos previstos na lei. Dadas estas específicas finalidades institucionais é que a instalação e o funcionamento da Defensoria Pública no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal têm condições de *retirar* do Ministério Público funções reconhecidas pela ordem constitucional pretérita, mas que se faziam ainda *necessárias* de serem a ele atribuídas, como já evidenciado pelo n. 3.1, *supra*, na linha do que teve oportunidade de decidir reiteradamente o Supremo Tribunal Federal. A recíproca, sempre observadas as vocações institucionais de cada um dos entes, é verdadeira: se o Ministério Público atua em prol de menor, nos termos do que lhe reconhece o Estatuto da Criança e do Adolescente para a destituição do poder familiar, por exemplo, não há, só por isso, razão para intervenção da Defensoria Pública para atuar na qualidade de curador especial (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.358.226/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 28.5.2013, DJe 18.6.2013; STJ, 4ª Turma, REsp 1.176.512/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j.un. 28.8.2012, DJe 5.9.2012 e STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 1.404.261/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 18.9.2012, DJe 3.10.2012).

Ao contrário do que poderia parecer da leitura da Lei Complementar n. 80/1994 fora do "modelo constitucional do direito processual civil" já não havia como recusar a atuação da Defensoria Pública *também* no plano do chamado "direito processual coletivo", isto é, para a atuação de certos direitos e interesses considerados não apenas enquanto titularizados por determinados sujeitos, os "necessitados", mas também por "grupos" ou "classes" destes mesmos sujeitos (v. STJ, 3ª Turma, REsp 555.111/RJ, rel. Min. Castro Filho, j.un. 5.9.2006, DJ 18.12.2006, p. 363), solução que veio a ser expressada no inciso II do art. 5º da Lei n. 7.347/1985 com a Lei n. 11.448/2007 (v. STJ, 1ª Turma, REsp 912.849/RS, rel. Min. José Delgado, j.un. 26.2.2008, DJe 28.4.2008). A Lei Complementar n. 132/2009, consolidando e generalizando a tímida (mas importante) iniciativa da Lei n. 11.448/2007, introduziu uma série de dispositivos na Lei Complementar n.

80/1994, para suprir eventual deficiência de regulamentação anterior, dentre os quais podem ser destacados o art. 1º, os incisos VII, VIII e X de seu art. 4º, o art. 15-A e o art. 106-A. Mais recentemente, a 2ª Turma do STJ retomou o assunto, *reafirmando* a sua jurisprudência no sentido destacado – inclusive o fato de ela ser anterior às referidas alterações legislativas – e sublinhando, *ex professo*, que "para a atuação da Defensoria Pública na Ação Civil Pública, basta que apenas parte dos beneficiários se enquadre na classe dos necessitados, porque, a se entender diversamente, vale dizer, a exigir-se *exclusividade* da titularidade destes em relação aos interesses e direitos objeto da demanda coletiva, o resultado seria, de direito e de fato, negar a ampla, imprescindível e efetiva tutela judicial a pretensões legítimas do infelizmente vasto universo de 'carentes de justiça' do País. Algo incompatível com a marca da 'eficiência' e da 'instrumentalidade', que, segundo a lição abalizada de Ada Pellegrini Grinover, norteia nossa processualística civil atual, recheada que está de 'esquemas e modelos processuais capazes de reconduzir o processo à necessária aderência à realidade e de resgatar seus princípios e suas finalidades primordiais, em face das novas exigências'" (REsp 1.264.116/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 18.10.2011, DJe 13.4.2012). O tomo III do vol. 2 volta ao assunto, em especial no n. 5.2 do Capítulo 1 de sua Parte II.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que os recursos interpostos àquela Corte pelas Defensorias Públicas Estaduais devem ser acompanhados pela Defensoria Pública da União, cabendo a ela as intimações respectivas, a não ser que haja representação da Defensoria Pública estadual em Brasília, que, neste caso, detém capacidade postulatória para agir também perante aquele Tribunal (CE, QO no Ag 378.377/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 1.7.2002, DJ 11.11.2002, p. 137; 3ª Turma, AgRg no REsp 802.745/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 3.12.2007, DJ 12.12.2007, p. 416). A orientação tem fundamento no art. 14, § 3º, da Lei Complementar n. 80/1994, introduzido pela Lei Complementar n. 98/1999, merecendo ser lida levando em conta também o disposto no art. 22, na redação que lhe deu a Lei Complementar n. 132/2009 e art. 23, ambos da Lei Complementar n. 80/1994.

5.1. **O defensor público**

O defensor público é o membro da Defensoria Pública que atua como "órgão de execução", isto é, de realização concreta, das funções institucionais da Defensoria Pública. É quem atua como verdadeiro *advogado* daquele que não tem condições econômicas de pagar por um ou, nos termos empregados pelo art. 1º da Lei Complementar n. 80/1994, na redação da Lei Complementar n. 132/2009, os "necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal". É importante, contudo, distinguir: o defensor público, embora seja advogado (arts. 26 e 71 da Lei Complementar n. 80/1994), não pode exercer a "advocacia", nem pública, nem privada, nos termos que expõem os ns. 4 e 4.1, *supra*. O seu múnus de defensor público absorve integralmente a sua atuação profissional de advogado. A "advocacia", no caso do

defensor público, é voltada única e exclusivamente para a realização das funções institucionais à qual pertence (art. 29 da Lei n. 8.906/1994). O exercício da advocacia, pública ou privada, é-lhe vedado desde o art. 134, § 1º, da Constituição Federal e reiterado pela Lei Complementar n. 80/1994, no âmbito da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Territórios e dos Estados, em seus arts. 46, I; 91, I; 130, I, e 137. A vedação, oportuno enfatizar, justifica-se para garantir o máximo de *imparcialidade* no sentido de *independência funcional*.

Tanto assim que, no julgamento da ADI 3.043/MG, rel. Min. Eros Grau (j. un. 26.4.2006, DJ 27.10.2006, p. 30), o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de entender que o defensor público não pode exercer, concomitantemente, o múnus da advocacia privada. Embora o defensor público seja "ontologicamente" um advogado, seus misteres públicos, impostos desde o plano constitucional – e, por isto, sempre, vale o destaque da importância de estudar o direito processual civil desde o "modelo constitucional do direito processual civil" –, acabam por afastá-lo do exercício de qualquer outra atividade que, verdadeiramente, *distraia* a sua função pública, assim, inclusive, o exercício da advocacia privada.

A questão que ocupa os parágrafos anteriores, que poderia parecer meramente teórica, tem ensejado interessante desdobramento prático. Sustenta-se que os Defensores Públicos não precisariam estar, durante o exercício daquele *munus*, vinculados à Ordem dos Advogados do Brasil porque sua capacidade postulatória decorreria, única e exclusivamente, de sua nomeação e posse no cargo (art. 4º, § 6º, da Lei Complementar n. 80/1994 na redação da Lei Complementar n. 132/2009). A questão, tão interessante quanto tormentosa, já chegou aos Tribunais que têm tendido a negar juridicidade a esse entendimento, declarando nulos os atos processuais praticados por Defensor Público não vinculado à Ordem dos Advogados do Brasil e determinando à Defensoria Pública que nomeie, em substituição, outro Defensor em dia com suas obrigações de advogado.

A Defensoria Pública é organizada em cargos de carreira, e o acesso a eles depende de realização de concurso público de provas e títulos. Sua remuneração observará o que dispõe o art. 39, § 4º, da Constituição Federal, de acordo com o art. 135 da mesma Carta. Isto não quer dizer, contudo, que a Defensoria Pública, como órgão institucional, e não o defensor público, como *agente* executor deste órgão (arts. 46, III; 91, III, e 130, III), não possa receber honorários de advogado derivados de sua atuação judicial quando presentes os pressupostos da lei processual civil (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV).

A exceção, teve oportunidade de entender a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp 596.836/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.m.v. 14.4.2006, DJ 2.8.2004, p. 294), dar-se-ia naqueles casos em que a Defensoria Pública tivesse agido contra a própria entidade federada que a criou, porque a condenação em honorários, em tais casos, significaria, em última análise, a condenação do Estado ou da União a pagar a si próprio aquela verba, caracterizando-se "confusão" nos termos do direito civil (STJ, 1ª Seção, REsp 1.108.013/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 3.6.2009, DJe 22.6.2009 – Recurso Especial Repetitivo). O

entendimento, com o devido respeito, já estava a merecer reexame por força das inovações trazidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que, introduzindo o novo § 2º ao art. 134 da Constituição Federal, deu às Defensorias Públicas dos Estados autonomia *funcional* e *administrativa*, além de *iniciativa orçamentária*, tudo em prol de sua maior eficiência e independência funcionais (v. n. 5, *supra*). A EC 74/2013 incluiu um § 3º no mesmo art. 134 prevendo a aplicação daquelas mesmas autonomia e iniciativa às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. A Lei Complementar n. 132/2009, ao introduzir um novo inciso XXI no art. 4º da Lei Complementar n. 80/1994, pôs um ponto final na questão. É ler o dispositivo, que se ocupa com as "funções institucionais da Defensoria Pública": "executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores". Assim, também no plano infraconstitucional, perde o fundamento de validade a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que tende, mesmo depois do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, a se posicionar em sentido contrário ao cabimento dos honorários advocatícios devidos à Defensoria Pública (e não ao Defensor Público, individualmente considerado) naqueles casos. Não obstante, a Corte Especial do STJ editou a Súmula 421 com o seguinte enunciado: "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença", orientação reiterada perante o mesmo órgão jurisdicional no julgamento do REsp 1.199.715/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 16.2.2011, DJe 12.4.2011 (Recurso Especial Repetitivo), esclarecendo que os honorários não são devidos à Defensoria Pública quando a pessoa jurídica de direito público integrar a mesma Fazenda Pública. Em outras oportunidades, o STJ (corretamente) reconhece cabíveis os honorários advocatícios em favor da Defensoria quando litiga contra pessoa jurídica de direito público diversa daquela que a criou. Assim, *v.g.*: 2ª Turma, REsp 1.183.771/MS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 4.11.2010, DJe 12.11.2010.

O STJ já teve oportunidade de negar honorários advocatícios à Defensoria Pública também quando ela exerce outro *munus* institucional seu, o de atuar na qualidade de curador especial (CE, REsp 1.201.674/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 6.6.2012, DJe 1.8.2012; 3ª Turma, REsp 1.203.312/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 14.4.2011, DJe 27.4.2011, e 3ª Turma, AgRg no REsp 1.099.994/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 17.5.2011, DJe 31.5.2011).

A este propósito, outrossim, importante evidenciar que o advogado privado, quando indicado para desempenhar o papel que institucionalmente cabe ao defensor público, não fica obstado a receber honorários a serem fixados pelo juiz – honorários *sucumbenciais*, portanto –, consoante expressa autorização do art. 22, § 1º, da Lei n. 8.906/1994.

Para realização de seus misteres institucionais, a Lei Complementar n. 80/1994 reserva aos defensores públicos, de todos os níveis federados, garantias, prerrogativas, deveres, vedações e impedimentos similares àqueles que são

reconhecidos aos magistrados e aos membros do Ministério Público. Aqui, como naqueles casos (v. ns. 2.1 e 3.3, *supra*), a função destas regras é *instrumental*, isto é, elas visam não a criação de *privilégios* de determinados agentes do Estado mas, bem diferentemente, a criação de condições objetivamente palpáveis para que eles atinjam as finalidades inerentes ao exercício de seu cargo e, em última análise, que justificam a própria existência da instituição que integram.

São *garantias* dos membros da Defensoria Pública, de acordo com os arts. 43, 88 e 127 da Lei Complementar n. 80/1994: (*a*) a independência funcional no desempenho de suas atribuições; (*b*) a inamovibilidade; (*c*) a irredutibilidade de vencimentos; e (*d*) a estabilidade.

As *prerrogativas* dos membros da Defensoria Pública constam dos arts. 44, 89 e 128 da Lei Complementar n. 80/1994. Pertinente o destaque das seguintes: (*a*) receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição (STJ, 3ª Turma, REsp 1.190.865/MG, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 14.2.2012, DJe 1º.3.2012, e STJ, 2ª Seção, AR 3.502/RS, rel. Min. Vasco Della Giustina, j.un. 24.6.2009, DJe 3.8.2009), contando-se-lhe em dobro todos os prazos, inclusive, quando necessário, mediante entrega dos autos com vista; (*b*) usar vestes talares e as insígnias privativas da Defensoria Pública; (*c*) ter vista pessoal dos processos fora dos cartórios e secretarias, ressalvadas as vedações legais (STJ, 4ª Turma, REsp 1.096.396/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 7.5.2013, DJe 21.5.2013 e STJ, 3ª Turma, REsp 1.278.239/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 23.10.2012, DJe 29.10.2012); (*d*) manifestar-se em autos administrativos ou judiciais por meio de cota; (*e*) requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições; (*f*) representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais; (*g*) deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando o fato ao Defensor Público-Geral, com as razões de seu proceder; e (*h*) ter o mesmo tratamento reservado aos magistrados e demais titulares dos cargos das funções essenciais à justiça.

Dos *deveres* dos defensores públicos, referidos nos arts. 45, 90 e 129 da Lei Complementar n. 80/1994, valem o destaque dos seguintes: (*a*) residir na localidade onde exercem suas funções; (*b*) desempenhar, com zelo e presteza, os serviços a seu cargo; (*c*) representar ao Defensor Público-Geral sobre as irregularidades de que tiver ciência, em razão do cargo; (*d*) atender ao expediente forense e participar dos atos judiciais, quando for obrigatória a sua presença; (*e*) declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; e (*f*) interpor os recursos cabíveis para qualquer instância ou Tribunal.

As *vedações* para os defensores públicos são as que constam dos arts. 46, 91 e 130 da Lei Complementar n. 80/1994. Sem prejuízo das vedações genéricas que decorrem do exercício do cargo público, é-lhes vedado: (*a*) exercer a advocacia fora das atribuições institucionais; (*b*) requerer, advogar, ou praticar em Juízo ou fora dele atos que de qualquer forma colidam com as funções

inerentes ao seu cargo, ou com os preceitos éticos de sua profissão; (*c*) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições; (*d*) exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista; e (*e*) exercer atividade político-partidária, enquanto atuar junto à justiça eleitoral.

Os *impedimentos* dos defensores públicos, isto é, a vedação de exercer as suas funções institucionais verifica-se nos seguintes casos, arrolados nos arts. 47, 92 e 131 da Lei Complementar n. 80/1994: (*a*) em que seja parte ou, de qualquer forma, interessado; (*b*) em que haja atuado como representante da parte, perito, Juiz, membro do Ministério Público, autoridade policial, escrivão de polícia, auxiliar de justiça ou prestado depoimento como testemunha; (*c*) em que for interessado cônjuge ou companheiro, parente consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral, até o terceiro grau; (*d*) no qual haja postulado como advogado de qualquer das pessoas mencionadas na letra anterior; (*e*) em que qualquer das pessoas mencionadas na letra *c*, *supra*, funcione ou haja funcionado como magistrado, membro do Ministério Público, autoridade policial, escrivão de polícia ou auxiliar de justiça; e (*f*) em que houver dado à parte contrária parecer verbal ou escrito sobre o objeto da demanda.

O descumprimento dos *deveres* e das *vedações* dos defensores públicos pode lhes acarretar a aplicação de sanções, que variam, no plano federal, desde a advertência até a demissão e, se já aposentado, a cassação da aposentadoria, que dependerão, sempre, de prévio *processo* administrativo. É o que preveem os arts. 49 a 51 e 94 a 96 para a Defensoria Pública da União e a do Distrito Federal e Territórios, respectivamente. As sanções aplicáveis aos defensores públicos dos Estados são fixadas nas respectivas leis estaduais, de acordo com o que dispõe o art. 134, todos da Lei Complementar n. 80/1994.

Parte III

OS TEMAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Expostos, na Parte II deste volume, os elementos constitutivos do "modelo constitucional de direito processual civil", é chegada a hora de, com base neles, apresentar os "temas fundamentais do processo civil". A opção do *Curso* de expor os "temas fundamentais" depois do "modelo constitucional do processo civil" repousa fundamentalmente na circunstância de que todos os temas aqui versados – e, de resto, na doutrina do direito processual civil em geral – têm sede constitucional e, quando estudados a partir da luz do "modelo" que ocupou a Parte II, têm que se conformar a ele, têm que ser *construídos* a partir daquelas grandes premissas, adaptando-se ao que a Constituição *impõe* ao direito processual civil.

É certo que cada um destes temas acaba por revelar uma carga conceitual bastante sólida e tradicional e que, a bem da verdade, prescinde de um específico modelo normativo (assim entendido o "direito" brasileiro, o italiano ou o português, por exemplo) para ser exposto e compreendido. Ocorre que a enunciação do conceito conduziria este *Curso* a uma direção que não parece ser, quando menos, necessária. Seria o mesmo que tratar de todos os temas que o ocupam como se o estudo do direito processual civil pudesse se limitar à criação de um glossário de conceitos universalmente aceitos por todos os estudiosos do processo civil. A providência é útil – o Apêndice 1 deste volume até a esboça para fins meramente de consulta e didáticos, para criar condições de melhor compreensão de todos os conceitos do direito processual civil que não podem ser evitados ao longo da produção do trabalho –, mas estudar direito processual civil é ir muito além de construir glossários, vocabulários, entendendo cada figura na sua estática de significado momentâneo ou, menos que isto, na sua *estática* de significado histórico. A perspectiva de análise do estudo do direito processual civil deste *Curso* vai além.

Este *Curso* quer construir um *sistema de processo civil*, um todo coerente, a partir do "modelo constitucional do direito processual civil". Neste sentido, nada mais natural e necessário que confrontar os *conceitos* dos "temas fundamentais do direito processual civil" com o "modelo constitucional do direito processual civil", atualizando-os e mostrando em que medida sua concepção "constitucionalizada", isto é, construída a partir da Constituição Federal e do "modo de *dever-ser* o processo civil" que ela impõe, tem aptidão de melhor servir os propósitos deste trabalho e, em última análise, uma melhor compreensão de todo o direito processual civil, mais aderente à *realidade normativa e aos valores* vigentes no ordenamento jurídico brasileiro de hoje.

A Jurisdição

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A jurisdição é um dos polos metodológicos do direito processual civil. Por isto um dos "temas fundamentais".

A "jurisdição" pode ser entendida como a função do Estado destinada à solução imperativa, substitutiva e com ânimo de definitividade de conflitos intersubjetivos e exercida mediante a atuação do direito em casos concretos. Tal exercício de atuação do Estado, contudo, não se limita à *declaração* de direitos mas também à sua *realização concreta*, prática, com vistas à pacificação social.

A finalidade da função jurisdicional do Estado é dupla: a uma, é ela que *atua* nos direitos controvertidos (independentemente de quem seja seu titular ou, até mesmo, de estes "direitos" poderem ser "titularizados" por alguém, como é o caso dos chamados "direitos metaindividuais") e é ela que realiza os fins sociais, políticos e jurídicos do próprio Estado (art. 3º da Constituição Federal). É por isto que definir o processo como método de exercício da função jurisdicional tem o grande mérito de evidenciar a relação que os dois temas, "fundamentais para o processo", têm entre si, sua estreita afinidade. É para exercer adequadamente a "função jurisdicional" (a jurisdição) que o Estado Democrático de Direito vale-se de um específico método que garanta o atingimento de seus devidos fins pelos devidos meios. Este "método" é o *processo*. E também é decorrência deste entendimento mais amplo – de resto, fundante de todo o desenvolvimento deste *Curso* – a compreensão de que a jurisdição deve ser *adequada* para os fins mais amplos do Estado Democrático de Direito, assim a realização dos direitos dos cidadãos e do próprio Estado.

Jurisdição, assim entendida a função desempenhada pelo Estado-juiz na resolução dos mais variados conflitos de interesses intersubjetivos, só pode ser compreendida a partir do *instrumento* de sua manifestação, que é o processo. E, aqui, a ênfase é o mecanismo de aplicação, de proteção, de tutela, enfim, dos direitos e das garantias assegurados na própria Constituição Federal. O processo deve espelhar e adequadamente realizar as opções políticas, os valores espraiados na própria Constituição Federal. Não só o que é decidido no processo mas também a *forma* pela qual se decide *no* e *pelo* processo. Fim e meio da tutela jurisdicional apresentam-se, assim, umbilicalmente relacionados.

É, ademais, a realização dos "direitos" que dá ensejo àquilo que o pensamento contemporâneo de direito processual civil quer colocar em destaque: a apaziguação social, a regulação da vida em sociedade, a observância dos limites e dos objetivos a serem perseguidos pelo próprio Estado, mesmo que – e eis um dos traços característicos da jurisdição – de modo *coativo*, *compulsório*, independentemente da vontade (espontânea ou voluntária) dos envolvidos.

Importa destacar desde o início que a jurisdição, diferentemente da compreensão que lhe emprestou a doutrina tradicional do direito processual civil, não se restringe, apenas, à *declaração* judicial do direito. Jurisdição não é só *reconhecer*, no sentido de *declarar* quem tem e quem não tem um direito digno de tutela (de *proteção*) perante o Estado, ao contrário do que a etimologia da palavra poderia dar a entender (*juris* + *dictionis*, "dizer o direito"). A jurisdição envolve também, pelo menos à luz do modelo constitucional do processo civil brasileiro, as medidas voltadas concretamente à *tutela* (à *proteção*) do direito tal qual reconhecido pelo Estado-juiz.

Assim, além de a tutela jurisdicional envolver o momento "declaração", no sentido de afirmar, perante o Estado-juiz, se *existe*, ou não, o direito que se afirma *lesionado* ou, quando menos, *ameaçado*, ela envolve também os mecanismos, os métodos, as medidas, as técnicas que o mesmo Estado-juiz praticará com vistas a transformar em realidade aquilo que reconheceu (declarou). Quaisquer medidas de cunho "executivo", assim entendidas quaisquer técnicas que serão empregadas para a modificação do plano *exterior* ao processo para que o direito, tal qual reconhecido, venha a ser na exata medida em que foi atestado existente, são, também, jurisdição, são também exercício da função jurisdicional. Dignas de lembrança, por isto mesmo, considerações do saudoso professor de direito processual civil da Universidade de São Paulo, Celso Neves, que, já na década de 1970, acentuava ser importante compreender e desenvolver ao lado da função de "dizer o direito" ("juris-dicção") uma doutrina voltada aos meios de "satisfação do direito" ("juris-satisfação"). A proposta deste *Curso*, embora partindo de premissas diversas daquelas empregadas por aquele jurista, não é diversa. Jurisdição, portanto, não se resume a *dizer* (*declarar* ou *reconhecer*) o direito. Jurisdição é *também realizar*, *cumprir*, *executar*, *satisfazer* o direito tal qual reconhecido lesionado ou ameaçado. Integram a atividade *jurisdicional* – e, neste sentido, o estudo da jurisdição –, não só atividades "ideais" ou "intelectuais" (o magistrado verifica quem é o merecedor da *tutela* do Estado) mas, também, a prática de atividades "concretas" ou "materiais" (o magistrado, valendo-se do monopólio da força física do Estado, cria condições de satisfação plena daquele que é merecedor da tutela jurisdicional).

Jurisdição, assim, é a função exercida pelo Estado-juiz para declarar *e* realizar concretamente o direito, mesmo que uma tal realização seja *forçada*, isto é, não conte com a colaboração, compreendida a palavra em seu sentido mais amplo, daquele em face de quem a função jurisdicional será prestada. Neste contexto, a palavra "jurisdição" e a locução "função jurisdicional" são equivalentes.

E é justamente por isto, dentre outros fatores, que a doutrina mais recente

do direito processual civil tem afirmado, cada vez mais, a *necessidade* de reconhecimento de maiores "poderes" para os magistrados, dos diversos níveis jurisdicionais, de forma a ser possível a realização concreta dos direitos reconhecidos violados ou ameaçados pelo Poder Judiciário. Estes "poderes" dos magistrados, vale o destaque, são "poderes" instrumentais porque voltados a uma finalidade pública, ao cumprimento de uma função, voltados ao atingimento de *deveres* que são os extraíveis do ordenamento jurídico nacional. "Poderes-deveres" – ou, até mesmo (o que é preferível pela ênfase dada pela locução) "*deveres*-poderes, como se lê usualmente na doutrina do direito constitucional e do direito administrativo – para descrever a *função* desempenhada pelos agentes do Estado. Com os magistrados não há por que, neste sentido da colocação, ser diferente.

2. FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS DA ATUAÇÃO DO ESTADO

Embora este *Curso* volte-se ao estudo da *função jurisdicional* desempenhada pelo Poder Judiciário, não há como perder de vista que, mesmo no Estado brasileiro, a atividade jurisdicional não é *exclusiva* do Estado-juiz. Também os Poderes Executivo e Legislativo desempenham atividades jurisdicionais em determinados casos, devidamente autorizados desde a Constituição Federal. É o que a doutrina do direito constitucional costuma chamar de funções *típicas* e *atípicas* do Estado.

A atividade desempenhada pela Administração Pública em uma "sindicância" ou em um "processo administrativo" (art. 41, § 1º, II, da Constituição Federal), por exemplo, é, substancialmente, jurisdicional. Da mesma forma, e a título meramente exemplificativo, a atuação do Legislativo ao julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e no processo de *impeachment* de determinadas autoridades públicas (arts. 49, IX, e 52, I, da Constituição Federal, respectivamente). São funções *tipicamente* jurisdicionais (no sentido substancial da atividade desempenhada, portanto) mas *atípicas* porque pela análise das funções tradicionais desempenhadas por cada órgão do Estado, elas seriam *invariavelmente* prestadas pelo Poder Judiciário. O próprio Poder Judiciário, vale o destaque, também desempenha funções *atípicas*, isto é, ele também atua fora dos quadrantes da "função jurisdicional típica" que o caracteriza como tal, distinguindo-o dos demais "poderes" (funções) do Estado. Assim, por exemplo, quando estes realizam concursos públicos para a seleção de magistrados ou de servidores (atividade *materialmente*, *substancialmente*, administrativa) ou quando estabelecem regras próprias de organização, mesmo que limitadas, nos termos do que expõe o n. 1.2 do Capítulo 3 da Parte II, em seus regimentos internos ou atos de organização judiciária (atividade *materialmente*, *substancialmente*, legislativa).

Justamente em face da doutrina, aqui meramente constatada, é que aplicar o direito a casos controvertidos, desta forma, por si só – mesmo criando condições efetivas de sua realização concreta – não é característica suficiente da

atividade jurisdicional aqui estudada. O que a caracteriza como tal, sem prejuízo do que o número anterior já expôs, é a sua *definitividade*. É sobre a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Poder Judiciário, pelo Estado-juiz, que recai o selo de *imutabilidade* da "coisa julgada" (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal). Isto quer dizer que as soluções apresentadas pelo Estado-juiz, em determinadas circunstâncias que são estudadas com a profundidade necessária pelo Capítulo 2 da Parte V do tomo I do vol. 2 deste *Curso*, adquirem uma situação de *estabilidade* no sentido de que ninguém mais (os próprios envolvidos, eventuais interessados indiretamente envolvidos e o próprio Estado no exercício de suas diversas funções) possa desconsiderar o *resultado* do exercício daquela atividade jurisdicional: o direito material reconhecido como tal na decisão está imunizado de nova discussão, observadas determinadas condições que, a seu tempo, serão examinadas. É como se determinadas decisões judiciais assumissem "força de lei nos limites da lide e das questões decididas" entre as partes, para empregar a *letra* do art. 468.

A distinção dos parágrafos anteriores não pode ser confundida com uma outra que caracteriza o ordenamento jurídico de vários países (Itália, Portugal, Espanha, França e Argentina, por exemplo) mas que não caracteriza o nosso.

A "jurisdição", entendida a palavra com a abrangência apresentada pelo n. 1 e com a marca de *definitividade*, colocada em relevo acima, desempenhada pelo Estado-juiz brasileiro, é *una* no sentido de que, à luz do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, é só o Estado-juiz quem impõe soluções de litígios interindividuais com ânimo de definitividade – com o selo da "coisa julgada". O exercício da função legislativa e da função administrativa – mesmo que função *atípica* – não guarda este selo.

É por esta razão que não há, no direito brasileiro, a chamada "jurisdição administrativa" daqueles países, que não se confunde com a "jurisdição voluntária" de que tratam os arts. 1.103 a 1.210 do Código de Processo Civil (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte I e Parte II do tomo II do vol. 2) mas, bem diferentemente, uma "jurisdição"que se oporia ao que, para o sistema brasileiro, só pode ser chamado de "jurisdição *contenciosa*". É dizer de forma bem direta: os litígios existentes entre a Administração Pública e os cidadãos brasileiros, diferentemente do que se dá naqueles países lembrados (e em vários outros) são resolvidos com ânimo de definitividade perante o Estado-juiz, isto é, mediante o exercício da função jurisdicional típica. Mesmo que a Administração Pública atue *processualmente* (v. n. 1 do Capítulo 3, *infra*), mesmo que ela possa, exemplificando, sancionar um funcionário faltoso seu, o resultado desta sua função não se torna *definitivo* ou *imutável*. Sempre haverá a possibilidade de, perante o Poder Judiciário, perante o Estado-juiz, o funcionário faltoso (para recuperar o exemplo dado) questionar o desacerto formal ou substancial da decisão proferida pela Administração Pública. Não é por outra razão que, para este *Curso*, é relevantíssimo destacar, nem que seja para melhor compreendê-las, as vicissitudes da atuação do Estado (da Administração Pública) quando ele litiga em juízo ao lado de um particular ou um grupo deles, quando ele, em suma, atua ao longo do exercício da função jurisdicional do Estado (v. n. 7.2 do Capítulo

1 da Parte I).

Em função da amplitude do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, todo ato que violar ou ameaçar direito, mesmo que proveniente do próprio Estado (funções executivas, legislativas ou, até mesmo, jurisdicionais, isto é indiferente), é "justiciável", entendido o neologismo como a possibilidade de aquele ato (praticado ou meramente ameaçado) ser *contrastado* e *controlado* plenamente perante o Poder Judiciário. Historicamente, aliás, a "ação" que sempre desenvolveu este papel é o "mandado de segurança" expressamente previsto nos incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição Federal, hoje ao lado do *habeas data*, previsto no inciso LXXII do mesmo dispositivo constitucional.

3. CARACTERÍSTICAS

Para tornar mais fácil a compreensão do conceito de jurisdição, objeto de exposição dos números anteriores, é importante colocar em destaque as suas *características*, isto é, aqueles elementos que permitem distinguir a "jurisdição" de outras funções exercidas pelo Estado e, de maneira ampla, de quaisquer outras atividades relevantes para o Direito.

A doutrina costuma apontar algumas características da jurisdição. É pertinente analisá-las.

3.1. Substitutividade

A jurisdição é *substitutiva* da vontade dos litigantes (independentemente de quem sejam eles) porque a decisão a ser proferida pelo Estado-juiz é imperativa a eles, de observância compulsória, obrigatória e, se for o caso, até mesmo forçada.

Esta característica justifica-se, até mesmo, pela razão de ser da função jurisdicional. Vedada que é a "autotutela", necessária que se faz a intervenção do Estado-juiz para dirimir conflitos de interesses que surgem ou, quando menos, que estão na iminência de surgir diante da multiplicidade de interesses de um mesmo bem, não haveria razão nenhuma para compreender a atividade jurisdicional senão na medida em que ela pudesse se *impor* à vontade dos litigantes (particulares ou privados, vale a ênfase), substituindo sua vontade pela "vontade funcional" do Estado-juiz, que representará, após o regular *processo* – a atuação jurisdicional do Estado não se dá por intermédio de um processo qualquer mas, bem diferentemente, de um *devido* processo –, a vontade do próprio ordenamento jurídico para o caso.

É justamente desta *substitutividade* que decorre a noção, correta, de que a compreensão de toda a atividade jurisdicional só pode ser devidamente compreendida no ambiente do direito público e não do direito privado.

3.2. Imperatividade

Como desdobramento necessário da afirmação do parágrafo anterior, aliado à circunstância de que a jurisdição é manifestação do poder do Estado – do "dever-poder" do Estado Democrático de Direito, à luz do modelo de Estado adotado que a Constituição Federal de 1988 impôs no caso brasileiro –, a substitutividade da jurisdição leva, necessariamente, à compreensão de sua *imperatividade*.

O Estado-juiz, para realizar suficiente e adequadamente o objetivo maior de *pacificar* os litigantes, *imporá* o resultado que, mediante o devido processo, entender aplicável ao caso, independentemente da concordância dos litigantes. Houvesse qualquer ânimo de espontaneidade à submissão da atividade jurisdicional, a seus resultados e a seus efeitos e, certamente, não haveria razão para tratar do direito processual civil como ramo do direito público, como uma das *funções* do Estado. A atuação jurisdicional, toda ela, é ato de autoridade, de autoridade devidamente constituída e, como tal, deve ser acatada, deve ser observada na exata medida em que ela tenha aptidão de surtir seus regulares efeitos. Os litigantes, desta forma, devem se *sujeitar* ao que for decidido. Caso não o façam, o próprio Estado-juiz poderá lançar mão de determinados atos voltados precipuamente para tanto.

Um dos pontos mais salientes das últimas Reformas do Código de Processo Civil, vale o destaque, tem sido a preocupação em deixar mais evidente esta *imperatividade* da atuação jurisdicional como um todo e mais especificamente de uma parcela dela, que é o resultado efetivamente desejado de seu exercício, que é a *tutela jurisdicional* (v. n. 6, *infra*), como fazem vistas suficientes o parágrafo único do art. 14, os §§ 4º a 6º do art. 461 e o *caput* do art. 475-J.

3.3. **Imutabilidade**

Também decorre das considerações que ocuparam os números anteriores outra característica marcante da jurisdição. Uma vez prestada a atividade jurisdicional, substituída a vontade e os interesses dos litigantes pela "vontade funcional" e pelo interesse do próprio Estado – interesse (dever) de pacificar a sociedade –, *imposta*, se for o caso, a solução no caso concreto – como consequência do monopólio da força física –, a atividade jurisdicional tende a se tornar imutável no sentido de impedir que ela seja rediscutida por quem quer que seja, inclusive pelo próprio Estado-juiz. É este o "selo" de imutabilidade de determinadas decisões proferidas pelo Estado-juiz no âmbito da função jurisdicional – e só por ele no desempenho desta função –, que é chamado de "coisa julgada material" ou, neste contexto, de "coisa julgada", que tem previsão expressa no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

É certo que há temperamentos na afirmação do parágrafo anterior porque, para o direito brasileiro, apenas algumas decisões jurisdicionais adquirem este *status* de imutabilidade. O que se dá, contudo, é que as decisões que adquirem este grau – as "decisões que resolvem o mérito" nos termos do art. 269 – são, justamente, as decisões que viabilizam a prestação da tutela

jurisdicional de sua maneira mais extensa. Após regular processo em que se assegura a plenitude do contraditório, a plenitude da ampla defesa – após o exaurimento do "devido processo legal", para empregar uma expressão suficientemente eloquente –, estas decisões têm condições de resolver, com segurança, os contornos do litígio, determinando a restauração da lesão cometida ou que ela não se concretize, imunizando, assim, a situação de ameaça. Como elas definem, com ânimo de definitividade, o litígio, elas tendem a se tornar imutáveis.

A imutabilidade das decisões nestes casos justifica-se para evitar a eternização dos litígios, para evitar a possibilidade de serem representados para solução os mesmos litígios e as mesmas situações que já tenham sido antes suficientemente apreciadas pelo Estado-juiz. Trata-se, em última análise, de uma inarredável consequência de um princípio maior de todo o ordenamento jurídico, que é o da "segurança jurídica" (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II).

3.4. **Inafastabilidade**

As características expostas nos números anteriores conduzem a uma outra. A relativa à inevitabilidade da jurisdição. Por "inevitabilidade da jurisdição" deve ser entendida a circunstância de não ser legítimo recusar-se a atividade jurisdicional a nenhum título. Desde que ela seja provocada (v. n. 3.6, *infra*), sua atuação e a imperatividade da solução daí decorrente é inevitável. É esta uma faceta interessante de ser colocada em destaque a partir da compreensão do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

De acordo com esta característica, ademais, a função jurisdicional não pode ser exercida por outrem que não o próprio Estado-juiz, não, pelo menos, com todas as características aqui apresentadas e, por isto mesmo, é que justificam as ressalvas do n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte I quanto ao caráter "jurisdicional" da arbitragem.

Uma fórmula mais tradicional de analisar esta característica da jurisdição mas, nem por isto, menos correta ou útil de ser colocada em destaque, diz respeito ao que geralmente é identificado como a "vedação do *non liquet*". É dizer, rompida a inércia da jurisdição (v. n. 3.6, *infra*), o Estado-juiz tem que dar alguma resposta ao jurisdicionado, mesmo que seja contrária a seus interesses, mas não pode se esquivar e deixar de exercer a função jurisdicional. Nem que haja lacunas ou obscuridades na lei, como se refere o art. 126 do Código de Processo Civil, repetindo fórmula mais antiga mas não menos exata do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657/1942).

3.5. **Indelegabilidade**

Outra característica da jurisdição que merece destaque é a relativa à sua indelegabilidade. A "indelegabilidade" deve ser entendida no sentido de que os órgãos que podem exercer a função jurisdicional, atuar jurisdicionalmente, são única e exclusivamente aqueles que a Constituição Federal cria e autoriza. É

vedado que haja alguma forma de "delegação" da função jurisdicional a outros órgãos ou pessoas não autorizados pela Constituição Federal. O reconhecimento de quem é e de quem não é autoridade jurisdicional para fins de desenvolvimento da função jurisdicional é feito exaustivamente por aquele diploma normativo.

Mais do que isto, contudo. A "indelegabilidade" também quer significar que a jurisdição será exercitada por estes órgãos nos limites e de acordo com o que a própria Constituição Federal dispõe, em ampla consonância, portanto, com o "modelo constitucional do direito processual civil".

Estes limites para o exercício da jurisdição, em termos gerais, são os seguintes:

A jurisdição será exercitada em determinados territórios previamente marcados pela Constituição Federal ou pelas leis infraconstitucionais. É o que alguns autores chamam de "territorialidade" da jurisdição. Os Tribunais Superiores, por exemplo, exercem jurisdição em todo o território nacional (art. 92, § 2º, da Constituição Federal). Os Tribunais Regionais Federais exercem jurisdição nas suas respectivas regiões (v. n. 5.1 do Capítulo 3 da Parte II). Cada Tribunal de Justiça exerce jurisdição em seu respectivo Estado ou no Distrito Federal. Os juízos federais exercem jurisdição nas suas seções judiciárias, e os juízos estaduais exercem jurisdição em suas respectivas comarcas. O tema assume desdobramentos interessantes no que diz respeito ao "direito processual coletivo" e que são estudados pela Parte II do tomo III do vol. 2.

O próprio "princípio do juiz natural", expressamente previsto no art. 5º, LIII, da Constituição Federal (v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte II), é, neste sentido, um "limite" da jurisdição. Os órgãos jurisdicionais, para poderem exercer sua jurisdição, em consonância com o "modelo constitucional do processo civil", devem ter sido criados *antes* dos fatos a serem julgados. É vedada a criação de *novos* órgãos jurisdicionais para processar e julgar fatos anteriores à sua existência.

A indelegabilidade da jurisdição pressupõe, outrossim, determinados atributos às pessoas físicas que agem em nome do Poder Judiciário, como seus verdadeiros "representantes", que exercem, em nome dele, a função jurisdicional, que são os magistrados dos diversos níveis jurisdicionais. Os magistrados o são porque são *investidos* nesta função (art. 93, I, da Constituição Federal) e, como tais, desfrutam de certas *prerrogativas*, todas examinadas no n. 2.1 do Capítulo 4 da Parte II. Tais prerrogativas, aqui vale a ênfase do que lá foi apresentado, têm função nitidamente *instrumental*. Elas servem para garantir a imparcialidade do magistrado, fortalecendo-o como *agente* do Estado e, consequentemente, a instituição a que ele pertence, a Magistratura, função essencial à Justiça (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II).

Como a "indelegabilidade" da jurisdição e seus desdobramentos apresentados no parágrafo anterior convidam, necessariamente, a um estudo dos órgãos jurisdicionais e de sua *competência*, é bastante frequente a doutrina tradicional do direito processual civil passar a expor a partir desta característica o tema da "organização judiciária". Em função da proposta de exame da matéria

eleita por este *Curso*, estes temas são todos tratados na Parte II porque eles são extraídos diretamente do "modelo constitucional do direito processual civil". A Parte I do tomo I do vol. 2 volta-se ao exame de um dos desdobramentos da "organização judiciária", a *competência* (v. n. 5, *infra*).

3.6. **Inércia**

A jurisdição é inerte no sentido de que ela não é prestada de ofício. Os interessados no exercício da função jurisdicional devem requerê-la, devem provocar a atuação do Estado-juiz.

Nesta característica, dizem alguns autores com acerto, reside uma fundamental diferença entre a atividade jurisdicional do Estado e a atividade legislativa e administrativa. O exercício destas *funções* estatais dá-se "de ofício", isto é, por impulso próprio do Estado, é dizer, dos seus agentes, independentemente da eventual provocação de quaisquer interessados.

Longe de trazer à tona algum viés privatista da atividade jurisdicional, a inércia da jurisdição é garantia da necessidade de *imparcialidade* que deve presidir o exercício da função jurisdicional, o que remonta ao modelo constitucional do processo civil e todos os desdobramentos lá apresentados a partir da concepção do "princípio do juiz natural" (v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte II). Pudessem os próprios magistrados dos diversos níveis da organização judiciária (v. n. 4.5, *infra*) atuar por sua própria vontade e, certamente, aquele valor essencial ao Estado Democrático de Direito estaria irremediavelmente rompido.

Neste sentido amplo, a inércia da jurisdição quer significar que a atuação do Estado-juiz depende de provocação que a rompa, que a quebre (art. 2º). Desde que provocado, o Estado-juiz agirá mas a sua *inércia* tem que ser entendida como forma de assegurar outros valores fundamentais do direito processual civil, o "modelo constitucional do processo civil" (o principal é a imparcialidade do juízo, v. n. 3.5, *supra*). Mas, uma vez rompida esta inércia inaugural, a atuação do Estado-juiz dá-se "de ofício", por seu próprio impulso, "por impulso oficial", para fazer uso da expressão adotada no art. 262.

A inércia da jurisdição, contudo, ainda é um valor muito intenso nas normas de direito processual civil. A lei processual civil em geral, o Código de Processo Civil em particular, mesmo depois das mais recentes Reformas, ainda exige, para a prática de determinados atos, a iniciativa do interessado. Salvo cada vez mais raras hipóteses (art. 475), por exemplo, não há reexame de quaisquer decisões jurisdicionais, salvo se o interessado, a tempo e modo oportunos, interpuser o *recurso* cabível. Se o processo ficar paralisado, sem qualquer provocação por mais de um ano por negligência das partes, o caso é de sua extinção (art. 267, II), assim como é a hipótese de o autor deixar de promover, por mais de trinta dias, os atos que a ele cabe (art. 267, III). Do mesmo modo, embora o Estado-juiz *condene* o devedor a pagar ao credor uma determinada soma em dinheiro, o credor precisará requerer ao Estado-juiz que sejam praticados atos *executivos* contra o seu patrimônio (art. 475-J, *caput*). Caso

contrário, a tutela jurisdicional ficará totalmente esvaziada. Estas questões, a seu tempo, serão discutidas neste *Curso*; neste volume, elas voltam ao ensejo da apresentação de outro tema fundamental do "direito processual civil", a "ação" (v., em especial, o n. 2 do Capítulo 2, *infra*).

A inércia da jurisdição, destarte, impõe que o autor e, mais amplamente, também o réu e eventuais terceiros intervenientes provoquem o exercício da atuação jurisdicional ao longo do processo. Caso não o façam, a tendência é a de que prevaleça o estado inicial de inércia.

4. ESPÉCIES

A doutrina costuma, por fim, distinguir algumas "espécies" de jurisdição por razões didáticas com o fito de melhor delimitá-la e estudá-la. Até como forma de distinguir o que é e o que não é objeto de estudo do direito processual civil, nos moldes do que já foi anunciado no n. 2 do Capítulo 1 da Parte I deste *Curso*.

4.1. Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária

A classificação que distingue a "jurisdição contenciosa" ou "litigiosa" da "jurisdição voluntária" elege como critério de distinção o modo pelo qual o juiz comporta-se diante do conflito e ela se justifica desde a distinção feita pelo art. 1º do Código de Processo Civil. É o momento de desenvolver, destarte, as considerações que, mais brevemente, ocuparam o n. 4 do Capítulo 1 da Parte I.

O que, segundo a doutrina tradicional, caracteriza a jurisdição voluntária é a circunstância de ela dar tutela jurisdicional aos sujeitos do processo, sabendo-se desde o início a qual deles ela poderá ser dada. No âmbito da "jurisdição voluntária" (arts. 1º e 1.103 a 1.210 do Código de Processo Civil), o juiz não aplica o direito *controvertido* no caso concreto, *substituindo* a vontade das partes. Pratica, bem diferentemente, atos integrativos da vontade dos interessados, de negócios jurídicos privados, que, nestas condições, passam a ser administrados (e, neste sentido amplo, *tutelados*) pelo Poder Judiciário. Por isto mesmo é que os autores negam à "jurisdição voluntária" que as decisões proferidas pelo Estado-juiz tornem-se imutáveis, isto é, revistam-se de coisa julgada.

Como sem a intervenção do Estado-juiz, nestes casos, o negócio jurídico não pode ter validade ou eficácia, a jurisdição propriamente dita não é "voluntária". Ela é *obrigatória*, *necessária*, *inafastável*, *imprescindível*. Assim sendo, o que distingue a jurisdição "contenciosa" da "voluntária" é a circunstância de nesta, não naquela, inexistir litígio entre partes (interessados). Alguns autores negam, até mesmo, que na chamada "jurisdição voluntária" haja lide (mas sim controvérsia), partes (mas sim interessados), cedendo espaço o princípio dispositivo ao princípio inquisitório (v. n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte IV), e o âmbito decisório do juiz poderia extrapolar a "legalidade estrita", sendo lícito o uso da equidade por expressa disposição de lei (art. 1.109), assunto que vem

tratado em separado no n. 4.6, *infra*.

Não basta, contudo, identificar a jurisdição voluntária com o critério subjetivo (porque é prestada pelo Estado-juiz). Trata-se, muito mais, de administração pública de interesses privados. Até porque a jurisdição voluntária também é prestada pelo tabelião, pelo juiz de paz, pelos cartórios de protesto, pelos cartórios de registro em geral e não é por razão diversa que o n. 4 do Capítulo 1 da Parte I deu notícia suficiente, para os fins deste vol. 1, da Lei n. 11.441/2007 que retirou determinadas parcelas de "jurisdição voluntária" do Poder Judiciário, assim nos casos dos arts. 982 e 1.124-A, cabendo aos interessados, em tais casos, *optar* pela via judicial ou extrajudicial, orientação expressa no art. 2º da Resolução n. 35/2007 do CNJ.

Diante das incertezas da doutrina sobre qual é a melhor fórmula para caracterizar a jurisdição voluntária, parece que seu contorno suficiente reside na circunstância de ela pacificar as pessoas mediante a tutela a uma delas ou a ambas em casos de conflito postos diante do juiz, sem confronto entre possíveis direitos de uma ou de outra.

Certo que na chamada "jurisdição voluntária" não se visa à *atuação* do direito mas à constituição de situações jurídicas novas, não há propriamente caráter substitutivo (a intervenção jurisdicional é necessária para dar validade e eficácia a um específico negócio jurídico, não para *impor* um resultado ou uma decisão); não há lide (não há conflito), mas, bem diferentemente, há negócio jurídico privado, há *consonância* de interesses na consecução do negócio jurídico de uma mesma forma, com a obtenção de um mesmo resultado, e não há coisa julgada, isto é, o que vier a ser estabelecido pelo Estado-juiz não assume foros de imutabilidade.

Não obstante estas considerações que, em última análise, poderiam levar o estudioso do direito processual civil a descartar a pertinência de qualquer reflexão sobre a "jurisdição voluntária" em um Curso de direito processual civil, não há como negar a orientação do direito positivo brasileiro vigente que a coloca, lado a lado, com a "jurisdição não voluntária", e, por isto, neste sentido, "litigiosa". Assim, acrescentando estas razões ao que o n. 4 do Capítulo 1 da Parte I já dedicou ao tema, ela, a jurisdição voluntária, deve ser estudada no âmbito do direito processual civil. Até porque, vale a ênfase, nos casos em que a lei cogita dela, seu exercício é *necessário* e não "voluntário", no sentido de dispensável, como deixa bem claro o art. 1.104 do Código de Processo Civil. O estudo da "jurisdição voluntária" ocupa a Parte II do tomo II do vol. 2.

4.2. **Jurisdição comum e jurisdição especial**

Outro critério classificatório da "jurisdição" bastante mencionado é o que distingue o exercício da função jurisdicional de acordo com a "justiça competente". Como o art. 92 da Constituição Federal cria órgãos jurisdicionais próprios para o processamento e o julgamento de determinadas questões regidas por normas (materiais) específicas, é comum distinguir-se, adotando-se este ponto de vista, a jurisdição.

Compõem a jurisdição *especial* a jurisdição trabalhista, eleitoral e militar. A Constituição Federal, com efeito, cria uma "justiça" trabalhista (arts. 111 a 116), eleitoral (arts. 118 a 121) e militar (arts. 122 a 124 e art. 125, §§ 3º a 5º) ao lado da jurisdição *comum*, que é aquela composta pelos demais órgãos jurisdicionais que julgarão todos os demais litígios, que, neste sentido, é residual.

A jurisdição *comum*, contudo, aceita divisão baseada na *competência* dos diversos órgãos jurisdicionais para julgar determinadas pessoas ou matérias. É a distinção entre "justiça federal" e "justiça estadual", assunto de que se ocupam os ns. 5.2 e 6 do Capítulo 3 da Parte II, e que deve levar em conta, inclusive, a existência de juizados especiais, federais ou estaduais, em cada situação (v. n. 4.1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I).

4.3. **Jurisdição civil e jurisdição penal**

De acordo com este critério de classificação, em que a *matéria* a ser apreciada é utilizada como elemento de distinção, jurisdição civil é toda aquela que se volta a não apreciar questões de cunho penal, isto é, regidas pelo direito penal. A jurisdição civil, nestas condições, aparece de forma residual. Toda a atividade jurisdicional não voltada a resolver conflitos regidos pelo direito (material) penal é civil. Jurisdição civil é a não penal.

A insuficiência do critério de classificação, contudo, é manifesta. Isto porque também há normas próprias para a atuação do Estado-juiz quando voltado a resolver conflitos regidos pelo direito (material) do trabalho. Estas normas, que são as constantes da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452/1943), embora evoquem a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho), são suficientes, *pelo emprego do mesmo critério de classificação*, para designar uma "jurisdição trabalhista", ao lado de uma "jurisdição penal" e, residualmente, uma "jurisdição civil", assim entendida a função jurisdicional que não for destinada a atuar o direito (material) *penal* e o direito (material) *trabalhista*.

O mesmo pode ser dito com relação ao direito penal militar e ao direito eleitoral. Como há parcelas do Poder Judiciário voltadas especificamente para atuação daquelas regras específicas, como há normas materiais *e* processuais próprias para embasar o desempenho daquelas funções jurisdicionais, nada mais coerente que, pela aplicação do mesmo critério classificatório, referir-se a uma jurisdição militar e eleitoral.

Ainda que se pensasse que o critério classificatório seria justificável porque a distinção entre "jurisdição civil" e "jurisdição penal" acaba por recair, em última análise, na "jurisdição comum", em contraposição à "jurisdição especial", em que estão classificados os órgãos jurisdicionais trabalhistas, eleitorais e militares (v. n. 4.2, *supra*), o que se verifica é que, na jurisdição *comum*, há diversos outros critérios que poderiam ser levados em conta para distinguir o que cada órgão jurisdicional julgará. Não só no que diz respeito à matéria mas também no que diz respeito às pessoas e, até mesmo, a circunstância de os órgãos jurisdicionais serem organizados e mantidos pela

União Federal ou pelos Estados-membros. Por tais razões é que a melhor forma de abordagem deste tema não se encontra na "jurisdição" mas, mais especificamente, e a exemplo do que já referido no número anterior, no exame da *competência* (v. n. 5, *infra*).

Tanto assim que é bastante usual não haver distinção entre a *competência* cível e criminal dos órgãos jurisdicionais, as chamadas "varas únicas" ou "cumulativas". Bem ilustra este entendimento o art. 33 da Lei n. 11.340/2006, conhecida como "Lei Maria da Penha", segundo o qual "enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente".

4.4. **Jurisdição contenciosa e jurisdição contenciosa-administrativa**

O direito brasileiro, enaltecendo as considerações com que se ocuparam o n. 2, *supra*, desconhece uma verdadeira jurisdição administrativa, no mesmo sentido que outros países da América do Sul e da Europa conhecem uma jurisdição que bem poderia ser chamada de "contenciosa-administrativa". Dada a abrangência do princípio consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, qualquer lesão ou ameaça a direito poderá ser levada ao Estado-juiz (ao Poder Judiciário) mesmo quando o conflito envolva pessoas de direito público (pessoas administrativas). Neste sentido, posto a dicotomia não ter qualquer relevância para o direito brasileiro, o objeto de estudo do direito processual civil abrange tanto a chamada "jurisdição contenciosa" como a chamada "jurisdição administrativa". Por isto, vale o destaque, ser tão importante no direito brasileiro o estudo do que o n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte I denominou "direito processual público".

Esta característica do ordenamento jurídico nacional, contudo, não significa que não haja *processo* no âmbito do direito administrativo, que o Executivo não deva atuar *processualmente*. Lá, como no campo do "direito processual civil", toda a atuação do Estado – afinal, trata-se do *mesmo* Estado Democrático e de Direito moldado pela Constituição Federal de 1988 – é regrada e vinculada ao atingimento de finalidades estranhas a seus agentes, e, por isto mesmo, a produção de sua vontade (a "vontade *funcional*") pressupõe a manifestação estatal mediante prévio e devido processo (v. n. 1 do Capítulo 3, *infra*).

4.5. **Jurisdição inferior e jurisdição superior**

De acordo com este critério de classificação, que leva em conta a posição hierárquica de quem presta a jurisdição, esta pode ser *inferior* ou *superior*.

É neste contexto que devem ser apresentados os conceitos bastante úteis de "primeiro e segundo graus de jurisdição" e a referência a "primeira e

segunda instâncias".

Primeiro grau de jurisdição é locução que deve ser entendida como sinônima de "jurisdição inferior". É a identificação do órgão jurisdicional que deverá ser provocado para *dar início* à prestação da função jurisdicional propondo uma solução, prestando, ou não, tutela jurisdicional. O segundo grau de jurisdição ou jurisdição superior, neste sentido, é o órgão jurisdicional que desenvolverá função jurisdicional a partir do que se verificou nos órgãos inferiores. Em geral, a função jurisdicional desenvolvida pela "jurisdição superior" é de controle e de revisão dos atos praticados pela "jurisdição inferior".

Um exemplo ilustrará melhor a distinção. EAC envolve-se em acidente de carro com AEM. Frustradas tentativas de pagamento espontâneas do valor do conserto do veículo, EAC pretende obter tutela jurisdicional em face de AEM, correspondente à indenização pelos danos sofridos. Seu pedido deverá ser apresentado perante um dos órgãos jurisdicionais que, de acordo com o sistema processual civil (desde o "modelo constitucional do direito processual civil", vale o destaque), é *competente* para processar e julgar aquela causa. Assim, o órgão que desenvolverá a "jurisdição inferior" ou atuará como "primeiro grau de jurisdição" é o juízo de direito porventura existente no local do acidente (art. 100, V, *a*, do Código de Processo Civil). Quaisquer *decisões* proferidas pelo magistrado ao longo do processo podem ser recorridas (contrastadas, controladas) perante o Tribunal competente (o Tribunal de Justiça do respectivo Estado) que, por isto, desempenhará a "jurisdição superior" ou atuará como órgão de "segundo grau de jurisdição".

Embora existam, de acordo com o "modelo constitucional do direito processual civil", Tribunais que possam vir a apreciar eventuais recursos desta mesma causa depois da atuação do Tribunal de Justiça, deve ser evitada a referência a um "terceiro" ou a um "quarto" graus de jurisdição. Isto porque a função jurisdicional a ser desempenhada, em casos como o figurado no exemplo, por aqueles Tribunais (o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal) é *qualitativamente* diversa da função desenvolvida pelos Tribunais de Justiça. São órgãos que têm como função precípua a uniformização do direito federal (infraconstitucional ou constitucional, respectivamente) em todo o território nacional e, por isto, devem ser tratados, assim como algumas das formas de acesso a eles, como as do exemplo (recurso especial e recurso extraordinário, respectivamente) distintamente. São Tribunais que desempenharão, isto não pode ser posto em dúvida, atividade jurisdicional "superior". Esta atividade, contudo, não equivale a um "terceiro" ou a um "quarto" graus de jurisdição.

Com relação às expressões "primeira instância" e "segunda instância", vale o destaque de que elas não se confundem, necessariamente, com as expressões até aqui apresentadas. Pode haver – como, em geral, há – *coincidência* entre o órgão que exerce a "jurisdição inferior", que atua como "primeiro grau de jurisdição", e a "primeira instância" e entre o órgão que exerce a "jurisdição superior", que atua como "segundo grau de jurisdição", e a "segunda instância". O exemplo dado no parágrafo anterior não é exceção à

regra. Isto, contudo, não é necessário.

O próprio "modelo constitucional do direito processual civil" impõe situações em que não há esta coincidência. Assim, por exemplo, os Tribunais Regionais Federais, o Superior Tribunal de Justiça podem fazer as vezes de "jurisdição inferior" ou "primeiro grau de jurisdição" naqueles casos em que os arts. 108, I, *c*, e 105, I, *b*, da Constituição Federal, respectivamente, outorgam-lhes competência para processar e julgar *originariamente* determinadas causas. Nestes casos, justamente como decorrência da identificação do órgão que conhecerá, pela "primeira vez", da causa, não há órgãos de "primeira instância" atuando. E o órgão que exercerá a "jurisdição superior" ou o "segundo grau de jurisdição", em casos como estes, não é o órgão de "segunda *instância*", mas, respectivamente, os Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça, no primeiro caso (art. 105, II, *b*), e o Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, *a*), no segundo. No momento oportuno do *Curso*, no Capítulo 10 da Parte I do vol. 5, é enfrentada questão interessante que tem fundamento nesta distinção, quando confrontado com o que tratou o n. 8 do Capítulo 1 da Parte II, isto é, o "princípio do duplo grau de jurisdição". É que a depender do que, nestes casos, decidir o órgão de "primeiro grau de jurisdição", o *acesso* ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal (os já referidos "recurso especial" e "recurso extraordinário") não será indicativo da possibilidade do exercício, por eles, de um "segundo grau de jurisdição". Aqueles Tribunais exercerão "jurisdição superior" mas, pelas características ínsitas àqueles recursos, terão *limites* na sua atuação que não se coadunam com o entendimento corrente de um "segundo grau de jurisdição".

O Supremo Tribunal Federal pode também agir como órgão de "primeiro grau de jurisdição" no sentido colocado em destaque acima. São as hipóteses do inciso I do art. 102 da Constituição Federal, que o n. 2 do Capítulo 3 da Parte II chamou de "competência *originária*". Nestes casos, deve ser evitado falar em "jurisdição *inferior*" porque não há órgão superior para reexaminar as decisões daquele Tribunal. Pelas mesmas razões, não há "segundo grau de jurisdição". É o próprio Supremo Tribunal Federal, por intermédio de recursos para ele mesmo dirigidos, que controla o desempenho de sua própria atividade, à luz da opinião pública.

Os órgãos de "primeira instância" são sempre os juízos que se localizam, na estrutura judiciária, abaixo dos Tribunais Regionais Federais ("juízes federais", de acordo com os arts. 92, III, e 106, II, da Constituição Federal) e dos Tribunais de Justiça ("juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios", de acordo com os arts. 92, VII, e 125, *caput*, da Constituição Federal). Os órgãos de "segunda instância", nesta perspectiva, são os próprios Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Pelas mesmas razões já apresentadas sobre a não utilização das expressões "terceiro grau de jurisdição" e "quarto grau de jurisdição", devem ser evitadas as expressões "terceira instância" e "quarta instância". Quando um terceiro ou quarto órgão jurisdicional manifesta-se em um caso concreto – e isto é possível, mercê da sistemática dos recursos especiais e extraordinários (arts.

105, III, e 102, III, respectivamente, da Constituição Federal, e arts. 541 a 543 do Código de Processo Civil) –, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal atuam como órgãos de *sobreposição* (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte II). Exercem, é certo, "jurisdição *superior*" nos termos aqui discutidos mas isto não significa entendê-los como meros órgãos *revisores*, de "segunda instância" ou de um novo "segundo grau de jurisdição", do quanto decidido pelos demais órgãos jurisdicionais.

4.6. **Jurisdição de direito e jurisdição de equidade**

A doutrina tradicional distingue a "jurisdição de direito" da "jurisdição de equidade". A razão repousa fundamentalmente no disposto no art. 1.109 do Código de Processo Civil, que expressamente autoriza o magistrado, nos casos de "jurisdição voluntária" (v. n. 4.1, *supra*), a atuar fora da "legalidade estrita".

A distinção, contudo, não merece ser prestigiada. Não obstante a dicção do precitado dispositivo legal, não há como olvidar que a tendência do Direito como um todo é a de ser veiculado por normas de textura mais aberta, de densidade normativa mais aberta, viabilizando, com isto, que o magistrado, em qualquer caso, seja chamado a decidir com base em parâmetros mais valorativos e, por isto mesmo, menos presos à "letra da lei" e, consequentemente, equitativos. Eloquente, a este propósito, o parágrafo único do art. 953, segundo o qual "se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar *equitativamente*, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso". É, de resto, o art. 127 do Código de Processo Civil que expressamente autoriza ao juiz decidir "por equidade nos casos previstos em lei".

A adequada e racional interpretação destes conceitos vagos, indeterminados e valorativos, aliás, é um dos desafios que se põe ao estudioso do direito processual civil na atualidade, consoante quis demonstrar o n. 2.6.4 do Capítulo 2 da Parte I.

4.7. **Jurisdição interna e jurisdição externa**

A jurisdição ainda pode ser compreendida no âmbito interno (nacional) e no âmbito externo (internacional). Trata-se, aqui, de classificação que traz à tona as questões relativas à soberania de cada país. O ordenamento jurídico brasileiro refere-se expressamente à figura desde a Constituição Federal, ao submeter o Brasil, por exemplo, à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, a cuja criação tenha manifestado adesão (art. 5º, § 4º), e ao reservar para o Superior Tribunal de Justiça a competência originária para a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias (art. 105, I, *i*, da Constituição Federal) – v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte II –, e, no plano infraconstitucional, arts. 88 a 90 do Código de Processo Civil.

Como reflexo inerente à chamada "globalização", há espaço, até mesmo, para tratar de um "direito processual civil *transnacional*" (v. n. 7.5 do Capítulo 1 da Parte I) voltado também ao exame da "jurisdição externa" e, até mesmo,

suas relações com a "jurisdição interna". O que diz respeito ao desenvolvimento deste *Curso*, contudo, é o exame da "jurisdição interna".

Neste âmbito, isto é, no que diz respeito à "jurisdição interna", o que releva é verificar, diante da *unidade* da jurisdição e da *pluralidade* de órgãos que exercem, desde a Constituição Federal, qual órgão Judiciário atuará em cada caso concreto e a que título. É por esta razão que se faz necessário, idealmente, repartir o exercício da jurisdição entre os diversos órgãos que, desde a Constituição Federal, podem exercê-la. É neste sentido que a doutrina tradicional refere-se à *competência* como unidade ou medida da jurisdição. O número seguinte volta a apresentar o tema com mais vagar.

5. COMPETÊNCIA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

É clássica a lição de que a competência é *medida* da jurisdição, é a jurisdição na medida em que pode e deve ser exercida pelo juiz. Embora a jurisdição seja "una" e "indivisível", isto não quer significar que ela não pode ser compartimentada (como, de resto, ela é) para ser melhor exercida. Admitem-se, assim, especializações do exercício da função jurisdicional com vistas ao seu melhor desempenho. É esta a temática relativa à "competência" no âmbito do direito processual civil.

A competência, assim, é a quantidade de jurisdição, de "poder jurisdicional", cujo exercício é atribuído a cada órgão. É, por isto mesmo, a *concretização* da jurisdição, como verdadeira repartição ideal dela, identificando qual órgão jurisdicional deve atuar perante qual situação e em qual território.

O estudo da competência deve partir da Constituição Federal porque é ela que cria os órgãos jurisdicionais (art. 92) ou, quando menos, prevê a possibilidade e os princípios determinantes de sua criação (art. 125) e que impõe quais matérias serão julgadas por cada um dos Tribunais por ela criados ou, aqui também, cabe uma ressalva, as matérias que, por autorização expressa da Constituição Federal, poderão ser atribuídas por lei aos Tribunais. É por esta razão que, na apresentação do "modelo constitucional do direito processual civil" pela Parte II, foi indicada a *competência* dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), dos Tribunais Regionais Federais e da justiça federal de primeiro grau de jurisdição (v. Capítulo 3 da Parte II). Neste sentido, aquelas prescrições podem e devem ser entendidas como verdadeiras *garantias* aos cidadãos, aos jurisdicionados. Qualquer lei (ou, mais genericamente, qualquer ato infraconstitucional) que viole aquele "modelo" deverá ser considerado inconstitucional.

Quase como guia prático, desenvolvido pelos Capítulos 1 e 2 da Parte I do vol. 2, tomo I, a busca do "juízo competente" deve seguir sempre e, em qualquer caso, os seguintes passos: (*a*) trata-se de caso a ser julgado pela justiça brasileira?; (*b*) se positiva a resposta, aquele caso é reservado originariamente para algum Tribunal Superior ou, quando menos, para algum órgão dos Tribunais de segunda instância?; (*c*) trata-se de caso afeto a um órgão jurisdicional

"especial" (v. n. 4.2, *supra*)?; (*d*) se negativa a resposta, e, portanto, na medida em que o caso deva ser julgado pelos órgãos jurisdicionais "comuns" (v. n. 4.2, *supra*), a competência é da "justiça federal"?; (*e*) com a resposta negativa à última questão, o caso é da justiça comum *estadual*.

As letras *d* e *e*, contudo, reclamam uma complementação estranha às demais. Não é suficiente verificar que os juízes federais ou os juízes dos Estados deverão atuar no caso como órgãos de "primeiro grau de jurisdição". Ainda se impõe, nestes casos, a localização do *foro*, isto é, do território (subseção judiciária ou comarca) e do *juízo*, isto é, qual dos diversos juízos que ocupam o mesmo foro ("vara") competente.

Para tanto, faz-se mister o exame das regras relativas à competência dos §§ 1º a 4º do art. 109 da Constituição Federal para os casos dos juízes federais, das regras pertinentes do Código de Processo Civil (arts. 91 a 124, 475-P, 576 e 800), dos diplomas legislativos que disciplinam os chamados "Juizados Especiais" federal (Lei n. 10.259/2001) e estaduais (Lei n. 9.099/1995 e Lei n. 12.153/2009), das normas que dizem respeito à organização judiciária da justiça federal e das normas que dizem respeito à organização judiciária de cada Estado-membro. Quanto a estas, vale o destaque, não se pode olvidar da importância do exame das Constituições estaduais porque são elas que, de acordo com os princípios regentes da organização judiciária da Constituição Federal, disporão sobre a *competência* de seus Tribunais (art. 125, § 1º). Pode acontecer, portanto, que as Constituições dos Estados reservem, legitimamente, casos de competência *originária* a seus respectivos Tribunais de Justiça que, nestas condições, preferirão os órgãos da primeira instância.

O tema "competência", no que diz respeito à sua *identificação*, *fixação*, *concorrência* e *modificação*, contudo, não é objeto de uma teoria geral do direito processual civil. Ele será tratado em outros momentos deste *Curso,* em especial na Parte I do vol. 2, tomo I, quando o tema relativo a saber a qual *juízo* um dado pedido de tutela jurisdicional deve ser encaminhado colocar-se em pauta, oportunidade em que as considerações expostas no parágrafo anterior serão levadas em conta. É tema, portanto, que será tratado ao ensejo da descrição dos requisitos da petição inicial, isto é, do ato processual que, exteriorizando o exercício do direito de ação, rompe com a *inércia da jurisdição* e formaliza um requerimento de exercício da função jurisdicional com vistas à prestação de tutela jurisdicional em determinado caso concreto.

6. TUTELA JURISDICIONAL

Feitas as considerações que ocuparam os números anteriores, que preenchem as necessidades da doutrina tradicional do direito processual civil, vale prosseguir no estudo da "jurisdição" com os olhos voltados aos princípios constitucionais do processo civil, buscando correlacionar os grandes temas do "modelo constitucional do processo civil" (v., em especial, o Capítulo 1 da Parte II) com os "escopos do processo" (em especial, v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte

I), verificando em que medida o exercício da função jurisdicional – mais ainda quando é acentuada a sua natureza finalística e mais abrangente de "*dizer* e *realizar* o direito" (v. n. 3.2, *supra*, e, mais demoradamente, n. 6) – pode levar o estudioso do direito processual civil a repensar o tema de enfoque ou de ponto de vista diverso.

O ponto de partida desta reflexão não é diverso do que, desde o seu início, acentua este *Curso*: a Constituição Federal. De todo o arcabouço normativo lá constante, importante colocar em destaque a norma do inciso XXXV do art. 5º, o "princípio da efetividade da jurisdição" (v. n. 16 do Capítulo 1 da Parte II). É ela que, fundamentalmente, convida para renovadas reflexões sobre o tema "tutela jurisdicional". Não que os demais princípios do processo civil, analisados no Capítulo 1 da Parte II, não sejam importantes, verdadeiramente fundamentais, para o tema relativo à tutela jurisdicional. Como todo "princípio jurídico", é fadada ao insucesso qualquer tentativa de *isolamento* de cada um deles; todos eles acabam, de uma forma mais ou menos intensa, agindo em cada caso concreto. O que se dá, diferentemente, é que o inciso destacado contém norma fundamental e que permite que todo o tema que aqui interessa ganhe abrangência inédita no direito brasileiro.

A uma, porque também é daquela norma que se deve partir para uma reflexão sobre o conceito, sobre o alcance do que deve ser entendido sobre "tutela jurisdicional": o que o autor, que se sente *lesionado* ou *ameaçado* em direito seu, pode buscar perante o Estado-juiz a título de *proteção*? A duas, porque é a partir daquela norma que se pode (e que se deve, a bem da verdade) construir um novo paradigma para estudo das "tutelas jurisdicionais", não com base na noção de *reparação* de uma *lesão* a direito já consumada, já ocorrida no tempo, mas a partir da ideia de lesão a ser evitada, a partir, pois, da noção de *ameaça* a direito.

Mas, justamente porque o isolamento dos princípios constitucionais é tarefa fadada ao insucesso, nada há de errado em, dando merecido destaque ao inciso LXXVIII do art. 5º, o "princípio da economia e eficiência processuais", de que tratou o n. 15 do Capítulo 1 da Parte II, também levá-lo em conta para que as reflexões sobre o tema "tutela jurisdicional" sejam evidenciadas, e a necessidade de a atividade do Estado-juiz dever-ser *eficiente*, dever-ser *tempestiva*, dever-ser pensada de forma a garantir a obtenção dos melhores resultados com o mínimo de atividade.

Tendo presente que o *processo* é *método de atuação do Estado-juiz*, é o mecanismo pelo qual o direito material controvertido tende a ser realizado e concretizado, a tutela jurisdicional só pode ser entendida como esta *realização concreta* do direito que foi lesado ou ameaçado. Seja para o autor, quando ele tem razão; seja para o réu quando ele, o réu, tem razão. É insuficiente a ideia de *declaração judicial* de uma situação substancial em prol do autor ou do réu. É fundamental, para bem realizar o modelo constitucional do processo civil, que, além da declaração jurisdicional sobre a quem pertence um dado bem jurídico, que a prestação jurisdicional efetivamente entregue, conserve e guarde este bem jurídico junto a seu titular, a seu proprietário. Ao lado da *declaração* jurisdicional

dos "direitos", pois, deve ser levada em conta, também como fenômeno da jurisdição, ínsita à prestação jurisdicional, a *atuação* concreta desta *declaração*.

Uma tal observação fica ainda mais clara quando compreendido adequadamente o significado da expressão "tutela jurisdicional" no contexto de um estudo de direito processual civil. "Tutela" é proteção, é salvaguarda. "Tutela jurisdicional" é a proteção, a salvaguarda, que o Estado deve prestar naqueles casos em que ele, o próprio Estado, proibiu a "autotutela", a "justiça pelas próprias mãos". A "tutela jurisdicional", neste sentido, deve ser entendida como a contrapartida *garantida* pelo Estado de atribuir os direitos a seus titulares na exata medida em que uma tal atribuição faça-se necessária por alguma razão.

O que é importante, pois, de se ter em mente, destarte, é que *tutela jurisdicional* significa, a um só tempo, o "tipo" de proteção pedida ao Estado-juiz – o que a doutrina tradicional usualmente chama de "pedido *imediato*" – mas também (e principalmente) os "efeitos práticos" desta proteção no plano do direito material com vistas a proteger um determinado bem jurídico (um determinado *interesse*) que justificou o pedido de exercício da função jurisdicional ("pedido *mediato*", para empregar a nomenclatura tradicional).

Não basta só que o juiz profira, por exemplo, uma "sentença" que reconheça a existência de lesão ou de ameaça ao direito do autor. Isto não é, em todo e qualquer caso, suficiente para que ele entregue, ao jurisdicionado que é titular daquele direito, "tutela jurisdicional". É mister que o que estiver reconhecido na sentença possa surtir efeitos práticos e palpáveis para "fora" do processo, isto é, no plano a ele exterior. A "tutela jurisdicional", destarte, impõe que ela seja sentida, para ser efetiva, no plano material, fora, exterior ao plano do processo. É vazio de significado a compreensão de que a "tutela jurisdicional" contenta-se com o plano do próprio processo civil. De nada adianta declarar que um direito é digno de "tutela", de "proteção", se esta mesma "tutela", esta mesma "proteção" não é *efetiva*, no sentido de *realizada*, *concretizada*, *atuada* sobre o direito que está "fora" do processo.

Não é por outra razão, aliás, que uma das mais recentes leis de alteração do Código de Processo Civil, a Lei n. 11.232/2005, entendeu oportuno dar nova redação ao art. 463 para retirar do dispositivo a locução que vinculava o proferimento da sentença ao "término da prestação jurisdicional". A redação original daquele artigo de lei, de 1973, dava a entender ser suficiente ao juiz proferir sentença de mérito (isto é, uma sentença que resolvesse, como a doutrina tradicional costuma se referir, *a lide* a favor ou contra o autor, reconhecendo, para todos os fins, se havia ou não algum direito lesionado ou ameaçado e em que extensão) para que ele "cumprisse e acabasse seu ofício jurisdicional". À luz do "modelo constitucional do processo civil" isto não é mais suficiente. Fundamental também que os *efeitos práticos* – quaisquer que sejam eles –, derivados da sentença sejam sentidos em concreto, na realidade palpável. "Declaração" (no sentido de "reconhecimento" de direitos pelo Estado-juiz) e "execução" ou, mais amplamente, "efetivação" (no sentido de realização concreta, prática, daquilo que for declarado – reconhecido – pelo Estado-juiz) têm que andar juntas, são as duas faces de um mesmo fenômeno jurídico.

Proferir sentença de mérito – uma sentença que condena alguém a pagar uma determinada soma em dinheiro, por exemplo – não pode ser entendida como término do ofício jurisdicional ou, mais amplamente, como sinônimo de concessão de tutela jurisdicional. Jurisdição não é, só, *declarar* ou *reconhecer* direitos, é também e em igual medida torná-los concretos ou, quando menos, oferecer condições (técnicas) suficientes para esta *concretização*. Tutela jurisdicional é dar, a quem tem razão, o bem da vida que motiva seu ingresso no Judiciário. Neste sentido, a "sentença de mérito" é apenas uma *parcela* da tutela jurisdicional, um meio caminho andado para aquela finalidade mais ampla. Parcela de exercício da tutela jurisdicional, oportuno frisar, que é indispensável porque o Estado-juiz precisa primeiro reconhecer, de algum modo, a existência do direito ameaçado ou lesionado – e há várias técnicas diferentes para um tal reconhecimento – para depois criar condições de *concretamente* protegê-lo (e também há várias técnicas diferentes para tanto). Vê-se, por isto mesmo, que a mera *declaração* do direito não é suficiente para protegê-lo. Uma coisa é dizer que há uma dívida vencida e não paga e que ela deve, por isto mesmo, ser paga. Outra coisa, que pressupõe aquela "declaração", aquele "reconhecimento de direito lesionado", que cria condições concretas para o pagamento da dívida, que submeta o patrimônio de alguém àquela finalidade, independentemente da concordância do devedor. Isto é *também* tutela jurisdicional.

É certo que a sentença, até pode, muitas vezes, dispensar a necessidade de qualquer atuação concreta. É reconhecido, pelo direito positivo brasileiro, a possibilidade de determinadas "sentenças" bastarem, por si sós, para dar "tutela jurisdicional". É o que se dá, por exemplo, com os casos das chamadas "sentenças declaratórias" e com as "sentenças constitutivas". Na primeira classe, a declaração contida na sentença corresponde ao bem da vida perseguido em juízo. Neste sentido, a tutela jurisdicional corresponde *suficientemente* à declaração contida na sentença. Pretendia-se "declarar" que OAMS é filho de SCATC. O Estado-juiz reconhece a paternidade. É o que basta para a concessão da tutela jurisdicional no sentido de *satisfazer* aquele que se vale da atuação do Estado-juiz para obtê-la. Na segunda classe, das chamadas "sentenças constitutivas", o bem da vida perseguido em juízo corresponde a uma modificação a ser experimentada no plano do direito material. Assim, por exemplo, o que o casal, que tem filhos menores, pretende é o rompimento de seu vínculo matrimonial. A sentença do juiz que reconhece o direito à separação ou ao divórcio, consoante o caso, cria, por si só, uma nova situação jurídica para o casal. Eles passam a não ser mais casados, assumindo novo estado civil, o de separados ou divorciados. Aqui também a "tutela jurisdicional" – sempre entendida como a proteção que se pretende obter do Estado-juiz – reside no próprio proferimento da "sentença". É o proferimento da sentença, por si só, a técnica *suficiente* para concessão da tutela jurisdicional e, neste sentido, de obtenção da satisfação que o casal foi buscar perante o Estado-juiz. E vale a pena destacar, a propósito do que se lê do n. 4.1, *supra*, que o casal só foi buscar esta "tutela" perante o Estado-juiz porque, mesmo que estivessem, de comum acordo convencidos de que o melhor para eles era a separação ou o divórcio (é dizer, não havia *conflito* entre ambos), a lei brasileira torna *indispensável* a atuação

jurisdicional diante da presença de filhos menores. Caso contrário e desde que presentes os demais pressupostos do art. 1.124-A, a hipótese dispensaria a *necessidade* da atividade jurisdicional.

Nos dois exemplos, o que deverá ocorrer é que as "sentenças" sejam registradas nos cartórios de registro de pessoas naturais para que se dê a elas a indispensável publicidade exigida pelo direito material. Para que, no primeiro caso, conste da certidão de nascimento do autor que seu pai é SCATC e que, no segundo caso, conste da certidão de casamento do casal que eles já não são mais casados, com averbações, inclusive, nas certidões de nascimento de cada qual quando houve, durante a constância do casamento, alteração do nome de um deles. Isto, contudo, já não se confunde com a "tutela jurisdicional". Estas providências são impostas pelo direito material, são exigências dele. O que se esperava do Estado-juiz foi integral e suficientemente obtido com o proferimento das "sentenças". Por isto que, nestes casos, as "sentenças", por si só, correspondem à "tutela jurisdicional". As "sentenças", nestes casos, dão a *satisfação* que motivou o ingresso no Poder Judiciário.

O que importa relevar, de qualquer sorte, é que toda vez que a sentença, mesmo que de "mérito", não tiver o condão de dar ao autor (ou ao réu) o "bem da vida" que o levou ao Estado-juiz, toda vez que o bem da vida não for, com o tão só proferimento da sentença, suficientemente *protegido*, não há como recusar que, em casos como estes, houve efetiva tutela jurisdicional a algum dos sujeitos do processo mas que ainda há necessidade de *complementação* desta mesma tutela jurisdicional. É como se dissesse que o bem da vida que se persegue em juízo não está, ainda, integral e suficientemente *protegido*.

A crise de direito material (qualificada pela insuficiência da "autotutela" do próprio direito no plano material) pode dar ensejo à atuação jurisdicional (a jurisdição é inerte, v. n. 3.6, *supra*). A forma pela qual a atividade jurisdicional volta a proteger aquela específica crise de direito material é o que deve ser entendido por "tutela jurisdicional". As *formas* de tutela jurisdicional são idealizadas pelo legislador para proteger a crise de direito material. Mas isto não é suficiente. Ocorre que nem sempre a *atividade* jurisdicional concede, ela própria, suficientemente, *tutela* jurisdicional. Nestes casos, a tutela jurisdicional, para *agir* no plano material, para *satisfazer*, exige determinadas técnicas (determinados instrumentos, determinados meios) e estas técnicas são as técnicas processuais.

Por "técnicas processuais" deve ser entendido o conjunto dos meios e procedimentos aptos a garantir a atuação jurisdicional e, neste sentido, a *tutela jurisdicional*. As *formas* de tutela jurisdicional entendidas quanto à sua eficácia (v. n. 8.5, *infra*) – declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental, de acordo com a doutrina usual brasileira da atualidade – são, por exemplo, a proteção outorgada pelo Estado-juiz ("pedido *imediato*"), a uma devida situação de direito material, a um determinado "bem da vida" (o "pedido *mediato*"). As *técnicas* são os meios a serem empregados para que aquela proteção seja concretamente alcançada. É pertinente, neste contexto, acentuar a circunstância de que as *formas de tutela jurisdicional* repousam exclusivamente no plano

processual. Elas atuam, existem e se desenvolvem no plano do próprio processo. Elas, para atingirem o plano material e, neste sentido, para tutelarem os direitos materiais, tais quais reconhecidos pelo Estado-juiz, necessitam de *técnicas*, isto é, de meios adequados para tanto. As técnicas processuais devem ser entendidas, assim, como os específicos *instrumentos* destinados a exteriorizar para o plano material, a dar vida nele, às diversas formas de tutela jurisdicional, a *exteriorizar* para o plano material, vale dizer, à declaração, à constituição, à condenação, à "executivação" (o neologismo é proposital porque "executivar" não pode ser confundido com "executar", fenômeno decorrente tradicionalmente da *condenação*, como demonstra o n. 8.5.3, *infra*) e ao mandamento, todos eles existentes no plano do processo, embora dirigidos para o plano material, fora do processo, portanto.

Uma coisa é, portanto, destacar a existência, por exemplo, de uma "tutela jurisdicional mandamental" (v. n. 8.5.5, *infra*). Outra, bem diversa, é verificar em que condições que a "tutela jurisdicional mandamental" pode agir, pode atuar, pode comunicar-se com o plano material para tutelar (e tutelar sempre *adequadamente*, porque isto é impositivo para a atuação jurisdicional, v. ns. 3, 15 e 16 do Capítulo 1 da Parte II) o direito material em crise, tal qual reconhecido. Na perspectiva das técnicas processuais, tem pertinência indagar sobre o que é possível ao magistrado fazer para concretizar a tutela mandamental. Pode o magistrado multar o réu? Qual é a dinâmica desta multa? Pode o magistrado prender o réu? Qual é a dinâmica desta prisão? Trata-se de uma prisão civil? Trata-se de uma prisão penal? As respostas a estas questões são oferecidas principalmente pelo n. 4 do Capítulo I da Parte III do vol. 3.

Nestas condições, fica bem evidenciado o que este *Curso* quis apresentar desde seu início, de que os planos do direito material e do direito processual são, necessariamente, intercomunicáveis. Um alimenta, cria condições necessárias e suficientes de atuação do outro. A crise dá-se no plano *material*, ela é levada e filtrada no plano processual, isto é, reconhecida como existente ou não, que presta tutela adequada àquela crise. Nem sempre, contudo, é suficiente um tal reconhecimento no plano do próprio processo e, por isto, faz-se necessário verificar como ela pode (a bem da verdade, como ela *deve*) ser levada, uma vez mais, ao plano material, espaço ocupado pelas diversas *técnicas* processuais que caracterizam determinadas tutelas jurisdicionais. Esta *referibilidade* dos planos material-processual-material é fundamental para perfeita compreensão de todos e quaisquer fenômenos do direito processual civil (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte I). Com o tema "tutela jurisdicional" não poderia ser diverso.

De todo o exposto, é lícito concluir que a expressão "tutela jurisdicional" só pode ser entendida como significativa da "proteção jurisdicional *efetiva* e *tempestiva* dos direitos controvertidos". Ao lado e sem prejuízo da *declaração judicial* de uma específica ameaça ou lesão a direito pelo Estado-juiz há correlata necessidade, em todas aquelas situações em que a mera *declaração judicial* não der àquele que busca o Estado-juiz a satisfação que aguardava no plano do direito material, da *atuação* concreta da normatização jurisdicional, isto é, da produção, pelo juiz, de outros atos voltados precipuamente à satisfação do

autor. Reconhecer o direito não é necessariamente sinônimo de realizá-lo concretamente. Na perspectiva que funda este *Curso*, é mister compreender que esta noção é derivada da própria Constituição Federal, isto é, integra, compõe, o "modelo constitucional do processo civil" (Capítulo 1 da Parte II). Tutela jurisdicional *efetiva* impõe a *realização concreta* dos direitos declarados existentes pelo Estado-juiz.

A compreensão de tutela jurisdicional, portanto, não pode deixar de levar em conta os *meios* que se fazem necessários ao atingimento do *resultado* da decisão ou das decisões que são proferidas ao longo do processo que reconhecem a *existência* de um direito – não de sua mera afirmação –, carente de proteção pelo Estado-juiz. É essa a razão pela qual a expressão "tutela jurisdicional" não pode ser confundida com a noção de *sentença*, ainda que de "mérito". Não é suficiente aproximar a concepção de "tutela jurisdicional" ao proferimento de uma *decisão*, qualquer que seja ela, sentenças, acórdãos ou decisões interlocutórias. É importante enfatizar, até para afastar conscientemente usos e costumes da linguagem empregada na prática do foro e repetidos acrítica e generalizadamente, que "tutela jurisdicional", no sentido proposto por este *Curso*, volta-se aos resultados a serem sentidos, experimentados, *fora* do processo. Nesse sentido, "tutela jurisdicional" é *conteúdo*; a decisão, que reconhece a quem ela, a tutela jurisdicional, deve ser prestada, é *continente*; "tutela jurisdicional" é *fim*; a decisão que reconhece a quem ela, a tutela jurisdicional, deve ser prestada é *meio*.

Importa, em conclusão, destacar que, diferentemente do que ocorria há cem anos atrás, nenhum processualista civil da atualidade que se ocupar e preocupar com a *realização* dos direitos devidamente *reconhecidos* existentes em juízo será acusado de não discernir adequadamente entre os planos substancial e processual, quiçá, um "imanentista" ou um "concretista" (v. n. 1 do Capítulo 2) ultrapassado. Muito pelo contrário. O processualista civil que assim agir, direcionando seus estudos nesta direção, estará aplicando adequadamente a revisitação de sua disciplina, estará acentuando que o seu objeto de investigação tem finalidades a serem atingidas e que elas localizam-se fora dele, não se confundido com ele.

É chegada a hora de ser sublinhada a necessidade de ser construído um verdadeiro "neoconcretismo", que, conscientemente, volte-se à *aplicação* do lema chiovendiano de que o "processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir" (*Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 46) sem que isto, vale a ênfase, possa ensejar qualquer crítica quanto a não discernir suficiente e adequadamente os planos material e o processual, verdadeiro fantasma que assombrou gerações e gerações de processualistas civis e, é correto afirmar, a própria construção *científica* do direito processual civil (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte I).

Para tanto, é imperioso indicar, como quer este *Curso*, a "tutela jurisdicional" como eixo metodológico do direito processual civil, distinta de outros temas como a "ação", o "processo", a "defesa" e a própria "jurisdição".

A tarefa, com efeito, mostra-se bastante recompensadora para o processualista civil da atualidade em busca da construção proposta pelo parágrafo anterior. Entender as técnicas processuais civis como aptas à *realização efetiva* de um direito material suficientemente reconhecido como tal pelo Estado-juiz e, até mesmo, fora dele (é esta a distinção clássica entre "títulos executivos *judiciais*" e "títulos executivos *extrajudiciais*", respectivamente) não significa que só tem "ação", "processo" ou "defesa" aquele que, no plano material, é carente da tutela *material* de direitos (v. n. 7, *infra*). Obter tutela jurisdicional é o *resultado* ambicionado com a provocação e a atuação do Estado-juiz e, portanto, é nessa perspectiva que o estudo de todas as técnicas predispostas para tanto deve ser feito.

A construção de um "neoconcretismo", tal como este *Curso* propõe, convida a uma verdadeira revisitação das estruturas clássicas e tradicionais do nosso direito processual civil, do contexto de seu exame e da indicação de um novo eixo metodológico (a tutela jurisdicional), para adequá-las, vez por todas, aos anseios, por todos compartilhados, do papel a ser desempenhado pelo processualista civil do século XXI e, mais amplamente, pelo próprio direito processual civil, inclusive o legislado, a partir de seu "modelo constitucional".

7. TUTELA (MATERIAL) DE DIREITOS E TUTELA JURISDICIONAL DE DIREITOS

O tema relativo à "tutela de direitos" não é exclusivo do direito processual civil. É que os direitos (materiais) existem para serem cumpridos e observados independentemente da atuação jurisdicional – que é, por definição, *substitutiva* (v. n. 3.1, *supra*) – e, neste sentido, eles também são tuteláveis e tutelados concretamente. Como o n. 1 do Capítulo 1 da Parte I pretendeu acentuar, há dois planos distintos, embora complementares, do ordenamento jurídico: o "material" e o "processual".

No que diz respeito ao tema "tutela de direitos", por isto mesmo, o que deve ficar claro é que o processualista civil deve se voltar ao estudo da "tutela *jurisdicional* de direitos". E, para tanto, o ponto de partida necessário e inafastável, para seu desenvolvimento, é admitir que os direitos materiais não foram observados como deveriam ter sido. A razão pela qual isto não se verificou, pela qual o direito *material*, no plano *material*, não foi suficientemente ou adequadamente observado e, neste sentido, *tutelado*, é absolutamente indiferente. O que interessa, apenas e tão somente, é o fato de que há um direito (no plano material) que se verifica ameaçado ou já lesionado. E, justamente por isto, é que há campo para se cogitar da *necessidade* da *tutela jurisdicional* destes mesmos direitos. Seja para evitar a consumação da lesão, imunizando o estado de ameaça, seja para reparar a lesão já consumada. Neste caso, seja eliminando a causa de sua ocorrência, seja, pelo menos, eliminando os seus efeitos presentes e futuros.

É a tutela *jurisdicional* de direitos que diz respeito ao estudo do direito

processual civil. A tutela de direitos, isto é, sua proteção no plano material, externo ao processo, só interessa ao direito processual civil como *causa* da *necessidade* de exercício da função jurisdicional e, num segundo momento, quando reconhecido o direito a que a tutela jurisdicional seja prestada no caso concreto, para verificar de que maneira ela o será. A referência e a complementaridade entre os dois planos (material e processual) é irrecusável mas é necessário não tratá-los indistintamente, como se fossem uma só realidade.

Vale destacar que o tema relativo à tutela jurisdicional, não quando analisada da forma proposta por este *Curso*, pelo menos, não é dos mais comuns de serem analisados pela doutrina tradicional. Ela prefere analisar o que sempre foi chamado de "efeitos" (ou "eficácia"), "ações" ou, até mesmo, "sentenças", apresentando, para cada "tipo de processo" (conhecimento, execução, cautelar), uma tipologia própria.

No chamado "processo de conhecimento", os tipos de "efeitos", das "ações" ou "sentenças" típicos seriam "declaratórios" (voltados a solucionar crises de certeza), "constitutivos" (voltados a solucionar crises de situação jurídica) e "condenatórios" (voltados a solucionar crises de adimplemento). Algumas vozes, com imensa discrepância, tratavam também, ao lado destas três classes, dos "efeitos", "ações" ou "sentenças" "executivas *lato sensu*" e "mandamentais". É o que em geral é chamado de classificação ternária (alguns autores referem-se a ela como trinária) ou quinária dos "efeitos", "ações" ou "sentenças", respectivamente.

No chamado "processo de execução", a "ação" cogitável, de acordo com a doutrina tradicional – as sentenças neles proferidas (art. 795) têm conteúdo diverso (art. 794), por isto nunca foram levadas em conta nesta classificação – era "de execução". No chamado "processo cautelar", as ações seriam "cautelares".

Pelas razões que, mais agudamente, serão expostas daqui em diante e tomarão corpo também no n. 2 do Capítulo 2 e no n. 2 do Capítulo 3, *infra*, quando do trato da "ação" e do "processo", este *Curso* rejeita esta classificação e a sua nomenclatura. O que parece ser apto a ser estudado em classes diversas (classificado) mais propriamente – mais ainda quando analisado à luz do "modelo constitucional do processo civil" e à luz das inúmeras modificações trazidas paulatinamente pelas reformas do Código de Processo Civil – é a tutela jurisdicional e não propriamente as "ações" ou os "processos". Menos ainda as "sentenças", como se só elas, as "sentenças", pudessem *veicular* tutela jurisdicional (v. n. 8.2, *infra*).

Ademais – e talvez ainda mais importante – o exame mais tradicional da matéria acaba por separar em planos nem sempre intercomunicáveis (os diferentes tipos de "processo") facetas e feições de uma *mesma* realidade jurídica. O caso da "ação" ou "sentença" condenatória é o mais significativo de todos. Para o plano do "processo de conhecimento", a "condenação" seria, no máximo, uma declaração qualificada de que houve inadimplemento no plano do direito material. Já no plano do "processo de execução", esta "declaração

qualificada", esta verdadeira "reprovação", assume foros bem diversos, pois autoriza, ela própria, a prática de diversos atos jurisdicionais voltados à realização concreta do direito tal qual reconhecido pelo Estado-juiz. Fosse, contudo, um caso de execução fundada em título executivo *extrajudicial* – documento que autoriza a prática de atos jurisdicionais voltados à realização concreta de um direito devidamente reconhecido que não seja uma decisão proferida pelo Estado-juiz (uma "sentença condenatória") – e esta dicotomia "condenação/execução" já não seria mais concebida. A razão é mais que justificável, é certo, porque o momento "declaração" (reconhecimento do direito) da "condenação" não é necessário em se tratando de título executivo *extrajudicial*, que faz as vezes de uma "sentença condenatória". Mas – é este o ponto que vale a pena colocar em destaque – o "efeito executivo" ou, mais propriamente, os "efeitos executivos" de uma e de outra espécie sempre foram, até o advento das Reformas do Código de Processo Civil de 1994 (em especial com o art. 461), rigorosamente idênticos. Por que cuidar de um mesmo efeito jurídico de duas formas diversas? Por que não reconhecer que a "ação" ou "sentença" de "condenação" equivalia, pelo menos nos seus efeitos práticos, à "ação de execução"?

Para não ir além dos limites suportados por este *Curso*, o que deve ser extraído dos parágrafos anteriores é que, à luz do "modelo constitucional do processo civil" *e* das modificações legislativas que, gradativamente, foram incorporadas ao Código de Processo Civil, não há mais como limitar-se a tentar "encaixar" uma classificação de "ações" e "sentenças" concebidas para descrever outras realidades normativas. É fundamental ir além e propor novos critérios classificatórios. Não, que fique bem clara a proposta assumida por este *Curso*, pelo gosto pela novidade, mas, bem diferentemente, para descrever adequada e suficientemente uma *nova* realidade jurídica.

Nesta toada é que uma das propostas da doutrina mais recente a partir da compreensão do processo civil, a partir de seu modelo constitucional, diz respeito à necessidade de *reconstrução* do sistema de tutelas jurisdicionais, partindo de pressuposto *diferente* daquele empregado pela doutrina tradicional, justamente o do plano do direito material e de seus resultados práticos para o cidadão. Esta corrente vem propondo, em substituição àquele critério de classificação, um novo que leva em conta os *resultados* que se espera possa a atuação jurisdicional alcançar no plano a ele exterior, no plano do direito material, portanto. Daí distinguir-se a "tutela *preventiva*" (predestinada a evitar violação a direitos) da "tutela *repressiva*" (predestinada ao restabelecimento de situações transgredidas, seja pela forma *específica* ou *genérica*, meramente ressarcitória, sancionando, ou não, consoante o caso, condutas indevidas).

Não há razão nenhuma para, sem abandonar as premissas fundantes deste *Curso*, deixar de conciliar as propostas de classificação acima indicadas, combinando-as e contextualizando-as adequadamente, colocando em evidência, como não pode deixar de ser, o que, por vezes, não se revela de forma clara: critérios de classificação nada mais são do que métodos empregados para melhor conhecer e descrever determinados fenômenos. Eles, os métodos classificatórios, não são os próprios fenômenos descritos. Eles, por essa razão,

não existem em si mesmos. O que existe – e deve ser estudado e sistematizado – são os objetos classificados. Até porque, a depender da construção que se faça das tutelas jurisdicionais à luz de todas e quaisquer vicissitudes do direito material, o risco em reconhecer, mesmo que inconscientemente, um certo "imanentismo" (v. n. 1 do Capítulo 2, *infra*), isto é, o acesso à Justiça como mero reflexo *dependente* de uma agressão ou ameaça a direito material, é inescondível.

A utilidade em tratar o tema das "tutelas jurisdicionais" em classes distintas, portanto, reside na possibilidade de reuni-las, observando melhor facetas suas mais específicas, em prol de uma mesma finalidade: a realização dos escopos, sociais, políticos e jurídicos da jurisdição.

Mais importante, contudo, do que qualquer proposta de classificação é a percepção de que a proteção jurisdicional de direitos decorre da *própria* Constituição Federal, ela é verdadeiramente *imposta* pela Constituição Federal. Basta, para tanto, dar plena aplicação (efetividade) ao modelo constitucional de processo civil para que "cada direito" encontre, na realidade do sistema, uma efetiva *tutela*, é dizer, sua real e adequada proteção e realização prática. O princípio da efetividade da tutela jurisdicional conduz à ideia de que o sistema de proteção (jurisdicional) dos direitos seja desenhado – ou redesenhado – na perspectiva dos maiores resultados jurídico-materiais possíveis. Isto, contudo, ao contrário do que poderia parecer, não significa, necessariamente, abandono das categorias tradicionalmente trilhadas pela doutrina do direito processual civil. Trata-se, diversamente, de sublinhar o alcance das diversas formas desenvolvidas historicamente para que a tutela *jurisdicional* de direitos seja alcançada, isto é, seja *efetiva*, possa produzir efeitos para *fora* do processo, no plano material, levando em conta, como não poderia deixar de ser, as linhas do "pensamento contemporâneo do direito processual civil".

8. CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Feita a ressalva do número anterior, sempre importante, os números seguintes ocupam-se da apresentação de diversos critérios classificatórios da tutela jurisdicional, levando em consideração diversos critérios classificatórios, todos eles extraídos diretamente da Constituição Federal. O n. 8.5.6, em especial, busca ofertar uma *nova* proposta classificatória e, consequentemente, uma nova forma de compreensão da tutela jurisdicional mais rente às *necessidades* que o próprio "modelo constitucional do processo civil" encarrega-se de encomendar ao estudioso do direito processual civil.

Os critérios classificatórios aqui apresentados, como sói acontecer com eles, não são excludentes uns dos outros. Eles podem e devem ser combinados, usados conjuntamente, com o fito de melhor compreender os fins e os meios para uma adequada prestação da tutela jurisdicional. A tutela jurisdicional *preventiva*, destarte, pode ser concedida *provisoriamente*, e assumir eficácia *mandamental*, para demonstrar a ocorrência concomitante de cada uma das classes estudadas nos números seguintes.

O exame das específicas *técnicas* empregadas para a realização concreta das tutelas jurisdicionais é assunto ao qual se volta todo o vol. 3 (v., em especial, o n. 1 da Introdução).

8.1. Tutela jurisdicional classificada pela perspectiva do dano: tutela preventiva e tutela repressiva

O princípio constitucional contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal fornece condições seguras para a construção de um novo paradigma de tutela jurisdicional, em busca de uma maior "efetividade jurisdicional". Um paradigma que contrapõe a "tutela jurisdicional *repressiva*" à "tutela jurisdicional *preventiva*". "Tutela *repressiva*" no sentido tradicional de criar condições para que a *lesão* a direito seja devidamente *reparada*, repondo as coisas no estado anterior na medida das possibilidades concretas (ou, ao menos, criando condições para tanto) e "tutela *preventiva*" no sentido de evitar a lesão; de ser imunizada a ameaça, evitando que ela, ameaça, transforme-se em lesão.

Forte na dicotomia estabelecida pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, entre *ameaça* a direito e *lesão* a direito, não há como desconsiderar a importância de desenvolver toda uma sistematização sobre as formas de tutela jurisdicional a partir destas duas situações. Uma coisa é conceber a tutela jurisdicional a partir de uma visão *prospectiva* (voltada para o futuro), para evitar a ameaça ou sua propagação. Outra é conceber a tutela jurisdicional de uma visão *retrospectiva* (voltada para o passado), destinada a eliminar a lesão a direito ou, quando menos, seus efeitos que ainda se possam fazer sentir.

A utilidade de distinguir estas duas classes também é, como em qualquer critério de classificação, viabilizar a colocação dela ao lado de outras classes que se justifiquem à luz de *outros* e *diversos* critérios classificatórios. Assim, por exemplo, e mais rente ao que a doutrina tradicional propõe, não há como recusar que uma "tutela preventiva" pode, em alguma medida, também ser "tutela declaratória" ou "tutela mandamental" e uma "tutela repressiva" ser também entendida como "tutela constitutiva" ou "tutela condenatória" (v. n. 8.5, *infra*). Ademais, uma mesma situação de fato, que apresente traços de lesão e de ameaça a direito concomitantemente, pode exigir, no plano processual, a atuação da tutela jurisdicional em diversos níveis ou graus. Seja do ponto de vista da perspectiva do dano aqui examinada e desdobrada nos números seguintes (tutela preventiva ou repressiva) ou do ponto de vista da eficácia da tutela jurisdicional (tutela declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental), objeto de análise nos ns. 8.5.1 a 8.5.5, *infra*.

É supor a situação de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face de MSSS e de SNS para evitar que determinado programa de televisão seja transmitido em virtude de seu conteúdo (tutela *preventiva* para evitar ameaça de lesão concedida *provisória* e *antecipadamente*) mas que, não obstante a ordem do magistrado para que ele não o fosse transmitido (tutela *mandamental*), ele o é. Para evitar o prosseguimento da lesão a direito já

ocorrido, há espaço para cogitar de uma tutela *repressiva* e de tutelas *mandamentais* ou *executivas* que assegurem a retirada compulsória daquele programa do ar independentemente, até mesmo, da realização de um prévio e exaustivo contraditório.

8.1.1. Tutela preventiva

O paradigma usualmente empregado pela doutrina do direito processual civil para tratar da tutela jurisdicional é a chamada "tutela repressiva": dado o dano, deve se dar a reparação a mais completa possível. Trabalha-se, costumeiramente, em torno da ideia de *lesão* já consumada, as famosas e costumeiras chamadas "ações de indenização". O que a Constituição de 1988 quer, sem abandono disto (já que se refere, ainda, a que nenhuma *lesão* seja afastada do Poder Judiciário), é que *também* a *mera ameaça* enseje uma pronta e adequada intervenção jurisdicional *e* uma pronta e adequada solução jurisdicional. Que a ameaça sequer venha a se converter em lesão. Seja porque, uma vez lesionado o direito, é *impossível* voltar ao *status quo ante* ou, até mesmo, apagar os efeitos que esta lesão (já consumada) tenha gerado, seja porque e simplesmente não é desejável que ocorra a lesão, não obstante seja possível o retorno ao estado anterior. É nesta preocupação destacada pela própria Constituição Federal que reside a noção suficiente de "tutela preventiva", de proteção de uma situação de ameaça.

Algumas considerações complementares fazem-se necessárias. A análise e a importância do exame da tutela *preventiva* nesta perspectiva constitucional fica ainda mais interessante na medida em que há determinados direitos, tais quais assegurados no plano do direito material, que não permitem, pela sua própria natureza, compensação monetária ou reparação porque são, até mesmo, carentes de qualquer expressão monetária. Eles, os direitos, têm que ser realizados e fruídos *in natura* ou se descaracterizam como tais. É o que se dá, para fazer menção a dois casos, apenas, com os direitos relacionados à personalidade (art. 5º, X, da Constituição Federal, e 12 e 21 do Código Civil) ou com os direitos relacionados ao meio ambiente (art. 225 da Constituição Federal).

Mesmo outros direitos que admitam, de alguma forma, expressão monetária e que, por isto mesmo, aceitariam a tutela (jurisdicional) *repressiva* justificam também a prestação da tutela (jurisdicional) *preventiva* porque a isto não se pode furtar o aplicador da lei processual civil, forte na realização concreta do "modelo constitucional do processo civil", suficiente a lembrança, uma vez mais, da grandeza do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: toda a estrutura do direito processual civil deve ser (re)construída a partir da noção de *ameaça* a direito e não só, como tradicionalmente se deu, a partir da compreensão de *lesão*. Uma forma de tutela jurisdicional já não pode mais sobrepor-se a outra, excluí-la. Ambas têm que ser pensadas e sistematizadas, desde o plano constitucional, para proteger suficiente e adequadamente todas as possibilidades de *lesão* e de *ameaça* a direito consoante sejam as vicissitudes de cada caso concreto.

É por esta razão que parcelas da doutrina, capitaneadas nas letras jurídicas

nacionais por Luiz Guilherme Marinoni, vêm sustentando ser mister, para a adequada compreensão da tutela *preventiva* (o precitado autor refere-se a esta *classe* de tutela como *inibitória*), distinguir entre "ilícito" e "dano". A tutela preventiva volta-se a evitar o ilícito, assim entendido qualquer ato praticado em desconformidade com o direito, independentemente da existência de dano. Quando menos, o que a tutela preventiva tem em mira é remover eventuais ilícitos continuados ou repetidos, independentemente dos danos eventualmente ocorridos. Assim, a tutela preventiva dirige-se a evitar que situações, as mais amplas possíveis, contrárias ao direito, venham a ocorrer e, na hipótese de elas ocorrerem, para evitar que seus efeitos propaguem-se no tempo e no espaço. Para isto, não há necessidade de dano, embora ele possa ocorrer sem descaracterizar, como tal, a amplitude da tutela que este *Curso* chama de *preventiva*.

Trata-se, é esta a verdade, de dar adequada interpretação ao que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal prevê. A tutela jurisdicional deve assegurar não só reparação a *lesões* mas, muito mais do que isto, evitar que ameaças a direito convertam-se em *lesões*, em *danos*. A "tutela jurisdicional da ameaça" (tutela jurisdicional preventiva), portanto, prescinde da ocorrência do *dano*, da *lesão*. Ela se justifica, para ser prestada, tão só pela *ameaça* de *ilícito*, de ato contrário ao direito, *independentemente* da ocorrência de dano.

Assim, põe-se a necessária construção de uma específica forma de tutela jurisdicional que seja apta o suficiente para assegurar a fruição *in natura* de determinados direitos – fruição dos próprios direitos e não do seu equivalente monetário –, evitando-se, por isto mesmo, que ocorra uma situação absolutamente indesejável para o ordenamento jurídico que é a *violação* ao direito, a ocorrência de *lesão*. E vale frisar: seja porque um específico direito não aceita, pela sua própria natureza, sua *compensação* monetária (violação a um direito da personalidade), seja simplesmente porque não é mais tolerado pelo ordenamento jurídico, quando menos, não é mais desejável que determinados direitos sejam lesionados embora sejam eles passíveis de posterior recomposição (violação a direitos do consumidor individualmente considerados).

Não há razão para omitir que esta perspectiva de exame de tutela jurisdicional não é estranha ao direito processual civil brasileiro e não é, também, uma absoluta novidade entre nós. Tradicionalmente, faz-se referência a determinadas "ações" voltadas a tutelar situações de direito material que estão na *iminência* de sofrer dano mas nas quais ainda não houve *lesão*.

Já no Código de Processo Civil de 1939 era reservado todo um capítulo de seus "procedimentos especiais" para disciplinar as chamadas "ações cominatórias". Os arts. 302 a 310 daquele Estatuto, com efeito, regulavam a "ação cominatória para prestação de fato ou abstenção de ato". No Código de Processo Civil de 1973, vale o destaque, a "ação cominatória", tal qual conhecida do direito processual civil anterior, veio a ser substituída pelo art. 287, revelador da forma "residual" que assumiu aquele anterior "*procedimento* especial" ou "processo especial", como os denominava o Código de 1939. O "pedido cominatório" regulado naquele dispositivo até os dias de hoje, aperfeiçoado pelas

sucessivas Reformas do Código de Processo Civil, em especial pela Lei n. 10.444/2002, tem como finalidade evitar que uma situação de ameaça a direito transforme-se em lesão.

O próprio mandado de segurança, regido pelos arts. 319 a 331 do mesmo Código de 1939, já conhecia a sua forma "preventiva" (art. 319, *caput*) – repetindo, no particular, o disposto no art. 1º da Lei n. 191/1936, primeira lei que disciplinou o instituto –, situação expressamente mantida pela sua lei de regência mais recente (art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.016/2009).

As chamadas "ações possessórias" disciplinadas como "procedimentos especiais" no Código de Processo Civil de 1973 são também bons exemplos de exercício da "tutela preventiva", como fazem prova os arts. 921, II, 928 e 932. O mesmo pode ser tido com relação à "ação de nunciação de obra nova", na linha do que prevê o art. 934, I a III, inclusive com a possibilidade do embargo extrajudicial (art. 923). Estas duas "ações" não eram desconhecidas, com os mesmos moldes destacados, pelo legislador de 1939, como fazem prova os arts. 371, 377, 378 e 385 do Código de então.

No âmbito do "direito processual coletivo", vale a pena o destaque, apenas para ilustrar as considerações até aqui feitas, do art. 11 da Lei n. 7.347/1985 (lei da ação civil pública).

Por ora, mais importante do que localizar as referências *expressas* da tutela jurisdicional preventiva no plano da legislação processual civil (codificada ou extravagante) – e esta tarefa ocupará, no momento oportuno, o desenvolvimento deste *Curso* – é verificar que, em função do "modelo constitucional do processo civil", toda vez que houver, no plano material, algum direito cuja fruição plena só se justifique na sua forma específica, *in natura*, isto, por si só, *impõe*, no plano do processo e, mais do que isto, ao processualista, àquele que pensa e reflete sobre o direito processual civil, a concepção de uma forma de tutela jurisdicional apta a assegurar aquela específica fruição. O direito processual civil como um todo, para ir direto ao ponto, deve ser pensado de forma a evitar, a todo o custo, que a situação de *ameaça* converta-se em lesão. Passa a ser relevante verificar em que medida o Poder Judiciário pode (e, a bem da verdade, *deve*) atuar em prol da *imunização* de situações de lesão antes de elas se consumarem. É o que *impõe* o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, até porque não é legítimo postergar esta tarefa, mesmo sem lei que crie condições concretas para, a cada situação de ameaça, evitar danos. É esta a consequência prática da grandeza do § 1º do art. 5º da Constituição Federal.

É fundamental pesquisar como se pode evitar que uma situação de ameaça se converta em lesão ou, o que é o mesmo, saber quais formas que a tutela preventiva pode assumir para atuar nas diferentes situações de direito material com aquele mesmo objetivo. Estas "formas de tutela preventiva" são os diversos modos que podem ser empregados para o atingimento daquela finalidade pela atuação do Estado-juiz, isto é, pelo exercício da função jurisdicional.

É bastante frequente a doutrina e a jurisprudência, acerca da pesquisa relativa a estas *formas* de tutela jurisdicional preventiva, fazerem menção ao que

chamam, forte no que dispõem o art. 273 e o Livro III do Código de Processo Civil, de "tutela antecipada" e de "tutela cautelar". Esta lembrança impõe a abertura de um novo número para tratar, mesmo que brevemente, da "tutela de urgência".

8.1.1.1. Tutela de urgência

Sem prejuízo do que é tratado pelo vol. 4, convém reservar todo um número para apresentar a noção básica das tutelas de *urgência*, assim entendidas, a "tutela cautelar" e a "tutela antecipada" para os fins examinados no número anterior.

Dentre as várias *técnicas* de que o legislador e o juiz podem (e devem) valer-se concretamente para realizar a diretriz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, isto é, para imunizar situações de ameaça, situações de "perigo na demora da prestação jurisdicional" ou o que é o mesmo em expressão latina largamente consagrada, de "*periculum in mora*", encontram-se, no referencial do direito infraconstitucional, as chamadas tutelas *cautelar* e *antecipada*. Esta, em sua específica previsão do inciso I do art. 273; aquela, genericamente prevista nos arts. 796 a 889 do Código de Processo Civil.

Ambas, na perspectiva que aqui interessa – e é certo que a "tutela antecipada" aceita enfrentamento de perspectiva diversa, razão pela qual ela será referida *também* no critério classificatório com o qual se ocupa o n. 8.2, *infra* –, têm em comum a gênese constitucional inquestionável de servirem para evitar que ameaças transformem-se em lesões, isto é, são *técnicas* de realizar a tutela jurisdicional *preventiva* de que trata o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Cada uma delas, com as suas especificidades que são tratadas pelo vol. 4, busca criar condições concretas, isto é, fora do plano do processo, de imunização de *ameaças*. Seja quando o Estado-juiz apenas imuniza a ameaça pura e simplesmente (impede a reprodução de matéria jornalística ofensiva à honra ou à imagem de alguém, por exemplo) – campo tradicionalmente ocupado pela tutela *cautelar* –, seja quando o Estado-juiz, para evitar que a ameaça se transforme em lesão, autoriza a fruição imediata de determinado bem jurídico (permite-se que uma rede de televisão transmita a final do campeonato de futebol independentemente da definição de saber quem possui e quem não possui os direitos da transmissão, por exemplo), espaço usualmente ocupado pela chamada tutela *antecipada*.

Este breve referencial permite verificar que em algumas situações – e isto, vale sempre a pena frisar, desde a Constituição Federal –, o direito processual civil brasileiro autoriza a fruição de um determinado bem jurídico mesmo antes da definição final do Estado-juiz, *antecipando-se*, com isto, os efeitos que, tradicionalmente, só seriam sentidos depois de consagrados, no caso concreto, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Em outras, a *forma* pela qual se imuniza a ameaça limita-se a evitar o dano alegado pelo autor perante o Estado-juiz (vedando a prática de um ato), assegurando-se, com isto, que, no momento oportuno, possa se fruir amplamente dos direitos a serem

reconhecidos ao longo da atividade jurisdicional.

O que, para o momento presente da exposição, justifica a menção às chamadas tutela *cautelar* e tutela *antecipada* é que, em ambas, o elemento *constante*, que legitima a pronta e imediata, até mesmo, enérgica atuação do Estado-juiz, é a "*urgência*", isto é, a *necessidade* de atuação jurisdicional *antes* da consumação do dano. A tutela jurisdicional em casos como estes justifica-se para evitar que o *tempo* necessário para concretização dos princípios constitucionais destacados no parágrafo anterior seja, ele próprio, fator de prejuízo, quiçá de total inutilidade, da própria atividade a ser desenvolvida jurisdicionalmente, aplicação escorreita, portanto, do quanto apresentado no n. 15 do Capítulo 1 da Parte II.

É por força do elemento *constante* referido acima – de evitar dano antes de sua consumação –, aliado à circunstância da enorme dificuldade doutrinária e jurisprudencial em distinguir, por este critério, o que é e o que não é "tutela cautelar" e o que é e o que não é "tutela antecipada" (a tutela antecipada do art. 273, I, é importante ressalvar), que, seguindo os passos de boa parcela da doutrina, este *Curso* prefere, aqui, tratar ambas como uma só realidade, como "tutelas de urgência" que, para todos os fins, é expressão sinônima da "tutela preventiva" com a qual se ocupou o número anterior. O tratamento *comum* destas duas técnicas da tutela jurisdicional *preventiva*, ademais, tem o grande mérito de viabilizar que ambas sejam prestadas *indistintamente*, o que responde não só à inquietação doutrinária referida mas também a uma necessidade prática que, convém repetir, tem assento expresso no "modelo constitucional do processo civil". O tema, que é desenvolvido com o vagar necessário pelo Capítulo 8 da Parte I do vol. 4, é referido também no n. 5.2 do Capítulo 2 da Parte IV.

Também, mas não menos importante, é fundamental evitar maiores generalizações com a expressão "tutela antecipada", no contexto aqui examinado. É que ela, por força do próprio direito positivo brasileiro (art. 273, II e § 6º), impõe a atuação do Estado-juiz em hipóteses em que não há, pelo menos expressa e explicitamente, *urgência*, o que, para o nosso direito, não é tolerado para as chamadas "tutelas cautelares". É justamente por isto, aliás, que ela, a "tutela antecipada", mas não a "tutela cautelar", aparece em contextos diversos de classificação nos números seguintes, muito mais como *técnica* de prestação da tutela jurisdicional do que, propriamente, como "a" tutela jurisdicional prestada.

8.1.2. Tutela repressiva

Diferentemente das considerações que ocuparam os números anteriores, a "tutela jurisdicional *repressiva*" não se volta a proteger (tutelar) uma situação de *ameaça*, *imunizando-a*, mas, bem diferentemente, volta-se a proteger (tutelar) uma situação de lesão, de dano, de violação concreta da ordem jurídica, determinando, por isto mesmo, a reparação dos danos daí originários ou derivados, sejam eles "patrimoniais" ou "morais", vertentes reconhecidas expressamente pelo art. 5º, X, da Constituição Federal e que podem ser

protegidas (tuteladas) concomitantemente (Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça). Esta "reparação" de danos deve ser entendida como a aplicação da sanção correspondente, tal qual prevista no ordenamento jurídico, devida pela lesão a direitos.

Como o n. 8.1 fez questão de evidenciar, o que este *Curso* propõe seja chamado de "tutela repressiva", assim entendida a *tutela jurisdicional voltada a reparar situações de lesão a direitos*, foi o eixo metodológico histórico e largamente utilizado para o desenvolvimento dos estudos científicos do direito processual civil. Não é exagerada a afirmação de que tudo o que se pensou, em largos espaços de tempo, sobre direito processual civil, tomou como base, mesmo que *inconscientemente*, a noção de *violação* da ordem jurídica, de *dano consumado*, de *lesão*, portanto.

A constatação não pode ser entendida em sentido crítico ou em tom de censura. O fenômeno vincula-se intimamente à própria concepção de Estado e de Direito (e das formas de se pensar o Direito) que reinavam então e, verdade seja dita, até há bem pouco tempo inclusive entre nós. O que releva para fins de problematização é perceber que, pela (diversa) realidade do Estado brasileiro atual, pela (diversa) realidade do próprio Direito atual e, não poderia ser diferente, pelas (diversas) perspectivas de qualquer reflexão jurídica – a remissão ao n. 2 e seus respectivos desdobramentos do Capítulo 2 da Parte I é irrecusável para demonstrar a importância destas considerações –, a análise "tradicional" da tutela *repressiva* não é mais suficiente. Não, vale repetir, para criticar o que foi feito tradicionalmente mas, bem diferentemente, para *atualizar* e *contextualizar* o tema relativo à tutela jurisdicional, forte na construção que *deve ser* feita a partir do "modelo constitucional do processo civil".

Tanto assim que, se é verdade, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal veio, de forma *expressa*, abrir ensejo a uma *diferente* concepção de tutela jurisdicional voltada a *imunizar* as situações de ameaça (v. n. 8.1.1, *supra*); por mais importante que seja esta (nova) forma de pensar o direito processual civil, não há por que relegar a um segundo plano as preocupações, mesmo que "tradicionais" e "seculares" da "tutela jurisdicional *repressiva*". Os "novos" e os "velhos" modelos processuais civis têm que coexistir – é a Constituição que o impõe – e, juntos, realizar os escopos maiores do Estado Democrático de Direito. Ainda há na atualidade, como havia nos séculos passados, a situação em que o credor não recebe, de seu devedor, a quantia devida no vencimento da obrigação. O direito processual civil não pode abstrair esta realidade, deixando-a de lado por força de "novos" direitos, criando uma tutela jurisdicional de "segunda classe" ou menos importante.

O desafio que se põe, destarte, é (re)desenhar a tutela jurisdicional *repressiva* à luz do "modelo constitucional do processo civil", reconhecendo a ela, a exemplo do que à tutela jurisdicional *preventiva*, o mesmo viés de *efetividade* e de *tempestividade*, que, à luz daquela premissa metodológica, mostra-se inafastável.

Afirmar que a tutela jurisdicional repressiva volta-se a proteger situações em que já se consumaram lesões a direito é, contudo, insuficiente. Mesmo para a

construção de uma *teoria geral do direito processual civil*, faz-se mister ir um pouco além. É que a tutela repressiva pode-se apresentar de duas formas bem distintas, de acordo com técnicas diversas. Sua atuação, a reparação do dano, portanto, pode-se dar de forma "específica" ou "genérica". É para esta demonstração que se volta o número seguinte.

8.1.2.1. Tutela específica e genérica

Por "tutela específica" deve ser entendida a maior *coincidência* possível entre o *resultado* da tutela jurisdicional e o cumprimento da obrigação, caso não houvesse ocorrido lesão de direito no plano material. Embora jurisdicionalmente, o que se pretende obter é o *mesmo* resultado que decorreria do cumprimento *espontâneo* da obrigação no plano de direito material, como se não houvesse *necessidade* de intervenção do Estado-juiz.

A "tutela genérica", de seu turno, deve ser entendida como aquela situação em que o inadimplemento da obrigação gerará para o obrigado direito a mera indenização, às "perdas e danos", para empregar expressão bastante comum. É este equivalente monetário que, obtido jurisdicionalmente, satisfará o credor. Quando o "dano" corresponde ao não pagamento de uma dívida, não há como negar que haja, na prestação jurisdicional, uma certa coincidência com a expectativa do direito material. Haverá, contudo, certos casos em que o credor da obrigação terá que se *contentar* com o equivalente monetário da obrigação assumida no plano material mesmo que a obrigação ajustada não tivesse como objeto dinheiro mas uma atuação humana, assim uma obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa diversa do dinheiro. A satisfação do credor, nestes casos, repousa em um específico comportamento ou em uma específica abstenção do devedor e não na expressão monetária que aquele ato ou sua omissão pode assumir.

Um exemplo tem o condão de ilustrar melhor a distinção trazida pelos parágrafos anteriores. TTETN contrata com CSEAM o serviço de bufê para uma festa. Dois dias antes da data do evento, CSEAM entra em contato com TTETN, afirmando sua impossibilidade de realizar o objeto contratual, dando conta, portanto, de sua decisão de inadimplir as obrigações anteriormente assumidas. Caso TTETN opte em ingressar no Poder Judiciário – e a situação, dada a urgência, admitiria, até mesmo, uma das excepcionais situações de autotutela (art. 249, parágrafo único, do Código Civil) –, a "tutela específica" deve ser entendida como a obtenção, por decisão judicial, da determinação de que CSEAM realize o bufê tal qual contratado. "Tutela genérica" significará, diante da *impossibilidade* material (ou temporal) de que o bufê seja realizado na forma contratada ou, até mesmo, porque é esta a opção manifestada pelo credor, de que a obrigação será convertida em perdas e danos: os valores já pagos por TTETN a CSEAM serão devolvidos com juros e correção monetária, sem prejuízo de serem exigíveis multas contratuais pelo inadimplemento da obrigação e, até mesmo, danos morais devidos pela frustração da não realização da festa de acordo com a expectativa gerada com a celebração do contrato. Se TTETN

preferir a "autotutela" do dispositivo mencionado do Código Civil, a tutela jurisdicional por ele pretendida será, por definição, uma tutela *genérica* nos moldes aqui propostos. É isto que, no plano do processo, significa o "ressarcir" lá referido.

Mesmo quando não for possível a obtenção da "tutela específica", isto é, da mesma prestação que deveria decorrer do adimplemento da obrigação no plano de direito material por ato praticado pelo próprio devedor, o direito processual civil brasileiro autoriza que o magistrado determine providências que "assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento". É o que expressamente disciplina o *caput* do art. 461.

Discute-se se esse "resultado prático equivalente ao do adimplemento" é uma tentativa de mera aproximação do *resultado* que deveria decorrer do adimplemento da obrigação ou se equivale a medidas a serem empregadas jurisdicionalmente quando frustradas todas as tentativas de cumprimento da obrigação por ato do próprio devedor, tal qual contratada, embora compelido para tanto (art. 461, § 4º). Não há razão para negar acerto aos dois entendimentos consoante sejam as características de cada caso concreto. O "resultado prático equivalente", neste sentido, aproxima-se, muito mais, da tutela *específica*, até como forma de deixar como última alternativa – justificada pela *impossibilidade* da obtenção jurisdicional do *mesmo* resultado aguardado desde o plano material ou pela *vontade*, naqueles casos em que ela pode ser válida e amplamente exercida, naturalmente, pelo credor da obrigação – a tutela *genérica*, isto é, a perseguição das "perdas e danos".

Não que a clássica diretriz dos arts. 247 e 251, *caput*, e 389 do Código Civil e o parágrafo único do art. 638 do Código de Processo Civil, segundo o qual o inadimplemento da obrigação a converterá em perdas e danos, tenha sido desconsiderada. O que o art. 461 evidencia, diferentemente, é ser possível ao interessado obter, jurisdicionalmente, o cumprimento *específico* da obrigação, de fazer, de não fazer e de dar coisa (art. 461-A, § 3º), *antes* de sua conversão em perdas e danos. Dá-se primazia a esse *específico* resultado, mesmo com alguma variante ("resultado prático *equivalente*"), sem, contudo, desconsiderar a diretriz da norma civil.

O que é *novo* neste sentido – e que não se alterou com o advento do novo Código Civil, embora lei posterior – é que o inadimplemento das obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa não acarreta, sempre e em qualquer caso, uma *automática* conversão em perdas e danos, isto é, a *substituição* do *específico* comportamento ou da abstenção ajustada entre as partes pelo seu equivalente em dinheiro. Se o credor pretender obter, em juízo, a específica prestação que ajustou com o obrigado, pode ele vir a obtê-la, mesmo que com alguma modificação.

No contexto do art. 461 – e isto vale também para o art. 461-A –, *tutela específica* e *resultado prático equivalente ao do adimplemento* contrapõem-se à *tutela genérica*, que se relaciona ao direito de reparar ou indenizar (pagar pelas perdas e danos), cuja satisfação se verifica pela perseguição do equivalente monetário da obrigação ajustada. A obtenção da tutela específica e de sua

variante, o "resultado prático equivalente ao do adimplemento", reclama o estudo de técnicas processuais e a consideração de outros temas que extrapolam os limites de uma teoria geral do direito processual civil, razão pela qual é o n. 4 do Capítulo 1 da Parte III e o n. 5 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 3 que se voltam a seu exame. Para cá, o que importa destacar, com os olhos voltados ao direito material, é que aquilo que a lei processual civil chamou de "tutela específica" representa a total satisfação do credor da obrigação (a obtenção *judicial* precisamente daquilo que o cumprimento espontâneo da obrigação lhe daria, uma "máxima coincidência possível"); o "resultado prático equivalente", de sua parte, representa uma menor satisfação, justificada, por alguma razão, a inviabilidade da perseguição da "máxima coincidência possível". É medida, de qualquer sorte (e por livre opção do autor, art. 461, § 1º), preferível às perdas e danos.

O que se põe como desafio ao processualista civil é verificar em que condições a realização *jurisdicional* de uma tutela específica ou genérica faz-se possível. A dificuldade passa a residir em construir ou, quando menos, reconstruir modelos de tutelas jurisdicionais que, cumprindo o "modelo constitucional do processo civil", criem condições efetivas e concretas de realizar adequadamente a "tutela específica" se o caso assim o impuser, deixando-se a solução frustrante das "perdas e danos", da "tutela genérica", portanto, para um segundo plano. A diretriz expressamente assumida pelo § 1º do art. 461, neste sentido, é intimamente vinculada àquele modelo.

Não obstante as considerações expostas e o critério classificatório aqui adotado, importa destacar que as *técnicas* processuais extraíveis do art. 461, em especial de seus §§ 4º a 6º, não se limitam à compreensão da tutela *repressiva* na sua forma "específica". Como aquelas técnicas buscam assegurar jurisdicionalmente o mesmo resultado que se espera do cumprimento "espontâneo" da obrigação, elas são largamente utilizáveis também nos casos em que ainda não há *lesão*, mas *ameaça* a direito, máxime porque não há regras diversas a serem empregadas como referencial normativo pelo magistrado para aquele objetivo. Trata-se de uma decorrência necessária do que pode ser chamado de "*atipicidade* da tutela jurisdicional executiva" (v. n. 7 do Capítulo 2 da Parte IV neste volume e n. 3.6 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 3). Tanto assim que o § 3º do art. 461 é expresso na admissão da *antecipação* dos efeitos da tutela jurisdicional, assunto analisado pelo número seguinte, como forma de evitar a *consumação* da lesão. De resto, como para este *Curso* a tutela jurisdicional e as técnicas de sua realização não se confundem (v. n. 8.5.6, *infra*), não há razão para tratar estas duas realidades normativas como se fossem uma só. O vol. 3 (em especial, ns. 1, 4 e 7 do Capítulo 1 da Parte III) e o vol. 4 (em especial, n. 5 do Capítulo 4 da Parte I) voltam-se mais detidamente ao assunto, demonstrando que as *técnicas* extraíveis do art. 461 têm fundamental importância para a prestação da "tutela *repressiva*" *e* da "tutela *preventiva*", respectivamente. Para verificar o acerto desta afirmação por ora, é suficiente constatar que em todo o Livro III do Código de Processo Civil, dedicado ao chamado "processo cautelar", não existe nenhuma disciplina específica quanto aos *meios*, isto é, às *técnicas*, de

cumprimento das decisões jurisdicionais proferidas com a finalidade de evitar a ocorrência de lesões, limitando-se a imunizar ameaças.

8.2. **Tutela jurisdicional classificada pelo momento de sua prestação: tutela antecipada e tutela ulterior**

Outra classificação relativa à tutela jurisdicional que merece destaque nesta sede toma como critério distintivo o *momento* em que ela, a tutela jurisdicional, é prestada ou, mais precisamente, em que instante seus *efeitos* práticos podem ser liberados, isto é, podem ser sentidos no plano exterior ao processo. A tutela jurisdicional, nesta perspectiva, será "antecipada" ou "ulterior".

A classificação é plenamente justificável e para ser bem compreendida impõe uma explicação preliminar.

Não é certo vincular a *eficácia*, a aptidão de a sentença ou o acórdão produzirem seus regulares efeitos, ao seu trânsito em julgado ou à sua preclusão, isto é, quando aquelas decisões já não comportarem mais quaisquer recursos. Poderia até ser dito que, do ponto de vista da máxima segurança jurídica, o ideal é que os efeitos das decisões jurisdicionais, a prestação da tutela jurisdicional, portanto, dependessem, em quaisquer casos, de sua estabilidade máxima, isto é, da inviabilidade de sua modificação. Isto, contudo, é uma questão que se põe no plano pré-jurídico. O legislador pode, justamente porque "eficácia" e "imutabilidade" das decisões jurisdicionais *não são* o mesmo fenômeno, fazer *escolhas* que as separem ou que as vinculem. Pode haver, portanto, eficácia de uma decisão não estável.

No direito brasileiro é regra – pelo menos regra *literal* – que a sentença não produza efeitos práticos simplesmente pelo fato de estar sujeita ao recurso de apelação. Esse estado de *ineficácia* da sentença é o que, comumente, chama-se de "efeito *suspensivo* da apelação" e está estampado no art. 520, *caput*. Nesses casos que, vale repetir, são a regra, somente depois de julgada a apelação (o que, na prática, pode levar alguns anos) é que os efeitos da sentença, devidamente *substituída* pelo acórdão que julga aquele recurso (art. 512), poderão ser sentidos, *exteriorizados* do plano do processo. Isso porque eventuais recursos extraordinário e especial interponíveis do acórdão *não têm* efeito suspensivo (arts. 497 e 542, § 2º) e, por isto, nesta perspectiva, não inibem que os efeitos dos acórdãos sejam, desde logo, sentidos. Segue-se, nestes casos, o que a própria lei processual civil, no art. 475-O, chama de "execução *provisória*".

De outro lado, pode ocorrer que se negue a possibilidade da "execução provisória" nos casos de recurso extraordinário e/ou especial pela atribuição de efeito suspensivo àqueles recursos, prática bastante comum no dia a dia do foro. Nestes casos, a tendência é que haja coincidência temporal entre o trânsito em julgado e a eficácia da decisão. Nos casos em que a Fazenda Pública é condenada a pagar alguma soma em dinheiro a alguém, essa *coincidência temporal* entre eficácia da sentença e trânsito em julgado é realidade imposta pela própria Constituição (art. 100 e §§ 1º, 3º e 5º) e, dentre outros, pelo art. 2º-B

da Lei n. 9.494/1997.

Em tais hipóteses, a "execução" que se segue é chamada, pelo próprio Código de Processo Civil, de "execução *definitiva*". São aqueles casos em que a liberação dos efeitos da decisão depende de seu trânsito em julgado ou da existência de um "título executivo extrajudicial", que é o documento que dispensa, para todos os fins, prévia manifestação do Estado-juiz sobre a existência da lesão ou da afirmação de direito que justifica o exercício da função jurisdicional. É o que decorre da interpretação dos arts. 475-I, § 1º, 521 e 587, 1ª parte.

A diversidade dos regimes jurídicos das "execuções *provisórias*" e das "execuções *definitivas*" merece exame cuidadoso e que ocupa outros volumes do *Curso*, em especial o Capítulo 6 da Parte I do vol. 3. Neste, o tema é referido no n. 8.3, *infra*, e no n. 7 do Capítulo 2 da Parte IV.

Desta muito breve exposição é correto concluir que o direito positivo brasileiro prevê os *instantes procedimentais* em que as sentenças e os acórdãos poderão surtir seus regulares efeitos. A regra é que sentenças não produzam efeitos quando proferidas porque sujeitas a recursos de apelação que têm "efeito suspensivo" (art. 520, *caput*). Os casos em que sua eficácia é imediata (casos de "execução *provisória*", portanto, são a exceção, assim, por exemplo, as hipóteses indicadas nos incisos do art. 520). A regra é que os acórdãos produzam seus efeitos desde quando proferidos mesmo se sujeitos a recursos extraordinários e especiais (arts. 497 e 542, § 2º). Os casos em que isto não se dá também são excepcionais. Em quaisquer casos, contudo, se não houver recurso da decisão que veicula a tutela jurisdicional, seus efeitos poderão ser sentidos regularmente.

A tutela jurisdicional "antecipada", nesta perspectiva, é aquela que se verifica em todos os casos em que a liberação da eficácia (da própria tutela jurisdicional, portanto) antecede, por deliberação judicial, o instante procedimental pré-valorado pelo legislador. São aqueles casos em que a lei permite ao *juiz modificar* as escolhas feitas pelo legislador quanto aos momentos mais adequados e necessários para liberar a eficácia das decisões. A tutela jurisdicional, por este mesmo critério, é "ulterior" quando seus efeitos práticos são verificados nos instantes procedimentais reservados nos casos valorados pelo próprio legislador. É o que se dá quando a sentença, ela mesma, tem aptidão de produzir efeitos independentemente da interposição do recurso de apelação (são as hipóteses em que o recurso de apelação não possui o chamado "efeito suspensivo") ou dos acórdãos naqueles casos em que os recursos deles interponíveis, assim, por exemplo, os recursos extraordinário e especial, não tenham efeito suspensivo. Nesta perspectiva, a liberação da eficácia, a prestação da tutela jurisdicional, independe da atuação do magistrado e das especificidades de cada caso concreto.

Em última análise, a utilidade do critério classificatório aqui eleito reside em reconhecer, ou não, ao magistrado a possibilidade de *modificar* as escolhas feitas pelo próprio legislador quanto ao *início* da eficácia da tutela jurisdicional. Por isto é que a doutrina brasileira, não é de hoje, refere-se ao fenômeno como casos de execução *ope judicis* e *ope legis* para descrever, respectivamente, as

duas classes aqui versadas.

O direito positivo brasileiro admite e sempre admitiu em variadas hipóteses esta antecipação da eficácia da própria tutela jurisdicional. Diversos dos chamados "procedimentos especiais", os do Livro IV do Código de Processo Civil (assim, por exemplo, o art. 928, para as "ações possessórias" e o art. 937 para a "ação de nunciação de obra nova") e os da legislação processual civil extravagante (assim, por exemplo, o art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009, para o mandado de segurança e o art. 68, II, da Lei n. 8.245/1991, com a redação da Lei n. 12.112/2009, para as "ações revisionais de aluguel"), bem como a chamada "ação cautelar" (art. 804 do Código de Processo Civil), são bons exemplos desta afirmação.

O que se tem verificado mais recentemente, contudo, é que o legislador brasileiro, rente na concretização, no plano infraconstitucional, do modelo a cuja demonstração voltou-se, em especial, o Capítulo 1 da Parte II, tem permitido que o próprio *juiz*, consoante variadas necessidades apuráveis em cada caso concreto, autorize que os *efeitos* da tutela jurisdicional sejam sentidos *antes* dos instantes procedimentais em que a própria lei, na normalidade dos casos, libera-os. É o que se dá, de forma suficientemente ilustrativa, nas hipóteses albergadas pelos arts. 273, 461, § 3º, e 461-A, § 3º. E é importante frisar, até por força do que ocupou o n. 8.1.1.1, *supra*, que esta antecipação da eficácia da tutela jurisdicional não se limita aos casos de urgência e, pois, de tutela jurisdicional *preventiva*. Tais casos autorizam a antecipação da tutela (art. 273, I) mas não esgotam as suas possibilidades. Também em casos em que não há urgência, em que não se pode cogitar de "tutela jurisdicional *preventiva*" mas, o contrário disto, de "tutela jurisdicional *repressiva*", pode haver antecipação da tutela jurisdicional, assim, por exemplo, nos casos do art. 273, II e § 6º.

Não há por que negar, outrossim, a possibilidade de haver antecipação da tutela com base no art. 273, I, ou, mais amplamente, da prestação de alguma outra modalidade de tutela de *urgência*, em situações em que, a despeito da ocorrência de lesão, justifique-se a *necessidade* da determinação da suspensão do ato que os causa ou, quando menos, a suspensão de seus efeitos como forma de evitar a ocorrência de *novas* lesões. Nesta perspectiva, as tutelas *preventiva* e *repressiva* podem (e devem) ser combinadas diante das necessidades de cada caso concreto para uma mais adequada prestação da tutela jurisdicional, dando ensejo a uma visão, ao mesmo tempo, *retrospectiva* e *prospectiva* da função jurisdicional, rente, destarte, ao "modelo constitucional do direito processual civil". Em situações como esta é que ganha fundamental importância a distinção entre as *técnicas* processuais e as *tutelas* jurisdicionais na linha do que já ressalvou o n. 8.1.2.1, *supra*.

Para os fins presentes, importa distinguir o *instante procedimental* em que a tutela jurisdicional é prestada, isto é, em que seus *efeitos* – e que efeitos são estes é questão tratada no n. 8.5, *infra* – podem ser sentidos no plano exterior ao processo, no plano material: a tutela veiculada por uma "sentença" é antecipada quando se reconhece a produção de seus efeitos antes do julgamento da apelação dela interposta mesmo naqueles casos, e é esta a regra, em que ela é recebida no

efeito suspensivo. Mesmo nos casos em que a sentença já produziria seus efeitos independentemente da apelação (casos de execução provisória, portanto), não há como negar que a tutela jurisdicional pode ser antecipada. Em tais situações, aliás, a "tutela jurisdicional" será veiculada por uma "decisão *interlocutória*".

É importante destacar, a este propósito, que a sentença (art. 162, § 1º) não presta tutela jurisdicional. Esta, no máximo, é *veiculada* pela sentença. Mas não só por ela. Também acórdãos (art. 163) *veiculam* tutela jurisdicional. E também *decisões interlocutórias* (art. 162, § 2º) podem *veicular* tutela jurisdicional e, vale o destaque, sem prejuízo das considerações que, no momento oportuno, este *Curso* trará à tona, a *mesma qualidade de tutela jurisdicional* veiculada por uma sentença ou um acórdão. Desde que decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos possam outorgar tutela jurisdicional, isto é, produzir seus efeitos total ou parcialmente, antes dos instantes procedimentais escolhidos pelo legislador (antes da sentença, antes do acórdão, antes do trânsito em julgado, por exemplo), a hipótese é de tutela jurisdicional *antecipada*.

O que releva para o critério classificatório aqui exposto, destarte, é que a tutela é "antecipada" ou "ulterior" consoante seus efeitos sejam sentidos em instantes procedimentais diversos (e anteriores) daqueles disciplinados pelo legislador ou não. É indiferente para cá que a decisão que antecipa a tutela nas condições aqui expostas seja objeto de um recurso e, nesta perspectiva, fique na dependência de sua confirmação pelo Tribunal competente. Esta possibilidade, a bem da verdade, convida para a apresentação de um *outro* critério classificatório, que merece exame em separado, até como forma de evidenciar a utilidade de cada um deles. Até porque é nisto, na sua utilidade para melhor analisar o objeto estudado, que reside a razão de ser de qualquer método de classificação.

8.3. **Tutela jurisdicional classificada pela necessidade de sua confirmação: tutela provisória e tutela definitiva**

De acordo com o critério classificatório aqui exposto, o importante é verificar se a tutela jurisdicional ou, mais precisamente, a *decisão* que a veicula depende, ou não, de confirmação, pelo próprio juízo que a proferiu ou por juízo diverso, "superior", nos termos expostos no n. 4.5, *supra*. As classes sugeridas neste número, *destarte*, contrapõem-se do ponto de vista da necessidade, ou não, de sua *confirmação* por uma outra decisão jurisdicional a ser proferida pelo mesmo ou por outro órgão jurisdicional.

A tutela jurisdicional é prestada *provisoriamente* no sentido de que ela, de alguma forma, será *confirmada* ou, o contrário disto, *substituída* ao longo do procedimento; isto é, ela vale e produz efeitos enquanto outra decisão não for proferida para ratificá-la ou para valer e ter eficácia em seu lugar. É esta, aliás, a distinção usualmente encontrada na doutrina entre *temporariedade* e *provisoriedade* de determinadas tutelas jurisdicionais que, para os fins deste número, é desnecessária. Para o momento da exposição, é suficiente entender as tutelas jurisdicionais *provisórias* como "não definitivas".

A importância de saber se se está diante de uma tutela "provisória" e "definitiva" reside no regime jurídico de seus efeitos. Já que, por definição, uma "tutela provisória" depende de ulterior deliberação judicial – mais rigorosamente, é a decisão que a veicula que depende de um futuro ato jurisdicional –, pode acontecer de ela vir a ser modificada, colocando-se a questão relativa a saber o que acontecerá com os efeitos anteriormente produzidos. A diretriz assumida pelo sistema processual civil brasileiro, que é mais bem analisada pelo n. 4 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3 e pelo n. 7 do Capítulo 4 da Parte I e pelo n. 12 do Capítulo I da Parte II do vol. 4, é a de que os efeitos da tutela provisória sentidos entre as *partes* devem ser desconsiderados, preservando-se, contudo, os efeitos produzidos perante *terceiros*, aqueles que não são partes. É o que decorre da interpretação do art. 475-O, I e II.

A "antecipação" da eficácia da tutela jurisdicional – sua *liberação*, a bem da verdade – não pode ser entendida como fator de confusão entre os dois critérios classificatórios: uma coisa é verificar em que instante os efeitos da tutela jurisdicional podem ou não ser sentidos no plano exterior ao processo pela atuação do magistrado do caso concreto (tutela "antecipada" ou "ulterior"), outra, bem diversa, é verificar em que medida a tutela jurisdicional que veicula aquela "antecipação" depende, ou não, de confirmação (tutela "provisória" ou "definitiva").

Se, é certo, boa parte dos casos em que a tutela é antecipada *é também* tutela provisória, isto não é uma constante.

Exemplo seguro desta distinção reside nos casos de execução provisória *ope legis*, isto é, nos casos em que a liberação da eficácia da sentença e de acórdão não depende da atuação do magistrado consoante as necessidades do caso concreto, mas, bem diferentemente, das escolhas feitas pelo próprio legislador. São os casos dos incisos do art. 520, do art. 497 e do art. 542, § 2º, para citar alguns. Em todas estas hipóteses, a tutela é provisória – são casos, para usar a expressão do próprio Código de Processo Civil, de "execução *provisória*" – e, nem por isto, podem ser classificadas, de acordo com as considerações do número anterior, como tutelas *antecipadas*. Só o seriam – é neste ponto que reside a razão de ser daquela classe – se o magistrado (e não a lei) admitisse a liberação da eficácia consoante as *necessidades* extraídas de cada caso concreto (v. n. 1.2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3).

Outra hipótese bem ilustrativa está no art. 273, § 6º. É importante entendê-lo como um caso em que o magistrado está autorizado pelo legislador a reconhecer *antecipadamente* os efeitos da tutela jurisdicional quando parte do pedido ou um dos pedidos formulados pelo autor não reclama mais qualquer atividade instrutória. Não fosse por ele e, mesmo nestes casos, os *efeitos* da tutela relativa ao "pedido incontroverso" teriam que aguardar o proferimento da sentença para verificar se ela, sentença, aceitaria ou não sua execução provisória *ope legis*. O dispositivo, contudo, autoriza a liberação imediata daqueles efeitos e, neste sentido, ela é *antecipada*. Na exata medida em que não seja interposto qualquer recurso desta decisão ela será, por si só, igualmente "definitiva" e, por isto mesmo, "não provisória". Se houver interposição de recurso, ela será uma

tutela antecipada e provisória mas é aqui que reside a distinção que justifica cada um dos critérios classificatórios; são duas qualidades diversas de uma mesma realidade jurídica, possível e desejável, por isto mesmo, seu exame separado.

Uma coisa, portanto, é ser proferida uma decisão; outra, ela ter aptidão de produzir efeitos e, uma terceira, a estabilização desta decisão e de seus efeitos. A tutela antecipada viabiliza que os efeitos sejam sentidos antes do instante procedimental eleito abstratamente pelo legislador. A tutela provisória relaciona-se, diferentemente, com a necessidade, ou não, de ser confirmada a decisão que presta, mesmo que antecipadamente, a tutela jurisdicional.

Ademais, como sói ocorrer em qualquer critério de classificação, sua virtude reside em permitir sua aplicação conjunta, viabilizando uma melhor compreensão do fenômeno estudado. Assim, apenas para ilustrar o acerto da distinção proposta neste momento da exposição, ECES volta-se a PSF, que pretende veicular, pela mídia escrita e virtual, fatos e fotos que reputa ofensivos à sua honra. O pedido de tutela jurisdicional formulado perante o Estado-juiz para que seja PSF proibido de divulgar aqueles dados pode ser, a um só tempo, *preventivo* (v. n. 8.1), *antecipado* (no sentido do n. 8.1.1.1 e também no do n. 8.2) e *provisório* (tema aqui versado) porque pendente de confirmação ulterior em grau recursal (da decisão que "antecipa a tutela", isto é, que libera seus efeitos desde logo, cabe o recurso de "agravo de instrumento", nos termos do art. 522, *caput*) ou, pelo menos, porque dependente de sua renovada apreciação pelo próprio juízo no momento de proferir a sentença (arts. 273, § 5º, e 269, I). Quais "efeitos" são liberados em casos como estes, se faz diferença, para esta pesquisa, que o material a ser divulgado por PSF seja apreendido ou que o magistrado ordene que PSF não o divulgue sob pena de multa diária, é questão que reclama o aprofundamento no tema relativo aos *efeitos* da tutela jurisdicional, objeto de exame pelos números seguintes.

8.4. **Tutela jurisdicional classificada pela atividade do juiz: cognitiva e executiva**

Tradicionalmente, faz-se menção a um "processo de conhecimento" e a um "processo de execução", assim entendidas as *atividades* jurisdicionais voltadas a *reconhecer* um direito (lesionado ou ameaçado) *e* as *atividades* jurisdicionais voltadas à *realização* concreta daquele mesmo direito, tal qual reconhecido. O próprio Código de Processo Civil vale-se desta distinção ao nominar seus dois primeiros Livros.

De acordo com esta mesma doutrina, a "sentença" que, nos termos do art. 269, na sua redação original, isto é, antes da Lei n. 11.232/2005, "extinguia" o "processo de conhecimento" era sinônimo de prestação de tutela jurisdicional de "conhecimento" suficiente, fosse para "declarar" um direito, "constituir" uma relação jurídica ou "condenar" o réu a uma dada prestação, sentenças *declaratórias*, *constitutivas* e *condenatórias*, respectivamente. Neste contexto, como "sentença" e o que, para este *Curso*, é chamado de "tutela jurisdicional" tendiam a se equivaler, não é difícil concluir, a partir da leitura da doutrina

tradicional, que as atividades jurisdicionais desenvolvidas ao longo do "processo de conhecimento" geravam suficiente tutela jurisdicional. Por isto o critério classificatório que coloca lado a lado as "*atividades* jurisdicionais" e as "*tutelas* jurisdicionais" é mais do que justificável.

No "processo de execução", como a sentença tinha e continua a ter função totalmente distinta (arts. 794 e 795), a compreensão da "tutela jurisdicional executiva" tendia a se confundir, ainda de acordo com a doutrina tradicional, com a própria *atividade* jurisdicional lá desempenhada, isto é, com os atos materiais praticados pelo Estado-juiz a pedido do credor para a prestação da tutela jurisdicional, vale insistir, para satisfação de seu direito tal qual reconhecido no título executivo.

Sem prejuízo das considerações que a este respeito são feitas pelo n. 2 do Capítulo 3, *infra*, o que importa para cá é a percepção de que a "*atividade* de conhecimento" e a "*atividade* de execução" não se relacionam (e nunca se relacionaram), rigorosamente, com o "processo". Bem diferentemente, o que é "de conhecimento" e, portanto, *cognitivo*, e "de execução" e, portanto, *executivo* é, nesta perspectiva, o tipo de tutela jurisdicional requerida ao Estado-juiz. O "processo", como método de atuação do Estado Democrático de Direito, não aceita quaisquer tipificações. Ele não aceita variações ou classificações consoante o tipo de *atividade* jurisdicional exercida ou, como interessa a este Capítulo, consoante o tipo de *tutela* jurisdicional pedida e eventualmente prestada *no* processo.

O mesmo deve ser dito, também sem prejuízo das reflexões trazidas pelo n. 2 do Capítulo 2, *infra*, com relação à "ação". A doutrina tradicional faz menção a uma "ação de conhecimento" (e às suas espécies, as "ações declaratórias", as "ações constitutivas" e as "ações condenatórias") e a uma "ação de execução". Também aqui está a se tratar, mais propriamente, de *tutela jurisdicional* e não da ação que, por definição, não comporta adjetivações ou variações de qualquer ordem.

Não há por que duvidar da possibilidade e, mais do que isto, da *utilidade* da classificação da *atividade* jurisdicional a partir do exame dos atos praticados pelo próprio juiz e pelos demais sujeitos processuais. Assim, "atividade jurisdicional *cognitiva*" (atos eminentemente intelectuais, de *reconhecimento* do direito) e "atividade jurisdicional *executiva*" (atos eminentemente materiais, de *realização* do direito). Este *Curso* adota-a, por exemplo, mais abaixo, em especial nos ns. 8.5.3 a 8.5.5, para melhor compreender a distinção entre *tutelas* jurisdicionais condenatórias, executivas e mandamentais e, até mesmo, para compreender o que deve ser entendido, no *sistema processual civil* da atualidade, mormente após o advento da Lei n. 11.232/2005, pelas expressões "processo de conhecimento" e "processo de execução", tarefa que ocupa precipuamente o n. 2 do Capítulo 3, *infra*. A ela voltará, ainda, quando tratar dos *procedimentos* eleitos pelo Código de Processo Civil e pela legislação processual civil extravagante que correspondem aos diversos "atos processuais" que devem ser praticados para a *materialização*, para a *exteriorização*, da *tutela* jurisdicional, quer a de caráter *cognitivo*, quer a de caráter *executivo*. É tema recorrente, outrossim, na estruturação de todo o vol.

3, como faz questão de evidenciar o n. 1 da Introdução.

O que importa para o momento presente da exposição, contudo, não é dar destaque à *atividade jurisdicional*, isto é, aos atos praticados ao longo do processo, atos do *procedimento*, portanto. A "*atividade* jurisdicional" – o conjunto de atos praticados ao longo do processo – precede a *tutela* jurisdicional, pode até *coincidir momentaneamente* com ela, mas com ela não se confunde. A *atividade* jurisdicional justifica-se na perspectiva de *preparar* a *tutela* jurisdicional, criando condições para que ela, a *tutela jurisdicional*, seja reconhecida e prestada no caso concreto. Pode até ocorrer, em determinadas situações, que a atividade jurisdicional não conduza à prestação da tutela jurisdicional como se dá, por exemplo, nos casos do art. 267. Não há, portanto, correlação necessária ou constante entre "*atividade* jurisdicional cognitiva" e "*tutela* jurisdicional cognitiva" e, ainda, entre "*atividade* jurisdicional executiva" e "*tutela* jurisdicional executiva".

Para cá, o que deve ser colocado em destaque é o *resultado* sensível da atividade jurisdicional, a efetiva proteção reconhecida como devida pelo Estado-juiz sobre um direito lesionado ou ameaçado, isto é, para empregar a expressão técnica correta, a *tutela jurisdicional*, aos *efeitos* que, se é certo, têm origem no plano do processo a ele não se limitam porque predestinados a regrar situações que se localizam "fora" do processo, no plano material.

Para ilustrar melhor a preocupação esboçada por este número, convém propor o seguinte exemplo: PSC provoca o exercício da função jurisdicional porque acredita que uma determinada cláusula do contrato que firmou com PTA é abusiva, violando algum dos incisos do art. 51 da Lei n. 8.078/1990, o chamado "Código do Consumidor". O magistrado, para reconhecer a nulidade da cláusula do contrato, precisará "apreender", "conhecer", "reconhecer", "declarar", "certificar", "acertar" (palavras que são frequentemente empregadas pela doutrina e que devem ser entendidas como sinônimas e descritivas da *atividade* intelectual a ser desempenhada pelo magistrado) o que ocorreu e o que não ocorreu no mundo dos fatos. Justamente por isto é que ele determinará a *citação* do réu, PTA, para se defender e, à medida que ele sinta necessidade disto, determinará a produção de toda prova que se faça necessária para que ele, magistrado, convença-se a respeito da abusividade, ou não, da cláusula contratual. Quando estiver convencido da nulidade da cláusula ou, inversamente, da sua legitimidade, o juiz acolherá ou rejeitará o pedido de tutela jurisdicional, respectivamente, outorgando, com isto, tutela jurisdicional *cognitiva* para o autor ou para o réu. O que se espera do Estado-juiz em casos como estes é que se *certifique* se algo é ou não legítimo, isto é, se está ou não em consonância com o ordenamento jurídico. A tutela jurisdicional cabível e apropriada nestes casos é, portanto, *cognitiva*. A satisfação de PSC dá-se com a atividade meramente *intelectual*, *ideal* do Estado-juiz.

Em outras situações, PTM pretende do Estado-juiz a prática de atos materiais porque o cheque dado em pagamento por NTOTF não foi compensado pelo banco sacado por insuficiência de fundos. Neste caso, o pedido de prestação de tutela jurisdicional formulado por PTM não se volta a "apreciar" algo em

conformidade com o ordenamento jurídico – "apreender", "conhecer", "reconhecer", "declarar", "certificar", "acertar", com a mesma ressalva anterior – mas, bem diferentemente, à prática de atos materiais, de agressão do patrimônio de NTOTF até a satisfação integral da dívida. A tutela jurisdicional pedida nestes casos é, por isto mesmo, *executiva*. A satisfação de PTM depende não do reconhecimento de que ele é credor de NTOTF – isto já está suficientemente *reconhecido* no cheque não compensado, que é um "título executivo extrajudicial" nos termos do art. 585, I (v. n. 5.1 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3) – mas na forma de compelir ou sujeitar NTOTF ao pagamento da dívida, mesmo *contra* a sua vontade.

Feitas estas considerações, a dificuldade que se põe para enfrentar é verificar se a dicotomia usual na doutrina referida no início deste número subsiste: há uma "*tutela* jurisdicional *cognitiva*" que se contrapõe a uma "tutela jurisdicional *executiva*"? Importa, para distinguir uma classe de tutela jurisdicional de outra, o tipo de *atividade* jurisdicional, "cognitiva" ou "executiva", que as prepara? Estas tutelas jurisdicionais reclamam um específico "processo" ou uma específica "ação" para serem apreciadas e concedidas pelo Estado-juiz?

As respostas às questões formuladas anteriormente convidam a uma mais demorada reflexão sobre a conveniência da manutenção do critério classificatório que justifica o número presente e, muito mais do que isto, porque classificação é técnica de estudo de um objeto e não o próprio objeto estudado, sobre a utilidade de a tutela jurisdicional ser classificada (estudada) de perspectiva diversa, de seus *efeitos*, ou da aptidão de produzi-los, isto é, de sua *eficácia*.

8.5. **Tutela jurisdicional classificada pela eficácia: declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental**

A doutrina tradicional faz menção à classificação "trinária" ("ternária") ou "quinária" das "ações" ou "sentenças". De acordo com ela, as "ações" ou as "sentenças" podem ser "declaratórias", "constitutivas", "condenatórias", "executivas *lato sensu*" e "mandamentais".

Antes de analisar o que cada uma destas classes quer significar e significa, é importante destacar que, não obstante a nomenclatura empregada pela doutrina tradicional, não há como negar que o tema não diz respeito exatamente às "ações" e às "sentenças" propriamente consideradas.

É que, de acordo com o entendimento exposto no n. 2 do Capítulo 2, *infra*, a "ação" não tem por que receber qualificações ou adjetivações. A "ação" caracteriza-se pela possibilidade de provocação do Estado-juiz para que seja prestada a tutela jurisdicional; ela, a ação, o "direito de ação", *impõe-se* pela inércia que caracteriza a função jurisdicional (v. n. 3.6, *supra*). No máximo, o que se pode constatar é que uma "ação", tal qual exercitada, seja identificada pelo que nela se pede ao Estado-juiz – mais precisamente pelo tipo de tutela jurisdicional nela requerida – e, com isto, ela acaba recebendo o nome da tutela

jurisdicional. Trata-se, com tudo, de um engano pensar que a ação, ela mesma, propriamente dita, varie de acordo com o tipo de tutela jurisdicional requerida perante o Estado-juiz. Ela, a ação, é "invariável"; o que ela veicula para o Estado-juiz é que, neste sentido, pode variar.

De outra parte, entender que as "sentenças" são "declaratórias", "constitutivas", "condenatórias", "executivas *lato sensu*" ou "mandamentais" – empregando a nomenclatura da doutrina tradicional – é desconhecer que, de acordo com o direito processual civil brasileiro, não só as *sentenças* – assim entendidas as decisões a que faz referência o art. 162, § 1º – mas também as decisões interlocutórias – as decisões que resolvem questões incidentes ao longo do processo, de acordo com o art. 162, § 2º – também veiculam comandos "declaratórios", "constitutivos", "condenatórios", "executivos *lato sensu*" e "mandamentais". Trata-se, a bem da verdade, de uma consequência inarredável de se admitir a viabilidade de a prestação jurisdicional ser prestada não só "a final" (tutela jurisdicional *ulterior*) mas também "antecipadamente" (v. n. 8.2, *supra*).

Assim sendo, partindo das premissas eleitas para desenvolvimento deste *Curso*, não há como emprestar adesão ao entendimento de que existam "ações" ou "sentenças" declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas ou mandamentais. Não, pelo menos sem fazer algumas ressalvas que expliquem suficientemente bem o emprego destas expressões largamente consagradas na doutrina do direito processual civil brasileiro: o que é propriamente *declaratório*, *constitutivo*, *condenatório*, *executivo* ou *mandamental*, a bem da verdade, são as tutelas jurisdicionais voltadas à proteção de direitos materiais reconhecidos pelo Estado-juiz. São, assim, formas (classes) de tutela jurisdicional, meios utilizáveis pelo Estado-juiz, reflexos, pois, do exercício da função jurisdicional para proteger direitos materiais.

É, como se lê do n. 6, *supra*, a *função jurisdicional* que deve ser distinguida em "reconhecimento de direitos", "realização prática ou concreta de direitos" – "proteção de direitos", enfim –, não a *ação* ou as *decisões*, quaisquer decisões, proferidas no processo.

Assim, melhor do que restringir o problema à "ação" ou a um específico "ato processual" (sentença), parece mais proveitoso tratar dos *efeitos* "declaratório", "constitutivo", "condenatório", "executivo" e "mandamental" como formas diferenciadas de prestação da tutela jurisdicional, como meios de permitir que o Estado-juiz emita comandos que têm como função a proteção (a tutela) dos direitos materiais controvertidos. As diferentes formas de conformação destes *efeitos* no plano exterior ao processo é que permitem verificar as três ou as cinco classes a que a doutrina tradicional faz referência. Depois de expor cada uma delas, o n. 8.5.6 toma partido na discussão para propor a adoção de uma classificação verdadeiramente binária (de duas classes, portanto), que aceita subclasses, consoante as peculiaridades mais e menos próximas destas variadas eficácias.

Uma última distinção justifica-se. A doutrina usualmente distingue "eficácia" de "efeitos". Aquela, a "eficácia", como aptidão genérica de serem

produzidos, concretamente, em cada caso, "efeitos". Rigorosamente, o critério utilizado para descrever a classe de tutelas declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais são seus *efeitos* e não, meramente, a sua *eficácia*. Até porque, como os números seguintes demonstrarão, o que distingue cada uma destas *classes* de tutela jurisdicional é a produção concreta de seus efeitos e não sua mera aptidão de produzir quaisquer efeitos.

8.5.1. Tutela declaratória

Por tutela *declaratória* deve ser entendida aquela em que o juiz, ao declarar o direito a uma das partes, protege-o suficientemente. Ela elimina, de maneira fundamental, a crise de certeza existente no plano do direito material, declarando a existência ou a inexistência de uma relação jurídica ou a autenticidade ou a falsidade de um documento. É o que é expressamente previsto no art. 4º do Código de Processo Civil.

Exemplos de tutela declaratória bastante comuns são os seguintes: investigação de paternidade (a decisão jurisdicional reconhece, para todos os fins, que PVCM é filho de METC); declaração de nulidade de cláusula contratual (a decisão jurisdicional reconhece, para todos os fins, que a cláusula é nula e, como tal, não pode vincular os contratantes) e declaração de inexistência de relação jurídica tributária (a decisão jurisdicional reconhece, para todos os fins, que o contribuinte não está obrigado a recolher determinado tributo).

Evitando discussões que ocuparam largamente o desenvolvimento científico do estudo do direito processual civil, o direito brasileiro assumiu expressamente que a tutela declaratória seja pertinente para *declarar* mesmo nos casos em que já houve ruptura da ordem jurídica, é dizer, nos casos em que já houve *lesão* a direito. É este o sentido do parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Civil. A circunstância, por exemplo, de o contribuinte já ter recolhido algumas parcelas do tributo cuja incidência pretende ver afastada não é óbice para o pedido de tutela jurisdicional declaratória.

A doutrina tradicional refere-se à tutela declaratória como eminentemente voltada ao passado, o que é verdade, mais ainda quando analisado o conteúdo do mencionado parágrafo único do art. 4º. Para tutelar adequadamente situações de direito material em crise, mesmo que de certeza, para o futuro a doutrina acabou por desenvolver outras "formas de tutela" que garantem não só a mera declaração mas também a possibilidade de serem tomados atos "executivos", atos de "força", que garantam, na realidade prática, isto é, fora do plano do processo, sua eficácia plena.

O inciso I do art. 475-N, na redação dada pela Lei n. 11.232/2005, traz interessante desdobramento a respeito do tema discutido neste item. De acordo com o dispositivo, é "título executivo *judicial*" a sentença que reconhece a *existência* de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia. Alguns autores querem entender, a partir do novo dispositivo, que o mero *reconhecimento* da *existência* de uma obrigação tem efeitos *executivos*, isto é, corresponde a uma tutela *condenatória*, *executiva* ou *mandamental* (v. ns.

seguintes) ou, em uma locução técnica, é "título executivo".

O entendimento não deve ser prestigiado, contudo, por vários fundamentos. O que diz respeito ao momento presente da exposição é o que uma decisão que se limita a *reconhecer* a relação jurídica não pode pretender surtir quaisquer outros efeitos e, neste sentido, prestar qualquer outra tutela jurisdicional que não a exclusivamente *declaratória*. Isto porque reconhecer a existência da obrigação não equivale *necessariamente* a reconhecer que a obrigação deixou de ser cumprida como deveria (lesão) ou que, pelo menos, aquela obrigação está na iminência de ser inadimplida (ameaça). Se não há nem lesão nem ameaça, não há espaço, nem lógico nem jurídico, para cogitar de qualquer outra tutela que não a "meramente" declaratória, nos exatos termos do art. 4º, I e II, do Código de Processo Civil.

Mesmo quando já houver lesão consumada, o pedido de "tutela declaratória" deverá ser entendido à luz das necessidades do caso concreto. Se o mero reconhecimento de que ela ocorreu for o suficiente para uma atuação jurisdicional *útil*, não há razão para recusá-lo à luz do que expressamente autoriza o parágrafo único do art. 4º. Caso contrário, se o foco daquele que provoca a jurisdição não é só o *reconhecimento* do direito mas a sua reparação ou a sua imunização, o *nome* dado à tutela (declaratória), a *forma* que o pedido tomou na petição inicial, não pode levar a equívocos. O caso é de tutela *condenatória*, *executiva* ou *mandamental*, sob pena de comprometer a própria razão da atuação do Estado-juiz e fazer ruir, consequentemente, o "modelo constitucional do processo civil".

8.5.2. Tutela constitutiva

A tutela constitutiva volta-se à criação, extinção ou modificação (total ou parcial) de situações jurídicas preexistentes. São casos em que a intervenção jurisdicional justifica-se para a modificação do que existe fora do processo. É por esta razão que a doutrina tradicional refere-se à tutela *constitutiva* como voltada às crises de "situação jurídica". A atividade jurisdicional tem, nestes casos, a possibilidade de alterar o estado jurídico de pessoas ou coisas.

Exemplos bem ilustrativos da tutela constitutiva são as decisões proferidas em separações e divórcios (consensuais, quando não presentes os pressupostos do art. 1.124-A, ou litigiosos), revisionais ou renovatórias de contrato de locação. Também os casos de decisões jurisdicionais que *anulam* negócios jurídicos. A tutela *constitutiva*, a bem da verdade, inaugura um novo *status* jurídico para os litigantes, um *status* novo e, por isto mesmo, diferente do anterior, que reinava antes do rompimento da inércia da jurisdição com o pedido apresentado pelo autor. É aquele novo *status*, tal qual constante da decisão que veicula a tutela *constitutiva*, que passará a reger a vida dos litigantes. Desta observação decorre a observação genérica mas correta de que a tutela constitutiva tem efeitos para o futuro e não para o passado.

8.5.3. Tutela condenatória

A doutrina tradicional ensina que há vários tipos de "processo". Não só a divisão entre um processo civil, penal ou trabalhista – o que, diga-se, sequer gera consonância entre os adeptos de uma necessária teoria geral (unitária) do processo – mas – e é isto que interessa aqui – de processos chamados de "conhecimento", de "execução" e de "cautelar". Em geral também se aprende que *dentro* de um processo de conhecimento há três tipos de "ações": as declaratórias, as constitutivas e as condenatórias. Aquelas que visam, apenas e tão somente, à *declaração*, à certificação da certeza de um direito ou à autenticidade ou falsidade de um documento (v. n. 8.5.1, *supra*); as constitutivas, que criam, extinguem ou modificam situações jurídicas preexistentes (v. n. 8.5.2, *supra*) e as que dizem respeito ao número presente, as *condenatórias* que, além de estabelecerem a certeza quanto a um direito, criam as condições necessárias para que haja a *reparação* daquele direito ou, para empregar lição tradicional e bem aceita – sobretudo pelos idealizadores originais do nosso Código de Processo Civil –, que determinam a aplicação da sanção correspondente à lesão no plano material, a sanção que decorre do reconhecimento da *responsabilidade* existente no plano do direito material.

Tradicionalmente – e isto até muito recentemente entre nós, para ser mais preciso, até o advento das reformas do Código de Processo Civil, em especial, as Leis ns. 8.952/1994, 10.444/2002 e 11.232/2005 –, a sentença condenatória, ao "declarar a lesão a um direito", tinha como função a de encerrar o "processo de conhecimento" e permitir o início de um "*novo* processo", o "processo de execução", em que seriam realizadas as atividades práticas e concretas de efetivação da sanção anteriormente – e meramente – *reconhecida*. Não é por outra razão que o Código de Processo Civil, mesmo hoje, ainda dedica todo um Livro próprio (o Livro II) ao "processo de execução" que, estrategicamente, segue o Livro I, todo ele dedicado – e exclusivamente – ao "processo de conhecimento".

A estrutura original do Código de Processo Civil de 1973, com efeito, é bastante clara quanto a levar qualquer sentença *condenatória* a um processo de *execução*, variando os meios executivos nele desenvolvidos de acordo com a modalidade específica da obrigação, com os olhos voltados ao direito material: uma condenação em entrega de coisa geraria um processo de execução para entrega de coisa (arts. 621 a 631); uma condenação em fazer geraria um processo de execução de fazer (arts. 632 a 638); uma condenação em não fazer geraria um processo de execução de não fazer (arts. 642 e 643); uma condenação em pagar dinheiro daria ensejo a um processo de execução por quantia certa contra devedor solvente (arts. 646 a 724), que aceita algumas poucas variantes ou espécies: execução contra a Fazenda Pública (arts. 730 e 731); execução de prestação alimentícia (arts. 732 a 735); e execução contra devedor *insolvente* (arts. 748 a 786-A).

Para o sistema original do Código de Processo Civil, o cumprimento de uma sentença condenatória sempre se dava por intermédio de um "processo de execução" que apresentaria algumas variantes em consonância com a específica modalidade de obrigação nela contida. As atividades cognitivas e executivas

sempre tiveram, entre nós, seus locais *apropriados* para serem desempenhadas pelo juiz.

Nestas condições, a sentença condenatória, tradicionalmente, sempre foi tida como *causa* do "processo de execução" e, a depender do objeto da condenação, de um processo de execução "por quantia certa", de um processo de execução "de obrigação de fazer, não fazer" ou, ainda, processo de execução de obrigação de dar. O "processo de execução" fazia as vezes de uma verdadeira (e necessária) *complementação* da "tutela condenatória". O que diferenciava a tutela "condenatória" da tutela "declaratória" era que o especial *reconhecimento* da lesão a direito dava condições para sua reparação, ainda que todas as atividades voltadas para tanto deveriam, por força da tradição e por força das opções tomadas pelo direito positivo brasileiro, realizar-se em *outro* "processo".

Por esta razão é correto entender, tradicionalmente, a tutela condenatória como aquela que preparava um "processo de execução" porque sua função, dentro do "processo de conhecimento", limitava-se a declarar a existência de uma violação a alguma obrigação ou dever jurídicos e a necessidade de se aplicar a sanção daí decorrente. É por esta razão que a doutrina sempre reconheceu que o processo de execução é *efeito* necessário da sentença condenatória, sua *causa*. Causa e efeito; sentença condenatória e processo de execução. Tanto – e isto era expresso no Código de Processo Civil, no art. 463, *caput*, antes da Lei n. 11.232/2005 – que a "sentença (tutela) condenatória", ao acolher o pedido do autor (reconhecendo o direito controvertido em seu favor, portanto), *encerrava*, *extinguia*, o "processo de conhecimento".

E mais: justamente por esta peculiaridade da "tutela condenatória", que sempre se entendeu ser ela, a "tutela condenatória", a menos *eficiente* de todas as formas de tutela jurisdicional. Se o grau de eficácia da tutela jurisdicional mede-se pelos efeitos concretos que uma decisão jurisdicional tende a produzir, nunca houve espaço para discordar daquela observação: a tutela condenatória sempre produziu pouquíssimos efeitos para *fora* do processo, limitando-se a produzir seus efeitos principais *dentro* e para o próprio processo (a ideia de "encerramento da atividade jurisdicional" e, mais precisamente, do "processo de conhecimento", como ditava o art. 463, *caput*, antes da Lei n. 11.232/2005). A sua implementação prática, a sua realização, a sua concretização, a sua efetivação, todavia, exigia um *outro* processo, diverso do lhe era anterior, o "processo de execução".

O fato é que, atendendo a pertinentes reclamos doutrinários, forte na ideia de melhor agilização procedimental – rente aos valores explicitados pela Emenda Constitucional n. 45/2004, no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, portanto (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II) –, as precitadas leis da "Reforma do Código de Processo Civil" romperam com a "tradição" que dão notícia os parágrafos anteriores.

O que é interessante de destacar é que, desde a Lei n. 8.952/1994 e o estabelecimento, *de lege lata*, de uma modalidade de "ação" ou "sentença" (*rectius*, tutela jurisdicional) *mandamental* ou *executiva*, no art. 461, a doutrina não demorou para sustentar a *ruptura* do modelo tradicional do Código de

Processo Civil. Isto porque a "execução" da tutela mandamental e executiva passou a não se dar em "*processo de execução*"; não, pelo menos, nos moldes dos arts. 632 a 645 para as obrigações de fazer e não fazer. Esta mesma ruptura alcançou, com a Lei n. 10.444/2002, as obrigações de entrega de coisa, com a introdução do art. 461-A (que passou a ocupar o espaço dos arts. 621 a 631) e, mais recentemente, com a Lei n. 11.232/2005, ela alcançou também as obrigações de pagar dinheiro. Para elas, abandonando a tradicional necessidade de sua realização dar-se em "processo de execução", passou-se a se admitir que sua realização concreta se dê no "mesmo processo", adotando-se as técnicas regidas no art. 475-J do Código de Processo Civil, em substituição ao que reserva, para a hipótese, o art. 652, para destacar o mais relevante para os fins da exposição, que só tem aplicação para os casos de "execução fundada em títulos *extrajudiciais*".

Assim, não há como negar que, em função destas leis, o *sistema* de correlação entre uma "sentença condenatória" e seu cumprimento por "processo de execução" entrou em colapso. Colapso no sentido de perder sua identidade tradicional. Executar-se *fora* de um processo de execução era impensável quando o Código de Processo Civil foi concebido e virou lei.

Esta quebra de correlação necessária entre a "sentença condenatória" e seu modelo "tradicional" de cumprimento, de realização prática, de *concretização* (o "processo de execução"), abre novos horizontes para o estudo do direito processual civil, sobretudo quando analisada a questão desde a Constituição Federal, forte no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

Esta realidade é identificada por muitos, que a elogiam, pelo nome de *sincretismo*, porque se quer evidenciar, aqui, esta *junção*, esta *mescla* entre atividades jurisdicionais que, por razões históricas – e, nunca é demais repetir, acolhidas pelo direito positivo brasileiro –, sempre *tenderam* a aparecer separadas, desde seu nascedouro (v., em especial, o n. 2 do Capítulo 3, *infra*). O que ocorre nestas situações é nada mais nada menos do que autorizar o juiz, em um *mesmo processo*, sem solução de continuidade, a declarar a existência de direitos – o grau de certeza desta declaração é outro problema, indiferente para o momento – *e* realizar concretamente esta declaração desde pronto, independentemente de *como* esta realização concreta vai se dar. Não há nada de extraordinário para o direito brasileiro em relação a isto: nas cautelares isto sempre ocorreu, idem nos despejos, nas possessórias, nos mandados de segurança e, a bem da verdade, em boa parte dos denominados "procedimentos especiais".

O art. 475-I é suficientemente claro (e até mesmo didático), ao indicar que a depender da *condenação*, sua *execução* ("realização prática" ou "efetivação", entendidos os três termos como sinônimos) observará o disposto nos arts. 461 (obrigações de fazer e não fazer), 461-A (obrigações de entrega de coisa) e 475-J a 475-R (obrigações de pagar dinheiro). Aquelas leis, é esta a verdade, aboliram a necessidade da instauração de um *novo* e *diverso* "processo", o "processo de execução" para tornar realidade concreta, palpável,

a *condenação* reconhecida jurisdicionalmente ou, mais amplamente, tida como suficiente pela lei no rol dos "títulos executivos judiciais" (art. 475-N). É como, para ir direto ao ponto, a Lei n. 11.232/2005 tivesse "juntado" as *atividades* jurisdicionais cognitivas e de execução no *mesmo* processo. Assim, à luz do modelo atual, o cumprimento de uma sentença se dá no "*mesmo* processo" em que proferida, sem necessidade da instauração de um "*novo* processo", o "processo de execução". Correto, por isto mesmo – e, sobretudo, didático –, recuperar a distinção proposta no n. 8.4, *supra*, sobre "*atividades* jurisdicionais *cognitivas*" e "*atividades* jurisdicionais *executivas*". Tudo se passa, analisada a questão deste prisma, como se no "processo" houvesse diversas "etapas" sucessivas. Algumas levam ao proferimento da sentença ("etapa" *cognitiva*). Outras, diferentemente, levam à realização prática daquilo que foi julgado, isto é, à "etapa" *executiva*. O momento relevante da "tutela condenatória" – isto será exposto com o vagar necessário no n. 8.5.6, *infra* – não reside na cognição desempenhada pelo juiz, embora a *pressuponha*, isto é, não reside na "*atividade* jurisdicional cognitiva", para empregar a distinção sugerida no n. 8.4, *supra*. Reside, ao contrário do que se poderia supor, observando-se a doutrina tradicional (idem), na atividade *executiva* a ser desempenhada pelo Estado-juiz. Esta atividade executiva, compreendida no sentido aqui proposto, equivale à própria *tutela* jurisdicional.

Mesmo com as modificações trazidas ao Código de Processo Civil, contudo, não há como recusar ter subsistido plenamente a "tutela condenatória". A bem da verdade, esta classe de tutela jurisdicional não se caracteriza (e nunca se caracterizou), unicamente, pela circunstância de a realização concreta da sanção nela reconhecida dar-se em *outro* processo, ontologicamente diverso daquele que se instaurou para que o Estado-juiz *reconhecesse* a ocorrência de lesão. A dicotomia "processo de conhecimento" e "processo de execução" não é responsável pelo reconhecimento de uma classe de tutela jurisdicional, *in casu*, a "tutela condenatória".

O que é mais relevante para a caracterização da tutela condenatória como tal, distinguindo-a, suficientemente, de outras tutelas jurisdicionais (e uma tal distinção é o desiderato único de qualquer classificação), é a específica forma (técnica) em que a realização concreta da sanção reconhecida no título executivo verifica-se no plano material, isto é, no plano exterior ao processo. É correto entender, destarte, que há "condenação" independentemente de um "processo de execução". Estas duas figuras – "condenação" e "processo de execução" –, embora tenham andado lado a lado na história e na evolução do direito processual civil, inclusive o brasileiro – já não mais podem ser entendidas com as duas faces de uma mesma moeda. Mais ainda, vale o destaque, quando o "processo", como método de atuação do Estado, não pode, rigorosamente, comportar qualquer qualificativo, qualquer adjetivação. O processo, em si mesmo considerado, não aceita qualquer variação. O que varia de um "processo" para outro – e, pela tradição, acabou por rotulá-lo – é a *tutela jurisdicional* a ser exercitada e o *procedimento*, isto é, a específica forma pela qual os atos e os fatos processuais são coordenados entre si. Não o processo

propriamente dito, contudo (v. n. 2 do Capítulo 3, *infra*).

O que caracteriza a tutela *condenatória* como tal, destarte, é a específica forma de realização concreta dos direitos que ela reconhece existentes. Sua *técnica* de atuação é a de sub-rogação *indireta* sobre o patrimônio do devedor. Nota característica da condenação é que o método sub-rogatório a ser empregado em detrimento daquele que a sofre é patrimonial indireto, assim entendida a *transformação* do patrimônio do devedor em dinheiro suficiente para pagamento do credor. As técnicas processuais empregadas para tanto são a penhora, a avaliação e a alienação de bens do devedor.

Assim sendo, se não há como negar terem as Lei ns. 8.952/1994, 10.444/2002 e 11.232/2005 alterado *profundamente* a noção de que a tutela condenatória reclamava, por sua própria natureza, um "processo de execução" para ser cumprida, elas não alteraram o que, ainda hoje, é capaz de discernir a tutela condenatória das tutelas executiva e mandamental (v. ns. 8.5.4 e 8.5.5, *infra*). É que o que caracteriza a "condenação" como tal ainda se faz presente no sistema: a necessidade de prática de atos sub-rogatórios quando o devedor, embora exortado (instado) ao cumprimento *voluntário* da obrigação, tal qual reconhecida na decisão jurisdicional, não o faz.

Aplicando este conceito às regras incorporadas nos arts. 475-J a 475-R, o não pagamento da quantia determinada pela sentença (PMDP foi condenado a pagar a MDT R$ 57.930,00 devidamente corrigidos monetariamente e acrescidos de juros desde a citação, além das despesas processuais e honorários de advogado) – e vencido *in albis* o prazo de quinze dias a que faz referência o *caput* do art. 475-J –, a tutela condenatória reclamará a prática de atos sub-rogatórios sobre o patrimônio do devedor. E é justamente nas técnicas de sub-rogação ainda hoje reguladas pelo Livro II do Código de Processo Civil (a expressa remissão é feita pelo art. 475-R) que a tutela condenatória caracteriza-se como tal, distinguindo-se das tutelas executiva e mandamental. Ela volta-se à *transformação* do patrimônio do devedor em dinheiro suficiente para pagamento do credor.

Reside nesta necessária *transformação* – atividade sub-rogatória – uma outra característica que distingue a "tutela condenatória" das "tutelas executivas" e "mandamentais". As técnicas utilizadas e utilizáveis pelo Estado-juiz para realizá-la concretamente são *típicas*, isto é, são predefinidas em lei, não sendo lícito ao magistrado *desviar-se* das soluções preconcebidas pelo legislador. A solução contrapõe-se à *atipicidade* que caracteriza as técnicas de realização concreta das tutelas executivas e mandamentais.

É importante colocar em destaque, outrossim, que não há como sustentar que a Lei n. 11.232/2005 tenha "mandamentalizado" a condenação porque o art. 475-J, *caput*, determina ("manda") que o réu pague em quinze dias ao autor a quantia devida, sob pena de multa de 10%. Esta multa (ordem) não descaracteriza a tutela condenatória como tal porque o juiz sempre "mandou que o réu pagasse". De acordo com o art. 652, pertinente o destaque, este prazo, à época da edição daquela lei, era de apenas vinte e quatro horas, independentemente de se tratar de título executivo judicial (art. 475-N) ou

extrajudicial (art. 585). O traço característico da "tutela condenatória" é, vale insistir, o que se segue a esta verdadeira *exortação* (estímulo) de pagamento: a prática de atividades sub-rogatórias patrimoniais a pedido do autor (art. 475-J, *caput*, e §§ 3º e 5º), atividades executivas propriamente ditas, portanto. Tanto assim que, diferentemente do que se dá com a "tutela mandamental", cuja fonte genérica no Código de Processo Civil é o art. 461, a "multa do art. 475-J" não aceita qualquer flexibilização (v. n. 3.4 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 3). Trata-se, bem diferentemente do que se dá na tutela mandamental (v. n. 8.5.5), da aplicação de medidas *típicas* idealizadas pelo legislador e não adequadas (no sentido de *moldadas*, *construídas*), consoante as necessidades de cada caso concreto pelo próprio juiz.

Nestas condições, vale a pena destacar que a *ordem judicial*, em si mesma, não caracteriza a tutela mandamental, distinguindo-a, suficientemente, da tutela condenatória ou da tutela declaratória. O fato é que o "juiz" sempre manda, sempre ordena. E, mesmo antes das mais recentes Reformas do Código de Processo Civil, ele já "mandava", "ordenava". Trata-se de consequência inarredável da própria concepção da "jurisdição" e, mais precisamente, da *função jurisdicional*. O que parece, à luz do direito positivo brasileiro hoje vigente, permitir a distinção entre a tutela mandamental e a tutela condenatória é a tipicidade ou atipicidade dos meios executivos, isto é, das técnicas empregadas e empregáveis para realização concreta de uma e de outra, e não a "ordem" propriamente dita.

A tutela condenatória, mesmo depois das mais recentes reformas do Código de Processo Civil, reclama, para seu exercício, técnicas *típicas*, assim entendidas, um modelo rígido concebido em abstrato pelo legislador. O modelo é o seguinte: pague em quinze dias sob incidência de multa de 10% sobre o valor devido e início, desde que requerido pelo credor, de atividades sub-rogatórias. A *ênfase* (ou *preponderância*) da tutela condenatória, destarte, não está no "pague" (na *ordem*) mas nas atividades sub-rogatórias que, eventualmente, terão início. Neste sentido, a Lei n. 11.232/2005 não se afastou tanto como poderia parecer, depois de uma primeira análise, do "modelo tradicional". Também antes de seu advento o juiz *mandava* que o devedor pagasse (e em 24 horas) sob pena de "penhora", isto é, sob pena de terem início as atividades sub-rogatórias patrimoniais indiretas. E, convém destacar, é o que, para os títulos executivos *extrajudiciais* (art. 585), continua a ocorrer, como se lê do art. 652, com a única diferença quanto ao prazo, que, com a Lei n. 11.382/2006, passou a ser de três dias.

Fosse o caso de verdadeira "tutela mandamental", e a *ênfase* (a *preponderância*) repousaria na *ordem dada ao juiz* para pagamento. Ele não faria nada que não *mandar* e, a depender das *necessidades* do caso concreto, adequar, modificando a sua ordem para que o réu, ele próprio, pagasse. O exemplo mais contundente desta situação está na *ordem* de *prisão civil* nos casos de não pagamento de pensão alimentícia, expressamente autorizada pelo inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal. Se o devedor não pagar e não justificar por que não pagou, prevalece a ordem de prisão; não a autorização para perseguir, no

patrimônio do devedor, o equivalente monetário. Não que o credor da obrigação alimentar não possa requerer a prática de atividades sub-rogatórias. Muito pelo contrário, ele pode. Só que ao requerê-las, de "tutela mandamental" já não se tratará mas, bem diferentemente, de "tutela executiva" (assim, por exemplo, no caso de ser descontado o valor devido da folha de pagamento) e "tutela condenatória" (assim, por exemplo, no caso de penhora do automóvel do devedor para sua alienação oportuna).

De resto, não há espaço para entender que a "tutela condenatória" tenha sido *executivada* pela Lei n. 11.232/2005, embora, depois dela, a execução (o cumprimento, a efetivação, a realização concreta) da "tutela condenatória" passou a ser admitida no "mesmo" processo, como se ela se desse em uma "etapa" complementar e posterior àquela (ou àquelas) destinada a reconhecer o direito tal e qual devido. Exigir ou não um "outro processo", um "processo de execução", para que os efeitos de uma dada tutela jurisdicional sejam sentidos materialmente não era e, mais do que nunca, não é dado suficiente para caracterizar uma modalidade de tutela como tal, distinguindo-a de outra. Trata-se, a bem da verdade, de uma característica estranha às espécies de tutela jurisdicional aqui discutidas, porque externa a elas próprias. Ademais, a concepção de "processo" adotada por este *Curso* é arredia à possibilidade de ele ser – e isto não é assim por força de lei mas, bem diferentemente, por imposição do modelo de Estado traçado pela Constituição Federal – um "processo de *conhecimento*" ou um "processo de *execução*".

Há uma ressalva importante a ser feita no que, até aqui, foi exposto.

Malgrado todas as modificações trazidas pelas Reformas do Código de Processo Civil, ainda persiste, no Código de Processo Civil, uma "autêntica" tutela condenatória no sentido tradicional do termo, isto é, que exige, para sua implementação concreta, a propositura de um "novo" e diverso "processo". A referência é feita aos casos em que o particular propõe ação visando ao pagamento de uma determinada soma de dinheiro em face da Fazenda Pública. Nestes casos – por expressa disposição da Constituição Federal (art. 100) e do Código de Processo Civil (art. 730) – não há como deixar de reconhecer que a sentença que reconhece o direito do particular deve ser efetivada mediante a instauração de um *novo* processo, que terá início com a *citação* da Fazenda Pública para apresentar *embargos* no prazo de trinta dias.

Mesmo admitindo, como este *Curso*, forte na sua compreensão do "modelo constitucional do processo civil", que não há *propriamente* dois processos nesta situação mas, apenas, "etapas" diversas de um *mesmo* processo, sendo indiferente que o início da nova etapa, a de "execução", tenha, por força de lei, de se iniciar mediante a *citação* da Fazenda Pública, não há como recusar ver, nestes casos, traços da "tutela condenatória" no seu sentido mais tradicional. Isto, contudo, não a caracteriza como tal nem a descaracteriza. O que poderia descaracterizar a tutela *condenatória* contra a Fazenda Pública não é a necessidade de sua implementação se dar em *outro* processo, substancialmente diverso daquele voltado ao reconhecimento do direito do particular em face do Estado. Mas, bem diferentemente, da inexistência de verdadeiros métodos sub-

rogatórios patrimoniais indiretos para *forçar*, se for o caso, o pagamento pela Fazenda. Como, de acordo com o art. 100 da Constituição Federal, o pagamento devido pela Fazenda é requisitado *administrativamente* a ela (com ou sem o chamado "precatório", vale o destaque), há espaço de sobra para duvidar de que esta *tutela jurisdicional* é (e sempre poderia ter sido chamada de) *condenatória*.

8.5.4. Tutela executiva

A tutela *executiva*, a cujo nome a doutrina tradicional sempre acrescenta a locução *lato sensu*, também se volta à prática de atos sub-rogatórios sobre o patrimônio do devedor. Mas, diferentemente do que ocorre com a tutela condenatória, estes atos são muito mais de apropriação física e imediata do bem, para fins de sua fruição direta, do que de sua substituição oportuna pelo equivalente monetário. Seu traço característico, para revelá-lo de vez, não é de *transformação*, mas de *apreensão* ou *fruição direta*. É técnica de sub-rogação *direta* e não *indireta*, como se dá no caso da "condenação".

A tutela *executiva* é realizada, portanto, mediante técnica sub-rogatória que não depende da vontade do devedor, mas que não atua mediante expropriação de bens (penhora, avaliação e alienação, medidas típicas da tutela condenatória). Trata-se, importante acentuar este ponto, de técnica sub-rogatória *direta* e não *indireta*, como se dá no caso do modelo "penhora-avaliação-alienação", porque o ato praticado pelo juiz em substituição ao que deveria ser praticado pelo réu tem condições de satisfazer, por si só, o autor, independentemente de qualquer outra medida.

Exemplos de tutela executiva são vários. Ela mostra suficientemente suas características quando, por determinação do juiz, o credor sub-roga-se, diretamente, em créditos de seu devedor, satisfazendo-se com a quantia devida de imediato ou quando o autor obtém imissão ou reintegração na posse de um dado bem. Nestes casos, o objeto da "satisfação" é imediatamente capturado pelo credor da obrigação.

Vale o destaque de que mesmo antes das Reformas mais recentes do Código de Processo Civil (sempre tomando, para os fins da exposição, a Lei n. 8.952/1994 como primeiro referencial), a tutela executiva prescindia de um "processo de execução" para sua realização concreta, isto é, sempre se admitiu que ela, a tutela *executiva*, fosse exercitada no "mesmo processo" em que proferida a decisão jurisdicional a ser concretizada.

O § 5º do art. 461, ao descrever diversas iniciativas que devem ser usadas para perseguir a tutela específica ou o resultado prático equivalente (v. n. 8.1.2.1, *supra*) – usualmente denominadas "medidas de apoio" –, relaciona-se ao que, de acordo com a classificação aqui apresentada, denomina-se "tutela executiva". E justamente porque este dispositivo de lei faz referência segura a que as técnicas executivas lá previstas são claramente *exemplificativas*, é dizer, que o rol das soluções lá previstas pelo Legislador não exclui a criação de outros mecanismos pelo juiz, consoante as necessidades de cada caso concreto, vem à tona o tema da *atipicidade* dos meios executivos que bem distingue, à luz do direito positivo

vigente, os modelos sub-rogatórios que caracterizam, como tal, a "tutela condenatória" e a "tutela executiva".

8.5.5. Tutela mandamental

Por tutela *mandamental* deve-se entender a tutela que pretende extrair do devedor o cumprimento *voluntário* da obrigação, isto é, que pretende que o próprio obrigado, por ato seu, *cumpra* a obrigação, tal qual lhe foi imposta pela lei ou ajustada, por contrato, entre as partes, embora instado jurisdicionalmente a tanto. Trata-se de cumprimento *voluntário* do réu e, por isto mesmo, não *espontâneo*, que significaria ser prescindível ou, até mesmo, desnecessária a intervenção jurisdicional.

A tutela *mandamental*, diferentemente das tutelas condenatória e executiva, entretanto, não age por mecanismos sub-rogatórios (indiretos ou diretos, respectivamente) sobre o patrimônio do réu mas por coerção psicológica exercida sobre a sua vontade. O que se busca, por intermédio da tutela mandamental, é obter do próprio destinatário da tutela jurisdicional o que ele deve prestar ou não (em sentido amplo), valendo-se, para tanto, de mecanismos que possam, de alguma forma, influenciar ou incentivar seu comportamento. Tudo se passa como se, por intermédio da tutela mandamental, o réu tivesse condições objetivas de avaliar ser preferível acatar a determinação do juiz (a ordem por ele expedida) do que permanecer inerte. Daí a possibilidade de aplicação de multas ou a prisão civil (nos casos em que o sistema constitucional a admite desde o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal; v. n. 4.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3) serem ilustrativos exemplos deste tipo de tutela jurisdicional. Quando o art. 461, § 4º, prevê a imposição de multa diária contra o réu para que ela faça ou desfaça alguma coisa, busca regular o que, de acordo com a classificação aqui proposta, deve ser entendido como "tutela mandamental".

A "tutela mandamental", de resto, parece ir além para sua caracterização plena. É que ela, diferentemente do que se dá, por exemplo, com a "tutela condenatória", admite que seja modelada pelo juiz atento às circunstâncias fáticas e com os olhos voltados *também* para a predisposição do réu para acatar, ou não, a *ordem* nela contida. Tanto assim que o § 6º do art. 461 autoriza que a multa seja modificada, no que diz respeito a seu valor, periodicidade, prazo de exigibilidade, tanto quanto as circunstâncias fáticas recomendem. O dispositivo, incluído pela Lei n. 10.444/2002, fez, no particular, *lei* o que toda a doutrina já entendia ser possível de ser feito. Justamente em função desta inegável *flexibilidade* da "multa do art. 461", pela expressa autorização legal de ela poder se adaptar às circunstâncias de cada caso concreto – *atipicidade* da técnica –, é que ela não pode ser confundida com a multa do art. 475-J que, no modelo da Lei n. 11.232/2005, ainda deve ser entendida como vinculada à tutela *condenatória* e não à tutela *mandamental* (v. n. 8.5.3, *supra*).

8.5.6. Apreciação crítica: proposta de uma nova classificação da tutela jurisdicional por seus efeitos

Desde a introdução do art. 461 no Código de Processo Civil, por força da Lei n. 8.952/1994, a doutrina passou a admitir, em número cada vez mais crescente, a adoção, pela lei processual civil brasileira, da "classificação *quinária*" das tutelas jurisdicionais, colocando, ao lado da usual tripartição de efeitos em "meramente declaratórios", "constitutivos" e "condenatórios", duas outras espécies: a "executiva *lato sensu*" e a "mandamental". A própria Lei n. 10.358/2001, ao incluir um inciso V ao art. 14 do Código de Processo Civil, veio a fazer referência expressa a "provimentos mandamentais", dando ensejo, cada vez maior, para ser impossível desconsiderar esta *classe* de tutela jurisdicional (a mandamental) ao lado das demais.

Certo que muitos autores ainda analisam o sistema a partir de uma classificação trinária (ternária), acentuando que as tutelas "executiva" – sempre acrescida da expressão *lato sensu* – e "mandamental" são muito mais subespécies de tutelas condenatórias do que, propriamente, espécies diferenciadas e autônomas de tutela jurisdicional. O fato, entretanto, é que não há como fechar os olhos para esta realidade de direito positivo. Mais ainda quando não há como olvidar que o art. 461, ao estabelecer uma *preferência* para a obtenção da "tutela específica" ou, quando menos, para a "obtenção do resultado prático equivalente", alterou, substancialmente, a *forma*, os *meios* e, sobretudo, o *contexto* em que as tutelas jurisdicionais, inclusive no que diz respeito para o momento presente da exposição, quanto a seus *efeitos*, devem ou podem ser analisadas.

Tanto assim que a forma de *efetivação* das sentenças e das decisões antecipatórias proferidas com base no art. 461 não se baseia no tradicional modelo da "*execução* de fazer e não fazer" a que o Código de Processo Civil dedica os arts. 632 a 638, mas a partir de variados mecanismos diferenciados para que uma específica prestação seja obtida, preferencialmente por atuação do próprio obrigado (réu). Quando menos para que sejam sentidas, no mundo dos fatos, consequências as mais próximas possíveis do quanto ajustado originariamente pelas partes por atos que, não obstante não sejam praticados pelo réu, não são sub-rogatórios patrimoniais indiretos como ocorre no modelo tradicional "condenação-execução" (v. n. 8.5.3, *supra*).

Quanto à discussão relativa a distinguir as tutelas "condenatória", "executiva *lato sensu*" e "mandamental" como classes distintas ou como subclasses de uma só classe, é importante acentuar que a diferença que existe entre elas repousa muito mais nas *técnicas* de cada uma delas para a prestação da tutela jurisdicional do que em seu conteúdo ou, para empregar a dicotomia de que deu notícia o n. 8.5.4, *supra*, sua *eficácia*: a "executiva" não se dirige ao devedor da obrigação e efetiva-se (concretiza-se, realiza-se) independentemente e, se for o caso, até mesmo, *contra* sua vontade. É técnica sub-rogatória típica e, nesse particular, afina-se à tradicional tutela condenatória. A tutela mandamental, diferentemente, dirige-se especificamente à pessoa do obrigado, aguardando dele o acatamento e o cumprimento de uma ordem, sob pena de responder pelas consequências desse descumprimento. A tutela mandamental busca, fundamentalmente, eliminar quaisquer outras alternativas mais compensatórias

para o devedor do que o próprio cumprimento da obrigação. Ela atua, ao menos num primeiro instante, mais no âmbito psicológico do devedor do que no plano dos fatos, já que espera, dele, a prática *voluntária*, isto é, por ato seu, do resultado ajustado no plano do direito material (v. n. 8.5.5, *supra*).

O ponto de contato tradicional entre ambas, as tutelas mandamental e executiva, sempre residiu na circunstância de que sua *efetivação* (isto é, a concretização ou realização de seus efeitos no plano dos fatos; sua atuação), vale dizer, as *técnicas empregadas para sua realização concreta*, dava-se independentemente de um novo "processo", o "processo de execução". Por "processo de execução" deve ser entendida a *necessidade* da propositura de uma *nova* ação, com a constituição de uma *nova* relação processual, com *nova* citação do executado para implementar a sanção contida no título. Mais ainda: no processo de execução "tradicional", tal qual regulado originariamente pelo Código de Processo Civil, o juiz não estava autorizado a praticar atos de conhecimento, assim entendidos atos de *declaração* de direitos materiais (o que justifica, historicamente, a necessidade de o executado "defender-se" por intermédio de *outra* ação veiculada por outro processo, os chamados "embargos à execução"). A atuação judicial típica (e tradicional) no âmbito do processo de execução limitava-se à prática de atos *materiais*, de atuação da sanção contida no título do patrimônio do devedor.

Por isso é que a doutrina passou a tratar o art. 461 como "processo *sincrético*". No seu bojo, passou a se admitir o desenvolvimento de atividades típicas do "conhecimento" (verificação da ocorrência da lesão ou da ameaça, de *declaração* de direito, de constituição do título judicial, enfim) *e*, concomitantemente, de *concretização* do que vier a ser decidido, independentemente de *nova* provocação do interessado em *outra ação*, veiculada por *outro processo*, é dizer, sem solução de continuidade e, até mesmo, de ofício (v. art. 461, §§ 4º e 5º). Tudo se passa como se a decisão jurisdicional (antecipada ou final, isto é, indiferente) fosse *autoexecutável* ou *autoconcretizável*, independentemente de outro processo.

Releva destacar, contudo, que este "sincretismo", originalmente concebido apenas para alguns "procedimentos especiais", que foi incorporado ao Código de Processo Civil, pela Lei n. 8.952/1994, apenas para as hipóteses do art. 461 (obrigações de fazer e não fazer), foi espraiado pela Lei n. 10.444/2002 para as situações apontadas no art. 461-A (obrigação de entrega de coisa) e, por força da Lei n. 11.232/2005, passou a ser admitido também para as obrigações de pagar dinheiro. Assim sendo, não há mais espaço para distinguir as tutelas "condenatórias", "executivas" e "mandamentais" pela perspectiva de sua realização dar-se, ou não, em um "outro" processo, o "processo de execução". A exceção, pelo menos com a atenção mais voltada à letra da *lei*, fica por conta dos casos de *condenação* de pagamento em dinheiro em detrimento da Fazenda Pública (v. n. 8.5.3, *supra*), sem prejuízo das considerações que, sobre o assunto, faz o n. 1.1 do Capítulo 8 da Parte II do vol. 3.

Assim sendo, a própria evolução do direito positivo brasileiro revela que o único dado de direito positivo brasileiro que permite a distinção entre tutelas

"condenatória", "executiva" e "mandamental" dá-se pelas específicas formas de sua atuação concreta (*técnicas*) que, nos três casos, dar-se-á no *mesmo* processo, que permite que o juiz desenvolva atividades *cognitivas* e *executivas* concomitante e sucessivamente, sem solução de continuidade. Trata-se, como já foi acentuado diversas vezes acima e como será exposto com o vagar necessário no n. 2 do Capítulo 3, *infra*, de um "mesmo processo" que se desenvolve em diversas "etapas", as que interessam para o momento presente da exposição: a primeira, a "etapa" *cognitiva*, em que o magistrado emite decisão jurisdicional que reconhece para todos os fins um direito e cria condições de sua proteção (tutela) por intermédio da atuação imperativa do Estado (jurisdicional). A segunda, a "etapa" *executiva*, em que o Estado-juiz praticará atos de *satisfação* (atos materiais, portanto, não meramente ideais) destinados a transformar em realidade sensível, concreta, palpável o direito tal qual reconhecido previamente. Isto, contudo, como alertado pelo n. 8.4, *supra*, não autoriza que *atividades* jurisdicionais e *tutelas* jurisdicionais sejam tratadas como um só fenômeno e como se houvesse, sempre e em qualquer caso, uma relação de causa e efeito entre elas. Nestes casos, rigorosamente, a *atividade* jurisdicional *cognitiva* (o reconhecimento do direito que caracteriza como tal a "etapa" *cognitiva*) *prepara* a *tutela* jurisdicional *executiva*, permitindo que ela, de acordo com suas específicas *técnicas*, seja realizada no plano material, o que ocupará a chamada "etapa" *executiva*.

Do que até aqui foi exposto, uma coisa é clara: não há como desconsiderar que as tutelas jurisdicionais comportam, *de lege lata*, cinco classes diversas quando se leva em consideração a produção de seus efeitos externos ao processo. O que se põe como desafio à doutrina é como agrupar melhor estas cinco classes, estas cinco eficácias diversas para *melhor* compreendê-las e, consequentemente, para fazer melhor uso das *técnicas* que elas representam com vistas a uma melhor, porque mais adequada e mais tempestiva tutela jurisdicional, mais rente, portanto, ao "modelo constitucional do direito processual civil".

É o caso de manter a tripartição tradicional? É o caso de aceitar a classificação quinária? É chegado o momento de analisar diferentemente a questão propondo, por isto mesmo – e, sobretudo por força das modificações experimentadas pelo direito positivo brasileiro –, uma nova proposta de classificação? É esta, a terceira alternativa, uma proposta de classificação *binária*, a adotada por este *Curso*, como o n. 8.5, *supra*, deixa entrever.

Saber o que é "declarar" e "constituir" é tarefa facilitada pelos próprios nomes que descrevem as suas funções no plano do processo, sobretudo – porque são os efeitos *externos* ao processo que são relevantes para a compreensão da "tutela jurisdicional" e, por isto, eles que são levados em conta para a classificação aqui exposta –, no plano exterior ao processo, no plano material. É menos claro, contudo, saber o que é "condenar", o que é "*executivar*" (para fazer uso do neologismo proposto pelo n. 6, *supra*) e o que é "mandar". Mais ainda à luz das alterações sentidas pelo direito processual civil brasileiro.

O que é certo é que a tutela executiva e a tutela mandamental têm de ser

analisadas ao lado da tutela condenatória no sentido de que estas três espécies de tutela jurisdicional distinguem-se umas das outras muito mais pela forma de tornar realidade concreta aquilo que foi decidido pelo juiz (efeitos para *fora* do processo) do que pela sua função interna, endoprocessual (efeitos para *dentro* e para o *próprio* processo). Todas elas, a bem da verdade, "condenam" no sentido de impor a alguém, que transgrediu a ordem jurídica, umas tantas consequências, a sanção devida pela violação ou ameaça de violação do ordenamento. O saber como e em que medida estas consequências vão lhes ser impostas concretamente, vão virar realidade, vão ser "cumpridas" ou "acatadas" é que diferencia as três espécies.

Colocar as tutelas condenatória, executiva e mandamental lado a lado, outrossim, tem a virtude de separá-las das tutelas declaratória e constitutiva, que têm, entre si, um elemento comum e que as distingue daquelas outras três. É que as tutelas declaratória e constitutiva bastam por si próprias. São, por assim dizer, tutelas jurisdicionais "autoimplementáveis", "autossuficientes", "bastantes", *intransitivas*, portanto, porque dispensam qualquer providência do réu ou do aparato jurisdicional para que seus efeitos sejam sentidos regularmente no plano material. No máximo, o que se faz necessário (mais por razões de direito material do que de direito processual, é bom fazer este destaque), é alguma providência registrária para que terceiros tenham inequívoca ciência do que foi declarado ou constituído, nada mais do que isto. Assim, para exemplificar, a circunstância de se levar a sentença que reconhece MDQI como filho de PEC ou o divórcio litigioso entre PECLD e CLA ou o contrato de locação firmado entre QEDPV e PVSV, devidamente renovado, para os cartórios de registro competentes. O conflito de interesses que reside no plano material e cuja *afirmação* basta para o início do desenvolvimento da atuação jurisdicional (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte I e n. 3.1.1 do Capítulo 3, *infra*) é *suficientemente* tutelado (protegido) com o reconhecimento de que há ou que não há a *lesão* ou a *ameaça* retratada na petição inicial. A "volta qualificada ao plano material" que, desde o início deste *Curso*, foi enunciada como mola propulsora do estudo do direito processual civil (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte I, e n. 7, *supra*), destarte, dá-se cabalmente com o proferimento da decisão jurisdicional que contém a tutela almejada.

As tutelas condenatória, executiva e mandamental, no entanto, necessitam de atividades complementares para que seus efeitos sejam sentidos, exceção feita, evidentemente, à hipótese de serem acatadas, *espontaneamente*, por quem de direito. Em virtude desta sua característica, elas podem ser chamadas de "tutelas jurisdicionais *transitivas*", já que dependentes de uma *complementação*, da prática de alguma atividade ou de algum ato, do próprio juiz, ou, mais amplamente, da máquina judiciária, ou do destinatário da prestação jurisdicional (réu), a elas externas para serem completas, para serem eficazes, para realizarem-se e, do ponto de vista que a questão mais interessa no presente estudo, para *satisfazerem* seu beneficiário (autor). Aqui, diferentemente do que se dá com a classe referida no parágrafo anterior, a "volta qualificada ao plano material" depende da prática de ulteriores atos jurisdicionais. Só com sua

realização é que se pode sustentar que houve efetiva prestação da *tutela jurisdicional*.

É justamente nesta *complementação*, nestas atividades *externas* ao plano do processo mas necessariamente consequentes às tutelas condenatória, executiva e mandamental, que elas se distinguem umas das outras, como analisado nos ns. 8.5.3 a 8.5.5, *supra*.

A partir destas considerações, não parece ser despropositado propor uma classificação diversa para as tutelas jurisdicionais (quando analisadas a partir de seus *efeitos*), que distingue as tutelas *intransitivas* das tutelas *transitivas*.

As tutelas *intransitivas*, assim chamadas porque não precisam de atividade jurisdicional complementar, bastando por si só, isto é, outorgando, por si só, o bem da vida que se veio pedir ao Estado-juiz, correspondem às tutelas *declaratórias* e *constitutivas*. Neste sentido, a característica mais marcante destas tutelas *intransitivas* é a verificação de que a tutela jurisdicional por elas concedida opera exclusivamente (e suficientemente) no plano ideal. É por isto que elas bastam, são suficientes, para a satisfação do direito controvertido que se foi buscar perante o Estado-juiz. A sentença que julga procedente uma chamada "ação de investigação de paternidade" é suficiente, por si só, para declarar, para todos os fins, que MDQI é filho de PEC. A sentença que julga procedente uma "ação renovatória de contrato de locação" é suficiente, por si só, para estabelecer as novas ou renovadas obrigações entre o locatário PVSV e o locador QEDPV. No máximo, em cada uma delas, o que se pode esperar é alguma providência para fins de registro da sentença, o que é exigido pelo direito material e que, neste sentido, não se confunde com a tutela *jurisdicional* considerada em si mesma nem com a decisão que a *veicula*, nos exemplos dados, a sentença.

Como as tutelas declaratórias e constitutivas são suficientes e adequadas no plano ideal, elas não reclamam a prática de qualquer atividade material para *satisfazer* aquele que provocou o exercício da função jurisdicional – e é isto que garante o trato conjunto das tutelas declaratórias e constitutivas –, o traço mais saliente delas é a dispensa da prática de quaisquer atividades *executivas*. O grau de "suficiência", de "intransitividade" delas conduz, necessariamente, a esta ideia, que vale ser realçada. Elas são "tutelas não executivas".

As tutelas *transitivas*, assim chamadas porque, ao contrário das que compõem a classe anterior, reclamam atividade jurisdicional *complementar*, não bastam por si sós, não outorgam, por si sós, o bem da vida que motivou o pedido de tutela jurisdicional, correspondem às tutelas "condenatória", "executiva" e "mandamental". Estas tutelas, indistintamente, *criam* o chamado "título executivo judicial", isto é, reconhecem formalmente a situação de ameaça ou de lesão a direito, reprovando-a e autorizando que sejam praticados determinados atos jurisdicionais com vistas à satisfação *material* daquele direito tal qual reconhecido. Nisto é claro, quase didático, o art. 475-I. Todas elas, outrossim, ao *reconhecerem* esta situação de ameaça ou de lesão, autorizam desde logo a adoção de *técnicas* para *imunizar* a situação de ameaça e reprimir a situação de lesão, na linha do que o n. 8.5.3, *supra*, propõe seja entendido com relação ao

inciso I do art. 475-N. O que distingue uma *tutela* de outra reside especificamente nas *técnicas* a serem adotadas para a tutela do direito constante do título executivo judicial.

Justamente em função do que reúne estas três classes num gênero mais amplo – todas elas se voltam a produzir uma tutela jurisdicional (ainda) *incompleta*, ainda a ser complementada, ainda a ser acabada, de apenas autorizarem, em alguma medida, a tomada de medidas *executivas*, uma tutela que não se basta no plano *ideal* mas que reclama providências no plano *material*, no plano concreto, sensível –, há lugar para a proposição de um critério classificatório mais amplo para elas, bastante rente à noção aqui apresentada: como todas elas se caracterizam por reclamar, em alguma medida, atividade jurisdicional *complementar* – e, neste sentido, elas são *transitivas*, elas não bastam a si sós para os fins esperados da atuação jurisdicional –, elas podem ser reunidas sob o gênero "tutelas jurisdicionais executivas *lato sensu*", do qual são espécies as "tutelas jurisdicionais condenatórias", as "tutelas jurisdicionais executivas *stricto sensu*" e as "tutelas jurisdicionais mandamentais".

O *gênero* "tutelas jurisdicionais executivas *lato sensu*" justifica-se em função da característica mais ampla de que elas têm em comum, efeitos *executivos*, no sentido de que elas precisam de um complemento, independentemente de qual seja ele, para conduzir o interessado ao bem da vida, e, neste sentido, à satisfação que justificou a atuação do Estado-juiz. Elas, diferentemente das tutelas *intransitivas*, não são *suficientes* no plano ideal; os efeitos que produzem no plano do processo não alcançam, por si sós, o plano material, diferentemente do que se dá com aquela outra classe; elas reclamam, para sua realização concreta, a prática ou, quando menos, a possibilidade da prática, de atos materiais. E, por isto mesmo, a proposta de que as tutelas *intransitivas* (declaratória e constitutiva) sejam designadas como "tutelas *não executivas*".

Cada uma das espécies deste mesmo gênero, de sua vez, justificam-se porque o que distingue uma da outra são as *técnicas* de realização dos atos *complementares*, *materiais*, à reprovação da conduta contida na decisão jurisdicional. Como os modos de realização concreta de uma sentença que, por exemplo, determine que AHGP pague a CBSP uma soma em dinheiro, diferem do modo de realização de uma sentença que determina que o mesmo CBSP faça a pintura do apartamento do mesmo AHGP que, por sua vez, são diferentes da implementação concreta de uma sentença que determine que CBSP entregue para AHGP os móveis adquiridos em sua loja, justificam-se as diferentes espécies. O que distingue uma espécie da outra, portanto, são os *meios* ou *métodos* ou *formas* de atingimento do bem da vida ou, mais amplamente, os *meios* ou *métodos* ou *formas* de obtenção da tutela (jurisdicional) do direito. A razão que justifica seu agrupamento conjunto (todas elas têm que ser *complementadas* para que seus resultados úteis alcancem o plano *material*, externo ao processo) justifica também sua distinção em espécies porque as *formas* de sua complementação são diversas.

O nome dado a cada espécie e que, de certa forma, aproveita os nomes

que a doutrina tradicional tem se valido cada vez mais frequentemente, neste particular, são, à luz das considerações apresentadas nos ns. 8.5.3 a 8.5.5, esclarecedores o suficiente.

A distinção fica por conta do uso da locução *lato sensu* à tutela *executiva*. Ao contrário da doutrina tradicional, a tutela "executiva *lato sensu*" é, como o nome quer evidenciar, forma de tutela jurisdicional que exige atos executivos complementares. A classe não se define por uma de suas espécies, a "executiva *stricto sensu*", assim denominada pela específica forma de atuação concreta, isto é, por uma de suas *técnicas de atuação*.

A classificação proposta por este *Curso* assume, por isto mesmo, uma inegável *inversão* no *nome* usualmente empregado para descrever o fenômeno aqui tratado. A tutela executiva *lato sensu* usualmente referida pela doutrina tradicional merece, para os fins deste trabalho, tratamento e nome diferenciados. É ela tutela executiva *stricto sensu*: é tutela *executiva*, porque *transitiva*, porque exige alguma complementação material; mas é *stricto sensu* porque o que a distingue das demais tutelas executivas (todas, por definição, intransitivas) é a específica *técnica* que a veicula para fora do plano processual, em direção ao plano material, para tutelar, neste plano e não naquele, o direito material controvertido. Por isto, como o que é comum a todas estas tutelas é a necessidade de atos "executivos", todas elas são *formas* de tutela jurisdicional executivas. Por isto, tutelas executivas *lato sensu*. Como uma destas *formas de tutela jurisdicional* apresenta, na sua técnica executiva, uma especificidade, uma peculiaridade, recebe o nome da espécie, tutela executiva *stricto sensu*. A espécie, evidentemente, não pode servir como critério de classificação de toda a classe. Por isto, a proposta de substituição de nomes para melhor descrever o fenômeno em exame. Toda a vez que este *Curso* fizer menção a "tutela *executiva*" sem qualquer ressalva, sem qualquer adjetivação, a referência é feita à tutela executiva *stricto sensu*, à espécie, e não ao gênero.

A classificação que a doutrina tradicional adota para a "ação" mostra-se, assim, claramente insuficiente ou, pelo menos, restritiva porque descreve o fenômeno aqui tratado só no plano do que ela identifica como processo de conhecimento. É o que o n. 8.4, *supra*, destacou como uma identificação entre a "atividade jurisdicional" e a "tutela jurisdicional", embora rotuladas, uma e outra, com nomes diversos usualmente. Tanto assim que esta mesma doutrina, ao tratar do "processo de execução" e do "processo cautelar", volta ao tema da ação para explicar que naqueles "processos" há outras "ações", as "ações de execução" e as "ações cautelares". O que não fica claro, contudo, é saber se, para aquela mesma doutrina, aquelas ações, as "ações de execução" e as "ações cautelares", *declaram*, *constituem*, *condenam*, "*executivam*" (o neologismo é proposital) ou *mandam*.

A utilidade da classificação aqui proposta reside em aglutinar melhor as diferentes formas de *tutela* jurisdicional (e não de "ações" ou de "processos"), aceitando a sua variação consoante as *necessidades* de direito material devidamente levadas à apreciação do Estado-juiz com o rompimento da inércia jurisdicional, mantendo a invariabilidade da ação e do processo. A "ação de

execução", para empregar a expressão tradicional, deste prisma de análise, será, com certeza, "executiva *lato sensu*", porque ela *sempre* reclama a prática de atos materiais, exteriores ao processo. A "ação cautelar" dependerá do tipo de *proteção* (de tutela) pretendida por aquele que provoca em cada caso concreto a função jurisdicional. Na medida em que baste a declaração (a "produção antecipada de provas" dos arts. 846 a 851, por exemplo), o interessado formulará ao Estado-juiz um pedido de tutela jurisdicional *declaratório*; caso se faça necessário praticar algum ato no plano material, externo ao processo (a "busca e apreensão" dos arts. 839 a 843, por exemplo), o pedido deverá ser de tutela jurisdicional "*executiva lato sensu*".

Mais importante do que discutir a veracidade intrínseca dos mais variados critérios de classificação – porque eles não existem, as classificações são apenas instrumentos para melhor compreensão do fenômeno destacado para exame – é enfatizar, sobretudo nestes primeiros anos de vigência da Lei n. 8.952/1994 e, com maior razão, das Leis ns. 10.444/2002 e 11.232/2005, que as tutelas "condenatória", "executiva" e "mandamental" sejam distinguidas muito mais pelo critério *preponderante* do que, propriamente, por algo que lhe seja exclusivo. Esta nota de exclusividade não existe nelas e, de resto, em nenhuma outra modalidade de tutela jurisdicional. Este *Curso*, por isto mesmo, não vê como nem por que tirar razão de Pontes de Miranda quando assinalava que o que aqui é chamado de "tutela jurisdicional", e na obra dele de "eficácias" ou "sentenças", mede-se muito mais pela *preponderância* de efeitos do que, propriamente, pelo único (e exclusivo) efeito. Uma tutela jurisdicional declaratória caracteriza-se como tal porque é *preponderantemente* declaratória; a tutela jurisdicional constitutiva caracteriza-se como tal porque é *preponderantemente* constitutiva; a tutela jurisdicional condenatória caracteriza-se como tal porque é *preponderantemente* condenatória; a tutela jurisdicional executiva caracteriza-se como tal porque é *preponderantemente* executiva; e a tutela jurisdicional mandamental caracteriza-se como tal porque é *preponderantemente* mandamental. Para empregar a nomenclatura de Pontes de Miranda, é a *força* da decisão jurisdicional, isto é, o "efeito preponderante" que empresta nome a cada uma das classes.

Aplicação prática desta consideração é a seguinte: a "tutela jurisdicional condenatória" (uma sentença que condena NNC a pagar a NPN uma determinada quantia em dinheiro, por exemplo) não se limita a *condenar* no sentido de autorizar a prática de atos executivos sub-rogatórios *indiretos* no patrimônio de NPN. Para *condenar*, o Estado-juiz precisa, necessariamente, reconhecer, para todos os fins (declarar, portanto), se NNC era mesmo credor de NPN e se a obrigação contratada entre eles foi inadimplida. A atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado-juiz para tanto é eminentemente *declaratória*. Como, entretanto, NNC, ao provocar o exercício da função jurisdicional, não se limitou a pedir, como proteção, a *certificação estatal de um dado negócio jurídico* ("tutela jurisdicional declaratória"), mas, bem diferentemente, ele pediu tutela jurisdicional *condenatória*, a atividade estatal não se limita (nem pode se limitar) à declaração. Ela tem de ir além e, neste sentido,

não só *reconhece* a obrigação mas também a *reprova*, autorizando, se for o caso, a prática de atos materiais (atos executivos, atividade jurisdicional executiva, "etapa" executiva) para a satisfação de NNC.

Se, é verdade, é neste *algo a mais* que, tradicionalmente, caracteriza-se a tutela jurisdicional *condenatória* (v. n. 8.5.3, *supra*), não é menos correto observar que, para sua concessão, o Estado-juiz passa necessariamente pelo "momento" declaração (*atividade* jurisdicional *cognitiva*). É por esta razão que boa parte da doutrina tradicional do direito processual civil refere-se à tutela declaratória como "*meramente* declaratória". Justamente para colocar em destaque que também as demais formas de tutela jurisdicional sempre declaram mas, além de declarar, vão além, modificando, criando ou extinguindo relações jurídicas preexistentes (tutela constitutiva) ou criando condições de práticas de atos jurisdicionais de satisfação do direito reconhecido (tutelas condenatória, executiva ou mandamental).

É por isto que a "tutela condenatória", a "tutela executiva" e a "tutela mandamental" trazem sempre, como se tivessem embutidas nelas, o selo estatal da *declaração*, isto é, do *reconhecimento* do direito. O que as caracteriza como tais, no entanto, não é a atividade *cognitiva* do Estado-juiz (a mera declaração) mas o que a pressupõe, a atividade *executiva*. O inciso I do art. 475-N, convém frisar o que foi escrito no n. 8.5.3, *supra*, deve ser entendido neste sentido. O "título executivo" lá referido, porque *judicial*, pressupõe *reconhecimento* de direito; mas para ser *executivo*, para ter uma tal eficácia, deve apresentar também este *complemento*, este algo a mais, o que seja, a proteção de uma lesão ou de uma ameaça que residem *fora* do processo.

No entanto – e é aqui que importava chegar –, para este *Curso*, é inócuo, como faz a doutrina tradicional colocar ênfase no "momento declaração", na "*atividade* jurisdicional *cognitiva*", das tutelas executivas *lato sensu*. É que quando alguém vai a juízo para buscar a tutela (material) de um crédito não pago na data aprazada é *insuficiente* a *declaração* (reconhecimento) do inadimplemento. O que se quer, muito mais do que isto, é a autorização para a prática de atos executivos (quaisquer que sejam eles) para compelir o devedor a pagar ou sujeitá-lo à atividade sub-rogatória do Estado-juiz. É esta a razão pela qual a proposta classificatória que ocupa o n. 8.4, *supra*, embora tenha a virtude de abrir a discussão presente, não deve, em si mesma, ser aceita. Ela é insuficiente pelas razões lá mesmo expostas: não há relação necessária e constante entre *atividade* jurisdicional e *tutela* jurisdicional de uma mesma classe, isto é, cognitiva ou executiva.

Até porque o "momento declaração" (e, neste sentido, a "atividade jurisdicional cognitiva") pode ser dispensado em casos como estes, desde que a lei assim autorize. É o que se dá nos casos em que o título executivo é *extrajudicial*, nos termos do art. 585. Por títulos executivos *extrajudiciais* deve ser entendido para os fins presentes aqueles atos jurídicos que a lei empresta *executividade* suficiente para tornar *desnecessária* uma prévia declaração judicial (no sentido de *reconhecimento*) do direito de alguém. Aquele que porta um título executivo extrajudicial e o apresenta ao Estado-juiz legitima-se para

pedir tutela jurisdicional "executiva *lato sensu*" desde logo, independentemente de qualquer reconhecimento do direito pelo próprio Estado-juiz. Basta nestes casos – por uma ficção legislativa – o direito tal qual reconhecido no título executivo *extrajudicial*.

Explicados os parágrafos anteriores de outro modo: nos casos em que a "tutela *executiva*" pressupõe o prévio reconhecimento do direito, ela é precedida, necessariamente, em maior ou em menor grau, com maior ou menor intensidade (tutela provisória ou definitiva, v. n. 8.3, *supra*) de *atividade jurisdicional cognitiva*. É por isto que é tão importante distinguir, nestes casos, o que leva o juiz a *reconhecer* o direito ("*atividade* jurisdicional *cognitiva*") da sua implementação prática e concreta (prestação da "*tutela* jurisdicional *executiva*"). A constituição de um título executivo judicial exige atividade cognitiva mas, nestes casos, ela não tem o condão, por si só, de prestar tutela. O que se quer, em termos bem diretos, é a *tutela*, não a *atividade*. Tanto assim, para retomar o que foi exposto no parágrafo anterior, que nos casos de título executivo extrajudicial, a atividade cognitiva para dar legitimidade à tutela executiva e para a prática de atos executivos é dispensada, sequer é jurisdicional; é legislativa. Ela é substituída, suficientemente, pelo próprio título que deve ser apresentado ao Estado-juiz já na sua provocação inicial (art. 614, I).

A tutela jurisdicional a ser prestada pelo Estado-juiz nos casos dos "títulos executivos *extrajudiciais*" far-se-á – nem poderia ser diferente – mediante *processo*. É frequentíssimo nominar este *processo* de "processo de execução" porque o pedido nele veiculado – pedido de tutela jurisdicional, seja bem dito – é de "execução", isto é, de prática de atos concretos de *satisfação* do direito e não de seu *reconhecimento*. Mas que "tipo" de tutela jurisdicional é veiculado neste processo? A resposta mais correta, à luz das considerações até aqui expostas, é que ela será *transitiva* no sentido de que seus efeitos, para serem sentidos no plano material, exterior ao processo, reclamam a prática de atos concretos, de *realização* do direito. Será, portanto, *condenatória*, *executiva* ou *mandamental*, consoante as técnicas que serão adequadas e necessárias para a satisfação do portador do título. Assim, se se tratar de um contrato relativo à obrigação de *fazer* algo (art. 585, II), o caso é de tutela mandamental e/ou executiva, forte no que dispõe o art. 645. Se se tratar de pagamento em dinheiro, a tutela será condenatória e assim por diante. A tutela jurisdicional, nestes casos, é, inequivocamente, de acordo com o critério classificatório aqui proposto, "executiva *lato sensu*".

A tese da "preponderância da tutela jurisdicional" não pode, contudo, ser confundida com outro fenômeno que é melhor entendido por outra doutrina, desenvolvida entre nós por Cândido Rangel Dinamarco. É correto e desejável para este autor entender que as decisões jurisdicionais devam ser compreendidas por "partes" ("capítulos", na nomenclatura que sugere), cada qual podendo outorgar tutelas jurisdicionais diferentes. Assim, para fazer uso de um exemplo, uma sentença que julga "ação de inexistência de relação jurídica" proposta por NNF em face de FNJNS é declaratória, *preponderantemente* declaratória. Nenhuma distinção com o que foi exposto no parágrafo anterior. Mas esta

mesma sentença tem uma parte (um *capítulo*) *preponderantemente* condenatória, que é onde o Estado-juiz *condena* (a palavra é técnica e está sendo utilizada no sentido do n. 8.5.3, *supra*) que FNJNS, vencido, pague as despesas processuais e os honorários de advogado (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV). O assunto é analisado com mais vagar pelo n. 5 do Capítulo 1 da Parte V do tomo I do vol. 2 deste *Curso*.

Por fim, mas não menos importante, cabe uma última reflexão.

Na medida em que os critérios classificatórios que vêm sendo empregados pela doutrina e, como não poderia deixar de ser, os aqui propostos criem maior dificuldade para entender o objeto classificado do que esclarecimento daquilo que está em estudo (a tutela jurisdicional e seus efeitos), é importantíssimo, verdadeiramente fundamental, que eles sejam abandonados, deixados de lado.

Neste sentido e com vistas a que este passo venha a ser dado no momento oportuno, é que este *Curso* já propõe a classificação *binária* "tutela não executiva" e "tutela executiva *lato sensu*"; "tutela jurisdicional intransitiva" e "tutela jurisdicional transitiva" ou, para empregar nomenclatura que não é desconhecida pela nossa doutrina, forte nos estudos de alguns processualistas italianos, "tutela jurisdicional suficiente" e "tutela jurisdicional autossuficiente".

Até mesmo, não há por que deixar de fazer uma derradeira consideração, não há nenhum mal em entender o *nome* "condenatória" (e, consequentemente, tutela jurisdicional "condenatória") mais amplamente, de forma a que ele albergue, naquela própria classe de "tutela jurisdicional", quaisquer técnicas, as mais variadas que sejam, para implementar concretamente a reprovação do ato contrário ao direito, para tutelar a "crise de inadimplemento". Seja a crise já consumada (lesão), seja a crise iminente (ameaça).

A proposta aqui feita de dar a esta visão mais ampla de tutela jurisdicional *transitiva* o nome de "executiva *lato sensu*" deve ser entendida neste sentido e para este fim, mormente quando ela facilita a contraposição com outra forma de tutela jurisdicional que não reclama, para a satisfação do direito tal qual reconhecido, qualquer complementação, as tutelas *intransitivas* ou "tutelas não executivas". E, de resto, ela evita o *nome* "condenatória", que, se é certo, poderia até comportar uma conotação mais ampla (comum em setores da doutrina brasileira e, sobretudo, da estrangeira, vale o destaque), teria o mal azo de empregar um *nome* fora de seu contexto comum, reclamando, a todo passo, ressalvas, exigindo, até mesmo, como rótulo, o aposto *sui generis*, o que conspira às convenções de linguagem que autorizam e viabilizam o discurso e a discussão científica.

A aceitação desta proposta classificatória, por fim, tem o mérito de colocar lado a lado o que só se justificou por razões históricas e que não encontram mais guarida no direito positivo brasileiro: a "tutela jurisdicional *cognitiva*" corresponde à "tutela jurisdicional *intransitiva*" ("não executiva"). Isto porque a sua concessão (no plano jurisdicional) já outorga tutela suficiente no plano material. A tutela jurisdicional é, neste sentido, suficiente para a tutela de direito (atuação jurisdicional suficiente). A "declaração" e a "constituição"

obtidas jurisdicionalmente são, elas próprias, a tutela suficiente das crises de certeza e de situação jurídica que, residentes no plano material, justificaram, a seu tempo, a necessária provocação da função jurisdicional.

Já a "tutela jurisdicional *executiva*" corresponde à "tutela jurisdicional *transitiva*" (a "tutela *executiva lato sensu*" referida acima). Isto porque, se é certo que elas, a um só tempo, declaram ou reconhecem direitos – no sentido de *conhecê-los* no e para o plano processual a partir do quanto verificado no plano material –, elas se voltam *principalmente* (*preponderantemente*) a autorizar a sua realização prática concreta no plano material, forçada, se for o caso, mediante atividade jurisdicional. A ênfase que nelas reside – a sua *força*, portanto – não está no "momento declaração" mas, bem diferentemente, no "momento" execução, no "momento" criação de condições concretas de *satisfação de um direito* no plano exterior ao do processo. A "crise de inadimplemento" (lesão a direito) ou, quando menos, de "iminência de inadimplemento" (ameaça a direito) que justifica a provocação da função jurisdicional não é tutelada (protegida) pelo seu *reconhecimento* jurisdicional. Uma tal tutela (proteção) pressupõe a prática de atos materiais fora do plano ideal e, por isto, o destaque à possibilidade de sua *execução*, entendida a palavra em sentido amplo de realização forçada de um direito.

Vale o destaque, até para que o início da exposição do tema (ns. 8.4 e 8.5, *supra*) encontre eco seguro no seu fim, de que a grande dificuldade encontrada na doutrina tradicional do direito processual civil no exame da "sentença condenatória" reside na ausência de colocar sua *ênfase*, sua *preponderância* e, consequentemente, sua *força* nos atos *executivos*, na *tutela* jurisdicional *executiva*, portanto, e não na *atividade* jurisdicional *cognitiva* desempenhada para o seu proferimento.

Quem ingressa em juízo, para ilustrar a afirmação com um exemplo bem simples, para cobrar uma dívida não paga, não se satisfaz com o "reconhecimento" do inadimplemento. O que sempre se quis em situações como estas – e é isto que o "pedido condenatório" sempre espelhou, de acordo com a doutrina tradicional – é a possibilidade da prática dos atos *executivos* que *pressupõe* aquele reconhecimento. Se a dívida não paga fosse documentada em um título executivo *extrajudicial*, o pedido para o Estado-juiz não é (e nunca foi) *substancialmente* diverso nesta perspectiva de satisfação do direito: aqui, como lá, o que o credor almeja é o *pagamento*, mesmo que forçado, da obrigação; é a prática, portanto, de atos executivos.

A diferença nunca esteve, destarte, no plano *material* mas no plano *processual*, exclusivamente neste. A *abstração* da ciência clássica do direito processual civil, para sustentar uma classe de "pedidos", "ações" e "sentenças", no exemplo, a "condenatória", que tem valor e efeitos somente no plano do processo era e é mais do que compreensível à época em que foram cogitadas aquelas categorias (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte I). Não, contudo – e com as vênias típicas de um texto jurídico –, quando a perspectiva da reflexão, do pensamento sobre o direito processual civil, apresenta-se tão diversa e tão vinculada à obtenção de resultados palpáveis, sensíveis, *fora* do plano do

processo, mesmo quando tais resultados dependam, ainda, da atuação do Estado-juiz e, portanto, só sejam obtidos *pelo* processo.

Uma derradeira ressalva para quem perceber que, na classificação aqui proposta, há uma ligeira *coincidência* de nomes para descrever o *mesmo* fenômeno – a tutela *executiva* –, ainda que analisado de perspectivas diversas. Ela não é acidental. É importante verificar, também desta ótica, que a tutela jurisdicional está nos *efeitos* produzidos pela atividade do juiz para *fora* do plano do processo e não no "tipo de processo" em que ela é prestada, no "tipo de atividade" a ser desenvolvida pelo juiz, no "tipo de pedido" a ele feito ou no "tipo de ação". A tutela jurisdicional está na proteção que ela tem aptidão de dar no plano material a partir do plano processual. Na satisfação que ela, resultado da função jurisdicional, tem o condão de entregar tempestiva e adequadamente aos litigantes. No mais, nomes são menos importantes do que as coisas, os objetos e as pessoas por eles identificados.

9. COGNIÇÃO JURISDICIONAL

O tema relativo à "cognição jurisdicional" vem neste *Curso* tratado logo após o da "tutela jurisdicional". A proposta de sua análise neste lugar é vantajosa na exata medida em que o juiz tem de *conhecer* alguma coisa e, em alguma medida, para decidir e para implementar concretamente o que conhece e reconhece como direito aplicável. Se não fosse pela cognição, teria pouco sentido falar em uma razão para o processo civil.

Isto não significa, evidentemente, que a "cognição jurisdicional" não se relacione intimamente com outros diversos temas, inclusive os *fundamentais*, do processo civil. Assim, por exemplo, no que diz respeito à efetividade do processo e aos contornos de um devido processo legal. O que deve ser destacado para justificar a opção metodológica deste *Curso*, tão somente, é que o próprio conceito de tutela jurisdicional pressupõe a análise dos meios pelos quais o magistrado apreende e pode apreender o conflito sobre o qual decidirá. Seja porque a *atividade* jurisdicional *cognitiva* pode, ela própria, coincidir, desde logo, com a *tutela* jurisdicional perseguida (uma "tutela jurisdicional não executiva", consoante a proposta do n. 8.5.6, *supra*), seja, quando menos, porque a *tutela* jurisdicional *executiva* (idem) pressupõe o exercício de alguma ou de toda *atividade* jurisdicional *cognitiva* para reconhecimento da lesão ou da ameaça a direito levada para o Estado-juiz.

Assim, por "cognição jurisdicional" deve ser entendido o estudo sobre as diversas formas pelas quais o legislador pode autorizar que o juiz conheça, no sentido de apreciar, dos conflitos de interesse para ele apresentados para solução.

Trata-se de saber, para bem implementar o "modelo constitucional do processo civil", em que condições se pode otimizar a prestação jurisdicional, pensada esta a partir da *quantidade* e *qualidade* de informações a serem levadas em conta pelo magistrado de cada caso concreto. É como se quisesse responder às seguintes questões: quanto *tempo* o juiz deve levar para decidir determinados

conflitos? Em que condições deve o juiz estar autorizado a resolver conflitos de forma mais rápida e, portanto, sem ter certeza absoluta de se é o autor ou se é o réu que está certo? Em que situações é oportuno, é conveniente, é desejável, que o juiz tenha acesso a todas as informações que lhe possam ser úteis para o julgamento de uma dada causa?

O tema que é intimamente relacionado à "tutela jurisdicional *cognitiva*" – e o nome dado a esta classe é suficiente para explicar o porquê – não é estranho, contudo, à "tutela jurisdicional *executiva*". É que o desenvolvimento da atividade jurisdicional, qualquer que seja ela e, no que diz respeito ao assunto deste Capítulo, qualquer que seja a forma de tutela jurisdicional a ser ou não prestada, envolve, necessariamente, atividade *cognitiva*. Mais ou menos intensa, voltada a um ou a outro tema, a "apreensão" do que se dá no plano do processo e fora dele não pode ser desconsiderado pelo estudioso do direito processual civil.

Kazuo Watanabe, o grande monografista da matéria, propõe que o tema relativo à cognição jurisdicional seja pensado em dois planos distintos: o *horizontal*, relativo à quantidade ou extensão das matérias a serem enfrentadas pelo magistrado; e o *vertical*, relativo à qualidade ou profundidade de reflexão que o magistrado está autorizado a fazer sobre as questões que lhe são endereçadas para resolução.

No plano *horizontal* a cognição jurisdicional pode ser *parcial* ou *plena*, consoante haja, ou não, limitação aos tipos de pretensão ou de defesa a serem levadas e/ou apreciadas pelo magistrado.

Quando o Código de Processo Civil ou a legislação processual civil extravagante, por exemplo, preveem os chamados "procedimentos especiais" (Livro IV) para determinados conflitos de direito material, limitando a algumas situações específicas de direito material as pretensões por ele levadas ao Judiciário, bem assim os diferentes tipos de defesa a serem apresentadas pelo réu, está-se a falar de cognição *parcial*, limitada àqueles determinados assuntos. Assim, apenas para ilustrar, nas ações de consignação em pagamento (art. 896), nos inventários (art. 984) e na lei de desapropriações, em que a defesa do expropriado fica limitada à discussão da justiça da indenização (Decreto-lei n. 3.365/41, art. 20), para ficar com três exemplos bem conhecidos. Não há, nestes casos e em tantos outros que se poderia cogitar, qualquer "limitação" aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A *limitação* dos tipos de pretensão e defesa arguíveis perante o Judiciário é legítima porque busca bem realizar os princípios da efetividade da jurisdição, do devido processo legal e da *eficiência* da atuação jurisdicional (art. 5º, XXXV, LIV e LXXVIII, da Constituição Federal, respectivamente), *otimizando* a prestação jurisdicional. Haveria ofensa reprovável àqueles princípios se não fosse possível, *mediante outra e diversa provocação* do Estado-juiz, aventar outras pretensões ou defesas.

A cognição *plena* caracteriza-se pela falta de qualquer limitação aos tipos de pretensão e/ou defesa que podem ser apreciadas pelo magistrado. Ela é a típica cognição exercitada no que comumente se chama de procedimentos ordinário e sumário. É como se dissesse, para estes casos, que qualquer tipo de pretensão e qualquer tipo de defesa são possíveis de serem levadas à apreciação

e resolução pelo magistrado, que *deverá* enfrentá-las.

Esta classificação, da cognição "no plano horizontal", conduz a diversos outros assuntos que este *Curso* vai tratar nos três tomos do vol. 2, que parcela da doutrina chama, de modo bem eloquente, de "processo plenário" (cognição "plena") e que o Código de Processo Civil chama de "procedimentos especiais" (cognição "parcial"). Também na Parte V do vol. 3, a propósito do exame dos títulos executivos, ela será importante para justificar a razão pela qual os efeitos da tutela *executiva* são sentidos, ao menos como regra, *antes* da possibilidade de contrastar a correção daqueles atos processuais (art. 475-N) ou dos documentos (art. 585) que, por força de lei, autorizam sua prática.

Quanto à *intensidade* ou *profundidade* no exercício da cognição, a chamada "cognição vertical", o próprio Watanabe a divide em três espécies, *superficial*, *sumária* e *exauriente*. A diferença que existe entre estas três espécies de cognição jurisdicional (cognição no plano vertical) repousa na circunstância de que, em alguns casos, o magistrado está autorizado a decidir de forma mais rápida sem ter formulado, no seu íntimo, uma convicção total e imodificável de seu ponto de vista. É decidir, em determinadas situações, mais com a aparência do que parece ser certo e necessário do que decidir com absoluta razão ou convicção. O que distingue uma de outra espécie é a profundidade de pesquisa que o juiz está autorizado a proceder para se convencer do acerto das alegações do autor ou do réu. Como fazer mais ou menos pesquisa em torno da descoberta da verdade leva "*tempo*", a autorização para que o juiz decida sem maiores pesquisas ou provas definitivas é forma de se abreviar o tempo para decisão do juiz.

O ideal, pelo menos com os olhos voltados para a *tradição* do processo oitocentista para cá, é que o magistrado só decida depois que tiver formado, de forma irretorquível, sua convicção, aprofundando, na medida em que ele entender necessário, sua cognição. Ouvirá o que o autor tem a dizer, ouvirá o que o réu tem a dizer sobre o que o autor disse; muito provavelmente ouvirá o que o autor tem a dizer sobre o que o réu disse sobre o que ele, autor, disse antes; comum, na prática, que o magistrado acabe ouvindo o réu sobre o que o autor disse sobre o que ele disse sobre o que o autor, na petição inicial, havia dito. Não satisfeito, está o magistrado, porque o tempo para decidir, nestas condições, não é problema algum; pretender que se façam provas porque os documentos e as alegações de parte a parte não foram suficientes, por qualquer razão, pouco importa aqui, para formar sua convicção sobre os fatos. Designará uma perícia, uma audiência para produção de prova oral ou tomará qualquer outra providência que ele, magistrado, repute necessária para formar sua convicção pessoal sobre o que vai julgar. Não há mais espaço para dúvida na doutrina, a este propósito, sobre a possibilidade de o juiz, insatisfeito com o resultado de uma perícia, determinar, até mesmo de ofício, a realização de outra, porque é ele, juiz, o destinatário da prova, não as partes, e o *tempo* para que ele, juiz, forme sua convicção não é importante para este critério classificatório. O que importa é que ele esteja suficientemente seguro para decidir. As provas, vale a pena frisar este ponto, são mecanismos de que as partes se valem para convencer o juiz de

que algo ocorreu de uma forma ou de outra. O que releva é que, nestas condições, o magistrado dispõe de todo o tempo que for necessário para formação de sua convicção. E é na "sentença" que "encerra o procedimento de primeiro grau de jurisdição", que põe fim ao que pode ser chamado, pelas razões expostas anteriormente, em especial no n. 8.4, de "etapa" de cognição, que o juiz revela a maturidade de sua cognição e, consequentemente, a viabilidade de proferir o julgamento. É esta, para empregar a expressão de Watanabe, a cognição *exauriente*.

A noção de cognição exauriente pressupõe, por definição, a existência de "tempo" hábil para formação da convicção do juiz. Ela bem representa, porque se afina a ele, concretizando-o, o princípio do contraditório e da ampla defesa no sentido de "segurança jurídica" (v. ns. 5 e 6 do Capítulo 1 da Parte II). É a cognição, na visão do legislador, a mais digna de justificar a liberação dos efeitos da tutela jurisdicional (v. ns. 8.2 e 8.3, *supra*).

Em outras situações, no entanto, o magistrado não dispõe de *tempo* para formação de sua convicção. Premido pela urgência do pedido de prestação jurisdicional, ele tem de decidir porque é *obrigado* a tanto, independentemente de ter condições de formar uma convicção *definitiva*, em seu ânimo, sobre o que está a acontecer entre o autor e o réu. Haverá casos, até mesmo, em que sequer a oitiva do réu sobre os fatos e documentos trazidos pelo autor em sua petição inicial será possível: não há *tempo hábil* para tanto. Para estes casos é que Watanabe fala em cognição *sumária*, típica das "sentenças cautelares", e em cognição *superficial*, típica das "liminares". Note-se que o que diferencia uma classe de cognição da outra é o grau de *aprofundamento* que o juiz está autorizado ou, quando menos, que tem condições de exercer em cada caso concreto. Quanto menor for o tempo para o juiz decidir, mais "raso", menos profundo, menos intenso, será o exercício de sua cognição. Quanto mais rápido o juiz tiver que decidir, menos ele terá condições concretas de pesquisar a respeito do caso. E justamente por isto, por esta "pressa" em decidir ou, mais precisamente, pela *necessidade de que ele decida com alguma pressa*, o juiz poderá errar, ele poderá, posteriormente, reavaliar aquilo que decidiu. O que ele não pode fazer, mormente quando se analisa a questão a partir do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal – forte na concepção de tutela jurisdicional preventiva (v. n. 8.1.1, *supra*) e, em alguns casos, da tutela jurisdicional *antecipada* e da *provisória* (v. ns. 8.2 e 8.3, *supra*), portanto –, é *deixar de decidir* porque acha que não tem condições de decidir, que precisa pensar mais, entender melhor o caso. Isto seria, em última análise, admitir-se o *non liquet*; para ir direito ao ponto, é ferir de morte o próprio conceito de tutela jurisdicional, monopolizada nas mãos do Estado-juiz.

A doutrina acabou, de alguma forma, deixando de lado a distinção que Watanabe faz entre cognição *superficial* e cognição *sumária*. Para a maioria dos autores, a distinção que releva ser feita é entre as cognições *sumária* e *exauriente*. Esta em que, grosso modo, o juiz decide porque teve tempo suficiente para formar 100% de convicção sobre o caso – e, por isto mesmo, o que ele decidir tem ânimo para se tornar imutável (fazer "coisa julgada material", portanto, v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II) –; aquela em que o juiz, premido pelo

tempo, decide pela *aparência* do que parece ser o mais correto para o caso, com base em "plausibilidade", "probabilidade", "verossimilhança" ou *fumus boni iuris*, para fazer referência a palavras e expressão usualmente empregadas pela doutrina para se referir a este grau de cognição.

O que é importante de ser destacado é que, por definição, o juiz não teve condições de decidir com 100% de certeza e que, por isto mesmo, poderá rever o que decidiu anteriormente, quando tiver oportunidade para isto, quando for devidamente provocado para tanto. É esta cognição *sumária*, abstraída a distinção originalmente feita por Watanabe, que caracteriza a tutela de urgência. O motivo? Justamente a falta de tempo para que o juiz forme, a respeito daquilo que é dado pelo autor e/ou pelo réu, uma convicção definitiva. Esta convicção definitiva, vale o destaque, depende da possibilidade de exercício pleno do contraditório. Houvesse tempo e, certamente, ele decidiria munido de toda a razão que lhe parecesse suficiente, justamente como *consequência* da ampla colaboração e participação das partes e de eventuais interessados na formação da convicção do magistrado, isto é, do exercício pleno do "princípio do contraditório" (v., uma vez mais, o n. 4 do Capítulo 1 da Parte II).

Aqui também, a exemplo do que ocorre para a cognição *horizontal*, tratada acima, não há qualquer mácula a princípio constitucional do processo algum. O que há, muito pelo contrário, é autorização constitucional para que o legislador "crie" condições *diferenciadas* para que lesões e ameaças a direito sejam efetivamente apreciadas pelo Poder Judiciário. A cognição sumária é uma legítima autorização dada pelo legislador ao juiz, forte na aplicação do modelo constitucional do processo, aqui com preponderância do princípio da efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV, robustecido pelo inciso LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004), para que o juiz decida o mais rapidamente possível e, por isto mesmo, sem que tenha condições *temporais* de refletir exaustivamente sobre a questão que lhe é dada para resolver. É uma forma de se abreviar, legitimamente, o *tempo* necessário para que o juiz forme um juízo o mais seguro possível sobre uma dada questão jurídica ou não. Se o problema que chega ao juiz reclama *urgência*, e se urgência, para o que interessa ao tema, é ideia avessa a de "tempo", por certo que o juiz terá de decidir com os poucos elementos que lhe são apresentados pelo autor e, se for o caso, pelo réu. Quanto menos tempo, menos certeza o juiz terá para decidir mas, mesmo assim, *terá de decidir*. Os riscos derivados desta situação são, por assim dizer, legitimamente, assumidos pelo legislador. É como se ele, para bem cumprir o modelo constitucional do processo, dissesse: em algumas situações é preferível que o juiz decida rápido, quiçá de forma errada, mas que decida. Às vezes, dirá o legislador, é melhor que a justiça seja feita de forma rápida, para não faltar àquele que *parece* ter mais razão que o outro.

A Ação

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O chamado "direito de ação" é garantido pela Constituição Federal no inciso XXXV do art. 5º. Embora o dispositivo não o revele expressamente, é esta a interpretação amplamente vencedora na doutrina e na jurisprudência. Qualquer lei que iniba a provocação do Estado-juiz para prestar tutela jurisdicional é, por isto mesmo, irremediavelmente inconstitucional, agressora ao "modelo constitucional do processo civil".

Isto, contudo, não quer significar que não possa haver temperamentos legítimos adotados no plano infraconstitucional para criar condições de uma melhor atuação do Estado-juiz. Justifica-se o entendimento porque o "direito de ação" é garantido por um *princípio jurídico*. Uma coisa é a lei reduzir a amplitude do "direito de ação", dificultar, embaraçar ou impedir o seu exercício, outra, bem diferente, é tornar a atuação jurisdicional do Estado a mais eficiente possível inclusive com vistas à prestação da tutela jurisdicional, *temperando* adequadamente a incidência de outros princípios constitucionais do processo civil, disciplinando, por isto mesmo, o mesmo direito. É, por exemplo, neste contexto que o tema "condições da ação" deve ser compreendido e o será no n. 3, *infra*.

O que releva para o momento presente da exposição é evidenciar que o "princípio do acesso à justiça" (com todos os sinônimos mencionados a propósito de seu exame no n. 3 do Capítulo 1 da Parte II) é conceito que se identifica, que verdadeiramente se mescla, com o "direito de ação". É nesta perspectiva ampla que o tema será enfrentado por este *Curso*.

Consequência imediata da afirmação do parágrafo anterior e que, em certa medida, assemelha-se bastante com aquela que o n. 1 do Capítulo 3, *infra*, dedica a outro tema fundamental do direito processual civil, o "processo", é que o "direito de ação" ou, simplesmente, a "ação" é um dado de direito positivo no direito brasileiro e que tem assento assegurado na própria Constituição Federal. Não se trata de um conceito "puro", que possa ser traçado sem levar em conta as *opções* políticas feitas pelo ordenamento jurídico nacional. Faz toda a diferença, portanto, verificar de que maneira o "modelo constitucional de direito processual civil" influencia-o, fornecendo os elementos mínimos e indispensáveis para sua (re)construção dogmática.

Por isto, apenas por isto, este *Curso* opta em não recuperar as tão amplas como interessantíssimas discussões que ocuparam e que ainda ocupam as letras da doutrina do direito processual civil sobre a natureza jurídica da ação e as diversas teorias que buscam explicá-las desde suas raízes romanas com a célebre polêmica entre Windscheid e Muther, passando por sua concepção no próprio plano do direito material, no do direito processual ou, até mesmo, no plano do direito constitucional. Os temas são, este *Curso* não nega, relevantíssimos. Rente às premissas escolhidas para seu desenvolvimento, contudo, o que se mostra mais relevante é destacar a importância de a "ação" ser entendida como um dos componentes do "modelo constitucional do direito processual civil", extraindo daí, em especial dos princípios *constitucionais* do processo civil, seus caracteres jurídicos. A riquíssima construção dogmática pretérita acerca do tema é ferramenta útil para a realização desta tarefa. No entanto, estas construções não são "fim" em si mesmas consideradas, elas não são a *conclusão* sobre o que é e sobre o que não é a "ação". Simplesmente porque elas não podem revelar o que "é" a ação, como se ela, a "ação", existisse fora dos diversos ordenamentos jurídicos, fora do tempo e do espaço jurídicos, fora das opções de cada ordenamento jurídico feitas pelas mais variadas razões políticas, históricas, culturais e, até mesmo, sociais. As construções anteriores sobre o tema, portanto, são, para este *Curso*, entendidas como "meio", como "ferramenta", como "instrumento" na melhor compreensão do que, à luz do "modelo constitucional do processo civil *brasileiro*", *deve ser* entendido como ação.

Que a "ação" não se identifica com o direito material, que ela é categoria autônoma, própria do direito processual civil, não há mais espaço para duvidar, suficientes os amplos trabalhos desenvolvidos pelos processualistas civis desde a escola científica de que deu notícia o n. 1 do Capítulo 2 da Parte I. Isto, contudo, não revela suficientemente o que ela, a "ação", é, ou o que é mais correto em se tratando de um discurso jurídico, o que ela "deve ser".

A jurisdição é inerte; a esta demonstração ocupou-se o n. 3.6 do Capítulo 1, *supra*. A perspectiva de quem provoca a atuação do Estado-juiz é a de que seja prestada em seu favor "tutela jurisdicional". "Tutela jurisdicional", foi exposto no n. 6 do mesmo, é a contrapartida dada, historicamente pelo Estado, à vedação generalizada (embora não absoluta) da autotutela. Toda a vez que houver lesão ou ameaça a direito no plano do direito material, justifica-se a atuação do Estado-juiz para que ele, o Estado-juiz, preste tutela jurisdicional, isto é, proteja suficientemente a lesão ou ameaça a direito na exata medida em que ela seja reconhecida existente. A atuação do Estado-juiz, por força do modelo político de organização do Estado brasileiro, é toda vinculada ao atingimento de determinados fins. A tutela jurisdicional, nesta perspectiva, é um dos "fins" (um dos "escopos") a serem atingidos pelo agir estatal. É ela *resultado* desejado da provocação da atuação jurisdicional.

Analisadas as afirmações do parágrafo anterior, é difícil negar que, dentre elas, falta uma informação essencial: se a jurisdição é inerte e a atuação jurisdicional com vistas à prestação da *tutela* jurisdicional depende do rompimento desta inércia, não há como perder de vista no que consiste este

"provocar" do Estado-juiz para aqueles fins. Afirma-se que a jurisdição é inerte e que ela deve ser provocada para atuar; que sem provocação, o Estado-juiz não pode atuar e, por isto, não há espaço para se conceber "processo". Mas, principalmente, que sem provocação (estado *inicial* de inércia da jurisdição), o Estado-juiz não pode prestar tutela jurisdicional (estado *final* da atividade jurisdicional) e se ele, o Estado-juiz, não pode prestar tutela jurisdicional, as lesões e ameaças a direito se multiplicariam a cada dia nos mais variados campos. Sem que lesões e ameaças a direito sejam suficiente e adequadamente *tuteladas* (protegidas), o caos social tenderia a prevalecer. O próprio Direito, entendido como sinônimo de ordenamento jurídico, perderia sua razão de ser em tal situação.

O que *preenche* este quadro da atuação jurisdicional, com vistas à prestação da *tutela* jurisdicional, é o *direito* de ação. É a faculdade (e, por isto mesmo, um *direito* que, se não exercitado, poderá até trazer consequências prejudiciais a seu titular) de alguém que sinta lesionado ou, quando menos, ameaçado direito seu de pedir ao Estado-juiz que preste, no caso concreto, tutela jurisdicional, que *proteja* aquele direito seu de qualquer ato já praticado ou na iminência de sê-lo por outrem. É nesta *provocação inicial* do Estado-juiz para que ele atue e, *nesta perspectiva*, para que ele preste *tutela* jurisdicional – se não fosse para prestá-la no caso concreto, não haveria razão para a atuação do Estado-juiz –, que reside a "ação", o "direito de ação". Neste contexto e para estes fins, não há como negar o apelo quase que didático do art. 2º do Código de Processo Civil, segundo o qual "nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais".

Trata-se, portanto, aqui também, de verificar que a "ação" nada mais é do que um "direito subjetivo público", dentre outros tantos, típicos de um "Estado Democrático de Direito, exercitado, por isto mesmo, *contra* o Estado, aqui *contra* o Estado-juiz; um "direito subjetivo público" de alguém dirigir-se à parcela judiciária do Estado para pedir proteção concreta a um direito seu, que, na sua perspectiva, daquele que pede ao Estado a proteção jurisdicional, já se apresenta lesionado (a dívida venceu e não foi paga pelo devedor) ou na iminência de o ser (o vendedor evidencia a sua não disposição de entregar os equipamentos adquiridos em seu estabelecimento comercial pelo consumidor). É "direito subjetivo público" porque dirigido ao Estado, *contra* o Estado; o mesmo Estado que, historicamente, vedou que as pessoas fizessem "justiça" pelas próprias mãos, que vedou a "autotutela" e que, por isto mesmo, tem o *dever* de *tutelar*, de *proteger*, os direitos lesionados ou ameaçados. A expressão "direito subjetivo público" deve ser empregada aqui para que não se perca de vista que ele, o "direito de ação", é exercitado *contra* o Estado-juiz e não contra quem, na perspectiva de quem o exercita (o "autor", em linguagem processual civil), lesiona ou ameaça direito seu. É por isto, vale o destaque, que na praxe forense é comum falar que o autor ajuíza uma "ação" *em face* do réu e não *contra* ele. A ação é dirigida *contra* o Estado e é o Estado que, reconhecendo a existência do direito que se afirma existente – e basta isto para o rompimento da inércia da jurisdição (v. *infra*) –, impõe o resultado de sua atuação, vale dizer, a *tutela*

jurisdicional *perante* o réu, *em face* dele.

Não há nisto, ao contrário do que se sustenta, nenhum "poder" do autor em relação ao réu ou "sujeição" do réu em relação ao autor. Este "poder" e esta "sujeição" não estão no plano da *ação*. Bem diferentemente, são atributos da *atuação* do Estado-juiz, na própria prestação da *tutela* jurisdicional. É a jurisdição *imperativa*, que representa o exercício de ato de *autoridade* e que, por isto mesmo, obriga seus destinatários, quaisquer quem sejam, independentemente de qualquer manifestação de vontade ou concordância (v. n. 3.2 do Capítulo 1, *supra*). A "ação", destarte, não é "poder" e, como não é, não conduz a nenhuma sujeição. Ela é o *direito* – constitucionalmente consagrado e é correto afirmar, um "direito fundamental" (v. n. 2.4 do Capítulo 2 da Parte I) – de alguém romper a inércia da jurisdição com vistas à obtenção de tutela jurisdicional, isto é, proteção concedida pelo Estado-juiz a um direito devidamente reconhecido como lesionado ou ameaçado. Assim, a "ação" é a necessária *provocação* do Estado-juiz para que preste tutela jurisdicional diante de uma situação de lesão ou ameaça a direito.

A "ação" não se confunde com o "direito material controvertido", isto é, com a lesão ou com a ameaça a direito, que apenas justificam o rompimento da inércia da jurisdição. Ela não se confunde, por isto mesmo, com a "tutela jurisdicional", categoria diversa com lógica e função próprias e distintas na doutrina do direito processual civil da atualidade. Ela não se confunde, por fim, com os atributos ou com as características desta tutela jurisdicional.

É justamente pela identificação daquela categoria, a da "tutela jurisdicional", que as clássicas discussões relativas ao que é e o que não é "ação", se ela se justifica ou não à luz do direito material controvertido e quais são as suas relações mais ou menos evidentes entre os planos material e processual, quiçá, até mesmo, de *confusão* entre ambos, devem ser, quando menos, relativizadas.

A "ação", a assertiva já foi lançada anteriormente, não se identifica e não se confunde com o direito material que se *afirma* existente e, neste sentido, é *suficiente* para o início da atuação jurisdicional. A provocação do Estado-juiz, que representa o exercício do direito de ação, toma como base, como fundamento, como verdadeira "hipótese de trabalho", a ocorrência de alguma lesão ou ameaça a direito situada no plano material. Isto, contudo, não autoriza que haja uma junção das duas realidades. O reconhecimento efetivo desta lesão ou desta ameaça já não diz respeito à "ação" mas, bem diferentemente, ao que é o *resultado* efetivamente desejado da provocação e do exercício da função jurisdicional, que é a prestação da *tutela jurisdicional*.

É importante o destaque do último parágrafo: a prestação da tutela jurisdicional representa o "*resultado* efetivamente *desejado*" quando o autor provoca o exercício da função jurisdicional. Pode ocorrer e, de fato, ocorre, com grande frequência, que a atuação do Estado-juiz não outorgue ao autor (nem ao réu) *tutela jurisdicional*. Pode ser que o resultado da atuação do Estado-juiz seja de qualidade diversa, que haja recusa à prestação da *tutela* jurisdicional, e há várias hipóteses pelas quais isto pode-se verificar legitimamente, o que será

objeto de análise no n. 3.4, *infra*, e no n. 3.4 do Capítulo 3, *infra*. O que importa, por ora, é colocar em relevo que, da perspectiva daquele que rompe a inércia que caracteriza a jurisdição e, portanto, dá ensejo à atuação do Estado-juiz, o resultado desejável é a prestação da tutela jurisdicional, é o reconhecimento de que o direito que *afirma* lesionado ou ameaçado realmente existe e que o Estado-juiz, por isto mesmo, reparará-lo-á ou prevenirá sua violação, nos moldes propostos pelo n. 8.1 do Capítulo 1, *supra*; prestará, portanto, *tutela jurisdicional*.

Como consequência da distinção entre a "ação" e a "tutela jurisdicional" é que não há mal nenhum, mesmo para a doutrina tradicional, entender que o Estado-juiz só presta *tutela jurisdicional* para quem tem razão, seja o autor (quando é dele o direito que afirma, desde sua petição inicial, possuir), seja o réu (quando não é do autor o direito que ele, autor, afirma, desde sua petição inicial, possuir). Ninguém que chegue a esta conclusão – e avolumam-se, felizmente, os autores que a ela chegam – pode ser tachado de "imanentista" ou "concretista" porque a "ação" deixou de ser o polo metodológico do direito processual civil, sendo substituído pelo conceito e pelos desdobramentos da "tutela jurisdicional" (v. n. 6 do Capítulo I). E "tutela jurisdicional" pressupõe a existência concreta, real, efetiva, material, do direito, tal qual reconhecida pelo Estado-juiz e, nestas condições, vale o destaque, tendente a se tornar imutável, imune a quaisquer discussões futuras ("coisa julgada", v. n. 5 do Capítulo 1 e n. 3.3.2 do Capítulo 3, *infra*). Por isto mesmo é que aqueles rótulos não se aplicam à "tutela jurisdicional". E mesmo que se aplicassem, vale a ressalva, eles não deveriam despertar ainda nos dias de hoje as mesmas sensações históricas de quando foram concebidos. Pensar o direito processual civil a partir dos resultados úteis que a atuação jurisdicional oferece para o plano material (externo, pois, ao plano do processo), tal qual reconhecido *existente* no plano processual, é importante frisar, é mais que uma necessidade retórica ou científica, é uma verdadeira *imposição*: é para isto que se pode cogitar da existência da "função jurisdicional" em um Estado Democrático de Direito; é para isto que se justifica seu estudo.

É importante ir além. A "ação" não pode ser entendida apenas e tão somente como o rompimento da inércia jurisdicional no sentido de que ela representa o ato bem localizado no tempo e no espaço de dar início à atuação jurisdicional com a apresentação de uma "petição inicial", para empregar a palavra técnica que descreve aquele ato. Ela, a "ação", não se *consuma* com a apresentação de uma "petição inicial" ao Estado-juiz (arts. 2º e 262). Ela, diferentemente – por imposição do "modelo constitucional do processo civil", bem capturado, no particular, pela legislação infraconstitucional –, é *exercitável*, é *exigível*, ao longo de todo o processo, isto é, ao longo de toda atuação necessária do Estado-juiz, durante o exercício da função jurisdicional. O direito de ação, por isto mesmo, não se esgota com o "provocar" o exercício da jurisdicional mas, mais amplamente, relaciona-se também com o "agir" que se segue àquele ato, com o "atuar" enquanto atua o próprio Estado-juiz em função do rompimento inaugural de sua inércia. O exercício do direito de ação, a retirada do Estado-juiz de seu estado de inércia, destarte, não consuma, não esgota, não elimina a "ação". Ela "sobrevive" a este ato e será "exercitável" ao

longo do processo, consoante as exigências da própria lei.

Importante explicar melhor as afirmações constantes do parágrafo anterior.

Não há mais espaço para entender o "direito de ação" ou, simplesmente, a "ação" como a mera ruptura da inércia da jurisdição, quando o tema é inserido no seu devido contexto, do "modelo constitucional do processo civil". Muito mais do que isto, é importante entendê-la e associá-la com o próprio *agir*, ao longo de todo o processo, para obtenção da tutela jurisdicional e de seus efeitos concretos no plano material. O "direito de ação", nestas condições, deve ser entendido como o direito subjetivo público exercitável contra o Estado-juiz ao longo de todo o processo como forma de garantir àquele que o exerce a prestação da tutela jurisdicional de acordo com um processo "devido", assim entendido o processo em que se assegurem todos os direitos assegurados pelos princípios constitucionais do processo civil.

A "ação", destarte, deixa de ser um direito *estático* e passa a ser compreendida como um direito eminentemente *dinâmico*. É ela um direito subjetivo público, exercitado e exercitável contra o Estado desde a quebra da inércia jurisdicional até a efetiva prestação da tutela jurisdicional, é dizer com palavras bem diretas, até a satisfação integral daquele que provocou a atuação do Estado-juiz. A ação, analisada nesta perspectiva, é a forma pela qual os diversos "direitos" extraídos do "modelo constitucional do processo civil" – direitos fundamentais, nos termos propostos pelo n. 2.4 do Capítulo 2 da Parte I, vale o destaque – são *transportados* para o plano do processo e, mais do que isto, tornam-se exigíveis *concretamente* no plano do processo. Por tal razão é que se faz tão importante entender que estas "posições de vantagem" a serem ocupadas ao "longo de todo o processo" (os deveres, os direitos, os poderes, as faculdades, as obrigações, as sujeições e os ônus frequentemente referidos pela doutrina) sejam compreendidas não apenas – e diferentemente do que propõe a doutrina tradicional – como elementos característicos do *processo* ou do procedimento (v. n. 1 do Capítulo 3, *infra*), mas também da *ação*, que se realiza no processo consoante os diversos tipos de procedimento; é a ação o "veículo" apropriado, a forma pela qual se pode exigir do próprio Estado-juiz a observância daqueles "princípios" (daqueles direitos) ao longo de todo o processo.

Em suma: a ação é o direito de o jurisdicionado *exigir* do Estado não só a prestação da tutela jurisdicional mas também a regularidade de toda a atividade jurisdicional, isto é, a tutela jurisdicional prestada em um "processo *devido*". É ela, a "ação", que alimenta, desde o rompimento da inércia da jurisdição, o atuar do Estado-juiz e, nesta perspectiva, o "processo" e o "procedimento". A ação passa a ser entendida, destarte, não só como o *direito* de provocar a atuação do Estado-juiz, rompendo com a inércia da jurisdição, exigindo a atuação do Estado-juiz naquele sentido e para aquela finalidade, mas, mais do que isto, como o direito de *atuar* ao longo de todo o processo na perspectiva da obtenção da tutela jurisdicional tal qual requerida, exigindo, do Estado-juiz, as efetivas e concretas possibilidades desta atuação, isto é, a realização do "modelo constitucional do processo civil". Não se trata, pois, de um direito *estático* mas de

um direito *dinâmico*, que não se resume a um ato (o provocar inicial da jurisdição) mas que dá sustento e justificativa a uma série de atos, desde o *provocar* até o *obter* a tutela jurisdicional.

As aplicações práticas destas considerações são inúmeras e ocupam, a seu tempo oportuno, os demais volumes deste *Curso*. Para cá, contudo, até como forma de demonstrar a pertinência desta visão mais ampla do "direito de ação", não só como direito de *provocar* a atuação jurisdicional mas de *agir* em prol da efetiva prestação da tutela jurisdicional, vale trazer a pelo algumas aplicações concretas.

A primeira delas diz respeito à compreensão de que o "direito de ação", entendido da forma como aqui se propõe que o seja, não é exercitável somente pelo autor. Também o *réu* pode exercê-lo naqueles casos em que a lei reconhece a ele um tal direito. Não só no que diz respeito a formulações tradicionais (v. n. 4 do Capítulo 4, *infra*), como se verifica com a "reconvenção" (art. 315) ou com a "ação declaratória incidental" (art. 5º), mas também e mais amplamente em quaisquer situações em que o réu *atue* ao longo do processo em busca de tutela jurisdicional em seu favor. Assim, por exemplo, quando ele, réu, pleiteia a suspensão dos efeitos de sentença, nos termos do parágrafo único do art. 588; quando ele, réu, toma a iniciativa de liquidar a sentença de acordo com os arts. 475-C a 475-F ou, ainda, quando ele, réu, oferece sua impugnação em consonância com os arts. 475-L e 475-M. Em nenhum destes casos há razão para se sustentar que haja uma *nova* e *diversa* ação a ser exercitada pelo réu; uma ação que não guarde íntima relação de causa e efeito com aquela que, quando exercitada de início pelo autor, rompeu com a inércia da jurisdição. O que se tem em casos como estes, e os casos mencionados são meramente exemplificativos, é um *desdobramento* do *mesmo* direito de ação já exercitado.

Mesmo os "terceiros", assim entendidos todos os que não sejam o autor e o réu, aceitando-se as conclusões até aqui lançadas, podem exercer "direito de ação" *incidentalmente* ao processo existente entre as partes. Não só nos casos reconhecidos à unanimidade pela doutrina como na "oposição" (arts. 56 a 61) ou nos "embargos de terceiros" (arts. 1.046 a 1.054), para mencionar só dois exemplos, mas, e aqui reside a polêmica que, a seu tempo, será analisada, também quando eles, terceiros, necessitam ocupar posições de vantagem processual inerentes ao seu *agir* e *atuar* processual. Significativa, a este propósito, a expressa menção que o art. 2º faz a "interessados" quando vincula a prestação da tutela jurisdicional à iniciativa de alguém.

A segunda das aplicações práticas enunciadas diz respeito às inovações trazidas pela Lei n. 11.232/2005 e o novo modelo de "cumprimento de sentença". O art. 475-J, *caput*, não há razão para negar isto, é lê-lo, exige um "requerimento do credor" para que tenham início os atos propriamente executivos do Estado-juiz. Haveria, nestes casos, o exercício de uma "ação de execução", para empregar a nomenclatura dada pela doutrina tradicional? Haveria, nestes casos, o exercício de uma *nova* ação, para empregar a nomenclatura colocada em relevo na discussão que ocupa os parágrafos anteriores?

Não há mais espaço para confundir "tutela jurisdicional" com "sentença",

mesmo que "sentença de mérito", isto é, uma sentença que reconheça ao autor o direito que ele reclama perante o Estado-juiz ou o negue. Isto terá ficado claro com as considerações desenvolvidas pelo n. 6 do Capítulo 1, *supra*. É certo que a sentença pode até corresponder à tutela do direito no plano material – são os casos de "tutelas jurisdicionais *não executivas*" (v. n. 8.5.6 do Capítulo 1, *supra*) – mas não há, necessariamente, esta correspondência. Nos casos das "tutelas jurisdicionais executivas *lato sensu*", nos termos propostos pelo mesmo número, o proferimento de uma "sentença" (e isto vale para qualquer outra decisão, mesmo que *interlocutória*, desde que *veicule* tutela jurisdicional daquela espécie) não é significativo de tutela do direito no plano material mas, bem diferentemente, apenas do reconhecimento da existência de um direito a ser tutelado e a autorização para emprego de determinadas técnicas processuais para sua realização coativa. Este fenômeno, vale repisar, dá-se exclusivamente no plano processual. É por esta razão que, ao mesmo tempo que o conceito de *tutela jurisdicional* de direitos têm que englobar, necessariamente, o "dizer" o direito e o "satisfazê-lo", a compreensão do que é e do que deixa de ser, a "ação" deve acompanhar esta distinção.

Assim sendo, o que deve ser colocado em destaque é que enquanto não prestada a "tutela jurisdicional", as partes – e, mais amplamente, os sujeitos do processo –, poderão e deverão praticar, ao longo do *processo* e consoante cada tipo de *procedimento*, uma série de atos destinados àquele objetivo. Todos estes atos que, analisados nesta perspectiva, apresentam-se como *meios* de um ato-fim maior (a prestação da tutela jurisdicional), todavia, não podem e não devem ser entendidos como novas "ações". A ação já foi exercitada; ela existirá ou não; reunirá, ou não, as condições necessárias para seu legítimo exercício. O que pode haver – e de fato há – ao longo de todo o processo é a necessidade de os sujeitos do processo ocuparem determinadas posições de vantagem ou de defesa com vistas à obtenção e prestação da tutela jurisdicional. Estas posições de vantagem e de defesa não são uma "nova ação" mas são derivadas da "ação" já exercida, no sentido de que o Estado-juiz tem de ser devidamente provocado para atuar *e para continuar* atuando em prol da prestação da tutela jurisdicional.

Fosse para entender cada posição de vantagem a ser ocupada pelo autor e mesmo pelo réu como uma "nova ação", e, por coerência, a doutrina tradicional precisaria rever seu posicionamento, absolutamente pacificada na doutrina brasileira e estrangeira atuais, de que o segmento recursal não é um novo exercício, em um mesmo processo, do direito de ação. Ele é, a bem da verdade, *prolongamento*, *projeção*, *desdobramento* do direito de ação já exercitado e que é exercitável – no sentido de exigível – ao longo do processo. Justifica-se este *exercício* constante do direito de ação, justifica-se que o Estado-juiz exija a presença das condições da ação ao longo de todo o processo, desde sua provocação inicial, até a concessão da tutela jurisdicional, porque não há razão para o Judiciário atuar e continuar atuando para prestar tutela jurisdicional senão diante de quem reúna condições mínimas para tanto.

O que se tem ao longo do processo, passando de uma "etapa" à outra (assim, por exemplo, a "etapa de cognição", a "etapa recursal" e a "etapa de

execução"; v. n. 2 do Capítulo 3, *infra*), e que variará consoante as regras de cada *procedimento*, são posições de vantagem que devem ser *ocupadas* e devidamente *exercitadas* pelas partes e, até mesmo, por terceiros. A inércia da jurisdição reclama constante provocação, no sentido de que algumas daquelas "posições de vantagem" sejam expressa e declaradamente exercitadas e ocupadas pelo autor, pelo réu e por terceiros. Isto, contudo, não é nova "ação". A "ação", é certo, foi exercida para romper, originariamente, a inércia da jurisdição mas o que há, nestes casos, é uma *renovação* da ação, um *desdobramento* do seu exercício, e aqui reside o ponto de toque da questão, da *mesma ação* já exercida que, vale repetir, tem de estar presente na regularidade de qualquer ato processual ao longo de todo o processo. A ação, destarte, não se consuma, não se esgota com a provocação inicial do Estado-juiz; ela é *exercitável*, *exigível*, ao longo de todo o processo. Ela, a "ação", não se consuma com a quebra da inércia da jurisdição. Se faltar alguma das "condições da ação" ao longo do processo – como, de resto, se faltar algum "pressuposto processual" (v. n. 3 do Capítulo 3, *infra*) –, o Estado-juiz deixará de atuar porque não se justifica mais a razão de sua atuação (art. 267, VI).

Quando, por exemplo, TAT requer ao Estado-juiz a tutela do seu direito crédito lesionado por QSA e formula, para tanto, pedido de "tutela jurisdicional executiva *lato sensu*", sua *ação*, isto é, a provocação do Estado-juiz, não se justifica apenas para o *reconhecimento* de que QSA não pagou a dívida na data aprazada. A tutela pedida vai além deste *reconhecimento*. O que TAT pretende é que o Estado-juiz agrida o patrimônio de QSA, se este for o caso, para retirar daquele patrimônio o suficiente para pagamento da dívida. É por isto que o "requerimento do credor" a que se refere o *caput* do art. 475-J não pode ser entendido como nova "ação" mas, apenas, como "validação" da ação já exercida e que, neste instante procedimental, no limiar da "etapa *executiva*" (v. n. 8.4 do Capítulo 1, *supra*, e n. 2 do Capítulo 3, *infra*), é *exercitada* uma vez mais, é *reiterada*. Caso não haja requerimento, isto é, caso TAT não ocupe esta posição de vantagem, como lhe impõe a lei processual civil, prevalece a inércia da jurisdição. Tanto assim que os autos do processo, isto é, sua documentação em papel, serão enviados ao arquivo nos termos do § 5º do mesmo dispositivo e só sairão de lá, é o mesmo § 5º quem o diz, se TAT reavivar seu pedido de tutela jurisdicional, isto é, reiterar o seu direito de ver a tutela jurisdicional prestada, reiterar, portanto, o seu direito de ação.

Por todas estas razões, a ação é *exercitada* contra o Estado para romper a inércia que caracteriza a jurisdição e é também *exercitável* ao longo do processo, até a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-juiz. E prestar tutela jurisdicional, pertinente frisar a conclusão exposta no n. 6 do Capítulo 1, *supra*, não significa *declarar* que ela deve ser prestada ao autor ou ao réu mas *realizá-la* concretamente, no plano exterior ao processo, no plano *material*, portanto. A não ser que a tutela jurisdicional suficiente e adequada seja a própria declaração ("tutela jurisdicional *não executiva*", de acordo com o critério classificatório proposto pelo n. 8.5.6 do mesmo Capítulo). Da mesma forma que a "ação" é um direito que, se não exercitado, pode vir a causar algum tipo de prejuízo para o seu

titular – e, neste sentido, a tônica do *ônus* de seu exercício é inescondível –, sua "reiteração" também o é.

2. AS CHAMADAS AÇÕES DE CONHECIMENTO, DE EXECUÇÃO E CAUTELAR: APRECIAÇÃO CRÍTICA

A exemplo do que se verifica para o "processo" (v. n. 2 do Capítulo 3, *infra*), a doutrina tradicional costuma se referir também a "ações" de "conhecimento", de "execução", e "cautelares". Na classe "ações de conhecimento", prossegue esta corrente, é possível discernir as ações "declaratórias", das "constitutivas" e das "condenatórias". Há, ainda, quem vá além para apresentar duas outras classes de "ações de conhecimento": as "ações executivas *lato sensu*" e as "ações mandamentais".

Pelas razões já expostas desde o n. 8.4 do Capítulo 1, *supra*, e pelos motivos que também são expostos pelo n. 2 do Capítulo 3, *infra*, não há razão para aceitar tal classificação. À luz das considerações expostas no número anterior, apresentado o conceito e a natureza jurídica do que este *Curso* entende por "ação", ficam afastadas, definitivamente, as possibilidades de serem assumidas aquelas lições. Não, que isto fique bem claro, como mero exercício retórico ou pelo capricho de apresentar diferentes *classificações* para um *mesmo* objeto estudado. Mas, bem diferentemente, como consequência inarredável a que se pode chegar, adotadas as premissas das quais o desenvolvimento deste trabalho partiu. O "modelo constitucional do direito processual civil" e sua concretização pelo legislador brasileiro mais recente, convida – *impõe*, verdadeiramente – uma renovada reflexão sobre o tema.

Até porque o desenvolvimento da categoria processual "tutela jurisdicional", menos frequente na doutrina tradicional, tem o condão de distinguir com bastante nitidez o que é "ação" do que não é ação. O que é "processo" e o que não é "processo". E é possível e desejável ir um pouco além: o que é "mérito" (no sentido de direito material lesionado ou ameaçado tal qual reconhecido pela atuação jurisdicional) e o que não é "mérito" mas que também não é "ação" e que não é "processo".

É por causa do isolamento da categoria processual "tutela jurisdicional" – erigida neste *Curso* a "tema fundamental do direito processual civil" – que as tradicionais discussões relativas ao que é e o que não é "ação" deixam de ser tão importantes. A "ação", o número anterior ocupou-se desta demonstração, é o que, como contrapartida da vedação da autotutela, garante que se rompa a inércia da jurisdição e, para tanto, toma como "hipótese de trabalho" a ocorrência de alguma lesão ou ameaça a direito que ocorre no plano material. O reconhecimento efetivo desta lesão ou desta ameaça já não diz respeito à "ação" mas, bem diferentemente, ao que é *resultado* da provocação do exercício da função jurisdicional, isto é, à *tutela jurisdicional*.

Haverá quem, ao ler as considerações que abrem este número, reputem-nas desnecessárias porque óbvias, evidentes. Se isto acontecer, a distinção feita

até aqui, ao longo desta Parte III, terá atingido o seu objetivo maior. Caso contrário e até mesmo para tornar toda a exposição até aqui feita mais clara, faz-se necessário, da perspectiva da "ação", repisar algumas conclusões já lançadas anteriormente.

Recuperando a distinção da doutrina tradicional, nas "ações de conhecimento", a atividade judicial volta-se a apreciar a existência, ou não, de um direito das partes, ameaçado ou violado e, consoante o caso, admitir a aplicação da sanção concreta no caso de reconhecimento da ameaça ou da lesão. A "ação declaratória" é, portanto, voltada a declarar, meramente reconhecer, a existência ou a inexistência de um direito de alguém em face de outrem, consubstanciada em uma relação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade de um documento (art. 4º, I e II); a "ação constitutiva" é dirigida à modificação, à alteração ou à extinção de um direito preexistente, e a "ação condenatória" é a ação que visa a criação de condições concretas para aplicação da sanção concreta a um inadimplemento já consumado ou, quando menos, nas vias de consumar. A "ação de execução" tem em mira a realização concreta de atos materiais de satisfação do exequente. A "ação cautelar", por seu turno, visa a prática de atos de proteção, de asseguramento, dos direitos das partes a serem definidos ou realizados por intermédio das "ações de conhecimento" e "de execução".

Não obstante as considerações apresentadas nos parágrafos anteriores, rigorosamente falando – mais ainda na perspectiva da análise da matéria adotada neste *Curso* –, não há "ações" variáveis em cada uma destas classes. O que há, propriamente, é *tutela jurisdicional*: tutela jurisdicional que faz as vezes do que tradicionalmente foi designado por "conhecimento" (e suas variantes: declaração, constituição e condenação), "execução" e "cautelar" (v., em especial, o n. 8.5.6 do Capítulo 1, *supra*). De qualquer sorte, o que a doutrina tradicional quer destacar quando faz alusão àquelas "ações" é que o "pedido imediato" dirigido ao Estado-juiz pelo autor vinculará o tipo de atividade a ser desempenhada no ambiente judiciário, na nomenclatura proposta pelo n. 8.4 do Capítulo 1, *supra*, o tipo de tutela jurisdicional ser prestada pelo Estado-juiz ao reconhecer a existência da lesão ou da ameaça descrita na petição inicial.

Aceitando a correção deste entendimento, "ação" só pode ser entendida como direito subjetivo público de *provocar* o exercício da função jurisdicional e de *atuar* ao longo deste exercício. Como a atuação do Estado-juiz dá-se, necessariamente, por "processo", ao longo do "processo" – e, consoante os direitos, os deveres, as obrigações, as faculdades e os ônus que caracterizam cada *procedimento* –, o direito de ação será *exercitado*. Assim, para este *Curso*, o que parece ser mais correto é que a ação é *exercitada* contra o Estado, para romper a inércia que caracteriza a jurisdição, e é também *exercitável* ao longo do processo, até a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-juiz. E prestar tutela jurisdicional, pertinente lembrar uma vez mais a conclusão exposta no n. 8.5.6 do Capítulo 1, *supra*, não significa só e em todo e em qualquer caso *declarar* que ela deve ser prestada ao autor ou ao réu mas *realizá-la* concretamente, no plano exterior ao processo, no plano *material*, portanto. A não ser que a tutela

jurisdicional suficiente e adequada corresponda, ela própria, ao reconhecimento de uma situação jurídica no plano do processo ("tutela jurisdicional não executiva").

Ela, ação, contudo, não se confunde com o *processo* nem com a *tutela jurisdicional* pedida ou efetivamente prestada. Ela, ação, bem diferentemente, é o meio pelo qual se provoca o início da atividade jurisdicional, que rompe a inércia da jurisdição, e impulsionará toda a atividade jurisdicional até seu término. Ela não é o *método* de atuação do Estado-juiz e também não é o que se pede para o Estado-juiz.

A ação deve ser entendida como direito subjetivo público porque exercitada contra o Estado; porque oponível contra ele. E é um direito que se limita a provocar o exercício da função jurisdicional no sentido de ser um pedido a que o Estado tutele (proteja) um direito que se alega ter, já lesionado ou na iminência de sê-lo (ameaça). É nisto que reside a "ação". Assim, não há sentido em admitir que uma ação seja de "conhecimento", de "execução" ou "cautelar", no sentido tradicional da doutrina. Mas também não há, diferentemente do que se propõe para o processo, como querer rotular a ação de "sincrética" (v. n. 2 do Capítulo 3). É que quando se coloca em destaque aquelas atividades a serem desenvolvidas pela atuação jurisdicional, como este *Curso* quer colocar, já não tem mais sentido falar em "ação", mas, bem diferentemente, em algo que pressupõe seu regular exercício – porque a jurisdição, inerte que é, precisa ser provocada para ser exercida – e que com ela não se confunde, que é a *tutela jurisdicional*.

A este respeito, vale a seguinte consideração a que este *Curso* já se referiu várias vezes: só se pode falar em "ação de conhecimento" ou, fazendo referência de acordo com a doutrina tradicional, a uma das suas espécies, a "ação condenatória", como expressões que significam "provocação do Estado-juiz para que preste tutela jurisdicional cognitiva ou "executiva *lato sensu*", consoante o caso. "Ação de conhecimento", "ação condenatória", "ação de execução", "ação cautelar", neste sentido, devem ser entendidas como verdadeiras "expressões idiomáticas" que, como tais, não extraem seu significado das suas palavras isoladamente consideradas, combinadas mas de seu uso e tradição. Para este *Curso*, "ação" é palavra que não aceita classes ou adjetivações; ela não aceita quaisquer variações; ela não aceita qualquer gênero.

Uma aplicação prática da afirmação do parágrafo é a seguinte: não se vai a juízo propor uma "ação de indenização". A "ação" serve para provocar a atuação do Poder Judiciário que passa a se movimentar, saindo de seu estado de inércia que garante a sua imparcialidade, e, nesta condição, passa a atuar *processualmente* (o processo tem início com a provocação do autor) e nesta ação o autor formulará um pedido de tutela (de proteção) jurisdicional que proteja suficientemente a situação de direito material que afirma lesionada, no exemplo, a pretensão *material* de indenização. No plano do processo, a tutela jurisdicional apta a proteger aquela situação é uma das tutelas transitivas ou "executivas *lato sensu*". A depender da *técnica* a ser adotada no caso concreto para tutelar suficientemente é que ela será "condenatória", "executiva (*stricto sensu*)" ou

"mandamental".

Assim, a expressão "ação indenizatória" só pode ser entendida como uma forma coloquial e sintética – e, de resto, não há razão para omitir a informação, frequentemente utilizada – empregada para nominar uma "ação" que visa à prestação de uma tutela jurisdicional apta a tutelar, no plano de direito material, uma pretensão indenizatória. Trata-se, importante insistir, neste sentido, para ser rigoroso com a linguagem, de uma "expressão idiomática". Justamente porque não é a *ação* que é indenizatória. A *ação* é sempre a mesma: o direito de provocar o Estado para prestar a tutela jurisdicional e acompanhar a atuação do Estado até o fim. À medida que o Estado-juiz reconheça *existente* o direito cuja afirmação é suficiente para justificar a sua provocação inicial e, nesta condição, dar início ao *processo*, a tutela jurisdicional será concedida. Note-se que a concessão da tutela jurisdicional para o autor é sempre dependente de o Estado-juiz convencer-se suficientemente que a situação lesiva ou ameaçada de direito por ele narrada efetivamente existe. Que tipo de tutela *jurisdicional* será prestada – se "não executiva" ("intransitiva") ou "executiva *lato sensu*" ("transitiva"), se "ideal" ou "material" – esta é questão diversa, mas que não reside no "plano da ação" nem no "plano do processo". Nem "ação" nem "processo" aceitam, vale a ênfase, classes ou adjetivações. São categorias que não se modificam. O que se altera consoante cada caso concreto – cada provocação do Estado-juiz – é a tutela jurisdicional. E, eventualmente, por força do tipo de tutela jurisdicional a ser pedida, pode até ser que o *procedimento* a ser empregado pelo Estado-juiz ao longo do processo, isto é, ao longo de sua atuação, varie mas – e é isto que importa – já não se trata da *ação* propriamente dita nem do *processo*.

Se o que for proposto for a chamada "ação de execução", o rompimento da inércia jurisdicional dá-se, de acordo com o critério classificatório proposto por este *Curso*, para que seja prestada uma "tutela jurisdicional executiva". Uma "ação cautelar", também para empregar a expressão comum na doutrina e no foro, é expressão representativa de pedido de "tutela executiva", porque, também nestes casos, o reconhecimento de ameaça a direito exigirá, muito provavelmente, do Estado-juiz, a prática de atos materiais, não meramente ideais, não apenas cognitivos, que a preparem. Dada a insuficiência da "declaração" (o Estado-juiz reconhece a ameaça a direito), faz-se mister a prática de atos jurisdicionais materiais, justificando o emprego da classificação.

Por fim, mas não menos importante neste particular – até para justificar, de vez, o constante uso de aspas quando utilizadas – as expressões empregadas pelo próprio Código de Processo Civil, em especial no seu Livro IV ("ação de consignação em pagamento", "ação possessória" e "ação monitória", por exemplo) têm de ser entendidas da mesma forma. Elas têm sentido muito mais linguístico do que técnico. Elas, *nominalmente*, são expressões atécnicas e acientíficas. Rigorosamente, elas não podem pretender que uma "ação" seja de "consignação em pagamento" ou "possessória" ou "monitória". As duas primeiras situações dizem respeito ao problema que reside no plano do direito material e que será, mediante a tutela jurisdicional, resolvido. A última, a "monitória", é um nome dado ao procedimento que um específico pedido de

tutela jurisdicional – que é "*executivo*", para empregar a nomenclatura proposta pelo n. 8.5.6 do Capítulo 1, *supra* – assumirá.

Contudo, como elas, a exemplo das já destacadas acima e de centenas de outras, representam suficientemente realidades jurídicas, não há mal nenhum em empregá-las, mais ainda no dia a dia do foro. O que basta, para o estudo científico, é entender o que está por trás de sua nomenclatura, forjada em outros tempos mas, vale repetir, suficientemente expressiva do ponto de vista da linguagem e, portanto, da comunicação. Elas, quando empregadas ao longo do *Curso* – e o são *conscientemente* –, apresentam-se no contexto acima destacadas, de expressões idiomáticas, de locuções que são compreendidas por fatores outros, que não pelo sentido de cada uma das suas palavras componentes.

Em função destas mesmas considerações é que os termos usualmente empregados "julgar a ação procedente" ou "julgar a ação improcedente" não são rigorosamente corretos, menos ainda na perspectiva de exame da matéria aqui adotada. O que é *procedente* ou *improcedente* é o pedido de exercício da tutela jurisdicional dirigido ao Estado-juiz pelo autor, é dizer, o reconhecimento de que, em determinados casos, o autor tinha direito à proteção (tutela) do Estado-juiz e em outros casos, não. A ação existe ou não existe; ela pode ser exercitada ou não e o pode consoante reúna, ou não, determinadas condições, objeto de estudo no n. 3, *infra*.

Ela, a ação, não é nem pode ser "procedente" nem "improcedente". Ela é *cabível* ou *incabível*. Como o processo: ou ele tem condições de existir e se desenvolver validamente e, nisto, ele "é" processo ou, caso contrário, ele não é no sentido de que ele não continuará a ser, ele é *extinto*, *encerrado*, isto significando que o Estado-juiz não tem por que ou como se manifestar no caso em tela (art. 267). Ele, o processo, não aceita outras categorias de apreciação científica. O processo existe ou não. Ele é válido ou não. A ação, por sua vez, tem cabimento ou não tem cabimento; ela pode, ou não, ser exercida, exercitada, contra o Estado. Ela, a ação, terá, ou não, o condão de provocar *e* manter viva a necessidade da atuação jurisdicional. Isto não a faz "procedente" mas "cabível" ou "pertinente".

Nesta perspectiva, a ação (que é invariável) provoca a atuação do Estado-juiz, que é inerte, para exercer a sua função jurisdicional. A atuação do Estado-juiz far-se-á mediante processo (que também é invariável). O objetivo desta provocação do Estado-juiz (a ação rompe a inércia jurisdicional e justifica o início do processo) é a prestação da tutela jurisdicional que, consoante o caso, aceitará as variações (as classes) referidas no n. 8 do Capítulo 1, *supra*. Estas classes, oportuno enfatizar, variarão consoante as *necessidades* verificadas e verificáveis no plano do direito material. E o plano material sempre influencia o exercício da função jurisdicional e a concessão da própria prestação jurisdicional por causa do art. 462. A tutela jurisdicional, para ser concedida, contudo, pressupõe que a provocação do Estado-juiz tenha sido adequada (regularidade do exercício do direito de ação: condições da ação), e regularidade também na atuação do próprio Estado-juiz (regularidade do processo: pressupostos processuais). Trata-se, em última análise, de uma forma de garantir que o

exercício da função jurisdicional realize-se adequadamente à luz do "modelo constitucional do processo civil". E nem poderia ser diferente.

O que ocorre nos casos, para usar a nomenclatura tradicional, em que "o processo é julgado extinto sem resolução de mérito" porque "o autor é carecedor da ação" (art. 267, VI)? Nestes casos, não há concessão de tutela jurisdicional. O que houve é exatamente aquilo que a nomenclatura tradicional descreve: reconheceu-se que o processo não tinha condições de se constituir e desenvolver validamente ou que não havia direito de ação para pedir tutela jurisdicional.

Por sua vez, nos casos em que, para empregar também a nomenclatura tradicional, a "ação" é julgada improcedente, o entendimento correto é o de que houve efetiva prestação da tutela jurisdicional, só que não para quem a pediu e não na qualidade que ela foi pedida. O Estado-juiz, justamente porque foi devidamente provocado e tinha condições seguras de atuação, prestará tutela jurisdicional mas não para quem provocou o exercício da tutela jurisdicional, o autor, e sim para o réu. É por isto que, tecnicamente, é o *pedido* que é julgado *improcedente*; é ele, não a "ação", que é rejeitado. A "ação", nestes casos, foi devidamente exercida, prova segura, a prestação da tutela jurisdicional.

É também como decorrência destes entendimentos que aquilo que o Código de Processo Civil chama de "lide" *ou* "mérito" (como, por exemplo, nos arts. 5º, 128, 267, 269, 301, 325, 462, 468, 470, 471, 474, 798, 808, III, e 1.039, II) – e o faz em função de lições doutrinárias que, historicamente, influenciaram a evolução do estudo do direito processual civil entre nós –, e que alguns autores chamam de "objeto litigioso", deve ser entendido como o reconhecimento, pelo Estado-juiz, do direito que autoriza a prestação da tutela jurisdicional, isto é, do direito que, tal qual reconhecido, merece *proteção* (tutela) do Estado-juiz.

"Resolução de mérito", locução do art. 269, *caput*, portanto, deve ser entendida como *indicativo* de "concessão da tutela jurisdicional". Se ela, a tutela jurisdicional, será concedida, ou não, para aquele que a pediu (para o autor), é questão diversa. Mero *indicativo* da tutela jurisdicional porque nem sempre a prolação da *sentença*, mesmo que de "mérito", isto é, mesmo que reconheça o direito que se afirmava, desde a petição inicial, existir, terá o condão de *satisfazer* suficiente e adequadamente a parte que faz jus ao bem da vida e, por isto mesmo, na exata medida em que ainda se faça necessária a prática de outros atos jurisdicionais para perseguir aquela *satisfação* há espaço, ainda, para falar em processo e, ainda, na busca da tutela jurisdicional. A tutela jurisdicional, vale frisar, não reside, necessária e invariavelmente, na sentença. A sentença é uma dentre outras decisões que pode *veicular* o reconhecimento de um direito digno de tutela jurisdicional mas não, sempre e em qualquer caso, prestá-la. Ela, a tutela jurisdicional, reside na satisfação das pessoas a partir daquilo que é reconhecido como delas pelo exercício da função jurisdicional. Ela é, neste sentido, o *resultado* prático declarado na sentença, sentido fora do plano do processo. Se a sentença bastar para dar a seu destinatário esta satisfação, ela é sinônimo de tutela jurisdicional. Caso contrário, sempre que houver necessidade da prática de outras atividades jurisdicionais para obtenção daquela finalidade, ela não é *a* tutela jurisdicional mas *parte dela*, indicativa dela, meio para obtê-la,

é a *atividade* jurisdicional que se justifica para autorizar a prestação da *tutela* jurisdicional, nos termos propostos pelos ns. 8.4 e 8.5.6 do Capítulo 1, *supra*.

Há espaço para enfatizar a ideia: "ação" é o agir para obtenção da tutela do direito no plano material mediante o exercício da função jurisdicional que levará, é esta a perspectiva, à prestação da tutela jurisdicional. A tutela jurisdicional, contudo, não se exaure com o proferimento da "sentença de mérito". Ela, a sentença, pode até corresponder à tutela do direito no plano material mas não há, necessariamente, esta correspondência. Nos casos das "sentenças condenatórias, executivas e mandamentais" (para fazer uso consciente da nomenclatura tradicional), sua concessão não é significativa da tutela do direito no plano material mas, bem diferentemente, apenas do reconhecimento da existência de um direito a ser tutelado (jurisdicionalmente) e a autorização para emprego de determinadas técnicas processuais para sua realização coativa. Porque a tutela jurisdicional não está na "sentença" ou no "processo" e, no que interessa mais de perto para o momento da exposição, na "ação", é que este *Curso* preferiu colocar o tema da "tutela jurisdicional" como tema-fundamento do direito processual civil.

Uma questão interessante que flui das considerações até aqui apresentadas e que se relaciona intimamente com as modificações incorporadas ao Código de Processo Civil pela Lei n. 11.232/2005 é saber se há "ação" na "etapa" de "liquidação" (arts. 475-A a 475-H), na "etapa" de "cumprimento da sentença" (arts. 475-J e 475-R) e, mesmo, na "etapa" de "impugnação" (arts. 475-L e 475-M).

A resposta dada por este *Curso* é negativa. Nem poderia ser diversa no contexto de análise da "ação" aqui defendido e proposto. A "ação" é o direito de provocar a função jurisdicional. A "ação", contudo, acompanha o "processo" até o término da atuação jurisdicional, até quando a tutela jurisdicional for prestada. É que, isto já foi colocado em destaque, a "ação" não se confunde com a "tutela jurisdicional", embora a concessão desta pressuponha o escorreito exercício daquela. Tanto assim que, se no momento de o juiz proferir sentença, não estiverem presentes as "condições da ação", o juiz não pode conceder a tutela jurisdicional mas, bem diferentemente, *terá* de "extinguir o processo sem resolução de mérito" (art. 267, VI).

Assim sendo, na linha do que já foi demonstrado no número anterior, o que deve ser colocado em destaque é que, enquanto não prestada a "tutela jurisdicional", as partes e, mais amplamente, os sujeitos do processo praticarão, ao longo do processo e consoante cada tipo de procedimentos, uma série de atos processuais destinados àquele objetivo.

Até porque, dando oportunidade à aplicação da proposta classificatória da tutela jurisdicional apresentada no n. 8.5.6 do Capítulo 1, *supra*, nos casos regidos pela Lei n. 11.232/2005, como, de resto, também nos casos dos arts. 461 e 461-A, o que justifica o pedido de atuação jurisdicional *e de* prestação da tutela jurisdicional formulado pelo autor não é tão somente o *reconhecimento* do direito que ele, autor, afirma ter mas, muito além disto, a criação de condições concretas, materiais, de realização prática deste mesmo direito. Seja reprimindo

a lesão já consumada, seja imunizando a situação de ameaça. São *executivas* as tutelas jurisdicionais aí compreendidas e, por isto, é fundamental que se entenda que a "ação", isto é, a provocação do exercício da função jurisdicional, não pode se limitar e não pode ser compreendida como se limitasse a obter, perante o Estado-juiz, o reconhecimento "solene" de que o autor tem o direito que afirma ter. Ela, a "ação", a provocação do exercício da função jurisdicional, compreende, desde logo, a *complementação* da atividade jurisdicional relativa ao reconhecimento do direito; compreende já, desde sua formulação primeira (a "petição inicial"), a atividade *executiva* do Estado-juiz. É este o *pedido* de tutela jurisdicional formulado; não aquele, de conteúdo meramente *declaratório*, "não executivo". É nesta perspectiva, não naquela, que a "ação", tal qual exercida, deve ser compreendida.

3. CONDIÇÕES DA AÇÃO

No sistema processual civil brasileiro, há três grandes categorias de sistematização que, embora inter-relacionadas, não se confundem. A primeira delas diz respeito à ação (sua existência); a segunda diz respeito ao *processo* (sua existência e validade); a terceira diz respeito a saber quem tem e quem não tem razão sobre o conflito de interesses levado ao Judiciário para resolução, isto é, sobre se existe, ou não, o direito que se firma lesionado ou ameaçado. Estas três categorias correspondem, respectivamente, às *condições da ação*, aos *pressupostos processuais* e ao *mérito*.

As duas primeiras categorias ("condições da ação"e "pressupostos processuais"), na linha do que é sustentado por larga parcela da doutrina, podem ser identificadas como os "pressupostos de julgamento de mérito". O Estado-juiz, antes de definir qual é o "direito aplicável à espécie", isto é, antes de se manifestar sobre a existência da "ameaça" ou da "lesão" cuja *afirmação* justifica sua provocação para que a função jurisdicional fosse exercitada – concedendo, consequentemente, *tutela jurisdicional* a quem tem razão –, precisará verificar a concorrência de duas ordens de fatores: uma ordem repousa no plano da *ação*. Aquele que quer romper a inércia da jurisdição preenche o mínimo de condições necessárias para provocar a atuação do Estado? Em que medida a "ação" precisa fazer-se presente também ao longo do processo? A categoria que busca responder estas questões é a relativa às "condições da ação". A outra localiza-se no plano do próprio *processo*. É como se fosse perguntado: estão presentes os requisitos mínimos para que o Estado-juiz atue no caso concreto? Como o *atuar* do Estado é sempre *processual*, esta é a categoria relativa aos "pressupostos processuais".

É desnecessária qualquer discussão a respeito de qual das duas categorias apontadas no parágrafo anterior merecem exame prioritário pelo Estado-juiz. É certo que compreendida a "ação" como o direito de romper a inércia da jurisdição, o preenchimento das condições da ação terá de "preexistir" naturalmente ao preenchimento dos pressupostos processuais. Neste sentido, é o

exercício do direito de ação que dá ensejo à formação do processo. E para que o Estado-juiz atue, é dizer, para que o processo se justifique como tal, é importante antes mesmo de verificar a sua própria regularidade, verificar as condições *mínimas* da provocação do Estado-juiz.

Não há, ao contrário do que se poderia supor a partir da afirmação anterior, uma "ordem de precedência", muito menos uma ordem rígida, entre o exame do preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais em cada caso concreto, que a atividade intelectual desenvolvida pelo magistrado na constatação das "condições da ação" e dos "pressupostos processuais" tenha de ser bipartida. O exame da petição inicial permite o exame *conjunto* do atendimento das condições da ação *e* dos pressupostos processuais. Na exata medida em que a cognição desenvolvida pelo juiz naquele instante procedimental ateste a presença de uma *e* de outra categoria, a atuação jurisdicional prosseguirá com a prática do ato processual seguinte e assim sucessivamente até o instante em que se perceba faltar alguma das condições da ação (a "ação", de acordo com o n. 1, é *exercitável* ao longo de todo o processo) ou que venha a se notar algum defeito em relação ao próprio processo, isto é, relativo a algum pressuposto processual. À medida que a ausência não seja suprida ou suprimível, o caso é de *extinção* do processo nos moldes do art. 267, VI (v. n. 3.4, *infra*).

É, portanto, a própria compreensão do que seja a "ação" e o próprio processo que leva à compreensão de que tanto uma como outra categoria têm de se mostrar em conformidade com as prescrições normativas desde que o Estado-juiz seja provocado para atuar até o término da prestação da tutela jurisdicional, isto é, até quando o autor ou o réu efetivamente receberem a tutela jurisdicional. A cada novo ato processual a ser praticado por eles – assim como nos atos de eventuais intervenientes –, a cada novo "direito", "dever", "obrigação" e demais posições de vantagem a serem assumidas, a regularidade da "ação" e do "processo" deve ser aferida. Não só a "jurisdição" tem de ser gradativamente provocada mas também o modo de atuação do Estado-juiz tem de ser, o tempo todo, válido e regular.

Feitas as considerações dos parágrafos anteriores, é chegado o momento do estudo relativo às condições da ação. Os "pressupostos processuais", a outra categoria relativa à admissibilidade do "julgamento de mérito", serão estudados no n. 3 do Capítulo seguinte.

O direito de ação é *condicionado*, isto é, o seu exercício depende da ocorrência de determinadas condições que garantem a regularidade de seu exercício.

Há acirrada crítica em sede de doutrina sobre a existência das "condições da ação" e, mais do que isto, sobre sua utilidade.

Negar a existência de condições da ação no direito processual civil brasileiro, contudo, é recusar aplicação às regras pertinentes do Código de Processo Civil. O art. 3º, o art. 301, X, e, em especial, o art. 267, VI, e os incisos II e III do art. 295, bem assim o inciso III do parágrafo único do mesmo dispositivo referem-se expressamente àquela categoria processual ou, quando menos, às "condições da ação" isoladamente consideradas. O n. 1, *supra*, já

expôs que, antes de o Estado-juiz apreciar se concede ou não a tutela jurisdicional, faz-se mister verificar se a sua provocação, se o rompimento da inércia da jurisdição, foi, ou não, e ainda é, adequada e também que tenha dado ensejo a um processo que exista (juridicamente) e que é válido no sentido de o Estado-juiz ter efetivas e regulares condições de agir. Somente se presentes as "condições da ação" (art. 267, VI), se estiverem presentes os pressupostos "processuais de existência e validade" e ausentes os "pressupostos negativos" (art. 267, IV e V, respectivamente) é o que o Estado-juiz poderá conceder a tutela jurisdicional ao autor ou ao réu. Caso contrário, a atividade jurisdicional deve ser encerrada, proferindo-se *sentença* que declare, para todos os fins, a falta de requisitos mínimos para exercício da função jurisdicional e para concessão da tutela jurisdicional.

Não convence, por isto mesmo, a usual crítica às "condições da ação", porque elas, como será exposto com mais vagar nos números seguintes, apresentam, inquestionavelmente, traços do direito material lesionado ou ameaçado levado ao Estado-juiz conquanto sua função seja exclusivamente de direito processual. Elas, as "condições da ação", não se confundem com o "mérito", isto é, com o direito material lesionado ou ameaçado levado ao Estado-juiz. Sua função é a de operar quase que como um filtro relativo ao "direito material controvertido", justamente pela sua lógica de existirem. É que para pedir proteção jurisdicional ao Estado é mister, por questões de política legislativa – e, vale a ênfase, o direito processual civil brasileiro é expresso quanto a isto –, reunir o *mínimo* indispensável para verificar a seriedade da investida jurisdicional. Que há uma certa *relação* entre condições da ação (plano processual) e o "mérito" (plano material), não há por que negar. Mas, é isto que interessa colocar em destaque, esta *relação* entre os planos material e processual ocupa todo e qualquer instituto de direito processual civil em maior ou em menor grau. Aqui, no que diz respeito ao tema "condições da ação", esta relação só é bastante evidente, nada mais do que isto.

Tanto assim que mesmo diante de uma ação devidamente exercitada (isto é: o autor tem direito a um "julgamento de mérito", fazendo uso de expressão da doutrina tradicional) isto não significa que o autor tenha "o" direito que afirmava ter. Ação *cabível* não é "ação *julgada procedente*"; ação cabível, isto é, legitimamente exercida e exercitada não significa dizer que aquele que provocou o Estado-juiz tem direito à tutela jurisdicional. Trata-se, mesmo para a doutrina tradicional do direito processual civil, de categorias totalmente diferentes. A "carência da ação", isto é, a falta de uma das condições da ação, opera efeitos no plano do *processo* embora recolha seus elementos informadores do plano material. Isto, contudo, não permite, mormente à luz do direito positivo brasileiro, tratar estas duas categorias, estes dois planos (o processual e o material) como se fossem um só.

Seria possível recusar a aplicação da *lei processual civil* e sua expressa opção em adotar as condições da ação – não há por que descartar esta alternativa – na medida em que ela agredisse, de alguma forma, o "modelo constitucional do processo civil". Não é o que se verifica, contudo, com as "condições da

ação". A circunstância de o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal garantir que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito tem de ser entendida, como qualquer outro princípio constitucional, aliás (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte II), em seu devido contexto jurídico, já que de *princípio constitucional* se trata.

Ora, o "devido contexto jurídico" de interpretação e aplicação de um princípio jurídico é aquele que admite a sua ponderação diante de outros princípios. Nenhum princípio vale mais ou menos que os outros; nenhum princípio deve, por si só, predominar sobre os outros em abstrato, sem levar em consideração as necessidades de cada caso concreto. Não, pelo menos, quando se está a tratar de princípios que dizem respeito à necessidade da atividade do Estado. Outros princípios constitucionais, como os que descrevem a base fundante do Estado Democrático de Direito, dentre eles a dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), terá tudo para assumir alguma primazia sobre os demais. Não é o caso, contudo, dos princípios relativos ao *processo*. E não é este *Curso* o local adequado para discutir o que os teóricos dos direitos fundamentais têm a ensinar sobre o tema.

O que releva para cá, portanto, é constatar (e aplicar) a noção de que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal não é *absoluto* e, como tal, ele aceita, à luz de outros princípios, de outros valores, certas atenuações, certas ponderações, para que o Estado e, em específico, o seu modo de atuar (o processo) atinjam suas finalidades precípuas.

As condições da ação, entendidas neste contexto do "modelo constitucional do processo civil", têm como finalidade precípua a de evitar desperdício de tempo e de atividade jurisdicional, racionalizando sua prestação com vistas à concessão da tutela jurisdicional. A opção política feita pelo Código de Processo Civil brasileiro ao disciplinar as "condições da ação" encontra fundamento suficiente no art. 5º, LXXVIII, e mais amplamente, antes dele no princípio do devido processo legal do inciso LIV do mesmo art. 5º, ambos da Constituição Federal (v. ns. 15 e 4 do Capítulo 1 da Parte II, respectivamente): as condições da ação são técnicas para implementar maior *celeridade* processual e, mais amplamente, para a *racionalização* do exercício da própria atividade judicial, permitindo uma escorreita atuação jurisdicional.

As condições da ação são fenômenos que se justificam no e para o plano do direito processual, e o que interessa mais de perto para este *Curso*, no e para o plano do direito processual civil. Porque o "processo" é mecanismo de atuação do Estado-juiz que só exercitará a função jurisdicional se devidamente provocado e só prestará tutela jurisdicional para quem fizer a ela jus, isto é, ao titular da situação de direito material lesionada ou ameaçada, a ação só pode ser entendida como esta necessária *provocação* do Estado para que preste a jurisdição. As *condições mínimas* para que alguém possa provocar a função jurisdicional se, é certo, *aproximam* os planos material e processual, não faz com que eles sejam confundidos, tratados como se fossem uma só realidade. Não são. Muito diferentemente, aquela necessária *relação* entre os dois planos e que é evidenciada naquelas *condições mínimas* de provocação do início da prestação da

função jurisdicional, de rompimento da *inércia* da prestação jurisdicional, apenas confirmam o que, por razões históricas e políticas, por causa de outra concepção do Estado como um todo e da função jurisdicional em particular, talvez não tenha tido condições de ser evidenciado na doutrina científica do direito processual civil: que a função jurisdicional não deve ser exercida à toa, desnecessariamente, em vão. É inconcebível, à luz do "modelo constitucional do processo civil", que o Estado-juiz atue de modo não eficiente, não racionalizado, não otimizado (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). As condições da ação garantem, por isto mesmo, a realização do "modelo constitucional do processo civil".

É por esta razão que não se pode confundir o "direito de ação" com o chamado "direito de petição". Este, previsto na alínea *a* do inciso XXXIV do art. 5º, e não aquele, é *incondicionado*, isto é, é ele, o "direito de petição" – e não o direito de ação – que garante que qualquer um se dirija "aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder", e não há razão nenhuma para excluir o Estado-juiz desta perspectiva, para a apresentação de qualquer petição, qualquer reclamo, qualquer indignação. Esta possibilidade, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser excluída, mais ainda quando a doutrina dos direitos fundamentais esforça-se gradativamente para sustentar que também eles, os direitos fundamentais, têm incidência entres os particulares, e ela não o é, na Constituição brasileira. Não é disto que se ocupa, contudo, o direito processual civil. Para cá, o que releva é verificar em que situações o Estado-juiz prestará *tutela jurisdicional*. Para isto, dentre outras exigências, as condições da ação devem estar presentes para bem realizar o "modelo constitucional do processo civil".

As condições da ação entendidas no contexto da chamada "teoria da asserção", mostram, neste sentido, bem esta sua função. A perspectiva é a de que o Estado-juiz rejeite qualquer pedido de atuação jurisdicional e, consequentemente, de concessão de tutela jurisdicional que seja *manifestamente* despropositado; *manifestamente* infundado; *manifestamente* descabido. Por isto, para preenchimento das condições da ação, é necessário e suficiente que elas sejam afirmadas e que o Estado-juiz verifique, em *cognição sumária* (v. n. 9 do Capítulo 1, *supra*), seu adequado preenchimento. Na medida em que, ao longo do processo, não haja nenhum elemento que infirme esta conclusão preliminar do magistrado, isto é, a constatação de que as condições da ação estão presentes, o processo (a atividade jurisdicional) deve seguir em direção à concessão da tutela jurisdicional para quem tem direito (STJ, 4ª Turma, REsp 595.188/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j.un. 22.11.2011, DJe 29.11.2011, e STJ, 2ª Turma, REsp 879.188/RS, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 21.5.2009, DJe 2.6.2009).

Neste contexto, as condições da ação têm como objetivo evitar a propositura de ações totalmente descabidas e infundadas e, durante o processo, evitar a prática de atos desnecessários, claramente incabíveis. Trata-se, em última análise, de uma técnica processual apta a assegurar o mínimo de seriedade na provocação inicial do Estado (a petição inicial pode ser indeferida de plano à falta de cada uma das "condições da ação" indicadas acima, v. art. 295, I, II, III, e parágrafo único, III) e também do *atuar* ao longo do processo.

Trata-se, portanto, de uma técnica apta a concretizar o princípio da economia (da eficiência) processual e, mais amplamente, da atuação do próprio Estado-juiz.

Fazendo eco ao que o n. 3.4.4 do Capítulo 3, *infra*, expõe com relação ao "processo" nos casos de sua extinção nos moldes do art. 267, IV, cabe fazer uma derradeira observação. Quando o magistrado recusa-se a conceder a tutela jurisdicional à falta de alguma das condições da ação – detectadas de início ou ao longo do processo –, isto não significa que não houve "processo". Como o Estado-juiz só pode chegar àquela conclusão e proferir aquela decisão mediante sua atuação, não há como negar que "processo" tenha se desenvolvido até então. Mas terá havido "ação" nestes casos? A resposta, à luz de todas as considerações apresentadas até o momento, só pode ser positiva: houve ação. Ação, no sentido de provocação do Estado-juiz, existiu. O que faltou à prestação da tutela jurisdicional, no entanto, foi a *manutenção* daquele direito de ação. O "direito de ação", vale repetir as considerações do número anterior, não é só exercitado quando rompe a inércia da jurisdição mas, mais do que isto, *exercitável* e *exigível* ao longo de todo o processo. À medida que o Estado-juiz verifique que as condições da ação não se fazem mais presentes – e ele fará isto a partir da análise do plano material, subjacente ao processo –, a tutela jurisdicional mostra-se inútil, desnecessária, vazia de qualquer significado. Ação houve, quando menos parecerá ter havido, mas não há mais. É isto que é reconhecido pelo Estado-juiz e que rende ensejo à sua declaração formal, nos moldes do art. 267, VI, com a *extinção* do processo, isto é, com o *encerramento* formal da atuação do Estado-juiz.

Assentadas, à luz das considerações aqui expostas, a pertinência e a importância das "condições da ação" bem como a legítima opção do direito processual civil em adotá-las, é hora de analisá-las uma a uma, que, de acordo com o Código de Processo Civil brasileiro, são em número de três: a "legitimidade das partes", o "interesse de agir" e a "possibilidade jurídica do pedido". A isto se dedicam os números seguintes.

3.1. **Legitimidade das partes**

A legitimidade das partes – também legitimidade para a causa, *legitimatio ad causam* ou legitimidade para agir – relaciona-se à identificação daquele que pode pretender ser o titular do bem da vida deduzido em juízo, seja como autor (legitimidade *ativa*), seja como réu (legitimidade *passiva*).

Não que aquele que provoque a jurisdição, exercitando "ação", seja o sujeito que, no plano material, sofreu ou está na iminência de sofrer a lesão ao direito descrito na "petição inicial" e que o réu seja mesmo o causador da lesão ou ameaça mas, pelas razões que ocuparam o número anterior, o Estado-juiz, tão logo receba a tal petição, verificará se, pela narração dos fatos e pela documentação eventualmente já produzida, há alguma plausibilidade na afirmação do autor. Na medida em que a descrição da lesão e a da ameaça sejam plausíveis tanto no que diz respeito à posição ativa (autor) como na passiva (réu) – o que exigirá do magistrado o exercício de "cognição sumária" (v. n. 9 do

Capítulo 1, *supra*) –, a petição inicial, desta perspectiva de análise, terá aptidão suficiente para ser recebida.

Para o preenchimento da condição da ação "legitimidade" é o que basta. Faz-se suficiente que, em tese, a situação conflituosa pertença (pareça pertencer) a quem que se afirma que pertence. Se DNDN é mesmo credor de EDS, isto já não é uma questão relativa às condições da ação mas, bem diferentemente, ao "mérito" de se reconhecer, ou não, se existe o direito alegado e, consequentemente, conceder, ou não, a DNDN a tutela jurisdicional que ele requereu lhe fosse prestada.

A "legitimidade para a causa" corresponde, em regra, à "capacidade de ser parte", de que o n. 3.2.4 do Capítulo 3, *infra*, ocupa-se, que, por seu turno, é a projeção, para o plano do processo, da capacidade jurídica do direito material. A *regra*, para o sistema processual civil brasileiro, é que somente aquele que tem condições de se afirmar titular do direito material deduzido em juízo pode ser parte ativa ou passiva. A "capacidade jurídica", é dizer, a capacidade de alguém de assumir direitos e deveres na esfera material, é que dá nascimento *também* à legitimidade para a causa.

Neste sentido, a "legitimidade para a causa" nada mais é do que a "capacidade jurídica" transportada para juízo, traduzida para o plano do processo. A regra é que somente aquele que pode ser titular de direitos e deveres no âmbito do plano material tem legitimidade para ser *parte*, é dizer, para tutelar, em juízo, ativa ou passivamente, tais direitos e deveres.

Pelas razões acima expostas, é correto o entendimento da 3ª Turma do STJ (REsp 1.177.372/RJ, rel. p./ acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.m.v. 28.6.2011, DJe 1.2.2012), que não reconheceu legitimidade a Cartório para responder por pedido de danos morais. É que a legitimidade em tais casos – é o direito material quem a estabelece (Lei n. 8.935/1994 e Lei n. 9.492/1997) – é do titular do Cartório à época em que o ato ensejador do dano foi praticado. Também o é o entendimento de que, se no plano material não há sucessão empresarial entre as empresas, não há como reconhecer legitimidade processual à empresa sucessora. É o que decidiu, em sede de Recurso Especial Repetitivo, a 2ª Seção do STJ (REsp 1.120.620/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 24.10.2012, DJe 29.10.2012). Quando há sucessão, contudo, é irrecusável, no plano do processo, a legitimidade ativa. É o que, em sede de Recurso Especial Repetitivo, decidiu a 1ª Seção do STJ (REsp 1.133.769/RN, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 25.11.2009, DJe 18.12.2009) com relação à Caixa Econômica Federal como sucessora do extinto BNH nas demandas referentes aos contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação, orientação que consta da Súmula 327 daquele Tribunal.

Assim, a noção de legitimidade para a causa deve ser extraída do plano material, transformando a titularidade da relação de direito material em realidade processual e os envolvidos em uma dada relação jurídica material em *parte*, entendida, pela doutrina dominante, como aquela que *pede* ou em face de quem se *pede* algo em juízo. É por esta razão e, sobretudo, pela necessária referência dos planos material e processual, que Enrico Tullio Liebman, que tanto influenciou o Código de Processo Civil de 1973 e muito especialmente no

tema aqui versado, se referia a esta condição da ação como a "pertinência subjetiva da ação".

É certo, o "transporte" da "titularidade" do plano material para o processual implicará *também* pesquisa quanto a saber quem e em que condições pode apresentar-se em juízo em função daquela relação de direito material de que se afirma titular, assunto que reporta ao quanto desenvolvido no n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I. É – indo ao ponto nevrálgico – responder à seguinte questão: dado o bem da vida pertencente a VSDESS, que tem "capacidade jurídica" no plano do direito *material*, quem, no plano do *processo*, pode atuar em prol daquele mesmo bem e em que condições? Quem pode *conduzir* o processo que diz respeito ao bem da vida deste mesmo alguém?

O entendimento correto é o de que na medida em que VSDESS afirme ser titular de um dado bem da vida, é ele *legitimado para a causa* (condição da ação). Coisa diversa, no entanto, diz respeito a saber quem pode estar em juízo para tutelar aquele mesmo bem. É mister descobrir quem, por força das leis materiais ou de processo, tem "capacidade de estar em juízo" ou, mais *concretamente*, "legitimidade processual" para atuar, para si ou para outrem, em juízo (pressuposto processual).

Na exata medida em que, como regra, aquele que pode ser titular de direitos e deveres na órbita civil e que pode exercê-los é quem deve se apresentar, em juízo, para buscar sua correlata tutela jurisdicional sobre um determinado e específico bem da vida, "capacidade de ser parte", "capacidade de estar em juízo" e "legitimidade para a causa" tendem a coincidir. Nos casos em que não houver tal coincidência, haverá necessidade de alguém diverso para *exercício* de direitos exclusivamente no plano do processo. Nestes casos, é importante saber quem e em que condições *legitima-se* para aquela específica tutela jurisdicional, praticando os atos processuais, tornando concreta, pois, a "capacidade de estar em juízo".

São três realidades distintas que devem ser observadas pelo processualista civil antes de reconhecer que uma dada afirmação de direito efetivamente pertence ao autor ou ao réu. A primeira delas é poder ser titular de direitos e deveres (capacidade jurídica, no plano material, e capacidade de ser parte, no plano processual). Outra, diferente, que pressupõe esta realidade, é poder exercer concretamente estes direitos em juízo (capacidade de estar em juízo, a chamada *legitimidade processual*). A terceira e diversa realidade também pressupõe a "capacidade de ser parte", mas com ela não se confunde, embora com ela possa coincidir. E mais: pode ou não coincidir com a "capacidade de estar em juízo". Neste terceiro plano, da legitimidade para a causa, afirma-se titular de um *específico* direito ou dever diante de uma *determinada* situação concreta, diante de um sujeito *concreto*.

Excepcionalmente, o sistema processual admite uma *ruptura*, uma verdadeira *quebra* entre os planos do direito material (provável titular do bem da vida) e do direito processual (quem se apresenta em juízo para tutelar este bem da vida). São os casos de *legitimidade extraordinária* – parte no plano processual e no plano material, assunto também mencionado no n. 3.2.4 do Capítulo 3, *infra*.

Isto, no entanto, não infirma o paralelo que pode ser traçado entre a "capacidade jurídica" (no plano do processo, "capacidade de ser parte") e a "legitimidade para a causa" naqueles casos em que quem aparece em juízo é quem se afirma titular da relação jurídica deduzida em juízo, fazendo com que as duas realidades *coincidam*. Não será por outra razão, aliás, que parcela da doutrina nacional – forte nos processualistas alemães – não deixa de querer ver a *legitimidade extraordinária* como fenômeno que se dá no âmbito dos pressupostos processuais (legitimidade para o processo – quem pode, em nome alheio, ser *condutor do processo*) e não no das condições da ação (legitimidade para a causa – a quem pertence o bem da vida deduzido em juízo). É dizer: para estes doutrinadores, a "legitimidade extraordinária" só tem relevância para o processo, só diz respeito a saber quem pode *conduzir validamente* o processo, sendo menos importante, *para este fim*, saber de quem é o bem da vida nele deduzido.

Maiores desdobramentos sobre o assunto extrapolariam os limites deste trabalho.

O que é relevante para a conclusão deste número é que os pressupostos processuais (legitimidade processual) e as condições da ação (legitimidade das partes) podem, consoante a hipótese, coincidir. Ambas as figuras são "alimentadas" pela mesma regra de direito material, a "capacidade jurídica", isto é, a regra que outorga a alguém "direitos e deveres" no plano material. Não obstante, *no plano do processo*, são fenômenos distintos: enquanto a "legitimidade das partes" tem, como reflexo exterior ao plano do processo, de saber a quem pertence o bem da vida deduzido em juízo, a "legitimidade para o processo" volta-se, precipuamente, a saber quem pode *exercer* os atos processuais no plano do processo, "dentro" do processo, observando, de resto, o que o próprio direito material tem a dizer a este respeito (arts. 7º e 8º).

3.2. **Interesse de agir**

A condição da ação "interesse de agir" tem sua construção derivada do entendimento absolutamente tranquilo de que a função jurisdicional tem caráter substitutivo necessário porque, na forma já discutida no n. 3.1 do Capítulo 1, *supra*, é vedada a "tutela de mão própria", o "direito pelas próprias mãos", a "autotutela".

O interesse de agir, neste sentido, representa a *necessidade* de requerer, ao Estado-juiz, a prestação da tutela jurisdicional com vistas à obtenção de uma posição de *vantagem* (a doutrina costuma se referir a esta vantagem como *utilidade*) que, de outro modo, não seria possível alcançar. O interesse de agir, portanto, toma como base o binômio "necessidade" e "utilidade". *Necessidade* da atuação jurisdicional em prol da obtenção de uma dada *utilidade*.

Aqui também, a exemplo do que se dá para a "legitimidade das partes" e como exposto com mais vagar no número anterior, é inegável a referência que se dá entre os planos material e processual. É a perspectiva de alguém, no plano material, que se sente lesionado ou ameaçado em direito seu que justifica o rompimento da inércia jurisdicional. É o entender *necessária* a prestação

jurisdicional para proteção adequada de um determinado bem da vida que *alimenta* a "ação" que, como tal, forte nas razões do n. 2, *supra*, dará início ao processo, isto é, à atuação do Estado-juiz que prestará, ou não, a tutela jurisdicional diante daquela *afirmação*.

Alguns autores acrescentam a este binômio um terceiro elemento. Referem-se eles à "adequação". Neste contexto, para que o autor tenha interesse de agir, o pedido de atuação jurisdicional tem de ser *adequado* para atingimento daquela específica situação de vantagem por ele perseguida. Assim, para exemplificar, se o autor dispõe de título executivo *extrajudicial* (art. 585), ele não tem *necessidade*, para alcançar uma determinada utilidade (o reconhecimento da violação de um direito seu) de pedir ao Estado-juiz que atue em prol da "declaração" (reconhecimento) de seu direito de crédito. O que é *adequado* à espécie é a formulação, desde logo, de um pedido de tutela jurisdicional *executiva* com vistas à satisfação material de seu direito já suficientemente *reconhecido* no título executivo e despicienda, por isto mesmo, qualquer prévia atividade jurisdicional *cognitiva*. Faz-se suficiente e, por isto mesmo, *adequado*, no caso concreto, pedido de tutela jurisdicional *executiva* que se iniciará de acordo com o disposto no art. 646 e seguintes do Código de Processo Civil, em especial o art. 652.

Aceitando como premissa fundante do pensamento contemporâneo do direito processual civil a noção de que todos e quaisquer aspectos relativos à *forma* devem ceder espaço aos resultados úteis da função jurisdicional (sempre, vale a ênfase, exercitada mediante um *devido processo*), não há razão para elevar a "adequação" à categoria de componente do "interesse de agir". A adequação no sentido de "modo de apresentação do pedido de tutela jurisdicional ao Estado-juiz, tal qual concebido previamente pelo legislador", deve ser entendido muito mais como um *indicativo* do que, propriamente, como uma *imposição*. As vicissitudes do caso concreto sempre poderão flexibilizar as escolhas feitas em abstrato pelo legislador. Trata-se de aplicação prática das premissas metodológicas que ocupam fundamentalmente o n. 2 do Capítulo 2 da Parte I e a Introdução da Parte II.

Para ilustrar o pensamento exposto no parágrafo anterior, não há por que recusar que o portador do título executivo extrajudicial deixe de ajuizar uma "ação de execução" em face de seu devedor, preferindo fazer uso de "ação de conhecimento" com pedido de tutela antecipada dada a altíssima plausibilidade de direito seu (consubstanciada, justamente, no título executivo), somada, se for o caso, a outras circunstâncias de fato que permitam, levando-as em conta, a prestação de uma tutela jurisdicional mais aderente e às *suas necessidades* e à obtenção de *sua* específica situação de *vantagem* (*utilidade*). O emprego da nomenclatura tradicional no exemplo justifica-se para evidenciar como a ênfase dada por razões historicamente justificáveis mas que dificilmente podem sobreviver à luz do "modelo constitucional do processo civil" a determinadas categorias do processo rende espaço para propostas diversas de aproximação e de exame dos mesmos fenômenos. Daí a proposta classificatória que ocupou o n. 8.5.6 do Capítulo 1, *supra*.

3.3. **Possibilidade jurídica do pedido**

A terceira condição da ação exigida pelo nosso Código de Processo Civil é a "possibilidade jurídica do pedido". Por "possibilidade jurídica do pedido" deve ser entendido que o pedido de tutela jurisdicional a ser formulado ao Estado-juiz não pode ser vedado pelo ordenamento jurídico ou, quando menos, que as razões pelas quais alguém pede a prestação de tutela jurisdicional do Estado não sejam, elas mesmas, vedadas pelo ordenamento jurídico.

Descrevendo o instituto em linguagem técnica, esta condição da ação refere-se tanto à proibição do *pedido* propriamente dito como também da *causa de pedir* (v. n. 4, *infra*). O pedido ou a sua causa de pedir, portanto, não podem ser "impossíveis" no sentido destacado pelo parágrafo anterior.

São casos de impossibilidade jurídica do pedido, por exemplo, o pedido de "separação judicial" ou "divórcio" de união estável (aqueles estados jurídicos são típicos do casamento) e o pedido de cobrança de dívida de jogo ou de outras atividades ilícitas de acordo com as leis brasileiras. A 4ª Turma do STJ já teve oportunidade de entender juridicamente possível o pedido de reconhecimento de união estável entre casais do mesmo sexo. Trata-se do REsp 820.475/RJ, rel. p./acórdão Luis Felipe Salomão, j.m.v. 2.9.2008, DJe 6.10.2008.

Mais do que nas outras condições da ação, com relação à "possibilidade jurídica do pedido", a doutrina sempre se mostrou bastante arisca. Isto tem razão bem documentada e ela reside na circunstância de seu idealizador, Liebman, ter deixado de se referir a ela em edições ulteriores de sua obra à falta de situações que a descrevessem adequadamente no direito italiano.

Embora esta constatação seja verdadeira, não há como negar a peculiaridade do direito brasileiro de tê-la acolhido *expressamente* e, por isto, nenhuma diferença faz o fato de, doutrinariamente, ela ser mais ou menos aceita pelo seu próprio idealizador ou pela doutrina que se seguiu a ele, no exterior e no Brasil.

Até porque a doutrina brasileira, sabedora das limitações da idealização original da categoria, desenvolveu amplo e específico estudo sobre esta "condição da ação", compreendendo-a mais amplamente do que na sua formulação primitiva. A noção exposta de início, relativa à compreensão da "possibilidade jurídica da *causa de pedir*", tranquilamente aceita entre nós, é prova segura do acerto desta afirmação.

Destarte, não há como recusar a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação no direito processual civil brasileiro. Quaisquer críticas que a ela se façam devem ser recebidas como considerações *de lege ferenda*, nunca como *de lege lata*.

Ademais, a crítica fácil de que a "possibilidade jurídica do pedido" é incompreensível como categoria autônoma na exata medida em que ela representa a possibilidade de rejeição *prima facie* (inquestionável) do pedido do autor pela *patente* inexistência do direito que ele reclama possuir não convence. É que esta *aproximação* entre os planos do direito material e processual caracterizam todas as condições da ação e as afirmam, justamente por isto,

como categorias processuais que bem realizam o "modelo constitucional do processo civil". Não se trata, destarte, de uma característica própria ou exclusiva da "possibilidade jurídica do pedido".

Neste sentido, se BSC requer tutela jurisdicional para cobrança de valores de jogo não pagos por QSC, o magistrado, na medida em que verifique que é esta a "causa de pedir", poderá julgá-la extinta desde logo (art. 267, VI c/c art. 295, I, parágrafo único, III). Trata-se, por força das considerações que ocupam o n. 3, *supra*, da aplicação ideal desta categoria processual.

3.4. **Dinâmica das condições da ação**

A exemplo do que o n. 3.4 do Capítulo 3, *infra*, apresenta com relação aos pressupostos processuais, é pertinente oferecer algumas observações sobre a "dinâmica" das condições da ação, isto é, sobre sua atuação ao longo do processo.

Desde a primeira comunicação entre os planos de direito material e o direito processual com vistas à prestação da tutela jurisdicional, as condições da ação devem se fazer presentes. É o que deflui claramente do art. 295, em especial de seus incisos I, lido em conjunto com o inciso III de seu respectivo parágrafo único, e II e III. De acordo com estas regras, a "petição inicial", que representa a provocação inicial e suficiente para subtrair a inércia da função jurisdicional, pode ser *liminarmente* indeferida (rejeitada) quando "o pedido for juridicamente impossível", "quando a parte for manifestamente ilegítima" ou "quando o autor carecer de interesse processual", respectivamente. O indeferimento da petição inicial nestes casos é proferido por sentença, que terá como fundamento os incisos I e VI do art. 267.

Mesmo que a petição inicial seja recebida, contudo, isto não significa que as condições da ação e, consequentemente, a regularidade no exercício da própria ação não precise se manifestar ao longo de todo processo. Por força do art. 462, qualquer alteração relevante no plano do direito material influencia a apreciação a ser feita pelo Estado-juiz. Assim, se, por qualquer razão, uma das condições da ação deixar de se fazer presente, o caso é de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VI). A recíproca é verdadeira: se, por qualquer razão, o exame da petição inicial em busca de regularidade da constituição do processo e da concorrência das condições da ação não foi bem realizada e, por isto, deferida mas, não obstante, o autor não reunia as condições da ação (por exemplo, a dívida reclamada em juízo não havia, ainda, vencido), o novo fato consistente no vencimento da dívida ao longo do processo faz com que o óbice anterior acabe sendo sistematicamente afastado. A falta de "interesse de agir" fica, por assim dizer, *convalidado* pela sucessão dos eventos ocorridos no plano do direito material.

A propósito desta afirmação, vale colocar em relevo nesta sede o que, com maior vagar, é exposto pelo n. 4.6 do Capítulo 3, *infra*, e vai apresentado em forma de "princípio" pelo n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV. Qualquer defeito nos atos processuais – e com as condições da ação *não é diferente* – podem e devem,

consoante o caso, ser *sanadas*, *emendadas* e, na medida em que sua falta não acarrete quaisquer prejuízos para quem quer que seja, eles, os defeitos processuais, podem, simplesmente, ser *desconsiderados*. Desde que, não obstante o defeito, a provocação do Estado-juiz gere um processo em que se deem as garantias mínimas às partes e a eventuais intervenientes, não há lugar para obstaculizar a prestação da tutela jurisdicional. Os rigores com as técnicas processuais que tanto caracterizaram certas reflexões dos processualistas civis no passado – o *formalismo* do direito processual civil – devem ser afastados em prol da realização dos escopos da jurisdição, razão última de ser da própria função e tutela jurisdicionais.

Um exemplo poderá aclarar os reflexos do que consta do parágrafo anterior. É supor a hipótese de indeferimento de uma petição inicial apresentada por uma mulher ao pedir, em nome próprio, tutela jurisdicional consistente no pagamento de alimentos para seu filho em face do pai dele. Rigorosamente, não há como negar, a "parte legítima" para formular um pedido de tutela jurisdicional em casos como estes é o filho; não a mãe. É ele, o filho, mesmo que menor de idade, que preenche uma das "condições da ação". A mãe, na hipótese, preenche outra categoria processual, um pressuposto processual de validade, a "legitimidade processual". A não observância das categorias processuais, contudo, mesmo que não sanada nos termos do art. 284 c/c art. 13 do Código de Processo Civil, não pode ensejar a aplicação de uma consequência tão radical e tão indesejada como o indeferimento da petição inicial. Não que a *letra* da lei não reserve à hipótese aquela solução. É que o pensamento contemporâneo do direito processual civil não pode compactuar com uma tal solução quando enfrentada a questão desde o "modelo constitucional do processo civil". Não há, em situação como a descrita, nenhum prejuízo, muito pelo contrário, em entender o que pode ser compreendido com ampla facilidade. Até porque, no caso destacado para exame, a mãe, ao formular o pedido de "alimentos" em face do pai da criança, não quis pedir para si a pensão mas para seu filho. Mas, é importante revelar isto, caso ela quisesse pedir alimentos do pai da criança, ela poderia fazê-lo porque o direito material, em tese, garante-lhe esta possibilidade. Basta que justificasse a razão pela qual ela também formularia um tal pedido. E mais: o próprio sistema processual civil garantiria, nesta hipótese, que o *mesmo* "processo" e a *mesma* "ação" fossem válidos para que o Estado-juiz apreciasse, de uma vez só, os *dois pedidos de tutela jurisdicional*.

Questão interessante e que diz respeito ao tema discutido neste número é o de se saber se a extinção do processo diante do decreto de carência de ação (art. 267, VI) inviabiliza o exercício do direito de ação. A indagação é clássica. O sistema processual civil, em seu art. 268, é expresso na resposta negativa. Não há, por força daquele dispositivo, nenhum óbice para que um outro processo seja inaugurado pela "mesma" ação, já que a extinção do processo sem resolução de mérito nos casos de falta de condições da ação não faz coisa julgada material. Só as decisões que apreciam o "mérito" podem ostentar a imutabilidade típica da prestação da tutela jurisdicional, a "coisa julgada" (v., em especial, o n. 3.3 do Capítulo 1, *supra*). Não é o caso.

Contudo, a questão deve ser analisada no seu devido contexto, levando-se em conta, por isto, o sistema processual civil como um todo, desde o "modelo constitucional do processo civil". Pela própria razão de ser das condições da ação, não haveria sentido que uma "parte ilegítima" pudesse voltar a provocar o Judiciário indefinidamente como se ela quisesse convencer que, diferentemente do que se decidiu anteriormente, ela preenche aquela condição da ação. Se o proferimento da sentença, que extingue o processo ao reputar o autor "parte ilegítima", é, na sua perspectiva, equivocada, é possível que ele, autor, busque sua reforma no âmbito recursal.

Caso contrário, mesmo sem o "trânsito em julgado" daquela decisão, um novo pedido idêntico, de tutela jurisdicional, formulado pela *mesma* parte, que acabou de ser reconhecida como ilegítima, deve ser vedado. Não pela *letra* do art. 268 mas por força de sua interpretação sistemática. É que se o Estado-juiz já entendeu suficientemente que alguém é parte ilegítima, é o que basta para obstar novas investidas jurisdicionais. O que está autorizado é que outra *parte* e, pelo menos nesta perspectiva, não ilegítima, venha a provocar a jurisdição. Neste caso, contudo, já não se trata de uma "mesma" ação mas de outra, o que é plenamente admitido pelo sistema. É nesta perspectiva, rente ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que o precitado dispositivo de lei deve ser entendido: desde que o defeito que fundamenta a prestação da tutela jurisdicional seja retirado, é lícita a provocação do Estado-juiz. Neste caso, contudo, trata-se, para todos os fins, de uma *nova* investida jurisdicional, uma nova *ação*, assunto do que se ocupa o número seguinte.

4. ELEMENTOS DA AÇÃO

Ainda no que diz respeito ao tema da "ação", é importante analisar os "elementos da ação". Eles devem ser entendidos como os componentes mínimos e suficientes da ação que as identificam como tais e, consequentemente, as distinguem de quaisquer outras ações. É, de resto, a indicação dada pela própria lei, como faz prova segura o § 2º do art. 301 do Código de Processo Civil.

A importância do tema é eminentemente prática porque ele se relaciona com diversos outros temas do direito processual civil que são discutidos ao longo deste volume e também em outros volumes deste *Curso*. Assim, apenas para exemplificar, é o que se dá com a litispendência, coisa julgada, conexão, continência, "cumulação de ações", litisconsórcio etc. O final do número anterior quis fazer uso do tema para ilustrar a dinâmica dos usos processuais.

É importante destacar que a compreensão da "ação", tal qual proposta por este *Curso*, não traz nada de novo para o tema aqui versado. As lições da doutrina tradicional têm, por isto mesmo, pleno cabimento nesta sede. No máximo e seguindo os passos seguros de parcela da doutrina (Cândido Rangel Dinamarco), o tema aqui versado poderia ser melhor nominado de "elementos da *demanda*", já que ele envolve o exame do ato concreto da provocação do Estado-juiz, neste sentido, a "ação" já exercida e exteriorizada na petição inicial (v. n. 3.1.1 do

Capítulo 3, *infra*). Justamente, contudo, como o assunto toma como referência o exercício da "ação", fica preservado o nome usualmente empregado.

O primeiro elemento da ação são as "partes". Partes, neste contexto – sem prejuízo das considerações do n. 3.1, *supra* –, deve ser entendido como aquele que pede e em face de quem se pede a tutela jurisdicional. É o autor e é o réu.

O segundo elemento da ação é o "pedido". O "pedido", de acordo com a doutrina tradicional, aceita um desdobramento: pedido *imediato* e pedido *mediato*. Pedido *mediato* é o bem da vida cuja proteção é desejada pelo autor por intermédio da atuação jurisdicional. Pedido *imediato* é a providência jurisdicional solicitada ao Estado-juiz. Esta, a espécie de tutela jurisdicional, que deve incidir e agir sobre aquele, o bem da vida a ser individuado (art. 286) na petição inicial pelo autor.

Não há dificuldade na doutrina em relacionar o "bem da vida" à utilidade pretendida pelo autor no plano do direito material e que depende, para ser alcançada, do exercício da jurisdição. O cumprimento de um contrato de mútuo ou de aluguel; a obtenção de documentos não fornecidos pela Administração Pública ou por entidade de crédito; o pagamento de prestação alimentícia, a declaração de que um tributo é compensável com outro e assim por diante.

A doutrina divide-se, contudo, quanto à classificação ou identificação dos "tipos" de tutela jurisdicional, que correspondem ao pedido *imediato*. A proposta deste *Curso* é a de que estes "pedidos imediatos" sejam correspondentes às "tutelas jurisdicionais não executivas" ("declaratórias" ou "constitutivas") ou "tutelas jurisdicionais executivas *lato sensu*" ("condenatórias", "executivas *stricto sensu*" e "mandamentais").

Sem prejuízo das considerações com que se ocupa o n. 8.5.6 do Capítulo 1, *supra*, e o n. 7 do Capítulo 2 da Parte IV, o que cabe destacar neste momento da exposição é a suficiência de o autor pedir proteção de um dado bem da vida, expondo no que a proteção consiste. Se essa proteção for entendida como condenatória, executiva (*stricto sensu*) ou mandamental é questão de menor interesse para a elaboração da petição inicial. Até porque os §§ 2º, 4º a 6º do art. 461 (aplicáveis, de resto, ao art. 461-A, em função de seu § 3º) autorizam a atuação *oficiosa* do magistrado em prol da "tutela específica" (v. n. 8.1.2.1 do Capítulo 1, *supra*) ou, quando menos, do "resultado prático equivalente ao do adimplemento", fazendo com que estas "três espécies" de tutela caminhem, lado a lado, para a *efetividade* da jurisdição.

O terceiro e último elemento da ação é a "causa de pedir". A causa de pedir deve ser entendida como as razões pelas quais se formula o pedido, como os "fatos e fundamentos jurídicos do pedido", tendo o inciso III do art. 282 como referencial. A doutrina tradicional costuma distinguir a causa de pedir em *próxima* e em *remota*.

Os "fundamentos de fato" devem ser entendidos como a causa *remota*; os "fundamentos de direito", como a causa *próxima*. Neste sentido, para uma ação de despejo, a existência de um contrato de aluguel é a causa *remota*, e o não pagamento do aluguel na forma ajustada entre as partes é a *próxima*. O que é

relevante, de qualquer sorte, é que o autor, em sua petição inicial, descreva, com a precisão possível, quais são os fatos que, segundo seu entendimento, dão suporte jurídico a seu pedido, vale dizer, às consequências jurídicas que pretende ver aplicadas ao réu.

Em função disso é que não há dúvida, em doutrina e em jurisprudência, de que o art. 282, III, é prova segura de que o direito processual civil brasileiro filiou-se à teoria da "substanciação", vale dizer, que é fundamental, para o autor, descrever, na petição inicial, os *fatos constitutivos* de seu direito, fazendo referência não só à lesão ou à ameaça ao direito que afirma sofrer (ou, se for o caso, às lesões e/ou ameaças), mas também à origem desse seu direito. Por força da mesma teoria, não é necessário que o autor *qualifique juridicamente* seu pedido, bastando fornecer, com a maior exatidão possível, a origem dos fatos que dão fundamento a seu pedido. É dizer: basta ao autor afirmar que há um vício que anula contrato que firmou com o réu, sendo indiferente que indique qual é, concretamente, este vício (erro, dolo ou coação, por exemplo). Eventuais qualificações jurídicas constantes da petição inicial devem ser, para o nosso sistema, entendidas como meras *propostas de qualificação*. Não são essenciais e, de resto, não são vinculativas para o magistrado. O réu deve se defender dos *fatos constitutivos* do direito do autor.

É absolutamente indispensável que o fato que *justifica* ou que *imponha* o ingresso em juízo, pelo autor, seja descrito minudentemente e de forma inequívoca, clara e precisa, na inicial. Até porque é esse fato que revela o *interesse de agir*, a *possibilidade jurídica do pedido* e a própria *legitimidade das partes*.

Basta a indicação dos fatos necessários e indispensáveis à incidência da regra jurídica. Prevalecem, para o sistema brasileiro, os aforismos *da mihi factum, dabo tibi jus* e *jura novit curia*, segundo os quais a *qualificação jurídica* do fato é dever do magistrado e não das partes. O que releva, vale insistir, é que os fatos a partir dos quais se pretende incidir determinada consequência jurídica estejam suficientemente narrados (e comprovados, se for o caso) já com a petição inicial. O juiz não fica vinculado às consequências jurídicas indicadas na petição inicial, mas aos fatos relevantes para configuração de uma dada consequência jurídica.

Maiores desdobramentos sobre os elementos da ação significariam ir além dos limites de uma teoria geral do direito processual civil. Sobre eles se ocuparão os demais volumes deste *Curso*, em especial o tomo I do vol. 2 (v. ns. 5 a 7 do Capítulo 1 da Parte II e n. 2.2 do Capítulo 1 da Parte VII).

5. CUMULAÇÃO DE AÇÕES

Tema que, em geral, é apresentado quando se trata da "ação" é o relativo à "cumulação de ações". A expressão, compreendida no seu contexto tradicional, é entendida como o estudo daqueles casos em que o sistema processual civil admite que em uma mesma provocação do Estado-juiz haja mais de uma

"ação", como forma de melhor realizar o "princípio da economia e da eficiência processuais" (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II).

Como "ação" para este *Curso* deve ser compreendida como o direito subjetivo público de provocar a atuação do Estado-juiz e atuar ao longo do processo, não há sentido em aceitar que as ações sejam "cumuláveis", isto é, que sejam duas ou mais ações exercitadas ao mesmo tempo no sentido de o Estado-juiz ser provocado ao *mesmo* tempo para atuar em um mesmo caso concreto. O que pode ocorrer e é disto que o tema em destaque se ocupa, é a cumulação de *pedidos* diversos de tutela jurisdicional que são formulados perante o Estado-juiz quando de sua provocação inicial, isto é, quando do exercício da ação. Não se trata, contudo, de cumulação de *ações*.

Mesmo naqueles casos em que mais de uma pessoa, ao mesmo tempo, exerça direito de ação não é correto referir-se à hipótese como um caso de cumulação *subjetiva* de ações, como em geral se trata. A espécie, bem diferentemente, deve ser entendida como de "litisconsórcio", assim entendida a possibilidade de, também em homenagem ao princípio da economia processual, haver mais de um autor e/ou mais de um réu em um mesmo *processo*. A provocação do Estado-juiz para atuar e para prestar tutela jurisdicional, contudo, é, nestes casos, uma só.

Por força da metodologia aqui empregada, o tema relativo à "cumulação de ações" é versado em outros volumes deste *Curso*. Seja quando ele se volta a analisar o "pedido" (v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I, principalmente), seja quando ele se dedicar ao estudo do litisconsórcio (v. Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I, principalmente).

O Processo

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos temas mais polêmicos e mais interessantes da doutrina do direito processual civil diz respeito à compreensão do processo. O próprio desenvolvimento do "estudo científico" do processo confunde-se, em alguma medida, com as discussões relativas ao assunto na medida em que há acirrada discussão doutrinária – com inescondíveis reflexos práticos – sobre saber "o que é" *o* processo.

É importante destacar uma vez mais, na linha do que, por várias vezes, já foi feito, que o "direito processual civil" não se confunde com o "processo"; o processo *civil*, para dar destaque apenas didático no que diz respeito ao objeto estudado por este *Curso*. Este, o "processo", é um dos "temas" (o uso desta palavra, quase que despretensiosa e, certamente atécnica, é proposital, para evitar, a todo custo, qualquer juízo de valor sobre o que é processo, razão de ser do Capítulo) que compõem o estudo do direito processual civil. Não há, todavia, identidade entre um e outro designativo e é importante todo esforço para distinguir um do outro; para se ter consciência de quando se está tratando de "direito processual civil" e quando está a se tratar de "processo". Os temas relativos ao "direito processual civil" não se esgotam no estudo do "processo", embora este *Curso* não pretenda negar isto, o "processo" é um dos temas *fundamentais* – no sentido de nucleares – do "direito processual civil".

A exemplo da proposta assumida no n. 1 do Capítulo 2 da Parte I e no n. 1 do Capítulo anterior, não há razão para, neste trabalho, desenvolver maiores considerações sobre as diversas escolas e as diversas teses que buscaram explicar o que é ou o que deixa de ser o processo, qual é a sua finalidade e qual é a sua composição ou, em uma expressão bastante significativa para as letras jurídicas: qual a sua *natureza jurídica*.

O que releva para cá, é destacar, é que de uma concepção em que o processo seria equiparável a um contrato; que teria natureza quase contratual; que seria situação jurídica, entidade jurídica complexa ou instituição, módulo em contraditório, prevalece o entendimento, largamente aceito entre nós, de que a natureza jurídica do processo é a de relação processual. Relação processual no sentido da existência de liames jurídicos, de posições jurídicas ao longo do

processo, entre autor, réu e Estado-juiz, dos quais decorrem deveres, direitos, poderes, faculdades, obrigações, sujeições e ônus recíprocos. Relação processual também no sentido de que estes liames jurídicos têm em vista o atingimento de uma dada finalidade.

O entendimento, posto ser o amplamente majoritário e aceito pela doutrina brasileira e estrangeira, não pode ser aceito, adotando como ponto de partida, como este *Curso* adota, o "modelo constitucional do direito processual civil" e, mais especificamente, o que o Capítulo 1 da Parte II chamou de "modelo constitucional do *processo civil*". Entender o "processo" como "relação jurídica" ecoa linguagem de direito privado e figuras de direito privado, razão suficiente, por si só, para ser recebido, quando menos, com muitas ressalvas. O que caracteriza o "processo" como tal – e, pois, que tem aptidão para revelar sua natureza jurídica – é sua compreensão no mesmo contexto em que qualquer fenômeno jurídico deve ser compreendido e não, propriamente, seu encaixe em alguma construção doutrinária-científica que não se volta, necessariamente, a descrever os ordenamentos jurídicos vigentes levando em conta suas opções políticas e suas características.

Aqui também não há por que tratar o processo como se se tratasse de uma figura que existe independentemente das opções políticas de cada Estado, de cada ordenamento jurídico. Falar em "processo" em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Estado brasileiro, é, sem dúvida alguma, bem diverso do que falar em "processo" em um Estado que não seja nem Democrático nem de Direito. Nestas condições, a natureza jurídica do processo – o que ele é ou deixa de ser juridicamente – depende, sempre e em qualquer caso, como de resto, de qualquer dado de direito –, das opções políticas feitas em determinado momento da história do homem por dado ordenamento jurídico. É da Constituição Federal que, em primeiro lugar, deve ser extraído *o* modelo de Estado e verificar em que medida este *modelo* de Estado influencia a *forma* de exercício de seu poder.

Relevante a afirmação do parágrafo anterior: o direito processual civil volta-se ao estudo de uma das funções do Estado. É inimaginável que as opções políticas reinantes sobre o modelo de Estado adotado por cada país, por cada ordenamento jurídico, não influencie, por isto mesmo, todos os temas relativos à sua atuação.

É por esta razão, apenas por ela, com os olhos voltados à Constituição Federal de 1988, que se mostra absolutamente indispensável compreender que "processo" é, para o ordenamento jurídico vigente no Brasil de hoje, método inafastável de atuação do Estado, atuação no sentido de produzir um determinado ato, de externar, perante os destinatários imediatos do ato e os mediatos (toda a sociedade), a *vontade* do Estado, vontade esta que, diferentemente do que se dá no campo do direito privado, não é livre, mas total e completamente regulada. Diferentemente da vontade regida pelo direito privado, a vontade no campo do direito público, a vontade do Estado, portanto, é toda ela vinculada ao atingimento de finalidades públicas. É esta a razão pela qual os publicistas referem-se a esta "vontade do Estado" como uma "vontade *funcional*", uma vontade vinculada,

desde seu nascimento, a finalidades públicas.

Em um Estado Democrático de Direito, contudo, não basta que a vontade seja *funcional*, que as finalidades públicas a serem atingidas sejam impostas pelo ordenamento jurídico. Também os *meios* de atingimento destas finalidades públicas, os meios de manifestação desta vontade, justamente porque ela é vinculada, justamente porque ela é funcional, é toda ela igualmente regrada. Em um modelo de Estado como o brasileiro, não só os "fins" mas também os "meios" de atingi-los devem ser guiados de acordo com o ordenamento jurídico.

A noção suficiente de "processo" decorre, por isto mesmo, da opção política feita pela Constituição brasileira de criar um específico modelo de Estado, um Estado Democrático de Direito e, por isto, na exata medida em que isto vigorar e prevalecer, o Estado só pode agir, só pode desempenhar as suas funções, cumprir e buscar atingir as suas finalidades se agir "processualmente", isto é, se agir em consonância com e de acordo com um modelo prefixado que permita o escorreito exercício do *poder* que só se legitima na exata medida em que se vise, com ele, o atingimento de um determinado *dever*, isto é, uma determinada finalidade.

Daí a noção, bastante difundida entre os autores de direito administrativo, de "dever-poder", que caracteriza o ato regido pelo direito público como um todo. O que se dá com a função jurisdicional, com o Estado-juiz, portanto, não pode (e não deve) ser diverso. Até porque, em um Estado Democrático de Direito, só se pode cogitar da licitude de um "ato" praticado pelo Estado na medida em que tudo aquilo que levou à sua prática também observar as normas jurídicas, desde, evidentemente, as prescrições constitucionais. Este *prius* ao ato, tudo aquilo que antecede a prática do ato estatal, que, em última análise, é a manifestação exterior da vontade do Estado – sua vontade funcional –, é o *processo*. Por isto, não custa repetir, processo é método de atuação do Estado. Mas não de qualquer Estado. Apenas dos Estados Democráticos de Direito. É o caso do Estado brasileiro.

Na esfera privada, em regra que admite poucas exceções, a manifestação da vontade é livre e são também livres os *meios* de prática deste ou daquele ato. Talvez não tão livre como a concebeu historicamente o direito privado e o sistema vigente no Código Civil brasileiro de 1916, mas livre, indubitavelmente. Na esfera estatal (do Direito Público, portanto), não só o ato é regrado por princípios e regras impositivos, estranhos ao agente, mas, também – e aqui reside a ênfase –, a *forma* e os *meios* de produção destes atos são regrados, são vinculados, são predestinados ao cumprimento de finalidades em si mesmas consideradas. Cada etapa do processo (formação da vontade do Estado) não é nem pode ser compreendida como fim em si mesma mas é fim-meio porque tendente à produção de um ato final. No caso do processo que interessa ao presente *Curso* (o "processo *jurisdicional*"), este "ato final" é o ato que, reconhecendo sua existência, repara ou imuniza suficiente e adequadamente a situação de lesão ou ameaça a direito que, levadas ao Estado-juiz, rompem a inércia que caracteriza a função jurisdicional.

Ao tratar da *produção* da vontade do Estado em geral e do Estado-juiz em

específico – exercício da função jurisdicional, portanto –, é imperiosa a concepção de que o agir do Estado não pode desconsiderar a necessária proteção dos direitos dos cidadãos e o atingimento das finalidades do próprio Estado.

O que se pretende com este modelo *processual* do comportamento estatal como um todo é que o ato do Estado, independentemente da função por ele exercida – o resultado e o fim último do processo realizado naquela esfera do Poder – seja ditado ou expedido de acordo com a totalidade do ordenamento jurídico, em atenção aos princípios regentes da própria atuação estatal e, por definição, em estrita obediência dos direitos e garantias dos particulares. Aqui, meio e fim estão vinculados e entrelaçados de tal maneira que não se viabiliza a compreensão de um sem o outro.

Até porque, aplicando-se ao "processo" aquilo que o Capítulo 1 da Parte II tratou acerca de seu "modelo constitucional", não há como negar que a *atuação processual* do Estado (sempre Estado Democrático de Direito) tem o condão correlato de afastar da nossa cultura jurídica quaisquer situações que prestigiem o arbítrio, os caprichos pessoais, os desvios de toda ordem pelos *agentes* do Estado, pelos *exercentes* de suas funções. Isto pela razão de que a atuação do Estado tem de garantir a *participação* dos interessados diretos e indiretos nos efeitos do ato estatal a ser produzido e que, neste sentido, acaba se tornando *síntese* das vontades contrapostas, devidamente apreendida pelo próprio Estado. Por isto é que é absolutamente correta a ênfase, usualmente sublinhada pela doutrina, de que a noção do processo é eminentemente teleológica. Ela é preordenada ao atingimento de uma dada finalidade, pública, estranha aos seus participantes. Por isto é que a "participação" ativa – e, por isto, de prisma diverso de análise, a formulação do "princípio da colaboração" ou "cooperação" (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte I) – é tão importante na compreensão do próprio "processo".

Esta *participação*, vale o destaque, não se justifica porque o processo é uma "relação jurídica". Não é, muito menos em termos privatistas de sua formulação original. O processo é método de atuação de um específico modelo de Estado (o Estado Democrático de Direito) e, por isto – só por isto – é que não há como desprezar a ampla participação (em "igualdade plena", em "paridade de armas") enquanto durar a *necessidade* de atuação estatal. É esta, justamente, a razão de ser do processo, o que o justifica como tal em uns Estados que têm o mesmo modelo político de organização de atuação como o brasileiro.

Não há como negar, a este propósito, que há deveres, direitos, poderes, faculdades, obrigações, sujeições e ônus dos sujeitos do processo ao longo de toda a produção da vontade do Estado-juiz, que são exercitáveis e exigíveis durante todo o processo (v. n. 1 do Capítulo 2, *supra*). Isto, contudo, não se justifica por ser o "processo" uma relação jurídica mas, bem diferentemente, porque o "modo de ser" do processo é estritamente vinculado às diretrizes constitucionais. É o "modelo constitucional do processo civil" que *impõe* aqueles deveres, direitos, poderes, faculdades, obrigações, sujeições e ônus; é ele que estabelece como os sujeitos do processo relacionam-se entre si, como *colaboram* entre si com vistas não só ao exercício da *função jurisdicional* mas também para

a prestação da *tutela jurisdicional*. É o "modelo constitucional do processo civil", em suma, que reconhece qual é a possibilidade e a intensidade da *atuação* dos sujeitos processuais e em que medida ela pode ser *exigida* e *exercitada* em cada caso. Como aquelas posições jurídicas variam, consoante os diversos tipos de *procedimento* que podem ser concebidos para melhor adequar o *processo* às necessidades de cada caso concreto (esta é uma característica dos *princípios*, v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte II), é ao ensejo do estudo do *procedimento* e, mais especificamente, de cada *procedimento*, e não do *processo*, que estes temas devem ser analisados (v. n. 6, *infra*).

O processo como método inerente à atuação do Estado – à *produção* da vontade do Estado (uma vontade vinculada a determinados fins preestabelecidos, uma "vontade funcional", portanto) – deve ser entendido, amplamente, como forma de proteção dos direitos dos destinatários do ato, ao mesmo tempo que se garante o melhor cumprimento das finalidades a serem perseguidas pelo próprio Estado.

Neste contexto, o *processo* deve ser entendido como *técnica* que busca garantir que o equilíbrio entre "fins" (os "escopos do processo") e "meios" (o "modelo constitucional do processo civil") seja adequadamente alcançado. É ele, como método, como técnica, de manifestação do Estado, que garante o indispensável equilíbrio entre "autoridade" e "liberdade" e bem realiza, por isto mesmo, o modelo de Estado Democrático de Direito que, para voltar ao ponto de partida, justifica-o e, mais do que isto, o impõe.

Do que consta dos parágrafos anteriores, poderia ter início uma discussão interessantíssima mas que fugiria da proposta deste *Curso*. Suficiente, destarte, sua mera indicação.

Ao contrário do que muitas vezes se sustenta, o "processo" não é exclusivo do direito processual civil (ou, no máximo, do processo penal ou do processo trabalhista). O *processo* não é fenômeno exclusivo do exercício da Jurisdição, assim compreendida a atuação do Poder Judiciário, a atuação do Estado-juiz. O "processo", aceitando o acerto das considerações anteriores, é característica da atuação do Estado como um todo, assim entendidas as diversas *funções* do Estado. Também o "Estado-legislador" (Poder Legislativo) atua *processualmente*. Também o "Estado-administração" (Poder Executivo) atua *processualmente*.

Assim, tanto o Poder Judiciário emite seus atos (sentenças) mediante *processo*, como o Poder Legislativo emite seus atos (as leis) mediante processo. E a Administração Pública não é alheia ou arredia a este *atuar regrado*, este atuar "processualizado". Ela também deve expedir seus atos, os "atos administrativos", mediante *processo*.

Tanto assim que a Constituição Federal, no âmbito do Poder "Legislativo", expressamente regula o *processo legislativo* (arts. 59 a 69), e, ao disciplinar o "Poder Executivo", isto é, a Administração Pública, cria condições mais que suficientes para a construção de uma teoria sobre o "processo administrativo", a partir dos princípios regentes da atuação administrativa (art. 37, *caput*) ou, até mesmo, de "processos" referidos pela própria Constituição Federal, assim, para exemplificar, o *concurso público* para contratação dos mais variados servidores

públicos (art. 37, II), a *licitação*, processo destinado à elaboração de contratos administrativos (art. 37, XXI) e o "processo *sancionatório*" a que faz expressa menção o art. 41, § 1º, II.

Pertinente, a este propósito, fazer expressa referência à Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o *processo* administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, à Lei n. 10.177, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de São Paulo, e à Lei n. 14.141, de 27 de março de 2006, do Município de São Paulo, que regulam o *processo* administrativo no âmbito daqueles entes políticos e administrativos respectivamente. Estas leis, ao contrário do que poderia parecer, não se ocupam de criar "processos sancionatórios", únicos que, em geral, são reconhecidos como tais pelos administrativistas, fortes no que dispõe, com amplitude, o art. 5º, LV, da Constituição Federal, e referidos expressamente pelo precitado dispositivo constitucional. Mas, bem diferentemente, ocupam-se, ambos os diplomas legislativos, a disciplinar o método (*processo*) de produção de quaisquer atos (atos administrativos) pela Administração Pública, mesmo que não restritivos de direito. São leis voltadas, portanto, a criar condições de uma melhor *produção* do ato administrativo. É ler, por oportuno e suficientemente ilustrativo, o comando do art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.784/1999: "Esta lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração". A mesma noção vem estampada também no art. 21 da Lei paulista de *processo* administrativo, embora com o emprego da palavra "procedimento": "Os atos da Administração serão precedidos do procedimento adequado à sua validade e à proteção dos direitos e interesses dos particulares". Não é diverso, de sua parte, o que se extrai dos arts. 2º e 3º da Lei n. 14.141/2006, do Município de São Paulo, que prescrevem os princípios regentes da Administração Pública e que a norma administrativa "... deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige".

Aceitas estas novas considerações, está aberta a possibilidade (e, mais do que isto, a *necessidade*) da construção de uma verdadeira "teoria geral do *processo*". "Teoria geral do *processo*", sem qualquer adjetivação para *processo*, isto é, nem processo civil, nem processo penal, nem processo trabalhista, quer significar, no contexto das reflexões presentes, uma teoria que busque descrever o método de atuação do Estado como um todo, precisando os princípios e o regime jurídico que vinculam o exercício de qualquer função estatal.

Para fechar o parêntese, faz-se oportuna uma ressalva. Se *processo*, vale insistir, é fenômeno correlato à atuação do Estado, independentemente da função concreta por ele exercida (se jurisdicional, se legislativa ou se administrativa); é todo o atuar do Estado como *forma* ou como *meio*, como *técnica* – como *método*, portanto –, de atingir adequada e equilibradamente os fins impostos pelo sistema jurídico ao Estado, é equivocado referir-se a "procedimento administrativo" ou, até mesmo, a "procedimento legislativo" para descrever o *mesmo fenômeno* quando ocorrente no exercício daquelas outras funções do Estado. *Procedimento*

é realidade jurídica diversa, é a forma específica de manifestação, de organização, de estruturação do próprio processo, dos diversos atos e fatos relevantes para o processo (e, por isto, atos e fatos *processuais*) ao longo do tempo (v. n. 4, *infra*). Não tem sentido, consequentemente, referir-se ao *mesmo fenômeno* (que é o processo), ínsito ao modelo de Estado Democrático de Direito, com nomes diversos, quando ele se dá no âmbito da Administração Pública ou no próprio legislativo como se mero "procedimento" ele fosse. No âmbito administrativo e no âmbito legislativo há processo *e* procedimento, da mesma forma como se dá, mais conhecidamente, no plano do direito processual civil (e penal e trabalhista). Assim, é recomendável, a todo custo, evitar usar nomes diferentes para descrever os mesmos fenômenos jurídicos. A medida, a par de não ter nada de didática, é acientífica.

Concluído o aparte, é oportuno retomar o "direito processual civil" e a compreensão de "processo" oferecida até aqui para apartá-la, de vez, da noção de "relação jurídica". É que as "relações jurídicas" existentes entre aquele que provoca a atuação do Estado-juiz (autor), aquele contra quem se provoca a atuação do Estado-juiz (réu) e o próprio Estado-juiz não caracterizam o processo como tal. Seja quais forem estas múltiplas relações jurídicas, elas, em si mesmas, não explicam o fenômeno processual. O fenômeno processual não se explica pelo que, eventualmente, nele se contém ou pelo que nele se faz, mas pelo que ele, processo, "é" (deve-ser) e a razão pela qual ele, processo, "é" (deve-ser). E o processo é (sempre, como tudo em Direito, no sentido prescritivo de "dever-ser") porque o modelo político do Estado brasileiro assim impõe. O Estado age mediante processo porque "tem de fazê-lo". O processo, assim, é método de atuação do Estado. Também por esta via de análise, não há como deixar de constatar que a Constituição Federal é premissa metodológica inafastável de todo e qualquer tema atinente ao "direito processual civil".

Fixada a premissa de que o processo é método de atuação do Estado (de um específico modelo de Estado, o "Democrático de Direito", mas que isto fique subentendido daqui em diante para facilitar a exposição), não há como recusar a sua natureza *pública* e, mais do que isto, a inviabilidade de ele, processo, confundir-se com aquilo que ele contém ou o que parece mais correto de ser destacado com aquilo que ele veicula perante o Estado-juiz para solução derradeira, isto é, com o pedido de tutela jurisdicional a ser prestado diante de uma situação de lesão ou ameaça.

Decorre de tudo quanto escrito até aqui o entendimento de que o "processo" é regido pelo direito público. É o direito público, desde suas matrizes constitucionais, que regula uma específica atividade estatal e, por isto mesmo, é de todo irrelevante, para tal fim, o tipo de normas jurídicas (se de direito privado ou público) que, pelo processo, isto é, pelo atuar do Estado-juiz, serão consideradas ao longo de sua atuação para fins de prestação da tutela jurisdicional. Não que o plano material não influencie o direito processual civil como um todo, muito pelo contrário (v. n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I), mas para a compreensão do "é" o "processo" (uma das partes integrantes do direito processual civil) aquela constatação não tem qualquer valia.

Da natureza pública, exclusivamente de direito público, do processo decorre, outrossim, a noção de que ele, o *processo*, não se confunde com a relação jurídica conflituosa que justifica a atuação do Estado-juiz, qualquer que sejam as normas que a regem (um contrato regido pelo direito civil e não adimplido em tempo e modo oportunos ou um ato administrativo que se reputa ilegal e abusivo, por exemplo). A relação jurídica veiculada para solução pelo Estado-juiz não se confunde com o "processo" porque elas existem em planos diversos: a situação de lesão ou ameaça a direito se verifica no plano do direito material. O atuar do Estado-juiz, o processo, portanto, está no plano processual. É por isto que o processo tem *pressupostos próprios* (que marcam a sua *existência* e a sua *validade*, v. ns. 3.1 e 3.2, *infra*), *sujeitos próprios* (o autor, o réu, o juiz e eventuais intervenientes, v. n. 4.1, *infra*) e *objeto próprio* (prestação de tutela jurisdicional que substitua a vontade dos litigantes com ânimo de definitividade a eles oponível, se o caso, imperativamente – v., amplamente, o n. 6 do Capítulo 1, *supra*) que não se confundem com os pressupostos, com os sujeitos e com o objeto daquilo que provoca a atuação do Estado-juiz, isto é, com a situação de lesão e ameaça que, quando apresentadas ao Poder Judiciário, rompem com seu estado inercial.

Vale a ressalva de que, embora a distinção entre os planos material e processual seja verdadeira e útil para a compreensão adequada do "processo" considerado em si mesmo – e, mais amplamente, da maioria dos institutos do direito processual civil –, ela não pode nem deve levar a rigores exacerbados de desconsiderar a nítida comunicação e, até mesmo, *influência* (correta, saudável e *necessária*) que existe entre estes dois planos (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte I).

Uma última consideração faz-se necessária: "processo" não se confunde com "autos", que nada mais são do que a usual forma de documentação em papel dos atos processuais praticados. Mesmo quando a Lei n. 11.419/2006 admite a prática de atos processuais por meios eletrônicos em geral (art. 1º), e, até mesmo, autoriza o chamado "processo digital" ou "processo eletrônico", o "processo", como método de atuação de um Estado Democrático de Direito, não se confunde nem pode ser confundido com aquilo que o *documenta*, que o *corporifica*, que lhe dá forma no mundo físico: seja no papel, como, ainda hoje, é o largamente predominante, seja no "ambiente virtual", campo no qual há algumas experiências bem-sucedidas em diversos níveis dos variados órgãos jurisdicionais brasileiros ainda antes da edição da precitada Lei n. 11.419/2006.

2. OS CHAMADOS PROCESSOS DE CONHECIMENTO, DE EXECUÇÃO E CAUTELAR: APRECIAÇÃO CRÍTICA

A doutrina tradicional refere-se aos chamados "processos" de "conhecimento", de "execução" e "cautelar". Há, até mesmo, aqueles que, com os olhos voltados ao art. 1.102-A do Código de Processo Civil, fazem menção a um "processo monitório". Não obstante o uso consagradíssimo destas expressões – inclusive no direito estrangeiro –, e mais do que isto, a sua expressa adoção pelo

Código de Processo Civil (v., em especial, o n. 6 do Capítulo 1 da Parte I) e por diversas leis processuais civis extravagantes, não há como, a partir do que ocupou o número anterior, concordar com o emprego generalizado desta "classificação" ou, mais do que isto, "distinção" entre diversos "processos".

Como desenvolvido com o vagar necessário no n. 1 do Capítulo 1 desta Parte, a finalidade de o Estado-juiz resolver conflitos intersubjetivos não se esgota necessariamente no *reconhecer* que há uma obrigação ou, mais amplamente, um dever não cumprido. Muitas vezes, há necessidade de que o mesmo Estado-juiz pratique outras tantas *atividades*, pratique outros tantos *atos* para que aquele *reconhecimento* seja *transformado* em realidade palpável, seja para empregar uma palavra bastante significativa, *concretizado*.

Neste caso, a *finalidade* da atuação jurisdicional não se limita ao *reconhecimento* de que houve lesão ou ameaça a direito, isto é, de que havia, para ser resolvido, um conflito intersubjetivo. Um tal reconhecimento é *insuficiente*. A *finalidade* da atuação jurisdicional, partindo daquele *reconhecimento*, é o de criar condições concretas de *satisfazer* quem foi lesionado ou ameaçado por outrem. É neste *hibridismo* de finalidades que repousa um conceito mais amplo – e mais correto, mormente quando analisada a questão a partir do "modelo constitucional do processo civil" – da função jurisdicional (v. n. 6 e ss. do Capítulo 1, *supra*).

Historicamente, cada uma daquelas *atividades*, cada um daqueles *atos* do Estado-juiz, foram tratadas de forma estanque, separada, distinta porque tendentes a perseguir *finalidades* diferentes, embora, em alguma medida, complementares. Reservou-se um "processo", chamado de "conhecimento", para a compreensão de toda a atuação do Estado-juiz voltada ao *reconhecimento* de ter havido, ou não, lesão ou ameaça a direito. Reservou-se um outro "processo", o chamado "processo de execução", para o estudo de toda a atuação do Estado-juiz voltada à *concretização*, assim entendida a realização prática do que foi reconhecido e, por fim, concebeu-se uma "terceira classe de processo", o chamado "processo cautelar" para a análise da atividade judicial voltada à criação de salvaguardas, de proteção, ao resultado útil do que seria decidido e praticado no âmbito do "processo de conhecimento" ou do "processo de execução".

Esta distinção tripartite entre "processo de conhecimento", "processo de execução" e "processo cautelar" acompanhou toda a *sistematização* do estudo do processo civil desde que ele atingiu seu grau de cientificidade, no final do século XIX. E falando do *nosso processo civil* mais recente, isto é, do Código de Processo Civil de 1973, ela é perceptível na própria divisão das matérias tratadas pela lei processual civil. Há toda uma parte do Código de Processo Civil, todo um "Livro" (o "Livro I") voltado a regrar *exclusivamente* o "processo de conhecimento", vale dizer: as formas pelas quais o Estado-juiz reconhece lesão ou ameaça a direito de alguém e o aperfeiçoamento deste reconhecimento no plano dos Tribunais (recursos e ações de impugnação). Há toda uma outra parte do Código de Processo Civil, todo um "Livro" (o "Livro II") voltado a regrar *exclusivamente* o "processo de execução", vale dizer: as formas pelas quais o

Estado-juiz *realiza praticamente*, *realiza concretamente*, aquele reconhecimento de direito. Há, por fim, o Livro III voltado à sistematização do "processo cautelar", disciplinando as condições que se pode assegurar o melhor resultado útil das demais atividades jurisdicionais, isto é, as atividades de "conhecimento" e de "execução".

Enquanto, para o "processo de conhecimento", a palavra que melhor descreve a atividade jurisdicional que o justifica é *reconhecimento*; para o "processo de execução", a palavra é *realização* e, para o cautelar, a palavra, para evitar tautologias indevidas, é *proteção*. O trinômio "processo de conhecimento", "processo de execução" e "processo cautelar" é redutível a "reconhecimento" (do direito), "realização" (deste mesmo direito) e "proteção" (daqueles direitos ou, quando menos, das próprias atividades jurisdicionais a serem desenvolvidas no âmbito daqueles "processos").

Como, para este *Curso*, "processo" é o método necessário (impositivo) de manifestação do Estado em suas variadas funções – é *método* que o Estado tem de se valer para externar a sua vontade funcional –, a que releva para cá, a função jurisdicional, pouco importa a específica finalidade da atuação jurisdicional, se voltado a "declarar" o titular de um direito afirmado lesionado ou ameaçado ("processo de conhecimento"), se voltado a realizar concretamente um direito tal qual reconhecido em título executivo ("processo de execução") ou se voltado a criar, de alguma forma, condições de salvaguarda para fruição oportuna, mesmo que imediata, de um direito que se aparenta poder usufruir ("processo cautelar"). O "processo" não comporta tais distinções. O que comporta, bem diferentemente, é o móvel (a intenção) daquele que busca a tutela jurisdicional requerendo-a, como sugestão, ao Estado-juiz. Processo, vale enfatizar, é método de atuação do Estado-juiz, pouco importando quais os tipos de ato ele precisará praticar para *tutelar* adequadamente o direito tal qual reconhecido em juízo. Não importa, para compreensão do processo, qual ato ou quais atos o Estado-juiz terá de praticar. Esta distinção não reside no plano do próprio *processo* mas, bem diferentemente, no plano da função jurisdicional (v., em especial, o n. 8.4 do Capítulo 1, *supra*).

Por estas razões, não obstante reconhecendo – nem poderia ser diferente – o amplo emprego das expressões acima destacadas pela doutrina em geral, este *Curso* não as utilizará. Mesmo que o Código de Processo Civil seja dividido em "Livros", os três primeiros voltados a disciplinar um "tipo" de "processo" (conhecimento, execução e cautelar, respectivamente), parece ser mais correto, à luz do "modelo constitucional do processo civil", que, no particular, tem sido muito bem implementado pelas profundas transformações legislativas pelas quais vem passando o Código de Processo Civil nos últimos quinze anos, empregar a palavra "processo" sem adjetivações.

O que aceita eventuais qualificativos é a atividade jurisdicional que o autor pede seja prestada em cada caso concreto – e é a atuação jurisdicional que justifica o "processo", o "atuar processualizado" do Estado-juiz –, mas isto, vale a ênfase, não transmuda a natureza, o tipo, a classe, a espécie de processo. Ele continua a ser processo, só "processo". Pode ocorrer, até mesmo em função

desta última observação, que a específica natureza do direito material acabe por contaminar a forma de organização dos atos e fatos processuais ao longo do tempo. Isto, contudo, guarda íntima relação com o *procedimento*, que até poderá ser adjetivado, como, de resto, o faz o Código de Processo Civil, mas não se trata, aqui também, de qualquer variação sobre o "processo", mas sim, e bem diferentemente, do próprio *procedimento*. Ele, "processo", continua a ser só "processo" mesmo que a forma específica de sua organização interna varie, dando ensejo a *procedimentos* diferenciados: procedimentos *comuns* ou *especiais* e desdobramentos daí derivados, assunto ao qual se volta o n. 6.1, *infra*.

Até porque, mesmo que se pudesse ou quisesse render à tradição da nossa doutrina, não há como perder de vista que, à luz do atual estágio do modelo infraconstitucional do processo, os planos dos processos de conhecimento, de execução e cautelar estão postos em xeque.

Se, é verdade, o chamado "processo de conhecimento" caracteriza-se pela noção fundamental de "demandar-contestar-instruir-julgar" e julgar com ânimo de definitividade (isto é, produzir sentença de mérito para quem tem razão, seja o autor ou o réu, colocando nela o selo estatal de imutabilidade, a "coisa julgada material"); o chamado "processo de execução", por buscar precipuamente a concretização do direito daquele que tem razão, tal qual atestado no "título executivo"; e o chamado "processo cautelar", por criar condições de apoio ou de eficácia àqueles outros "processos", não há como negar que hoje, sobretudo no plano do "processo de conhecimento", estas atividades jurisdicionais, historicamente distintas e prestadas autonomamente, cada qual em seu próprio espaço, em seu próprio "processo", tendem a restar *mescladas*, sendo bastante difícil precisar ou apontar as características únicas e exclusivas de um "tipo de processo" em comparação com o outro.

Nome que vem sendo proposto com frequência para designar este modelo é "processo sincrético", no sentido de junção, de fusão, de reunião, em um *mesmo processo*, de diversas atividades jurisdicionais que, tradicionalmente, eram praticadas em separado, isto é, cada qual em "um" processo diferente. No "processo de conhecimento", o juiz "só" conhecia, e no de "processo de execução" ele "só" criava condições concretas de satisfação do direito. É como se passasse a admitir que, em um "processo de conhecimento", o juiz, além de "declarar" a existência do direito, pudesse, desde logo, praticar atos de "execução", isto é, de realização material daquele mesmo direito, prática que, tradicionalmente, reclamaria uma *nova* e *distinta* provocação do Estado-juiz por intermédio de um "processo de execução".

O fato é que, mais recentemente, como forma de se buscar e atingir a *efetividade* da jurisdição, realizando melhor o "modelo constitucional do processo civil" – como técnica processual, portanto –, tem-se admitido que, num "mesmo processo", as diversas atividades jurisdicionais apresentem-se conjuntamente, otimizando-se, assim, a prestação jurisdicional e, na medida do possível, reduzindo o *tempo* entre a lesão do direito e sua reparação ou evitando que a *ameaça* a direito torne-se lesão. Neste sentido, a palavra "sincretismo" descreve bem o *hibridismo* ou a *mescla* de atividades jurisdicionais já colocados em

destaque.

Interessante destacar, a este propósito, até para evitar quaisquer críticas devidas a qualquer colocação que quer ser "novidade", que quer "reinventar" as coisas – e esta não é a proposta deste *Curso* –, o próprio Código de Processo Civil já não se apresentava tão coerente (tão "puro") nos "processos" que previa desde a sua origem. Basta, para confirmar o acerto desta informação, verificar que muito antes do início do atual estágio das Reformas do Código de Processo Civil (e o marco histórico é o ano de 1994), o Livro IV do Código de Processo Civil e seus chamados (por força de lei) "procedimentos especiais" já admitiam, em menor ou em maior grau, com ou sem a consciência da doutrina e da jurisprudência, uma necessária relativização entre os "processos" de conhecimento, de execução e cautelar. É que eles, "procedimentos especiais", sempre se apresentaram, e mesmo antes do advento do Código de 1973, como "processos" em que "conhecimento", "execução" e "cautelaridade" apresentavam-se lado a lado.

A crítica que se pode ser lançada à observação do parágrafo anterior é que, justamente por esta sua natureza híbrida, é que aqueles "procedimentos" eram e continuam a ser chamados de "especiais", justamente por se distanciarem (a olhos vistos) dos procedimentos "comuns". O Código de Processo Civil, aliás, é expresso nesta dicotomia, como se pode verificar da leitura do art. 270, do *caput* e do parágrafo único do art. 272. Não obstante esta colocação seja absolutamente correta, ela é insuficiente para afastar a pertinência do que está escrito no parágrafo anterior.

É que, se é verdade que o Código de Processo Civil distingue procedimentos *comuns* de procedimentos *especiais*, o que importa destacar para a compreensão do fenômeno na atualidade repousa muito mais na circunstância de que o caráter "híbrido" característico do que era "especial" tem passado, gradativamente, a ser "comum". Indo direto ao ponto: os "procedimentos comuns", assim entendidos os descritos no Livro I do Código de Processo Civil, o "procedimento ordinário" e o "procedimento sumário" ("processo de conhecimento", consoante se lê do art. 270) admitem aquela mesma hibridez por permitirem o exercício concomitante de diversas *qualidades* de função jurisdicional. É o que basta para colocar em xeque a distinção feita pela doutrina tradicional. O chamado "processo de conhecimento" não aceita mais, apenas e tão somente, atividade jurisdicional voltada à declaração (reconhecimento, conhecimento) dos direitos controvertidos e a definição de quem é o seu titular. Ele também aceita o exercício de funções de "cautela" (em sentido amplo, o art. 273, mormente quando entendido devidamente o seu § 7º) e de "execução" (como referência, vale destaque, do art. 475-I).

Também não tem sentido a crítica fácil de que o Livro IV regula "procedimentos" enquanto o Livro I (assim como os Livros II e III), todos do Código de Processo Civil, cuidam de "processos", razão pela qual a distinção da doutrina tradicional teria, ainda, razão de ser e espaço para se perpetuar. Os chamados "procedimentos especiais" do Livro IV – assim como os "procedimentos comuns" do Livro I e todos os demais "procedimentos", que

também são especiais, porque não são comuns, admitidos pelas diversas leis extravagantes de direito processual civil – movem-se pelo "processo", eles existem no "processo" e se realizam, se exteriorizam, tornam-se sensíveis no "processo". Assim, se fosse para chamar "conhecimento", "execução" e "cautelar", adotando o ponto de vista desta crítica, o que, tradicionalmente, deveria ter recebido tais rótulos seria sempre o "procedimento" e não o "processo". Justamente porque este é *constante*, mais ainda quando entendido, como sustenta este *Curso*, que ele é método de atuação do Estado, sendo indiferente, para entendê-lo e classificá-lo, o tipo de função jurisdicional nele solicitada ou nele exercida.

Vale destacar, a este propósito, que mesmo o chamado "processo cautelar" não resiste à divisão estanque dos três "Livros" do Código de Processo Civil quando analisado deste ponto de vista. Há uma crítica verdadeiramente clássica formulada por Piero Calamandrei – e inegavelmente correta – de que o chamado "processo cautelar" nunca pôde ser concebido como uma terceira classe de processo, ontologicamente distinta dos "processos de conhecimento e de execução". Não, pelo menos, quando analisado do ponto de vista do "tipo" de atividade jurisdicional nele exercitado. Esta crítica, que inspira muitas das considerações que ocuparam os parágrafos anteriores, é ainda mais correta no contexto em que o tema está, aqui, sendo tratado: no processo cautelar, os *atos* e as *atividades* a serem desenvolvidas pelo Estado-juiz se limitam ao *reconhecimento* e à *realização* de direitos. Nada mais do que isto. Mesmo a visão *prospectiva* que caracteriza, em geral, a atuação jurisdicional no que usualmente é designado por "processo cautelar", assunto que ocupa a Parte II do vol. 4, não afasta a correção do ângulo de análise do tema. Imunizar ameaças a direito se faz também pelo *reconhecimento* de que ela, ameaça, existe, *e* pela criação de condições concretas para que ela não se transforme em lesão. Neste sentido, *reconhece-se* e *realiza-se* direitos (mesmo que apenas ameaçados); *conhece-se* e *executa-se*.

Para afastar esta crítica, os defensores do "processo cautelar" como terceira classe ou espécie de processo sempre se referiram ao entendimento de que o traço característico do processo cautelar estaria na sua *finalidade*, distinta da do processo de conhecimento e da do processo de execução. Isto, contudo, conduz às considerações expostas no início deste item. Esta visão "teleológica" do processo condiz, mais precisamente, com a noção de *jurisdição* da qual o processo é método de atuação. É o conceito atual de "jurisdição" que conduz ao entendimento de reconhecimento e realização concreta de direitos. É o conceito de *tutela jurisdicional* que rende ensejo à compreensão de *proteção destes mesmos direitos*, tais quais reconhecidos e tais quais satisfeitos concretamente.

Dito tudo isto, vale enfatizar a noção de que "processo jurisdicional" é o método de manifestação do Estado-juiz (Poder Judiciário) e, por isto, deve ele ser entendido, para todos os fins, como a forma institucional de manifestação do Estado para atingimento de uma determinada finalidade que, no contexto a que se refere o desenvolvimento deste *Curso*, é a de prestar tutela jurisdicional, reprimindo situações de lesão a direito e imunizando situações de ameaça. É

justamente por esta razão – o objetivo último do exercício da função jurisdicional – que enquanto houver espaço para atuação do Estado neste sentido – para resolver os conflitos a ele levados com ânimo de definitividade –, "processo" há e deve haver. O processo é inerente, destarte, à necessidade da prestação (do exercício) da função jurisdicional. E se jurisdição é aquilo que o n. 6 do Capítulo 1, *supra*, propõe que seja, não há como recusar que isto, somado à crítica dos parágrafos anteriores, convida a uma renovada reflexão para afastar de vez as classes de "processos", usualmente adotadas.

No máximo, o que pode ser admitido, fosse o caso de tomar alguma iniciativa para *justificar* o uso das expressões "processo de conhecimento", "processo de execução" e "processo cautelar", é entendê-las como verdadeiras "expressões idiomáticas", a exemplo do que o n. 2 do Capítulo 2, *supra*, propôs para o emprego das comuníssimas locuções que empregam a palavra "ação", de que um específico "processo" é significativo da atuação do Estado-juiz quando provocado por pedidos de tutela jurisdicional que aceitem as seguintes variações: um pedido de tutela jurisdicional *cognitiva*, um pedido de tutela jurisdicional *executiva* e um pedido de tutela jurisdicional *cautelar*, respectivamente. E mesmo assim entendidas as expressões, devem ser levadas em conta, de qualquer sorte, as considerações desenvolvidas no n. 8 e ss. do Capítulo 1, *supra*.

O que releva, portanto, para compreender adequadamente o fenômeno processual no contexto aqui pretendido é assumir a indiferença de qual o tipo de *atividade*, de qual o tipo de *ato* que o Estado-juiz pratica; ele o faz sempre mediante *processo*. O atuar do Estado é sempre – e por definição – *processualizado*. Enquanto o Estado-juiz precisar atuar, ele atuará *processualmente*. É desta forma, mediante processo, que o Estado atua. Sempre. Processo é *método* de atuação do Estado.

É por esta razão, é oportuno sublinhar desde logo, que a redação dada ao § 1º do art. 162, ao *caput* do art. 269 e ao *caput* do art. 463, pela Lei n. 11.232/2005, quer significar que o proferimento da *sentença* pode ensejar, no máximo, o encerramento de determinadas atividades praticadas pelo juízo em primeiro grau de jurisdição. Seja porque o juízo resolveu o conflito que lhe foi apresentado com a petição inicial (julgando o mérito, portanto; sentença *definitiva*, como, em geral, a doutrina designa a hipótese), seja porque não foi possível resolvê-lo por algum defeito insanável ou não sanado a tempo e modo oportunos no próprio processo, inviabilizando, por isto mesmo, que o Estado-juiz atuasse devidamente (art. 267, *caput*). Neste caso, de extinção do "processo" *sem* resolução de mérito, a doutrina, em geral, refere-se a uma sentença *terminativa*.

O "processo", em si mesmo considerado, no entanto, não se "resolve", não se "encerra", não se "extingue" com o proferimento da "sentença definitiva". As alterações sofridas por aqueles dispositivos de lei, portanto, têm como objetivo deixar bem claro que o *processo* não se esgota com o reconhecimento do direito na sentença (sentença *definitiva*) ou com o reconhecimento de que não há como o Estado-juiz manifestar-se sobre o direito na forma como foi provocado (sentença *terminativa*). Processo há (continua a haver), ainda, durante o segmento recursal, e há também naqueles casos em que

o *reconhecimento* do direito demandar a prática de outros atos pelo Estado-juiz, o desenvolvimento de outras atividades para a *realização concreta* daquilo que foi *reconhecido* na "sentença". Enquanto houver espaço para a prática de atividades a serem desenvolvidas pelo Estado-juiz, há espaço para se falar em *processo*. Não só para a interposição e o julgamento dos recursos, mas também – e é este o foco principal das radicais transformações empreendidas pela Lei n. 11.232/2005 – para o desenvolvimento das atividades voltadas à satisfação daquele que o Estado-juiz reconhece como ameaçado ou lesionado em direito seu. Não é correto, por isto, entender que o processo se extinguiu, que ele "acabou", que ele chegou ao seu fim só porque foi proferida uma *sentença*. É justamente por isto que a redação atual do art. 463, *caput*, bem realizando o "modelo constitucional do processo civil", não vincula o proferimento de sentença de mérito (sentença definitiva) ao "encerramento da atividade jurisdicional" e, consequentemente, à concessão da "tutela jurisdicional". "Processo" há enquanto houver necessidade de atuação do Estado-juiz, enquanto houver necessidade para que o Estado-juiz preste, de alguma forma, tutela jurisdicional.

Por tal razão fica tão claro, nas entrelinhas da Lei n. 11.232/2005, o que nas diversas modificações empreendidas *expressamente* na redação de tantos dispositivos do Código de Processo Civil pode não ficar. O processo tem de ser compreendido como o conjunto de atividades judiciais que vão desde o provocar o Estado-juiz a *reconhecer* o direito até o *realizá-lo*. "Processo", neste sentido, é a atuação do Estado-juiz em busca do binômio "reconhecimento" (do direito) *e* "realização" (do direito). O que se dá ao longo do *processo* é que o foco das atividades e da atuação do Estado-juiz altera-se conforme as necessidades imediatas. O Estado-juiz praticará uns tantos atos voltados precipuamente ao *reconhecimento* do direito tal qual descrito pelas partes em suas manifestações (petição inicial e defesa) e praticará outros tantos voltados precipuamente à *realização* concreta do que foi reconhecido (na sentença, mas, também, se for o caso, em decisões interlocutórias, v. n. 8.2, do Capítulo 1, *supra*). E isto tem de ser assim porque se o processo é o método de atuação do Estado-juiz, enquanto houver necessidade de sua atuação, não se pode deixar de fazer referência a ele. Se aquilo que está contido no processo e que justifica a atuação do Estado-juiz não se esgota com o proferimento da sentença, não há como recusar que o processo não se "acaba" com o proferimento da sentença. Se "jurisdição" corresponde, em última análise, ao binômio "reconhecimento" (do direito) e "realização" (do direito), enquanto houver espaço para ela ser exercitada (sempre por intermédio dos desdobramentos do "direito de ação"), processo haverá. É correto sustentar que cada uma destas atividades pode ser compreendida como uma "etapa" do processo. Mas cada uma destas "etapas" é *elemento*, é *parte* que compõe o todo, que é o *processo*. Não é *o* processo. Cada uma delas é *parte* dele.

Dito de forma direta: o processo é método de atuação do Estado-juiz, é o método pelo qual o Estado exerce jurisdição, a função jurisdicional, com vistas à concessão da tutela jurisdicional. Ao longo do "processo", o Estado-juiz praticará uma série de atos que podem ser classificados como atos de "reconhecimento do

direito" e de "realização do direito". Jurisdição, ao contrário do que a etimologia da palavra está a sugerir, não se resume a *dizer* (*declarar* ou *reconhecer*) o direito. Jurisdição é *também realizar*, *cumprir*, *executar*, *satisfazer*, sempre de forma útil, o direito tal qual reconhecido lesionado ou, antes disto, ainda ameaçado. À medida que ela, a tutela jurisdicional, não tenha ainda sido prestada e tenha condições de sê-lo, há *processo*. O Estado-juiz está a se manifestar.

Estas colocações não são infirmadas pela circunstância de a mesma Lei n. 11.232/2005, aqui mencionada, ter reservado para os chamados "títulos executivos extrajudiciais" (art. 585) um "processo de execução autônomo", para fazer uso de expressão cunhada pela doutrina tradicional.

É que o "processo de execução", tal qual o Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu (com a rigidez das atividades jurisdicionais descritas separadamente em seus Livros I e II, na forma como vim de escrever), foi *eliminado* para os casos de títulos executivos *judiciais*, antigo rol que ocupava o art. 584, hoje revogado e, doravante, disciplinado pelo art. 475-N. Nestes casos, o proferimento da sentença deve ser entendido como o término de uma "etapa" do processo que *prossegue*, seja para que se julguem recursos interpostos daquele ato judicial, seja para a realização concreta do que foi por ele reconhecido, seja para que questione a legitimidade dos atos executivos tais quais praticados pelo Estado-juiz. "Etapa de *reconhecimento do direito*" ou, para adotar a nomenclatura mais comum, "etapa de *conhecimento*" – pouco importa o nome quando suficiente e adequadamente compreendida a realidade que está atrás dele –, o fato é que o *seu* encerramento não pode mais significar o término do processo, coisa diversa. Haverá necessidade de sua *realização concreta*, haverá necessidade de desenvolvimento de atividades jurisdicionais que ocuparão uma etapa complementar àquela – que a pressupõe – e que pode ser chamada de "etapa de *realização do direito*" ou, para fazer uso da nomenclatura mais comum, "etapa de *execução*".

Nestas situações – e o referencial legislativo básico é o do art. 585, em que o Estado-juiz não se manifestou anteriormente sobre a *existência* (reconhecimento) do direito tal qual estampado no título (e é esta, repito, a presunção que caracteriza, como tal, um título executivo extrajudicial) – faz-se necessário, mesmo que só para a *realização* do direito, que se forme adequadamente um *processo* para que nele o Estado-juiz atue. Mesmo que a *qualidade* da atividade jurisdicional a ser desempenhada neste processo seja voltada precipuamente à *realização* do direito e não ao seu *reconhecimento*, isto não afeta a substância do "ser" processo. O "ser" processo relaciona-se com a atuação, *qualquer* atuação, do Estado-juiz, e não com a prática de uma ou outra atividade, de um ou de outro ato pelo Estado-juiz. Assim, quer se trate de atos de *reconhecimento do direito* ou de *realização do direito* ou da prática de ambos conjuntamente, sem solução de continuidade, enquanto o Estado-juiz precisar agir, ele o fará mediante *processo*.

Esta mesma dinâmica, por uma ficção legislativa ou, o que é o mesmo, por uma equiparação feita pelo legislador, objeto de reflexão do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3 , deve ser observada também para outros atos jurídicos que

reconhecem direito e que não são "sentenças civis", assim entendidos os atos do Estado-juiz que reconhecem a lesão ou a ameaça a direito não penal e não trabalhista. O rol do atual art. 475-N, que faz as vezes do revogado art. 584, e que lista os "títulos executivos judiciais", traz outros atos que, a par de *reconhecerem o direito*, tanto quanto a "sentença *civil*", reclamam, assim como ela, a prática de atos de *realização deste mesmo direito*. E tais atos serão praticados perante o Estado-juiz, dando-se início a uma *etapa* de realização do direito, mesmo que para alguns deles (parágrafo único do art. 475-N) haja necessidade de aquele que está, de acordo com o título, obrigado a realizar o direito ser *citado*, não meramente *intimado*, para o início desta "etapa", isto é, para que tenham início os atos *executivos*.

As situações do parágrafo único do art. 475-N, de resto, justificam a *citação* (e não a mera *intimação*, v. n. 4.4.1, *infra*) quando analisadas à luz do "modelo constitucional do processo civil". É que, para aqueles títulos executivos *judiciais*, ainda não houve início de exercício da jurisdição *civil* e, por isto, até mesmo por força do que demonstra e pondera o n. 3.1.3, *infra*, a citação do devedor tal qual *reconhecido* no título impõe-se para a *existência* jurídica do *processo*, sempre entendido como método de manifestação do Estado-juiz. Só que aqui, eis a peculiaridade, um Estado-juiz que desempenhará jurisdição *civil*. Não "*jurisdição* penal" ("sentença penal", v. n. 4.3 do Capítulo 1, *supra*); não "jurisdição *estrangeira*" ("sentença estrangeira", v. n. 4.7 do Capítulo 1, *supra*); e não "jurisdição" paraestatal ("sentença arbitral", v. n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte I).

A conclusão a que, por ora, é importante chegar é que, à luz de todas as considerações dos parágrafos anteriores e considerando as modificações trazidas pela Lei n. 11.232/2005, as chamadas "*etapas* do processo de conhecimento" a que, em geral, nossa doutrina faz referência (e que são mais bem examinadas no tomo I do vol. 2 deste *Curso*; v., em especial, o n. 3 da Introdução) – postulatória, ordinatória, instrutória e decisória –, passem, mercê da Lei n. 11.232/2005, a ser mais três: "de liquidação" (arts. 475-A a 475-H), "de cumprimento da sentença" (arts. 475-J e 475-R) e de "impugnação" (arts. 475-L e 475-M), que se realizarão consoante suas necessidades concretas e sucessivamente, isto é, sem solução de continuidade, do início ao fim no *mesmo* "processo", assim entendido, para ser enfático, o método pelo qual o Estado exerce as suas funções, inclusive a jurisdicional em sentido amplo. Isto sem levar em conta a desconsideração feita pela doutrina tradicional e pelo próprio Código de Processo Civil antes mesmo do advento do precitado diploma legislativo da "etapa" *recursal*, que se segue ao proferimento da sentença e que, quando instaurada, sempre impediu que se pudesse conceber, *mesmo na redação original do "caput" do art. 269*, que o processo fosse, tão só com a sentença, *extinto*. A mesma observação vale, para o sistema atual, à luz do *caput* do art. 267.

Como consequência do acolhimento das considerações até aqui desenvolvidas, ainda haveria lugar para *sugerir* melhores *nomes* para descrever aquilo sobre o que cada um dos "Livros" do Código de Processo Civil se ocupa. A iniciativa justificar-se-ia porque é importante que as palavras, em um contexto

científico, sejam empregadas no seu devido contexto para melhor descrição do fenômeno estudado.

A sugestão, contudo, deve ser descartada. Trata-se de tarefa destinada ao insucesso pelas razões anunciadas desde o início deste *Curso*. O que a lei processual civil chama de "processo de conhecimento", "processo de execução", "processo cautelar" e "procedimentos especiais", se é que na sua origem encontrava, não encontra mais um critério homogêneo e uniforme e, por isto mesmo, coerente de classificação. Mais ainda depois do advento das mais recentes leis de Reforma do Código de Processo Civil.

Se o critério classificatório recair sobre o *procedimento*, boa parte do Livro I poderá ser chamado de "procedimento comum", em contraposição ao que o Livro IV chama de "procedimentos especiais". A questão não resolve, contudo, o que se encontra regulado nos arts. 1º a 269 do Livro I e que, a bem da verdade, responde por uma verdadeira teoria geral do direito processual civil, com aplicação subsidiária reconhecida expressamente para o Livro II pelo art. 598 e a disciplina que ocupa todo o Título IX do Livro I ("Do processo nos Tribunais", arts. 476 a 565) que também diz respeito às demais matérias, sem mencionar, ainda, a disciplina relativa às provas (arts. 332 a 443). E mesmo que se agrupasse estes dispositivos em um Livro "pressuposto", voltado às regras gerais, a iniciativa não daria conta *uniforme* do que regulam os Livros II e III.

De outra parte, o que está regulado no Livro II não pode ser identificado como "execução" ou como "tutela jurisdicional executiva". Isto pelas razões desenvolvidas no n. 8.5.6 do Capítulo 1, *supra*. Também no Livro I, há disposições que regem a "tutela jurisdicional *executiva*", assim, por exemplo, os arts. 273, 461, 461-A e de forma muito intensa, mercê da Lei n. 11.232/2005, todo o Capítulo X de seu Título VIII, os arts. 475-J a 475-R.

O Livro III, de sua vez, mesmo que identificado como "tutela jurisdicional preventiva" – e o "processo cautelar" lá disciplinado visa precipuamente a prestação desta espécie de tutela (v. n. 8.1 do Capítulo 1, *supra*) –, não esgota a possibilidade da prestação desta mesma *classe* de tutela.

O que se verifica, é esta a verdade, é que a estrutura do Código de Processo Civil já não comporta mais – mesmo que renegadas as críticas clássicas a ele dirigidas – a coerência, a "pureza" de outrora. Por isto, mais do que sugerir alterações de *nomes* – mormente de nomes consagrados largamente pelos usos e costumes e acolhidos expressamente pelo direito positivo –, o que é fundamental é entender o que eles descrevem e, por isto, a proposta de compreensão do que deve ser entendido por "processo", nos termos propostos por este número. O que é diverso em "cada processo", assim entendido o termo na concepção tradicional, é o que nele se desenvolve, desde o rompimento da inércia jurisdicional, a *atividade* jurisdicional com vistas à prestação da *tutela* jurisdicional, com as observações lançadas no n. 8.4 do Capítulo 1, *supra*.

É esta a razão pela qual se impõe o estudo do direito processual civil desde premissas diversas, que não se contentem com os "nomes" dados pela própria lei e que são reflexos de outra forma de se compreender o "direito processual civil" como um todo. Eles, os "nomes", pelas razões já expostas, podem até ser

empregados à falta de outros, mas é aqui que interessa chegar, eles não podem se sobrepor às inegáveis mudanças substanciais experimentadas pelo direito processual civil brasileiro nos últimos anos.

3. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Os ns. 1 e 3 do Capítulo anterior referiram-se à existência de duas categorias logicamente anteriores ao "julgamento de mérito", expressão usualmente empregada pela doutrina tradicional, rente às prescrições do Código de Processo Civil, para descrever a prestação da tutela jurisdicional ao autor ou ao réu diante do reconhecimento, ou não, respectivamente, do direito reclamado por aquele perante o Estado-juiz. Lá, à guisa do exame das "condições da ação", foi apresentada, em largas linhas, a razão de ser destas categorias: a constatação da regularidade do exercício do direito de ação *e* do processo para viabilizar a prestação da tutela jurisdicional. Aqui, o objeto de análise são os "pressupostos processuais".

Há acesa polêmica na doutrina quanto aos melhores *critérios* para estudo dos pressupostos processuais e, até mesmo, sobre a lógica, interesse ou utilidade na distinção entre as condições da ação e o mérito (v. n. 3 do Capítulo 2, *supra*); o certo é que o *direito positivo brasileiro* adotou, expressamente, tais categorias. Se são as mais certas ou erradas, se nem Liebman foi coerente com suas próprias ideias de "condições da ação" – porque ele, a partir de um momento de sua obra, deixou de fazer referência a uma das categorias que havia concebido, a "impossibilidade jurídica do pedido" (v. n. 3.3 do Capítulo 2, *supra*) –, tudo isto, para este *Curso*, é menos importante. Basta a notícia de que a polêmica existe, mas que, rigorosamente – e isto deve ser destacado –, muito dela não deixa de ser uma discussão sobre a identificação de um *melhor* – quiçá *único*, *universal* e *imutável* – critério de estudo e sistematização do processo civil.

Há, com efeito, dependendo do autor que os estuda, uma proposta diferente de sua apresentação. Isto, contudo, não pode e não deve ser superestimado. Qualquer classificação em qualquer ciência é eminentemente relativa e prática, porque voltada, apenas, a descrever com determinadas ênfases o mesmo objeto.

Assim, por exemplo, Moacyr Amaral Santos distingue os pressupostos processuais em *subjetivos* (com relação ao juiz e às partes) e em *objetivos*, estes relacionados aos demais elementos do processo. Esta classe comportava, de acordo com o grande processualista paulista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, duas subclasses: a dos pressupostos processuais *objetivos intrínsecos* (regularidade da petição inicial, da citação e de todo procedimento até proferimento da decisão de mérito, em uma expressão: a observância do procedimento legalmente previsto) e dos pressupostos processuais *objetivos extrínsecos* (que correspondem, em largas linhas, aos pressupostos processuais negativos apresentados no n. 3.3, *infra*).

Em perspectiva bastante diversa, apenas para fins ilustrativos, Ada

Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco referem-se à circunstância de os pressupostos processuais poderem ser sintetizados na seguinte fórmula: "uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por entidade capaz de ser parte em juízo".

Em verdade, os critérios, as sistematizações e as críticas variam, mas os autores não deixam de concordar que uma coisa é ir a juízo porque se afirma titular de um determinado bem, viabilizando por causa de certos *pressupostos* a atuação do Estado-juiz; outra, bem diferente, é ter razão, vale dizer, é ser mesmo titular daquele bem. Uma coisa é poder exercer direitos também no plano do processo e outra é ser titular da relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

Por esta razão, até como coerência aos fins enunciados por este *Curso*, é necessário o estudo do tema à luz do direito processual brasileiro que hoje vige desde o plano constitucional, como não poderia deixar de ser. Não é suficiente, em qualquer caso, rotular determinados "pressupostos" em determinadas "classes" justificadas a partir dos mais variados critérios classificatórios. O que importa, mais do que esta iniciativa, é *operar* devidamente com os chamados "pressupostos processuais" compreendidos em seu contexto mais amplo, que é o de um processo "devido", assim entendido o processo – vale acentuar: o modo de atuação do Estado-juiz com vistas à prestação da tutela jurisdicional –, que observe o "modelo constitucional do processo civil".

É neste contexto que deve ser estudado um dos temas mais polêmicos na doutrina processual civil, o relativo aos "pressupostos processuais". Até mesmo sua nomenclatura tradicional tem sido mais recentemente colocada em dúvida, preferindo alguns denominá-los "requisitos de admissibilidade" ou "juízo de admissibilidade" do processo. De outro lado, são bastante controvertidos em doutrina – e isto acaba por refletir, evidentemente, na jurisprudência – os critérios de exame dos pressupostos processuais e as classes que existem ou que podem existir deles.

O tema, contudo, ao contrário do que pode parecer de algumas manifestações, não é fruto de criação doutrinária arbitrária. O direito positivo brasileiro fez expressa menção ao instituto e os distingue expressamente. O art. 267, IV, do Código de Processo Civil, com efeito, distingue os pressupostos processuais (é este o nome empregado pela lei) diferenciando os pressupostos de "constituição" dos de "desenvolvimento válido e regular" do processo. É o que basta para que a doutrina não deixe de distinguir estas duas classes, sendo a sua tarefa, à falta de previsão na lei processual civil, encontrar os pressupostos pertencentes a um e a outro grupo, apresentando, como não pode deixar de ser, sua proposta de sistematização. Qualquer consideração que se faça para *negar* a existência da categoria "pressuposto processual" deve ser descartada ou, quando menos, recebida como consideração *de lege ferenda*, isto é, como proposta para alterar o direito processual civil brasileiro atual. Até porque não há espaço para afirmar qualquer incompatibilidade entre o "modelo constitucional do processo civil" e esta categoria processual, o que poderia, aí sim, levar a considerações que se distanciassem, justificadamente, das opções do legislador brasileiro.

Os pressupostos processuais devem ser entendidos como os eventos que devem estar presentes ou ausentes, consoante o caso, para que o "processo" tenha início e regular desenvolvimento. Daí a doutrina referir-se usualmente a três classes de pressupostos processuais: os de *existência*, os de *validade* e os *negativos*. É a esta classificação que adere este *Curso*, forte nas razões já apresentadas.

Antes da apresentação de cada uma destas classes, contudo, é importante fazer uma ressalva.

Este *Curso* rejeita a natureza de "relação jurídica" ao processo, pelas razões apresentadas no n. 1, *supra*. Nem por isto, contudo, o estudo dos pressupostos processuais fica prejudicado. Como lá foi proposto, o "processo" é uma imposição do próprio modelo de Estado Brasileiro – Estado Democrático de Direito – e os chamados "pressupostos processuais" são um dado de direito positivo. A circunstância de recusar ao "processo" natureza de relação jurídica não significa dizer que ele, processo, para *existir* e desenvolver-se *validamente*, não precise da ocorrência de alguns elementos sensíveis. São estes "elementos" que são designados por "pressupostos processuais".

Embora a primeira concepção do instituto tenha sido feita justamente por quem sustentou a natureza do processo como relação jurídica (Bulow, em 1868, v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte I), isto não significa que uma constatação esteja irremediavelmente relacionada à outra. Mesmo atribuindo ao processo natureza jurídica diversa, inteiramente publicista, de método de atuação do Estado (todo ele, inclusive o Estado-juiz), isto não quer negar nem pode negar os planos da existência, da validade e da eficácia do ordenamento jurídico como um todo. Por isto é que, mesmo no plano do direito público como um todo e no campo do direito processual civil em particular, são conciliáveis as propostas de exame dos institutos naqueles diversos planos.

3.1. **Pressupostos de existência do processo**

Como o número anterior acabou de acentuar, há três categorias de pressupostos processuais. O primeiro deles, os "pressupostos processuais de *existência*" são assim identificados porque dizem respeito à *constituição* do próprio processo. São os pressupostos que, uma vez presentes, asseguram existência *jurídica* do processo, não sua mera existência no plano dos fatos. O art. 267, IV, do Código de Processo Civil refere-se a esta categoria como "pressupostos de *constituição* do processo".

É importante desde logo acentuar que a existência (jurídica) do processo não se confunde com a sua *validade*. Validade, neste contexto, relaciona-se com a aptidão de produzir efeitos típicos, isto é, os efeitos pretendidos e desejados pelo ordenamento jurídico. É importante discernir estas duas categorias porque uma e outra dão ensejo a consequências jurídicas totalmente diversas. O "existir" juridicamente nada diz necessariamente sobre sua validade e vice-versa.

Há ampla discussão na doutrina e na própria jurisprudência sobre quais são os pressupostos processuais de *existência*. Cada um dos números seguintes

apresentará aqueles que, na perspectiva deste *Curso*, merecem ser tratados como tais e as razões que o justificam.

3.1.1. Provocação inicial

A jurisdição é inerte, terá esclarecido o n. 3.6 do Capítulo 1, *infra*. Para que o Estado-juiz atue, até como forma de assegurar sua *necessária* imparcialidade e realizar, assim, o "modelo constitucional do processo civil", forte na noção de um *devido processo legal* (n. 4 do Capítulo 1 da Parte II), mister que a função jurisdicional não atue senão quando devidamente provocada. O direito de provocar a atuação do Judiciário, rompendo com a inércia que caracteriza a jurisdição, é, o n. 1 do Capítulo 2, *supra*, voltou-se a esta demonstração, o direito de ação.

O exercício do direito de ação entendido no contexto proposto por este *Curso* deve ser, contudo, exteriorizado de alguma forma, ele tem de ser exercido. É nesta exteriorização, nesta materialização perante um órgão jurisdicional, que reside o primeiro dos pressupostos processuais que assegura *existência* ao processo. Parcela crescente da doutrina, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco, refere-se a este fenômeno específico como "demanda". A "demanda" é o exercício do direito de ação em seu veículo primeiro, a "petição inicial".

Assim sendo, a existência do processo depende da provocação inicial do Estado-juiz. Sem que haja o rompimento da inércia da jurisdição, sem que haja, portanto, exercício do direito de ação, não há processo. Sem provocação, o Estado-juiz não atua e, como não atua, não há espaço para se falar em processo.

Fosse admissível que o Estado-juiz atuasse de ofício – assim como atuam o Estado-administração e o Estado-legislativo – e, certamente, não haveria espaço para conceber o "direito de ação" e o que interessa mais de perto para a exposição, o pressuposto processual de que ocupa o número presente. Como, contudo, não é assim que o direito brasileiro, desde o "modelo constitucional do processo civil", disciplina a questão, não há como recusar o rompimento da inércia da jurisdição como um pressuposto processual de existência ou o que quer significar a mesma coisa, um pressuposto de existência do próprio *processo*, do próprio método de atuação do Estado. Sem que, de alguma forma, seja *exteriorizado* o direito de ação, não há como conceber atuação do Estado e, nestas condições, processo não pode existir.

A ampla maioria da doutrina aceita a "provocação inicial" (pedido, para alguns) como categoria ínsita ao plano da *existência* do processo.

3.1.2. Jurisdição

Outro pressuposto processual de existência, amplamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência, é o relativo à "jurisdição". O processo para *existir* juridicamente deverá se desenvolver perante um órgão jurisdicional, assim entendidos os órgãos criados e admitidos como *jurisdicionais* pela própria

Constituição Federal (art. 92). Não há processo jurisdicional – e é este que diz respeito ao desenvolvimento deste *Curso* – que seja alheio à atuação, ao exercício da função jurisdicional, dos órgãos reconhecidamente jurisdicionais de acordo com o "modelo constitucional do processo civil". Trata-se, neste sentido, de uma específica aplicação do que, no n. 3.5 do Capítulo 1, *supra*, foi apresentado como um dos desdobramentos da *indelegabilidade* da jurisdição.

Aqui, fique bem claro desde logo, ainda não é importante verificar de que maneira este órgão jurisdicional tem, ou não, *competência* para processar e julgar o que lhe foi apresentado. A competência é importante, isto é exposto no n. 3.2.2, *infra*, como pressuposto processual de *validade* mas não como *existência*. É que para o processo (jurisdicional) existir, a provocação inicial a que fez alusão o número anterior tem de ser formulada para, pelo menos, um dos órgãos jurisdicionais. Mesmo que incompetente, irremediavelmente incompetente, processo jurisdicional haverá, desde que um dos órgãos do art. 92 da Constituição Federal seja provocado.

3.1.3. Citação

O mais polêmico dos pressupostos processuais de *existência* é o relativo à citação. É ele que tem despertado maior interesse na doutrina e na jurisprudência.

Devidamente entendidos os princípios do contraditório e da ampla defesa desde o "modelo constitucional do processo civil", é difícil recusar à citação a categoria de pressuposto processual de existência. É que citação, define-a suficientemente o art. 213 do Código de Processo Civil, "é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender". Se "contraditório" e, sobretudo, "ampla defesa" querem significar, desde sua concepção mais remota, justamente a *possibilidade* do exercício de defesa em juízo, diante de uma imputação, diante de uma acusação, não haveria como conceber um processo *juridicamente existente* se o réu não for citado, isto é, sem que ele tenha ciência de que o Estado-juiz, devidamente provocado, pretende impor a ele (a jurisdição é *imperativa*, v. n. 3.2 do Capítulo 1, *supra*) uma determinada consequência jurídica, quiçá, até mesmo, retirar parcela de seu patrimônio.

Ocorre, contudo, que justamente porque o "contraditório", a "ampla defesa" e, mesmo, o "devido processo legal" são *princípios constitucionais do processo civil*, não há espaço para que eles exijam soluções rígidas, de "tudo ou nada", que afastem seus necessários *temperamentos* conforme sua incidência em cada caso concreto. Assim, é importante verificar que mesmo sem citação, não há por que recusar a existência jurídica de um processo jurisdicional *desde que* outros valores, tão relevantes como os princípios destacados, sejam alcançados.

Duas situações previstas no Código de Processo Civil ilustram suficientemente a afirmação do parágrafo anterior.

Embora por motivos diversos, os arts. 296 e 285-A daquele Estatuto permitem a "rejeição da petição inicial" antes da citação do réu, isto é, antes de lhe ser oferecida a possibilidade de apresentar a resposta. Em casos como estes,

não há por que negar a existência jurídica do processo. Muito pelo contrário. Processo houve. O Estado-juiz foi provocado e manifestou-se (atuou, isto é inegável) e, mais do que isto, decidiu. Nos casos do art. 296, decidiu que o processo não poderia ir adiante. Faltavam-lhe pressupostos mínimos de validade (v. n. 3.4.1, *infra*). Nos casos do art. 285-A, de forma mais enfática, o Estado-juiz age – e o faz, por definição, *processualmente* – para dizer que o autor, aquele que rompe com a inércia da jurisdição, não tem o direito que afirma ter; que a lesão ou ameaça a direito que ele narra em sua petição inicial não existe.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de enfrentar a questão relativa à constitucionalidade do diferimento da citação nos casos do art. 296 do Código de Processo Civil quando entendeu que a constitucionalidade daquela regra depende de uma específica interpretação à luz do "modelo constitucional do processo civil", no sentido de que permitir ao réu, quando citado (o que pressupõe o provimento do recurso do autor interposto com fundamento no parágrafo único do mesmo dispositivo legal), que ele, réu, possa alegar toda a matéria que lhe seja favorável, *mesmo que sejam novamente ventiladas as questões que levaram ao indeferimento da inicial* (STF, Pleno, AI-AgR 427.533/RS, rel. p./acórdão Min. Cezar Peluso, j.m.v. 2.8.2004, DJ 17.2.2006, p. 55). É a forma de compatibilizar, entendeu a maioria do Supremo Tribunal Federal na ocasião, a regra que visa a uma maior *celeridade processual* (busca concretizar, portanto, o "princípio da efetividade" nos termos expostos no n. 16 do Capítulo 1 da Parte II) com os "princípios do contraditório e da ampla defesa" (v. ns. 5 e 6 do Capítulo 1 da Parte II).

Transpondo o raciocínio para o tema em exame, é interessante verificar que não há como entender a citação como pressuposto de existência *tout court* do processo, isto é, sem fazer, ao menos, uma ressalva. A citação do réu só pode ser entendido como pressuposto de *existência* do exercício da função jurisdicional em relação a ele. Para ele, réu, o processo terá existência jurídica na medida em que ele seja *citado*, isto é, vale a ênfase, convocado (formalmente) para participar da formação da convicção do juiz e dos atos destinados a concretizar o reconhecimento do direito. Antes disto, a existência do processo é potencial. Ele *existe* mas apenas entre o autor (quem provoca o exercício da função jurisdicional) e o Estado-juiz. A doutrina tradicional, a este propósito, costuma se referir usualmente à necessidade da citação para a "triangularização" do processo. O "processo", que já existia perante o autor e o Estado-juiz, pressupõe a *citação* para existir também perante o réu.

Vale destacar a este propósito que o art. 219, § 6º, do Código de Processo Civil exige que o escrivão dê ciência ao réu da rejeição da petição inicial nos casos em que isto se der liminarmente, isto é, no limiar (no começo) do procedimento. Não há como recusar aplicação do dispositivo, destarte, às situações previstas nos arts. 296 e 285-A. Isto, contudo, não tem o condão de infirmar as considerações até aqui desenvolvidas. É que esta *ciência* do processo, que o réu terá por mãos do escrivão, não faz e não pode fazer as vezes de sua citação, ato *formal* que é determinado pelo juiz.

O que interessa frisar, contudo, é que o cumprimento da determinação do

art. 219, § 6º, não abala o entendimento de que, para o réu, o processo não existe juridicamente. Isto, contudo, não significa que ele não possa voluntariamente intervir (hipótese em que fica suprida a falta de citação – art. 214, § 1º), e, mesmo que não intervenha, já que ele, réu, tem ciência do processo que existe ou que existiu entre autor e Estado-juiz, alegue (e comprove) em uma renovada investida do autor aquele fato, isto é, o processo anterior. É o que basta para que o segundo processo seja extinto, nos moldes do art. 267, V, do Código de Processo Civil, diante da litispendência ou da coisa julgada, assunto ao qual se voltam os números 3.3.1 e 3.3.2, *infra*.

3.2. **Pressupostos processuais de validade do processo**

A segunda categoria de pressupostos processuais é a relativa à sua validade. É o que o inciso IV do art. 267 chama de "desenvolvimento válido e regular do processo".

Esta categoria de pressupostos reúne aqueles dados que dão viabilidade ao processo no sentido de o processo (a atuação do Estado-juiz, o exercício da função jurisdicional considerada como um todo) ter aptidão de produzir a tutela jurisdicional postulada. Validade neste contexto, vale a pena o destaque, relaciona-se com a aptidão de o processo entendido sempre como exercício da função jurisdicional surtir validamente seus efeitos, tanto no plano processual como no plano material.

3.2.1. Aptidão da provocação inicial

O primeiro pressuposto processual de validade deve ser entendido como verdadeiro desdobramento do que foi apresentado pelo n. 3.1.1, *supra*. Se, para a *existência* jurídica do "processo", é essencial, mas suficiente, a "provocação inicial" da jurisdição, para a sua *validade*, isto é, para que se dê os efeitos desejados decorrentes da atuação jurisdicional, faz-se mister que esta provocação observe um mínimo de regularidade. A "provocação inicial" da jurisdição deve ser apta para que o processo desenvolva-se regular e validamente.

Em direito processual civil, o ato que "provoca" a jurisdição no sentido de romper com sua inércia recebe o nome de "petição inicial". Neste contexto, o pressuposto processual de validade aqui estudado diz respeito à regularidade da "petição inicial", ou, para fazer uso da nomenclatura do próprio Código de Processo Civil, a verificar em que condições a petição inicial é *apta*, isto é, consonante com as exigências legais e em que medida eventuais possibilidades de emenda (de sua correção) não foram suficientemente observadas pelo autor (arts. 282 a 284 e 295; 614 a 616 e 801 do Código de Processo Civil, aqui citados apenas a título ilustrativo).

As informações dos parágrafos anteriores são suficientes para a constatação da "petição inicial apta" como pressuposto processual de validade. O exame do tema com o vagar necessário será feito ao longo dos demais volumes

deste *Curso*, toda a vez em que o exame da provocação *inicial* da jurisdição (do atuar do Estado-juiz) fizer-se presente.

3.2.2. Competência do juízo

No n. 3.1.2, *supra*, foi acentuado que para a *existência* do processo basta que seja provocado (mesmo que de forma irregular, fique sublinhado) um órgão *jurisdicional*. Lá também foi escrito que pertencia à ordem dos pressupostos de *validade* de processo a questão relativa a saber qual órgão jurisdicional poderia ou não atuar em cada caso concreto. É este o local apropriado para enfrentamento da matéria.

Não basta, para fins de *validade* do processo, que a jurisdição seja provocada e, portanto, retirada de seu estado de inércia. Faz-se mister ir além e verificar quais dos órgãos jurisdicionais podem, ou não, atuar no caso concreto.

Para o direito processual civil, são relevantes, fazendo uso da classificação apresentada nos ns. 4.2 e 4.3 do Capítulo 1, *supra*, os órgãos componentes da "jurisdição civil". Mas mais do que isto, mesmo dentre os órgãos que compõem a "jurisdição civil", é imprescindível verificar em que condições cada um deles pode atuar, ou não, em cada caso concreto. Esta é, para repetir o que está exposto no n. 5 do Capítulo 1, *supra*, uma questão relativa à *competência jurisdicional*: quem, dentre os órgãos jurisdicionais, qual *juízo*, portanto, pode exercer *concretamente* a jurisdição reconhecida "em estado bruto, latente", pela Constituição Federal e pelas leis de organização judiciária.

O que interessa por ora – e o estudo da competência pertence a outros volumes deste *Curso* – é constatar que somente a chamada competência *absoluta* pode ser entendida como pressuposto de *validade* do processo.

Competência *absoluta* deve ser entendida como as situações em que a Constituição ou as leis de organização judiciária não deixam margem de *escolha* aos litigantes. Os órgãos jurisdicionais são fixados taxativamente pelas normas jurídicas – e o legislador vale-se dos mais variados critérios para esta fixação – e, por isto mesmo, não há como *optar* entre um ou outro órgão jurisdicional.

O oposto de competência absoluta é a competência *relativa*. Ela descreve os casos – claramente residuais e excepcionais (v. art. 111, *caput*) – em que os litigantes, por uma liberdade que lhes é reconhecida na própria lei – autorizam a escolha entre um ou mais órgãos jurisdicionais *igualmente* competentes. A competência relativa, por isto mesmo, por depender, por expressa disposição de lei, de manifestação de vontade dos litigantes, não compromete a validade do processo. Se ela não for arguida a tempo – o réu pode, no prazo de sua defesa, manifestar a sua vontade de litigar perante outro órgão jurisdicional nos casos em que a lei admite esta escolha –, "prorroga-se a competência", para empregar locução bastante comum. É o que dispõem os arts. 112, *caput*, e 114.

No caso de incompetência *absoluta*, o caso não é de extinção do processo, nos moldes do art. 267, mas, bem diferentemente, de remessa dos autos ao juízo competente com o reconhecimento de nulidade dos atos decisórios eventualmente praticados até então (art. 113, § 2º; v. n. 7 do Capítulo 3 da Parte I

do vol. 2, tomo I).

3.2.3. Imparcialidade do juiz

A competência diz respeito, o n. anterior terá dado notícia suficiente, ao *órgão jurisdicional* perante o qual o processo se desenvolverá. Não só a competência (absoluta), contudo, é pressuposto processual de validade do processo. Para a *validade* do processo também há necessidade de serem observados determinados pressupostos relativos ao juiz, ao magistrado, à pessoa física que, devidamente investida, exerce jurisdição. Parcela da doutrina refere-se a esta categoria como "pressupostos de validade relativos ao juiz".

No que diz respeito ao tema presente, a *imparcialidade* do juiz (e, frise-se, não do *juízo*, que é palavra referente a *órgão jurisdicional*) afere-se à luz de duas grandes categorias: o juiz não pode ser *impedido* e não pode ser *suspeito*. O tema, que tem raízes inegáveis no plano constitucional (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte II), encontra, no Código de Processo Civil, disciplina bem detalhada no art. 134 (casos de impedimento) e no art. 135 (casos de suspeição).

Assim, desde que o juiz – na primeira instância, na segunda instância ou perante os Tribunais Superiores (art. 137) – seja *impedido* ou *suspeito*, isto é, não seja *imparcial*, como deve ser, o caso é de falta de um pressuposto processual de *validade*. Os atos decisórios praticados pelo juiz *parcial* são, por isto mesmo, nulos e, como tais, não podem pretender surtir efeitos jurídicos.

No caso de o pressuposto de validade dizer respeito à imparcialidade do juiz, isto é, impedimento ou suspeição, a consequência processual, desde que ocorrente a falta do pressuposto, é a remessa dos autos para um magistrado diverso, não impedido e não suspeito (arts. 312 a 314). O caso não é de extinção do processo, nos moldes do art. 267.

3.2.4. Capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo (legitimidade processual)

Não só o juiz (pessoa física) deve atentar a determinados pressupostos processuais de *validade* (n. 3.2.3, *supra*). Também as partes (autor e réu), bem como quaisquer intervenientes no processo (os terceiros que, por afirmarem alguma espécie de interesse jurídico, podem pretender intervir em processo em que contendem outras pessoas), precisam reunir condições mínimas de atuar validamente ao longo do processo. É o que alguns autores chamam de "pressupostos processuais relativos às partes".

As *partes*, isto é, o autor e o réu – e isto vale para eventuais terceiros também, isto é, todos aqueles que não forem autor ou réu –, para estarem em juízo e, a final, receberem tutela jurisdicional, precisam estar "legitimadas" em dois planos distintos. No plano do próprio processo e no plano do direito de ação. Aqui, precisam preencher uma *condição* da ação – a chamada "legitimidade para a causa"; lá, no plano do processo, precisam observar os *pressupostos processuais* referentes às partes, muitas vezes amalgamados sob a denominação

"legitimidade processual". O art. 13 do Código de Processo Civil ocupa-se das consequências da ausência da legitimidade processual das *partes* (incisos I e II) e dos *terceiros* (inciso III), caso não seja sanado, no prazo a ser assinado pelo juiz, o vício respectivo. Se o vício for relativo ao autor, o processo será declarado nulo; se relativo ao réu, o processo correrá à sua revelia e, na hipótese de a falta de pressuposto processual ser relativa ao terceiro, assim considerado, especificamente, o *assistente* (v. n. 2.3 do Capítulo 1 e n. 1 do Capítulo 3, ambos da Parte VII, do vol. 2, tomo I), será ele excluído do processo.

Os pressupostos processuais referentes às partes, segundo doutrina razoavelmente uniforme, referem-se a três categorias distintas e *complementares*: a capacidade de ser parte; a capacidade de estar em juízo; e a capacidade postulatória. Destas, apenas as duas primeiras é que dizem respeito especificamente à parte em si mesma considerada. A "capacidade postulatória" relaciona-se a outro fenômeno, qual seja, à regra de, para o sistema processual civil, os atos processuais serem praticados por quem detém poder de *postulação*: advogados, públicos e privados, defensores públicos e membros do Ministério Público (v. n. 3.2.5, *infra*).

"Capacidade de ser parte" corresponde à capacidade de ter direitos e obrigações na ordem civil, como dispõe o art. 1º do Código Civil. Só aquele que, por força da lei civil, pode contrair obrigações (assumir direitos e ter deveres), isto é, ser sujeito de direitos, pode ser considerado titular de uma relação jurídica a ser levada ao Estado-juiz por meio de processo. Trata-se da possibilidade de alguém poder ser titular de direitos e deveres na ordem jurídica.

A "capacidade de estar em juízo", por seu turno, corresponde à capacidade de exercício do direito civil, vale dizer, à verificação sobre em que condições o titular de direitos no plano material pode, validamente, exercê-los. Se é verdade que todo aquele que tem capacidade jurídica ou de gozo, vale dizer, capacidade de ser titular de direitos e obrigações, na esfera civil, tem também capacidade de ser parte, isto não significa dizer, no entanto, que o *exercício* desses direitos, no plano processual, não precise, por vezes, ser *integrado* ou *complementado* por um outro agente, do mesmo modo que ocorre também no plano do direito material.

A capacidade de ser parte, portanto, diz respeito à *aquisição* de direitos e obrigações na ordem civil e, portanto, corresponde à capacidade jurídica ou de gozo. A capacidade plena do direito civil relaciona-se ao *exercício* (ou à possibilidade de exercício) destes direitos, que, no plano do processo, corresponde ao instituto da *capacidade de estar em juízo*.

É importante destacar que a capacidade jurídica não implica necessariamente a capacidade de exercício ou de fato. O absolutamente incapaz, por exemplo, tem a primeira, mas não tem a segunda. Ele não pode exercer por si os atos da vida civil, mas deverá exercê-los por seu representante legal. Conquanto tenha capacidade de ser parte, isto é, de ser sujeito de direitos e deveres processuais, não tem capacidade de agir por si no processo, não tem capacidade de estar em juízo. Por tal razão é necessário, em alguns casos, integrar a capacidade *também* no plano processual, a exemplo do que ocorre no

campo do direito civil. É este o comando do art. 8º do Código de Processo Civil.

O regime da capacidade de ser parte e a capacidade para estar em juízo correspondem, regra geral, ao regime da capacidade de direito (ou de gozo) e ao da capacidade de exercício (ou de fato) do direito civil, respectivamente. Em outros termos, aquele que pode, por força da lei civil, ser sujeito de direitos (centro de direitos e deveres) tem capacidade de ser parte. Aquele que tem capacidade de *exercício* destes mesmos direitos no plano material tem capacidade de estar em juízo. Nestas condições, a capacidade para estar em juízo pressupõe a capacidade de exercício do direito civil, que, por seu turno, pressupõe a capacidade de direito.

A lei processual adotou expressamente os mesmos meios de *integração* de capacidade que a lei civil regula. No processo, assim como no plano material, não existe correspondência necessária entre capacidade de direito e capacidade de exercício, vale dizer, entre capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo. A mesma diferença entre *ter* direitos e poder, validamente, *exercê-los*, no plano material, existe para o processo.

Há situações, portanto, em que a pessoa é titular de direitos e deveres (e terá, por conseguinte, capacidade de ser parte), mas não poderá exercê-los, seja na vida civil seja no âmbito do processo civil. Para os fins do processo, esta falta de capacidade corresponde à ausência de capacidade para estar em juízo. Do mesmo modo que se dá pelo regime do Código Civil, o Código de Processo Civil contém dispositivos acerca da *integração* desta capacidade para o exercício destes direitos. O art. 8º do estatuto processual é expresso quanto ao tema ao dispor que "os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil". É a lei civil que indica, em seus arts. 3º e 4º, respectivamente, quem são os absolutamente incapazes e quem são os relativamente incapazes. Nos arts. 116, 1.634, V, e 1.747 do Código Civil, verifica-se o que é necessário para o *exercício* da capacidade jurídica.

A regra do art. 8º do Código de Processo Civil, cabível a observação, completa a regra do art. 7º do mesmo Código, pelo que aqueles que não tiverem a capacidade de exercício, segundo as regras de direito civil, terão, para estar em juízo, de integrar esta sua capacidade em conformidade com as regras estabelecidas por aquele Código. É inegável, destarte, a projeção das regras de direito material sobre o plano do direito processual civil, rente à premissa exposta com o vagar necessário desde o início deste *Curso*, no n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I.

Em suma, toda vez que, no âmbito do direito civil – que aqui deve ser compreendido como regras que valem para todo o sistema normativo –, houver limite para o exercício da capacidade jurídica de alguém, o processo civil encampará o limite, devendo observar em que medida a própria lei civil legitima o *exercício* daqueles direitos.

Há exceções a que os parágrafos anteriores vieram de expor. A lei processual civil indica como tendo "capacidade para ser parte" pessoas que, para o sistema de direito material, não possuem sequer capacidade jurídica (capacidade de ser sujeito de direitos). Assim, por exemplo, o disposto no art. 12

do Código de Processo Civil, que autoriza a atuação processual da massa falida, do espólio, do condomínio imobiliário, das sociedades irregulares, da herança jacente e da herança vacante. É o que parcela da doutrina chama de "personalidade *processual*" ou "personalidade *judiciária*". Em sede de Recurso Especial Repetitivo, a 1ª Seção do STJ decidiu a respeito que "1. A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, de modo que somente pode demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, entendidos esses como sendo os relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão. 2. Para se aferir a legitimação ativa dos órgãos legislativos, é necessário qualificar a pretensão em análise para se concluir se está, ou não, relacionada a interesses e prerrogativas institucionais", por isso, sua ilegitimidade ativa para pleitear em juízo questões patrimoniais relativas ao recolhimento de contribuição previdenciária (REsp 1.164.017/PI, rel. Min. Castro Meira, j.un. 24.3.2010, DJe 6.4.2010).

O que vale ser destacado a propósito do tema é que, em última análise, os "pressupostos processuais relativos às partes" podem ser resumidos numa só questão: quem tem *legitimidade processual*, isto é, quem pode *conduzir*, *validamente*, o processo. Não há necessidade – justamente porque os planos do processo e do direito material não se confundem, embora interajam entre si – que haja uma *coincidência* entre o "legitimado" no plano material (aquele que afirma ser titular do direito lesionado ou ameaçado) e aquele que comparece, como autor, como réu e, até mesmo, como terceiro, perante o Estado-juiz, no plano processual. Embora na maioria dos casos, por razões mais históricas do que atuais, a tendência é de que haja coincidência entre os dois planos, o que vale para o preenchimento desta categoria de pressuposto processual é que a lei autorize quem pode *atuar validamente* no processo mesmo que aquele que se apresente perante o Estado-juiz não seja aquele que, no plano material, figura na situação descrita como lesiva ou ameaçada.

Justamente por esta razão é que se mostra tão convidativo o entendimento de que o tema relativo à "substituição processual", a que se refere o art. 6º do Código de Processo Civil, pelo qual a lei pode autorizar alguém atuar em juízo em nome de outrem, opera no plano dos pressupostos processuais e não, como parece à grande maioria da doutrina nacional, no plano das "condições da ação" (v. n. 3.1 do Capítulo 2, *supra*).

Se for constatada a ausência de algum pressuposto processual relativo à parte, a lei reconhece ao magistrado a possibilidade de saneamento da irregularidade (art. 13 c/c arts. 327 e 328). Caso não seja sanada, é necessário distinguir: se o defeito for do autor, o caso é de extinção do processo sem resolução de mérito. Se for do réu, ele será considerado "revel", isto é, para todos ele será tratado como se não tivesse contestado ou, mais amplamente, se defendido, restando inerte. Se se tratar de um terceiro interveniente, ele será excluído do processo, é dizer, será vedada a sua participação. É o que disciplinam, respectivamente, os incisos I a III do art. 13.

3.2.5. Capacidade postulatória

O número anterior fez referência a que também a chamada "capacidade postulatória" é pressuposto processual de validade.

Por "capacidade postulatória" deve ser entendida a autorização legal para atuar em juízo. Detêm capacidade postulatória os advogados (públicos ou privados), os defensores públicos e os membros do Ministério Público. Mesmo um indivíduo que é magistrado, quando atua em juízo como *parte* ou como *interveniente* (por exemplo, quando ele cobra dívida vencida mas não paga ou quando se divorcia), precisa fazer-se representar por advogado.

A capacidade postulatória não deve, contudo, ser confundida com o "mandato" outorgado aos advogados quando a lei o exige. Tal capacidade é imanente aos profissionais indicados. O mandato, bem diferentemente, é o contrato pelo qual alguém autoriza que um advogado possa atuar profissionalmente, em seu nome, em um específico caso, outorgando-lhe poderes mais ou menos amplos, consoante a diretriz ampla do art. 38, *caput*. É pelo mandato que o advogado privado pode exercer a *sua* capacidade postulatória em cada caso concreto. É por esta razão que a *regra* é que o advogado só seja admitido a "postular" em juízo fazendo *prova* do mandato, isto é, exibindo a "procuração" (arts. 36, *caput*, e 37 do Código de Processo Civil, e 5º da Lei n. 8.906/1994). As exceções são as previstas pela lei, analisadas no n. 4 do Capítulo 4 da Parte II.

A ausência de capacidade postulatória gera consequências diversas consoante ela seja constatada com relação ao autor, ao réu ou a eventuais terceiros intervenientes. Com relação ao autor, será concedido prazo para que seja nomeado um novo advogado. Caso não o faça, o processo será julgado extinto sem resolução de mérito. No caso do réu, ele será considerado revel, isto é, presume-se que ele não participa *ativamente* do processo. No caso do terceiro, ele será excluído do processo, o que equivale a dizer que não será mais admitida a sua participação ao longo da atuação do Estado-juiz. É esta a diretriz de cada um dos incisos do art. 13 do Código de Processo Civil.

3.2.6. Citação válida

O n. 3.1.3, *supra*, trouxe à tona a discussão relativa à citação: trata-se de pressuposto de *existência* do processo. Com as ressalvas lá expostas e esclarecidas, para este *Curso*, a citação pode ser considerada pressuposto de existência do processo. Isto, contudo, não significa o exaurimento do tema. A citação tem de ser *válida*, isto é, realizada de acordo com os ditames da lei para que o processo possa desenvolver-se validamente.

A citação é, justamente pela sua importância, para a própria concepção de Estado Democrático de Direito, ato processual formal. A lei processual civil disciplina quais são os requisitos mínimos que sua realização deve observar nos arts. 213 a 233. Se eles não forem observados, a citação é inválida, o que pode comprometer toda a validade do processo a partir daí.

O que convém colocar em destaque desde logo, contudo, é que mesmo que não seja realizada citação ou, ainda, mesmo que ela seja realizada fora dos

ditames legais, o comparecimento espontâneo do réu supre-a para todos e quaisquer fins. Trata-se de previsão expressa no art. 214, § 1º, do Código de Processo Civil e que deve, a todos os títulos, ser amplamente utilizada no dia a dia do foro, mais ainda quando entendida no estágio atual da doutrina sobre as "nulidades" dos atos processuais (v. n. 4.6, *infra*, e n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV).

3.3. **Pressupostos negativos**

Ao lado dos pressupostos processuais de existência e de validade do processo que, de acordo com o inciso IV do art. 267 do Código de Processo Civil, devem fazer-se presentes para que o processo "constitua-se válida e regularmente", respectivamente, há uma terceira categoria de pressupostos processuais apresentada pela doutrina, os pressupostos processuais *negativos*, que reúnem determinados acontecimentos que *não devem* fazer-se presentes sob pena de comprometimento da *validade* do processo.

Neste sentido, até para fins didáticos, é correto distinguir os pressupostos de *existência* e de *validade* do processo como pressupostos *positivos*. "Positivos" no sentido de que devem estar presentes para o atingimento de suas finalidades respectivas. Os pressupostos *negativos*, de seu turno, não devem estar presentes para a *validade* do processo.

Os pressupostos *negativos*, diferentemente do que se dá com os *positivos* (existência e validade), não são referidos expressamente pelo Código de Processo Civil como categoria, a exemplo do que faz o art. 267, IV. Sua construção doutrinária, contudo, é bastante sólida, a partir de determinadas figuras processuais, referidas no próprio art. 267.

Justamente por decorrerem de situações disciplinadas naquele dispositivo de lei, aliás, é que seu regime jurídico genérico não diverge do que se dá com a *falta* dos pressupostos processuais de existência e validade. Desde que haja pelo menos um dos pressupostos negativos (é esta a única diferença com a outra categoria), o processo deve ser extinto, isto é, coloca-se, para o Estado-juiz, um óbice para o exercício da função jurisdicional.

3.3.1. Litispendência

O primeiro dos pressupostos processuais *negativos*, isto é, que não se deve fazer presente, sob pena de comprometer a validade do processo, impondo sua extinção sem resolução de mérito, é a "litispendência".

A definição de litispendência é dada suficientemente pela própria lei processual civil nos §§ 1º a 3º do art. 301. Litispendência é a repetição de uma *mesma* ação ainda em curso. A identidade de ações depende – isto é melhor estudado no n. 4 do Capítulo 2, *supra* – da identidade das partes, da causa de pedir e do pedido.

Se, é esta a perspectiva da lei, alguém já provocou a jurisdição para tutelar um determinado direito por um ou mais motivos, não há razão nenhuma para que a jurisdição seja novamente provocada para a mesma finalidade.

Trata-se de duplicação de atividade jurisdicional que não se justifica a nenhum título, mais ainda quando analisada a situação à luz do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal e do "princípio da racionalização ou eficiência da prestação jurisdicional" lá agasalhado.

É justamente por esta razão que parcela da doutrina (Thereza Alvim) chega a sustentar que a litispendência nada mais é do que manifestação segura da ausência de uma das condições da ação, o *interesse de agir*.

A consequência processual, contudo, é a da extinção do "processo repetido", que não poderia ter se constituído validamente, com fundamento no art. 267, V. A vedação é tão severa que o *caput* do art. 268, ao permitir que os processos extintos nos moldes do art. 267 sejam repropostos, excepciona expressamente o caso da litispendência. A razão é clara: o defeito que justifica a extinção do processo, nestes casos, é a formulação de um idêntico pedido de tutela jurisdicional que já irrompeu suficientemente a inércia da jurisdição.

3.3.2. Coisa julgada

A coisa julgada, como pressuposto processual *negativo*, não apresenta regime jurídico diverso do da litispendência. Ela também encontra definição, no que aqui interessa, nos §§ 1º a 3º do art. 301. Também se trata de repetição de uma nova ação idêntica (mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido, portanto).

O que distingue a coisa julgada da litispendência, neste contexto, é que a coisa julgada é repetição de uma ação idêntica já julgada e já "transitada em julgado", isto é, trata-se de uma "ação" que já chegou a seu término, que já foi resolvida definitivamente pelo Estado-juiz e, justamente por isto, aquilo que foi lá decidido já não pode mais ser rediscutido por ninguém, nem mesmo pelo próprio Estado. É o que, ao ensejo da apresentação das características da jurisdição, foi referido pelo n. 3.3 do Capítulo 1, *supra*, como "imutabilidade" da função jurisdicional. A distinção com a litispendência, assim, é meramente temporal: enquanto a litispendência refere-se a um "processo em curso", a coisa julgada pressupõe um "processo findo".

Também com relação à coisa julgada têm cabimento as considerações relativas à litispendência quanto a ser ela, em última análise, prova segura da ausência de interesse de agir. Já que uma "ação" já foi julgada e sua decisão foi transitada em julgado, qual a razão *jurídica* de provocar novamente a função jurisdicional para apreciar o *mesmo* litígio perante as mesmas partes?

Constatada a coisa julgada, a sorte do "novo" processo (desde que efetivamente idêntico ao anterior, nos termos dos §§ 1º a 3º do art. 301) é de sua extinção. Também aqui o fundamento encontra-se no art. 267, V e tem cabimento a ressalva da pertinência do *caput* do art. 268: o veto à nova investida jurisdicional nos casos de coisa julgada repousa suficientemente na circunstância que leva à extinção do processo: o que o Estado-juiz tinha para dizer naquele caso – a tutela jurisdicional que havia para ser prestada – já foi *suficientemente* prestada. Se ela não vai ao encontro dos interesses de um dos litigantes, isto não

lhe autoriza a tomar esta providência. Até porque, sempre para apresentar a maior coesão possível em todos os temas aqui tratados, a jurisdição é imperativa, ela *tem de* ser acatada pelos litigantes, tenham, ou não, seus direitos reconhecidos pelo Estado-juiz.

3.3.3. Perempção

A "perempção" é figura de discutível constitucionalidade quando confrontada, como não pode deixar de ser, com qualquer instituto processual, com o "modelo constitucional do processo civil".

Seu fundamento repousa no parágrafo único do art. 268. Segundo o dispositivo, é vedada uma quarta reapresentação de um *mesmo processo* quando as três primeiras investidas jurisdicionais tiverem sido extintas com fundamento porque a parte não promove os atos e as diligências necessários para o andamento do processo, abandonando-o por mais de trinta dias, embora a *parte* (e não seu advogado, como é a regra, v. n. 4.4.1, *infra*) tenha sido intimada pessoalmente para suprir a omissão (art. 267, III, e § 1º).

A crítica quanto à constitucionalidade do dispositivo reside em que não parece legítimo, à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal ("princípio da inafastabilidade da jurisdição"), permitir que o legislador impeça que se instaure um novo processo, isto é, que se volte a pedir a tutela jurisdicional do Estado, naqueles casos em que, por qualquer razão, ela não tiver sido prestada anteriormente. Uma nova tentativa pode até, consoante o caso, ser tachada de má-fé, abusiva, e há consequências processuais para isto (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV). O que não pode ocorrer, contudo, é impedir, pura e simplesmente, que se peça tutela jurisdicional naqueles casos em que não tenha havido ainda a prestação da tutela jurisdicional, que são os casos regulados justamente pelo art. 267.

Não atenua a conclusão anterior a ressalva da parte final do parágrafo único do art. 268, de que o "direito" pode ser alegado em defesa. O que a Constituição Federal assegura no dispositivo colocado em destaque não é a defesa, também parte integrante do "modelo constitucional do processo civil", mas, bem diferentemente, é o direito de *ação*, isto é, o direito de provocar o Judiciário, tirá-lo de seu estado de inércia para que ele preste a tutela jurisdicional como contrapartida da vedação da autotutela.

À luz deste enfoque, destarte, não se justifica, para a perempção, o veto que lhe faz o *caput* do art. 268, ao contrário do que se dá para a litispendência e para a coisa julgada (v. ns. 3.3.1 e 3.3.2, *supra*).

Superada a questão relativa à inconstitucionalidade ou para aqueles que não concordem com ela, contudo, o regime da perempção não se distingue em nada do da litispendência e da coisa julgada. Verificando o magistrado que se trata da quarta investida jurisdicional depois de três extinções, com base no art. 267, III, o que lhe resta fazer é extinguir o processo com base no art. 267, V.

3.3.4. Convenção de arbitragem

Um outro pressuposto processual negativo é a "convenção de arbitragem", expressamente prevista no inciso VII do art. 267.

Por "convenção de arbitragem" deve ser entendido um gênero que reúne duas diferentes espécies, ambas relacionadas ao chamado "processo arbitral" (v. n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte I). A primeira delas é a chamada "cláusula compromissória", que, de acordo com o art. 4º da Lei n. 9.307/1996, é a cláusula inserida em contratos que a admitem, que prevê, entre os contratantes, a submissão de qualquer ou de um específico litígio a um "juízo arbitral" e não a um "juízo estatal". A segunda espécie é o chamado "compromisso arbitral". De acordo com o art. 9º da Lei n. 9.307/1996, tal compromisso é a convenção firmada entre as partes, pela qual submetem um específico litígio concreto a um "juízo arbitral" e não ao Estado-juiz.

Ambas as espécies são, indistintamente, pressupostos processuais negativos, isto é, desde que um determinado contrato contenha a "cláusula compromissória" ou que as partes, diante de uma controvérsia concreta, tenham firmado um "compromisso arbitral", a "jurisdição *estatal*" não pode ser prestada.

Não há nada de inconstitucional nisto, vale o destaque. Trata-se não de uma afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e ao "princípio do acesso à justiça" lá previsto mas, bem diferentemente, de uma aplicação adequada e suficientemente contextualizada do tema relativo aos "meios alternativos de solução de conflitos" (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte I). Não se recusa a tutela estatal, nestes casos. O que se dá é que as partes, em determinadas circunstâncias expressamente previstas na lei (art. 1º da Lei n. 9.307/1996), entendem ser mais interessante submetê-las a "árbitros" de sua livre escolha, *contratando* neste sentido. Tanto assim que se houver necessidade de *impor coativamente* a decisão do árbitro aos contratantes, a intervenção do Judiciário e, neste sentido, a tutela *jurisdicional* não pode ser recusada. A "sentença arbitral" é expressamente reconhecida como "título executivo *judicial*" pelo art. 31 da Lei n. 9.307/1996 e pelo inciso IV do art. 475-N do Código de Processo Civil. De resto, se, durante a arbitragem, houver necessidade de aplicar "medidas coercitivas ou cautelares", isto é, para prestar tutela jurisdicional preventiva, nos termos do n. 8.1 do Capítulo 1, *supra*, a intervenção jurisdicional faz-se necessária, nos termos do § 4º do art. 22 da Lei n. 9.307/1996. O mesmo se dá com a resolução de questão relativa a direito *indisponível* que diga respeito ao proferimento da decisão pelos árbitros (art. 25 da Lei n. 9.307/1996). A *constitucionalidade* da cláusula compromissória já foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (SE-AgR 5.206, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.m.v. 12.12.2001, DJ 30.4.2004, p. 29).

Para o tema relativo aos pressupostos processuais *negativos*, contudo, o que releva destacar é que, diante de uma ou de outra espécie, há óbice para a atuação do Estado-juiz. Questão interessante mas que por ora não será enfrentada é verificar se o magistrado pode apreciar de ofício a existência da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, considerando a dicotomia que existe entre o disposto no § 3º do art. 267 (que não faz qualquer distinção

entre as figuras) e o § 4º do art. 301 (que autoriza a atuação oficiosa, isto é, independentemente da provocação do réu, nos casos de cláusula compromissória).

3.3.5. Falta de caução ou outra prestação exigida pela lei

O último pressuposto processual *negativo* referido pela doutrina vem expresso no inciso XI do art. 301: "a falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar".

Os casos são os mais variados – assim, por exemplo, o disposto nos arts. 475-O, III, 804, 835, 1.051 e 1.166 –, mas a noção suficiente de cada um deles para os fins que aqui interessam é que, chegado ao conhecimento do magistrado (de ofício ou por provocação da parte, isto é indiferente) que caução ou outra prestação exigida pela lei não foi apresentada pelo autor, o processo não pode prosseguir. Ele deverá ser extinto com fundamento no art. 267, XI.

3.4. **Dinâmica dos pressupostos processuais**

Expostas as três classes de pressupostos processuais (existência, validade e negativos) nos números anteriores, o objetivo deste número é o de analisar, sem prejuízo das considerações já feitas acima, como o magistrado deve se comportar diante da falta de algum pressuposto processual de existência ou de validade ou diante da presença de algum pressuposto processual negativo.

3.4.1. Análise dos pressupostos processuais pelo juízo de primeiro grau de jurisdição

Os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do Código de Processo Civil garantem a possibilidade de exame dos pressupostos de existência e de validade do processo perante o juízo de primeiro grau de jurisdição. Não há, no que diz respeito aos pressupostos cognoscíveis de ofício, isto é, sem provocação das partes ou de eventuais outros sujeitos do processo, a chamada "preclusão *pro iudicato*", vale dizer, não há prazo preclusivo para que o magistrado examine a presença dos pressupostos (v. n. 4.5, *infra*). Em qualquer momento, até o proferimento da sentença ou do acórdão (porque o conceito de primeiro grau de jurisdição não se confunde com o de primeira instância, v. n. 4.5 do Capítulo 1, *supra*), pode realizar este exame. Para viabilizar a realização frutífera deste exame, o parágrafo único do art. 14 da Lei n. 11.419/2006 incentiva que os sistemas a serem criados pelos Tribunais com vistas ao uso de meio eletrônico na tramitação de processos jurisdicionais (v. n. 4.7, *infra*) busquem "identificar os casos de ocorrência de prevenção, litispendência e coisa julgada". Quando constatar a falta de algum pressuposto, o magistrado verificará em que medida ele poderá ser sanado. Se isto não for possível ou se as diligências que deveriam ser tomadas pelas partes ou por eventuais interessados não o forem, a hipótese é de resolução do processo, nos moldes do art. 267, ou, consoante o caso,

considerar revel o réu ou excluir do processo o terceiro interveniente (para estas hipóteses, v. o n. 3.2.4, *supra*).

Há, evidentemente, momentos mais oportunos para que isto se verifique. Assim, por exemplo, de forma bem aguda naquilo que a doutrina tradicional chama de "*fase* ordinatória" (que corresponde, largamente, aos arts. 278, § 2º, e 327, 2ª parte; v. n. 3 da Introdução do vol. 2, tomo I). Isto, contudo, não quer dizer que o magistrado não *deva* desde o primeiro momento em que é convocado para exercer a função jurisdicional verificar em que medida os pressupostos de existência e de validade do processo estão adequadamente preenchidos e, pelas mesmas razões, checar a *ausência* de eventuais pressupostos processuais negativos. Bem ilustram a afirmação os arts. 284 e 616, segundo os quais o juiz pode mandar emendar a petição inicial para que seja suprida alguma falha ou algum defeito que possa comprometer o desenvolvimento válido e regular do processo.

Mesmo depois de o magistrado proferir a sentença ou acórdão, em se tratando de casos de competência originária, não é errado entender que ele supra eventual vício relativo aos pressupostos processuais, desde que provocado para tanto por intermédio do recurso de embargos de declaração. Como há um inegável *dever* de gerenciamento do processo e de sua regularidade a cargo do magistrado, não há como recusar que a hipótese possa (e deva) ser tratada como *omissão*, viabilizando sua correção pelo uso daquele recurso, com fundamento no art. 535, II. Mais ainda quando o art. 267, § 3º, está a autorizar esta interpretação.

3.4.2. Análise dos pressupostos processuais em sede recursal

Os mesmos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, autorizam o emprego das considerações apresentadas no número anterior no plano dos recursos interpostos para exame do "segundo grau de jurisdição" (v. n. 4.5 do Capítulo 1, *supra*). Vale destacar, a propósito, o art. 515, § 4º, que reconhece aos magistrados do âmbito recursal *competência* para suprir eventuais "nulidades sanáveis", dentre elas, não há como recusar, também a ausência de algum pressuposto processual de existência ou validade ou, inversamente, a presença de algum pressuposto processual negativo.

Mesmo em sede de recursos dirigidos às decisões interlocutórias (não finais), não há como recusar que o Tribunal de segundo grau de jurisdição examine a falta de algum pressuposto processual. A iniciativa justifica-se como decorrência do *dever* de gerenciamento destacado no número anterior. É o que, na teoria geral dos recursos, é estudado sob a rubrica dos chamados "efeito translativo" e "efeito expansivo" dos recursos (v. ns. 7 e 8 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5, respectivamente).

As afirmações dos parágrafos anteriores, contudo, não podem ser aplicadas aos casos de recursos extraordinário e especial. Para estes recursos, deve ser excepcionada a incidência das regras dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º. Não se trata, aqui, de recusar aplicação do Código de Processo Civil àqueles recursos, mas de, a partir de uma necessária interpretação sistemática do direito

processual civil, acentuar que, pela própria razão de ser daqueles recursos e da competência exercitada pelos Tribunais Superiores quando o julgam, eles não podem e não devem agir da mesma forma quando verificam a ocorrência de algum defeito processual ou, o que interessa mais de perto, a ausência de algum pressuposto processual de existência ou validade ou a presença de algum pressuposto processual de existência.

Como aqueles recursos pressupõem – a exigência é constitucional (arts. 102, III, e 105, III) – "causas decididas", não há como olvidar que a manifestação daqueles Tribunais, no particular, sempre é revisora no sentido de exigir *prévia* manifestação das instâncias inferiores. Assim, a falta de algum pressuposto processual de existência ou de validade ou a presença de algum pressuposto processual negativo não pode ser questionada pela primeira vez no âmbito de recursos extraordinário e especial, não se aplicando, a estes recursos, pelas suas específicas características e regime jurídico, as regras dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º. O assunto, interessantíssimo, recebe exame no n. 8.1 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5, ao ensejo do exame dos recursos especial e extraordinário.

3.4.3. Proferimento de decisões de mérito e pressupostos processuais

Não obstante a ênfase do pensamento *instrumentalista* do processo na busca de eliminar quaisquer irregularidades do processo (v. n. 4.6, *infra*, e n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV), pode ocorrer que seja proferida decisão de mérito mesmo que algum pressuposto processual (de existência ou de validade) não estivesse presente. Ou, ainda, pode ocorrer que sentença de mérito seja proferida com a *presença* de algum pressuposto processual *negativo*. A dificuldade que se põe para exame, em casos como estes, é a de verificar em que condições que a decisão pode ser mantida ou, quando menos, os seus efeitos.

Se ainda houver possibilidade de saneamento do vício no processo em curso, a hipótese é de verificar em que medida os Tribunais podem e devem sanar o vício. Têm ampla incidência, aqui, o uso do recurso de embargos de declaração (art. 535, II), mormente quando verificada a viabilidade de aplicação, na espécie, do § 4º do art. 515, em função das justificativas apresentadas nos números já destacados.

Se o caso, entretanto, for de encerramento do processo, ele reclamará o ajuizamento de uma *outra e diversa* "ação", isto é, uma renovada provocação do Estado-juiz para atuar em prol da eliminação de uma situação de ameaça ou lesão, ou, quando menos, alguma medida processual, que terá como objetivo fundamentalmente declarar a ocorrência do vício no processo anterior ou na decisão final, que veio a ser proferida nele sem observância das regras relativas aos pressupostos processuais, e eliminar as consequências sentidas no plano material dali advindas.

Estas "ações" ou "medidas processuais" variarão conforme o caso e o tipo de vício e serão estudadas nos momentos oportunos deste *Curso*. Por ora, suficiente apenas indicá-las, fazendo a remissão suficiente de seu dispositivo de

regência do Código de Processo Civil para um primeiro contato com cada uma delas: (*a*) "ação rescisória" (art. 485); (*b*) "ação anulatória" (art. 486); (*c*) "impugnação ao cumprimento de sentença" (art. 475-L); (*d*) "embargos à execução" (arts. 745 e 746); e (*e*) "ação de inexistência de relação jurídica processual" (art. 4º, I).

O que é importante destacar, contudo, mesmo antes da exposição da matéria que ocupa o n. 4, *infra*, é que os "pressupostos processuais", sejam eles de "existência", de "validade" ou "negativos", nada mais são do que "atos" e "fatos" processuais", isto é, são atos que, praticados por qualquer um dos sujeitos do processo, ou fatos que, ocorridos, influenciam a atuação do Estado-juiz. Todos os "atos jurídicos", bem assim os "fatos jurídicos" têm caráter eminentemente *instrumental* e *finalístico*. O emprego destas duas palavras quer significar que a não observância dos pressupostos processuais, por si só, não quer dizer, pura e simplesmente, que o "processo" em questão passará a ostentar a "inexistência" ou a "invalidade" que eles, como categorias processuais, pretendiam evitar. Também no que diz respeito aos "pressupostos processuais", é mister que se verifique, antes da decretação de qualquer invalidade ou defeito, se a *finalidade* por eles protegida foi ou não, suficientemente, atingida. Se positiva a resposta, a ausência de um pressuposto processual "positivo" ou a presença de um "negativo" não deve ser entendida, por si só, como óbice à atuação do Estado-juiz e, mais amplamente, aos efeitos da tutela jurisdicional eventualmente concedida no caso concreto.

3.4.4. Extinção do processo e pressupostos processuais

Situação que merece destaque nesta sede, quase como contraponto ao que ocupou o número anterior, diz respeito àquelas hipóteses em que o "processo" deve ser extinto, por força dos incisos IV ou V do art. 267, isto é, a ausência de um pressuposto processual de existência ou de validade ou a presença de um pressuposto processual negativo. Nestes casos, de acordo com o *caput* do art. 267, há "extinção" do processo sem resolução de mérito. É correto referir-se ao caso como "extinção" do processo, máxime quando bem compreendida a exposição do n. 1, *supra*?

A resposta é positiva. Quando, não obstante eventuais tentativas de serem sanados os defeitos dos atos processuais, inclusive os relativos aos atos processuais, o magistrado declarar a inviabilidade do prosseguimento da atuação jurisdicional, o caso será tecnicamente, corretamente, de *extinção* do processo. Há, nestas condições, "processo", que merece ser extinto para colocar fim à atuação do Estado-juiz, que, pelas circunstâncias do caso concreto, já não se justifica mais. Até então, contudo, como uma tal atuação não pode ser negada, é errado negar que "processo" tenha havido. Tanto assim que é neste contexto, de um processo "juridicamente inexistente" ou "inválido", que as dificuldades relativas à superação dos defeitos relativos aos pressupostos processuais são enfrentados.

O que em casos como estes não se faz presente, destarte, não é o

"processo" mas, diferentemente, a viabilidade da prestação da tutela jurisdicional. Houve atuação jurisdicional e, justamente por isto, houve *processo*, mas não a *tutela* jurisdicional, que pressupõe a escorreita observância de um "processo *devido*", em plena consonância com o "modelo constitucional do processo civil". Por isto é que mesmo quando o Estado não presta *tutela jurisdicional*, seja por algum defeito relativo aos pressupostos processuais – e mesmo à falta de alguma das condições da ação (v. n. 3 do Capítulo 2, *supra*) –, processo sempre há. Não o processo que leva à prestação da *tutela* jurisdicional; mas um processo que se *extingue* no sentido de o Estado-juiz reconhecer que não há mais razão para continuar atuando.

Tanto assim que, com as ressalvas já analisadas no n. 3.4 do Capítulo 2, *supra*, e nos ns. 3.3.1 a 3.3.3, *supra*, não há qualquer óbice para que o Estado-juiz seja uma vez mais provocado para prestar a tutela jurisdicional, isto é, para que um *novo* processo tenha início mediante uma *renovada* provocação (art. 268).

4. ATOS PROCESSUAIS

Os chamados "atos processuais" podem ser entendidos como todos os atos jurídicos que têm relevância para o plano do processo ou, de alguma forma, podem influenciar a atuação do Estado-juiz ao longo de todo o procedimento. Eles, na sua gênese, são atos jurídicos que, quando praticados, assumem alguma importância no plano do processo ou tendem a surtir efeitos no plano do processo. É o que pode ser extraído do art. 158, *caput*.

Até mesmo alguns atos praticados "fora" do processo (fora do plano processual) e antes dele têm o condão de afetá-lo decisivamente. É o que se dá, por exemplo, com a eleição de foro (art. 111) ou com a "convenção de arbitragem" (arts. 267, VII, e 301, IX). Até mesmo um acordo que seja realizado pelas partes durante o processo poderá ter efeitos processuais relevantíssimos, justificando, até mesmo, o seu término quando homologado pelo magistrado (art. 269, III). Mesmo um acordo *extrajudicial* realizado antes e independentemente da existência de qualquer processo, isto é, independentemente e previamente à atividade do Estado-juiz, pode assumir importância para o direito processual civil, desde que devidamente homologado em juízo (art. 475-N, V).

Ao lado dos "atos processuais", não há razão para deixar de fazer breve alusão aos *fatos processuais*. Adotando, para fins de exposição, clássica distinção feita pela doutrina entre "atos" e "fatos", o "fato" é um acontecimento que não depende da vontade humana, que não exterioriza, de alguma forma, um comportamento ou uma omissão de uma pessoa. O "fato" é aquilo que acontece involuntariamente mas na medida em que diz respeito ao mundo do direito é um "fato jurídico". Para cá interessa que a relevância do fato atinja, em alguma medida, o plano do processo. São estes acontecimentos os "fatos processuais".

É o que se dá, por exemplo, com a morte de alguma das partes ou intervenientes que adquiram aquele *status* (caso em que o processo será suspenso

para os fins de habilitação de herdeiros, art. 265, I, e §§ 1º e 2º, c/c os arts. 1.055 a 1.062); com a morte do advogado da parte (caso em que o processo será suspenso até que um novo advogado assuma o patrocínio da causa, art. 265, I, e §§ 1º e 2º); com a revogação, pela parte, de procuração que havia outorgado a seu advogado (art. 44); com a deflagração de greve de servidores da Justiça durante o transcurso de um prazo processual (que muito provavelmente levará à suspensão ou, quando menos, à prorrogação dos atos processuais, art. 184, § 1º, I e II); com a superveniência de dias *feriados* ou de *férias*, as chamadas "férias forenses", durante fluência dos prazos processuais (que, consoante o caso, significará o *adiamento* da prática do ato para o primeiro dia útil ou a *suspensão* da fluência do prazo como um todo, arts. 178, 179 e 184, § 1º).

Os números seguintes voltam a analisar, de acordo com critérios classificatórios geralmente aceitos pela doutrina, os atos processuais em suas diversas facetas. O estudo culmina no n. 4.6, o estudo das *nulidades* dos atos processuais, isto é, nas consequências que devem ser sentidas diante da desconformidade do ato processual tal qual praticado com o modelo exigido pela lei.

4.1. **Os sujeitos do processo e os atos processuais**

O Código de Processo Civil reserva três seções distintas para tratar dos atos processuais, levando em conta aquele que os pratica, os "sujeitos processuais", os "atos das partes", os "atos do juiz" e os "atos do escrivão ou chefe de secretaria". Para maior aderência ao critério lá adotado, os próximos números são dedicados especificamente a cada uma destas categorias com a complementação que, pelas razões expostas no n. 4.1.4, faz-se necessária.

4.1.1. Atos das partes

Os "atos das partes" são disciplinados nos arts. 158 a 161. Eles se voltam, basicamente, a verificar de que maneira as partes podem e conseguem trazer os elementos externos ao plano do processo. É a diretriz ampla que decorre do *caput* do art. 158.

Embora com o emprego desta nomenclatura, aqueles dispositivos legais regem também – e suficientemente – os atos de quaisquer outros intervenientes do processo, isto é, os chamados "terceiros", quer adquiram, ou não, o *status* de "parte" (v. n. 2.3 do Capítulo 1 da Parte VII do vol. 2, tomo I).

A doutrina costuma se referir a diversas classificações para melhor analisar os atos das partes. Assim, por exemplo, os "atos postulatórios" (que são aqueles praticados com vistas à instauração e ao desenvolvimento do procedimento de forma regular), os "atos instrutórios" (que são aqueles voltados à demonstração da procedência das alegações); os "atos dispositivos" (que são aqueles relacionados à abdicação de alguma vantagem no plano do processo ou no plano material, como expressamente prevê o parágrafo único do art. 158, e, mais amplamente, o art. 475-N, III); e os "atos comissivos ou omissivos"

(relacionados à prática ou à falta de prática de algum ato processual, como, por exemplo, se verifica com a "revelia", caracterizada pela não apresentação de contestação pelo réu).

O exame mais detalhado dos atos das partes corresponde, em última análise, ao exame de cada ato que, ao longo de todo o procedimento, será ou não, poderá ser ou não, praticado. Por isto, é suficiente, para os fins de uma teoria geral do direito processual civil, sua mera indicação.

4.1.2. Atos do juiz

A leitura do art. 162 desperta usual crítica da doutrina porque sua leitura rende ensejo ao entendimento de que todos os "atos do juiz" são os lá referidos. Ela se funda no entendimento de que o rol do dispositivo trata de apenas uma classe de atos do juiz, os chamados "*pronunciamentos* judiciais", porque o critério classificatório empregado pela lei diz respeito à existência, ou não, de caráter *decisório* no ato do juiz. Se houver um tal caráter, tratar-se-á de sentença ou de decisão interlocutória (art. 162, §§ 1º e 2º, respectivamente). Caso contrário, de despachos ou de atos meramente ordinatórios (art. 162, §§ 3º e 4º, respectivamente).

De fato, não há como negar que o magistrado pratica uma infinidade de atos relevantes para o processo e, por isto mesmo, atos *processuais* que dificilmente são encartados nas classes sugeridas pelo dispositivo colocado em destaque. Assim, por exemplo, os atos *executórios* (determinar a penhora de parcela do patrimônio do executado), os atos de *documentação* (assinatura de termos e das próprias decisões), os atos relativos à *colheita de prova* (ouvir as partes ou as testemunhas ou realizar inspeção judicial), os atos de *correição* (verificar a correção da atividade dos auxiliares da justiça a ele subordinados), e assim por diante.

O estudo destes atos considerados em si mesmos, distantes do *procedimento* e, por isto, desvinculados da razão de sua prática, parece desinteressante para este *Curso*. Eles serão examinados a seu tempo oportuno, na medida em que sua menção se justifique. Por ora, faz-se suficiente a indicação de que nem todos os atos do juiz correspondem a uma das espécies dos parágrafos do art. 162. Até porque se, por qualquer razão, os atos referidos exemplificativamente acima assumirem conteúdo decisório, eles passarão a ser tratados como *decisões* para todos e quaisquer fins.

Quanto ao caráter decisório, contudo, os atos serão as sentenças (art. 162, § 1º) e as decisões interlocutórias (art. 162, § 2º). O que distingue uma decisão da outra não é, ao contrário do que a leitura isolada e literal do art. 162, § 1º, poderia dar a entender, apenas o seu *conteúdo* mas, também, a sua *função* ao longo do procedimento. Será decisão interlocutória toda decisão que resolver, ao longo do procedimento, questões incidentes, qualquer que seja o seu conteúdo. A sentença referida no dispositivo em comento caracteriza-se pelo encerramento da "etapa cognitiva" na primeira instância e terá, justamente por isto, um dos conteúdos dos arts. 267 ou 269. Mas o que importa frisar para o momento da exposição é a

circunstância de uma sentença ter conteúdo de um ou de outro daqueles dispositivos de lei é muito mais uma *consequência* de ela dar por encerrada a etapa cognitiva do processo na primeira instância do que, propriamente, sua *causa*. É por isto – mais ainda quando a questão é analisada desde o "modelo constitucional do processo civil" – que as interlocutórias também podem ter conteúdo do art. 267 (exclusão de um litisconsorte ativo ou passivo, rejeição de uma reconvenção, por exemplo) ou do art. 269 (deferimento de uma tutela antecipada de urgência, com base no art. 273, I, por exemplo). Ademais, ao contrário do que se poderia supor, há outras *sentenças* que não se amoldam com exatidão aos conteúdos dos arts. 267 e 269 e, nem por isto, deixam de ser "sentenças". É o caso da sentença a que se refere o art. 795, que encerra a "etapa executiva" do processo em primeira instância e que tem como conteúdos possíveis as hipóteses do art. 794. De outro lado, em diversas oportunidades, o Código de Processo Civil se vale da palavra "sentença" para se referir a "decisão interlocutória". O tema é enfrentado com o vagar necessário pelo Capítulo 1 da Parte V do tomo I do vol. 2, pelo n. 6 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 3 e pelo n. 2.1 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 5.

No plano dos Tribunais e, vale acentuar, de quaisquer Tribunais, Superiores ou não, as decisões colegiadas são chamadas de "acórdãos" (art. 163). É indiferente, para emprego desta denominação, que se trate de uma decisão interlocutória ou de uma sentença apreciada em sede de agravo de instrumento ou de apelação, respectivamente.

Cada vez mais, contudo, as leis processuais civis têm admitido a atuação *monocrática*, isto é, isolada, não colegiada, no âmbito dos Tribunais pelas razões e nas condições indicadas pelo n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte II. Nestes casos, o ato judicial praticado pelo Desembargador ou pelo Ministro não pode receber o nome "acórdão". Devem ser chamados, por isto mesmo, de *decisões* sem quaisquer qualificativos.

É importante verificar se um ato judicial tem ou não conteúdo decisório. Todas as *decisões* proferidas no direito processual civil são recorríveis e, consoante se trate de sentenças, decisões interlocutórias, acórdãos ou decisões monocráticas proferidas no âmbito dos Tribunais, nos termos indicados no parágrafo anterior, delas cabe um específico recurso. O tema é referido pelo n. 8 do Capítulo 1 da Parte II, pelo n. 8 do Capítulo 2 da Parte IV e é tratado também pelos ns. 4 e 5 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 5.

Todos os pronunciamentos dos juízes (e dos magistrados dos Tribunais também) que não sejam decisões são "despachos". Os "despachos", de acordo com o § 3º do art. 162, são atos processuais praticados com vistas ao mero impulsionamento do procedimento, seja por provocação das partes ou "de ofício", isto é, sem qualquer iniciativa das partes. Por que não têm conteúdo decisório e, nesta condição, não têm aptidão de causar qualquer prejuízo para as partes ou para quaisquer intervenientes, os *despachos* são irrecorríveis por expressa dicção de lei (art. 504).

À falta de distinção de regime jurídico – quanto à irrecorribilidade e à possibilidade de delegação de sua prática –, é inócua qualquer outra tentativa de

classificação dos *despachos*; assim as que, com apoio em alguns dispositivos de lei, distinguem os despachos em "ordinatórios" (art. 162, § 4º) ou em "de mero expediente" (art. 504). Despachos são compreendidos suficientemente a partir da ausência de qualquer conteúdo decisório. É o que basta para caracterizá-los como tais e, desta forma, emprestar seu consequente regime jurídico.

De acordo com o art. 164, os despachos, decisões, sentenças e acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes e, quando proferidos oralmente, serão convertidos em escrito. O parágrafo único do dispositivo admite que a assinatura dos magistrados, em todos os graus de jurisdição, seja *eletrônica*, observado o disposto na Lei n. 11.419/2006, diretriz que é repetida e ampliada, no âmbito dos Tribunais, pelo parágrafo único do art. 556.

4.1.3. Atos do escrivão

Os "atos do escrivão ou chefe de secretaria" são objeto de disciplina nos arts. 166 a 171, destacando-se, dentre eles, a *autuação* da petição inicial, isto é, formando os *autos* do processo, cujas folhas, uma a uma, devem ser numeradas e rubricadas, bem assim os termos de *juntada* (de alguma petição ou documento), *vista* (disponibilização dos autos para alguma das partes), *conclusão* (encaminhamento dos autos ao magistrado) e outros que se façam necessários, sendo inadmissíveis espaços em brancos ou rasuras, que devem ser inutilizados ou ressalvadas, respectivamente. O *caput* do art. 169 impõe que os atos e termos do processo sejam datilografados ou escritos com tinta escura e indelével, podendo ser empregados também, total ou parcialmente, meios eletrônicos para a sua prática e armazenamento, observando-se, para tal fim, o disposto nos novos §§ 2º e 3º do dispositivo, introduzidos pela Lei n. 11.419/2006, que dispõe sobre a "informatização do processo judicial", sem prejuízo dos métodos convencionais admitidos pelo art. 170.

O interesse pelo estudo dos atos do escrivão, contudo, vai além do exame dos referidos dispositivos codificados. Importa destacar, por isto mesmo, o que é previsto expressamente pelo art. 93, XIV, da Constituição Federal (dispositivo que foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004), que autoriza a delegação de atos, pelo juiz, aos escrivães, diretriz que já vinha reconhecida no plano infraconstitucional, no art. 162, § 4º, acrescentado ao Código de Processo Civil pela Lei n. 8.952/1994. A iniciativa é salutar e vai ao encontro do "princípio da racionalização da jurisdição", agasalhado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Os atos a serem praticados pelo escrivão – como, de resto, pelos demais serventuários que a ele se subordinem – não têm e não podem ter conteúdo decisório. São, assim, por definição, *despachos*. De qualquer sorte, o precitado § 4º do art. 162 expressamente prevê que estes *despachos* podem ser revistos pelo magistrado quando for o caso.

Além destes, ao escrivão cabe a prática dos atos processuais previstos no art. 141 e de outros esparsos no Código de Processo Civil, como, por exemplo, a lavratura, sob ditado do juiz, do termo da audiência de instrução e julgamento

(art. 457).

4.1.4. Atos dos demais auxiliares da Justiça

Não só o escrivão mas também os demais "auxiliares da justiça" praticam atos processuais, isto é, praticam atos relevantes para o processo.

"Auxiliares da justiça", em conformidade com o que dispõe o art. 139, são, além do escrivão, ao qual se voltou o número anterior, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.

Cada um desses auxiliares têm, como mister, a prática de determinados atos que, a seu tempo, são mais bem examinados no desenvolvimento deste *Curso*. Por ora, para fins da construção de uma teoria geral do direito processual civil, são suficientes as considerações seguintes.

De acordo com o art. 143, ao oficial de justiça incumbe, em nome e por ordem (por "mandado") do juiz, a prática de determinados atos processuais, que se realizam fora do "fórum", isto é, o local onde se encontram o magistrado e os autos do processo, vale dizer, sua documentação física e material. Podem ser mencionados, à guisa de exemplos, a "citação" (art. 226 a 230), a "intimação" (art. 239, I), o "arresto" (art. 653), a "penhora" e a "avaliação" (arts. 475-J, § 1º, e 652, § 1º) e a "busca e apreensão" (arts. 842 e 843).

Os peritos são os auxiliares da justiça que têm como função precípua auxiliar o magistrado na compreensão de um fato que dependa de conhecimento técnico ou científico. A prática de seus atos ocupa o estudo de um específico tipo de prova, a prova "pericial", regulada nos arts. 420 a 439, tratada pelo Capítulo 7 da Parte IV do tomo I do vol. 2.

O depositário e o administrador são os auxiliares da justiça que, salvo disposição de lei local em sentido contrário, guardam e conservam os bens, a qualquer título, sujeitos à posse direta do *juízo* e, por isto mesmo, não ficam sob os cuidados das partes ou de eventuais terceiros. É o que se dá com os bens penhorados (quanto a eles, v. o n. 6 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3), arrestados, sequestrados ou arrendados, nos termos do art. 148.

O intérprete, de acordo com o art. 151, tem como função analisar documento redigido em língua estrangeira, de entendimento duvidoso, traduzir para o português o depoimento de partes ou testemunhas que não conhecem o vernáculo ou, ainda, traduzir a linguagem dos surdos-mudos que não consigam se expressar por escrito.

4.2. **Forma dos atos processuais**

A disciplina da *forma* dos atos processuais encontra-se fundamentalmente nos arts. 154 a 257 do Código de Processo Civil.

Os atos processuais, como regra, não dependem de forma, são válidos e, nestas condições, têm aptidão de produzir seus regulares efeitos, na medida em que atinjam as suas finalidades (art. 154). É deste dispositivo que a doutrina

enuncia o chamado "princípio da liberdade das formas" (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV).

A necessidade da *forma* como sinônimo da segurança do ato processual, ou melhor, da regularidade do processo e, consequentemente, da regularidade de toda a atuação processual, contudo, não pode significar "formalismo", "formalidade", que são e devem ser entendidos como extrapolações e como exageros dos limites de como o estudo do direito processual civil na atualidade deve ser conduzido. São os reflexos, neste espaço da exposição da matéria, das considerações que, no n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I, foram tratadas como o aspecto *negativo* da instrumentalidade do processo.

Os atos processuais são e devem ser públicos, em estreita consonância com o "modelo constitucional do processo civil" (art. 93, IX, da Constituição Federal, v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II). As exceções constantes do art. 155 do Código de Processo Civil, que autoriza a prática de atos processuais em "segredo de justiça", estão, de sua parte, em perfeita consonância com os ditames constitucionais. Em sede de Recurso Especial Repetitivo, a 1ª Seção do STJ entendeu que: "As informações sigilosas das partes devem ser juntadas aos autos do processo que correrá em segredo de justiça, não sendo admitido o arquivamento em apartado", entendendo não haver, no Código de Processo Civil, "... nenhuma previsão para que se crie 'pasta própria' fora dos autos da execução fiscal para o arquivamento de documentos submetidos a sigilo" (REsp 1.349.363/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 22.5.2013, DJe 31.5.2013).

Os atos processuais devem ser praticados em português (art. 156), sendo admitida a tradução, por tradutor juramentado, de documentos redigidos em língua estrangeira (art. 157).

Os atos processuais são praticados por escrito. São as chamadas *petições*, que correspondem à redução a escrito de todos e quaisquer requerimentos formulados pelas partes (e por eventuais terceiros, isto é, intervenientes) ao longo de todo o procedimento. O art. 160 prevê, expressamente, a possibilidade de ser dado recibo de entrega das petições aos cartórios judiciais.

As *petições* são apresentadas nos protocolos dos cartórios judiciais respectivos (arts. 172, § 3º, e 176), salvo os casos em que haja alguma regra excepcional. Assim, por exemplo, o art. 1º da Lei n. 9.800/1999 autoriza a prática de atos processuais por fax ou por tecnologia similar, desde que o original da transmissão chegue, ao juízo, nos cinco dias que se seguirem ao encerramento do prazo (art. 2º, *caput*).

Mais recentemente, por força da Lei n. 11.280/2006, que introduziu um parágrafo único no art. 154, passou a ser admitida a prática de atos processuais por *meios eletrônicos*, como, por exemplo, o *e-mail*. A prática veio a ser generalizada pela Lei n. 11.419/2006 – a cujo exame volta-se o n. 4.7, *infra* –, que, inclusive, acrescentou um § 2º ao art. 154, reiterando que "os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei", e é fortemente inspirada no princípio agasalhado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (n. 15 do

Capítulo 1 da Parte II). Para a aplicação e observância daquelas regras, contudo, é imperativo que se implemente, na infraestrutura dos Tribunais brasileiros, as condições exigidas pelos arts. 1º e 2º da Lei n. 11.419/2006 (arts. 14 e 18), ainda que o seu art. 19 considere válidas as práticas de ato processual por meio eletrônico antes da publicação daquela Lei "desde que tenham atingido a sua finalidade e não tenha havido prejuízo para as partes", diretriz que deve ser aplaudida diante do que consta do n. 4.6, *infra*, e do n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV.

No Estado de São Paulo, a exemplo do que se dá em alguns outros Estados e no âmbito da Justiça Federal, a Lei estadual n. 11.336/2003 disciplina o chamado "protocolo integrado" ou "protocolo descentralizado", que significa a possibilidade de uma petição dirigida a um determinado juízo ser protocolada perante cartório de outro juízo, viabilizando, com isto, uma maior mobilidade dos expedientes forenses entre as comarcas daquele Estado. A prática foi prevista expressamente pelo Código de Processo Civil, no âmbito dos recursos, como fazem prova os arts. 172, § 3º, 506, parágrafo único, e 547, parágrafo único. É por força deste último dispositivo legal, aliás, que já não havia como sustentar a subsistência da orientação contida na Súmula 256 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: "O sistema de 'protocolo integrado' não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça", que acabou sendo cancelada por aquele Tribunal, diante do advento da nova regra legal. A despeito disto, importa ressalvar o uso dos protocolos integrados para a apresentação de recurso extraordinário ou de recurso especial, consoante as normas locais admitam-na ou não, assunto ao qual se volta, em especial, o n. 6 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5.

Os casos em que a palavra oral pode ser empregada para a prática de atos processuais são absolutamente excepcionais e dependem de prévia autorização legal (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte IV). Assim, por exemplo, na discussão oral em audiência, colheita de testemunhos e depoimentos ou, ainda em audiência, a interposição *oral* do recurso de agravo retido (arts. 417, 457 e 523, § 3º).

4.3. **Tempo dos atos processuais**

Os atos processuais devem ser praticados em dias úteis das seis da manhã às oito da noite (art. 172, *caput*), salvo em casos excepcionais expressamente autorizados pelo magistrado (art. 172, § 2º) – sendo certo que a 1ª Turma do STF já teve oportunidade de reputar inconstitucional o dispositivo diante do art. 5º, XI, da Constituição Federal, que não generaliza as exceções nele previstas para quaisquer diligências judiciais no período noturno (RE 460.880/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 25.9.2007, DJE-36, 28.2.2008) – ou quando já iniciados antes das oito da noite (art. 172, § 1º). Quando o ato a ser praticado depender de petição, ela deverá ser apresentada ao protocolo respectivo no horário do expediente forense, observando-se as regras de organização judiciária local (art. 172, § 3º), ressalvando-se a hipótese de a petição ser apresentada por meio eletrônico, quando deve prevalecer o disposto no parágrafo único do art. 3º da Lei n. 11.419/2007 (v. n. 4.7, *infra*).

Não é admitida a prática de atos processuais nos domingos e nos feriados reconhecidos como tais por lei (art. 175). As exceções são as previstas nos arts. 173 e 174, que se coadunam suficientemente com o comando do art. 93, XII, da Constituição Federal, que passou a agasalhar o chamado "princípio da continuidade da atividade jurisdicional" (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II). Como os casos valorados pelo legislador são, em última análise, situações de urgência, não há qualquer incompatibilidade entre a previsão constitucional e a legal. Até porque, por força do mesmo dispositivo constitucional, é assegurado um plantão judiciário para os casos em que não houver expediente forense. Não há, portanto, nenhuma incompatibilidade entre o precitado dispositivo constitucional e os *feriados forenses*, assim entendidos os dias em que, por força de lei federal (para a Justiça Federal, v., por exemplo, o art. 62 da Lei n. 5.010/1966) ou local (para a Justiça do Estado de São Paulo, v., por exemplo, a Lei Complementar n. 701/1992 daquele Estado), não há expediente forense. Para a discussão sobre a dualidade de regimes dos *feriados forenses* na Justiça Federal e na Justiça Estadual há interessante acórdão da 3ª Turma do STJ. Trata-se do REsp 975.807/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j.m.v. 2.9.2008, DJe 20.10.2008.

O que não sobreviveu ao advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 e ao novo inciso XII do art. 93 já colocado em destaque é o período conhecido como "*férias* forenses" nos "juízos e tribunais de segundo grau", isto é, na primeira e na segunda *instâncias* (v. n. 4.5 do Capítulo 1, *supra*), respectivamente. Não que os magistrados, de primeira e de segunda instâncias, não tenham, eles próprios, direito a férias. Eles têm e continuam a ter este direito. O que não é mais tolerado desde o "modelo constitucional do processo civil" é que a *organização judiciária* paralise suas atividades por determinados períodos de tempo – 2 a 31 de janeiro e 2 a 31 de julho de cada ano, de acordo com o art. 66, § 1º, da Lei Complementar n. 35/1979, a "lei orgânica da magistratura nacional" – em função das férias dos magistrados. A distinção sempre esteve bem clara na Lei n. 5.010/1966, que organiza a justiça federal de primeira instância. De acordo com o seu art. 51, "as férias dos Juízes serão individuais e de sessenta dias, gozadas de uma só vez, obedecida a escala organizada pelo Conselho da Justiça Federal" e, em conformidade com o parágrafo único do dispositivo, "não haverá férias forenses coletivas".

4.3.1. Prazos

Os prazos dos atos processuais são temas que se relacionam intimamente à noção de *procedimento* (v. n. 6, *infra*). É por força da previsão de determinados espaços de tempo para a prática dos atos processuais que se consegue assegurar a fluência do procedimento, a passagem entre as diversas "etapas" do processo – e, dentro de cada uma delas, das "fases" do procedimento –, desde a provocação inicial da jurisdição até a satisfação derradeira daquele que faz jus à prestação da tutela jurisdicional.

A tendência do direito processual civil brasileiro é o estabelecimento de prazos *fixos* na lei; assim, por exemplo, são quinze dias que o réu tem para

apresentar a sua contestação (art. 297) e é de quinze dias o prazo para aquele que tem proferida uma sentença contra seus interesses apresentar seu recurso de apelação (art. 508). Isto, contudo, não quer dizer que, em algumas situações, estes prazos *legais* (porque fixados em lei) não aceitem contagem diferenciada. É o que se dá, para ilustrar, quando há litisconsortes (isto é: mais de um autor ou mais de um réu em um mesmo processo) com procuradores diversos (art. 191; v. n. 4.2 do Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I), quando a Fazenda Pública ou o Ministério Público atuam no processo (art. 188) ou, ainda, quando uma das partes é beneficiária da justiça gratuita, esteja ela representada por advogado ou por defensor público (art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950 para ambos e, especificamente para os defensores públicos, arts. 44, I; 89, I; e 128, I, da Lei Complementar n. 80/1994, na redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009). No REsp 1.106.213/SP, a 3ª Turma do STJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 25.10.2011, DJe 7.11.2011, entendeu que a regra também deve ser aplicada ao serviço de assistência judiciária mantido e organizado pelo Estado como, por exemplo, núcleo de prática jurídica mantido por universidade pública.

Há outras situações, contudo, em que o prazo para a prática do ato processual não é fixado em lei previamente. Nestes casos, diferentemente do que se dá com os prazos *legais*, cabe ao juiz conceder o prazo que entender suficiente para a prática do ato processual, levando em conta, como não poderia deixar de ser, a "complexidade da causa". É o que comumente é chamado de prazo *judicial*. A distinção tem fundamento no art. 177.

Se não houver prazo *legal* em sentido diverso nem indicação contrária nos casos de prazos *judiciais*, os prazos serão de cinco dias (art. 185).

Os arts. 181 e 182 dão ensejo à distinção entre os prazos *dilatórios* e os prazos *peremptórios*. Nestes, é vedado às partes e ao próprio juiz alterá-los, reduzindo-os ou ampliando-os; prevalece, para eles, o que é fixado pela lei. Naqueles, nos prazos *dilatórios*, as partes podem convencioná-los, reduzi-los (mais ainda quando disserem respeito a apenas um dos litigantes, art. 186) ou prorrogá-los, desde que requerida a dilação antes do término destes e desde que haja razão relevante para tanto. O próprio juiz, nos casos dos prazos dilatórios, pode alterá-los ou fixá-los consoante as necessidades do caso concreto. Assim, por exemplo, para apresentação dos "memoriais" em audiência de instrução e julgamento (art. 454, § 3º); na suspensão do processo (art. 265, II, observando-se o disposto no § 3º do mesmo dispositivo); na suspensão das atividades executivas (art. 791, II e III) e na fixação do prazo para contestar a "ação rescisória" (art. 491) ou a "ação popular" (art. 7º, IV, da Lei n. 4.717/1965). Em quaisquer casos, contudo, por força da parte final do art. 182, nos casos de comarca (ou seções judiciárias) em que for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos (dilatórios ou peremptórios) por até sessenta dias, excedíveis diante de situações de calamidade pública, de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo.

Há clássica distinção na doutrina entre os prazos "próprios" e os prazos "impróprios". Estes, os prazos destinados à prática dos atos processuais, pelo juiz; aqueles, pelas partes.

A não observância de um prazo *próprio* acarreta a perda da possibilidade

da prática do ato processual correspondente. É o que se chama de "preclusão *temporal*" (v. n. 4.5, *infra*). A falta de prática dos atos processuais nos seus devidos prazos, ademais, pode acarretar consequências processuais e profissionais para os entes dotados de capacidade postulatória, como os advogados, privados e públicos, e os membros do Ministério Público (arts. 195 a 197).

Nos casos de prazos *impróprios*, lê-se, tradicionalmente, que sua não observância não tem qualquer significado para o processo porque o juiz, em última análise, não deixará de poder praticar o ato. O entendimento encontra arrimo no art. 187, segundo o qual, havendo motivo justificado, é lícito a qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, exceder "em igual tempo" os prazos legais.

A doutrina merece reexame urgente à luz do "modelo constitucional do processo civil" – em especial à luz do art. 5º, LXXVIII (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II) e da alínea "e" do inciso II do art. 93 (v. n. 2.1 do Capítulo 4 da Parte II) –, mais ainda quando levada em consideração a solução que o sistema infraconstitucional reserva para o assunto nos arts. 198 e 199 e diante do estabelecimento expresso de prazos para que os magistrados pratiquem atos processuais no art. 189, e, dirigindo-se ao escrivão, a determinação de que os atos de mero impulso também sejam praticados em prazos fixados na lei (arts. 190, 193 e 194). Não fosse suficiente, com os olhos voltados uma vez mais ao "modelo constitucional do processo civil", diante das atribuições reconhecidas expressamente ao Conselho Nacional de Justiça, em especial a do art. 103-B, § 4º, III.

4.3.1.1. Contagem dos prazos

Os prazos processuais têm um termo inicial, em geral identificado pela expressão latina *dies a quo*, quando a fluência do prazo tem *início*, e um termo final, identificado pela expressão latina *dies ad quem*, quando tem fim a fluência do prazo e, consequentemente, a possibilidade da prática do ato processual.

No plano do direito processual civil, a contagem dos prazos deve ser feita de acordo com o *caput* do art. 184, isto é, exclui-se o *dia* do início de sua fluência e inclui-se o *dia* do vencimento.

Embora o dispositivo seja silente a respeito, nos casos em que o prazo processual é contado em *horas* (arts. 39, parágrafo único, II, 190, 192, 196, 267, § 1º, 296, 549, 552, § 1º, e 630), a mesma lógica deve ser observada. Exclui-se, destarte, a hora de início e inclui-se a hora do vencimento. Nestes casos, é importante que a hora inicial seja documentada suficientemente, claro a respeito o art. 190, parágrafo único.

A regra é mais bem precisada nos parágrafos do dispositivo. De acordo com o § 2º do art. 184, o *dies a quo* é o primeiro dia útil que se seguir à intimação. Se a data de vencimento for feriado, se o fórum fechar mais cedo ou se o expediente forense encerrar-se mais cedo, o *dies ad quem* fica prorrogado para o primeiro dia útil. É a regra do § 1º do art. 184.

Por força da remissão feita pelo § 2º do art. 184, é importante que ele seja interpretado em conjunto com o art. 240, em especial seu parágrafo único.

A superveniência de feriados não interfere na fluência de prazos; os feriados não *interrompem* a fluência dos prazos processuais, consoante a regra clara do art. 178. O que pode ocorrer é que, sendo o *dies ad quem* dia feriado, o ato processual poderá ser praticado no primeiro dia útil que a ele se seguir (art. 184, § 1º).

No caso das *férias* forenses, contudo, a hipótese não é de *interrupção* mas de *suspensão* de prazos processuais, como disciplina o art. 179. Por *suspensão* do prazo deve ser entendida a circunstância de a fluência do prazo ficar paralisada até o final das férias. Quando elas acabarem, o prazo volta a correr do dia em que foi *suspenso*. Um exemplo: no décimo dia da fluência do prazo recursal de uma apelação (que é, em regra, de quinze dias, art. 508), advém o período de férias forenses. Quando elas se encerrarem, haverá mais cinco dias para a apresentação do recurso.

Vale frisar, a propósito do assunto tratado no último parágrafo, que o inciso XII do art. 93 da Constituição Federal eliminou o período de férias forenses na primeira e na segunda instâncias, ao impor que "a atividade jurisdicional será ininterrupta" (v. n. 4.3, *supra*). Assim sendo, o disposto no art. 179 do Código de Processo Civil tenderá a ter aplicação bastante mais restrita, bem assim todos os dispositivos legais que se referem, de uma forma ou de outra, à suspensão ou vedação da prática de atos processuais em função do advento das "*férias* forenses". O dispositivo constitucional, vale o destaque, é de "eficácia imediata" e, por isto, não depende da aprovação do "Estatuto da Magistratura", a que se refere o *caput* do art. 93.

Decorrido o tempo respectivo, isto é, o intervalo entre o *dies a quo* e o *dies ad quem*, o prazo extingue-se independentemente de declaração judicial. É o comando do art. 183 que aceita, contudo, a comprovação de que o ato processual não foi realizado por "justa causa". "Justa causa", é o § 1º do dispositivo quem explica, é o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que, por si só, impede a prática do ato. Reconhecida a justa causa, o juiz assinará novo prazo para a prática do ato (art. 183, § 2º).

4.3.2. Direito intertemporal processual

Sobre o "tempo dos atos processuais" ainda cabe uma consideração a respeito do difícil tema do "direito intertemporal processual", assim entendida a análise dos efeitos da lei nova para o processo e para os atos processuais nele praticados. Trata-se de tema complexo não só no que diz respeito à fixação de suas premissas teóricas mas também pelo inafastável casuísmo que ele acaba gerando e impondo para exame.

Tal dificuldade justifica-se, ademais, porque não há nenhuma regra geral no Código de Processo Civil sobre o assunto. Seu art. 1.211 limita-se a regrar sua própria entrada em vigor, ao estabelecer que "suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". O que existe são as regras gerais da aplicação de qualquer lei no tempo, constantes do art. 2º da "Lei de Introdução ao Código Civil" (Decreto-lei n. 4.657/1942), segundo as quais a lei mais recente e

específica prevalece sobre a mais antiga e genérica.

Contudo, o tema que poderia ser considerado meramente teórico, de interesse apenas e tão somente acadêmico, tem despertado frequentes discussões até por força das constantes reformas do Código de Processo Civil que, na sua grande maioria, também não se ocupam de regular os efeitos de sua própria aplicação nos processos em curso. A cada nova lei processual civil põe-se a questão relativa a saber se ela pode, ou não, incidir nos processos iniciados antes de seu advento e, se positiva a resposta, a partir de que instante e para disciplinar que atos ela pode ser utilizada.

De qualquer sorte, a doutrina do direito processual civil desenvolveu com razoável margem de segurança que as novas leis processuais incidem nos processos em curso, a não ser que haja alguma lei em sentido contrário. Assim, sem comando em sentido contrário, as novas regras incidem nos processos em curso, significando isto que a nova lei regerá os atos processuais praticados a partir de então.

A dificuldade daí decorrente é saber em que atos processuais (assim entendidos os atos praticados pelos juízes, pelos serventuários da justiça, pelas partes e pelos intervenientes a qualquer título) a nova lei processual incide. Para tanto, a doutrina desenvolveu a distinção entre a incidência *imediata* da nova lei e a incidência *retroativa* da nova lei. Esta, *vedada* – até porque pensamento contrário agrediria o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (e há consenso quanto à existência de "direitos adquiridos" e "atos jurídicos perfeitos" no plano do processo); aquela, a incidência *imediata* da nova lei, *necessária*. Até porque as leis de processo são de ordem pública, a impor, por razões que vão além do interesse das partes, sua aplicação *imediata*. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de acentuar, a esse respeito, que importa sempre distinguir a retroatividade da lei da sua incidência imediata nos processos em curso, em consonância com o "princípio *tempus regit actum*", vedado o atingimento de situações jurídico-processuais consolidadas sob o regime de lei anterior (REsp 1.205.946/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.m.v. 19.10.2011).

Para discernir a incidência *retroativa* (vedada) da incidência *imediata* (permitida) da lei nova, a doutrina acabou por cunhar o chamado "princípio do isolamento dos atos processuais", segundo o qual cada ato processual deve ser regido pela lei vigente no instante em que o ato, em si mesmo considerado, pode ser praticado.

Há, contudo, uma dificuldade na aplicação do princípio. É que os atos do processo não são isolados e independentes entre si. Pelo contrário, eles são concatenados, logicamente ligados e relacionados para a prática de outros atos deles dependentes e, por isto, o tema "procedimento" (v. n. 6, *infra*) é tão importante no direito processual civil. Tanto que a nulidade de um tem tudo, como regra, para afetar a validade do outro praticado posteriormente e dele, por isto mesmo, dependente com maior ou menor intensidade (v. n. 4.6, *infra*).

E ainda mais: os atos processuais são destinados, em última análise, à prática de um ato culminante, a sentença, que, ao *reconhecer* o direito, abre caminho para sua *realização concreta* tal qual reconhecido, ou, embora de

maneira frustrante, que reconhece não haver condições mínimas para o exercício da função jurisdicional. Nestas condições, o isolamento, puro e simples, dos atos processuais não é das tarefas mais fáceis de ser realizadas.

Disto decorrem algumas conclusões

Primeira: todos os atos processuais praticados antes da entrada da nova lei processual civil devem ser respeitados e seus efeitos não podem ser desfeitos.

Segunda: todos os atos processuais ainda não praticados sob a égide da lei "velha" serão praticados com total observância da lei processual civil nova. A exceção a isto fica por conta de eventual disposição em sentido contrário trazida pela lei nova.

Terceira: a entrada em vigor da lei nova, quando está em curso a prática de atos processuais, deve respeitar os efeitos já consumados, sendo sua aplicação de rigor para disciplinar os novos efeitos que ainda se esperam. A lei nova, por assim dizer, captura e passa a reger tudo aquilo que não contradiz, que não anula, que não elimina a lógica, os efeitos e os próprios atos anteriores.

Um exemplo ilustrará suficientemente a aplicação prática destas conclusões, verdadeiros "guias" para auxiliar o intérprete e o aplicador do direito em todos os problemas de direito intertemporal processual civil que lhe sejam postos para solução. Ir além extrapolaria os limites e a proposta deste *Curso*.

Para tanto, vale recordar o art. 515, § 4º, até porque ele trata de assunto que ocupa o n. 3.4.2, *supra*. O parágrafo foi criado pela Lei n. 11.276/2006 e entrou em vigor no dia 9 de maio de 2006.

A incidência imediata da regra significa que a partir da data em que a lei entrou em vigor (isto é, que reuniu condições suficientes de ter eficácia, de produzir seus regulares efeitos) passou-se a reconhecer que os Tribunais – e, com isto, eliminou-se dúvida de parcela da doutrina tratada pelo n. 6.1 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 5 –, ao identificar nulidades sanáveis, têm a possibilidade de determinar, desde logo, seu saneamento com vistas ao prosseguimento do julgamento. Não existe, para a parte que poderia, pelo menos em tese, ser beneficiada pelo reconhecimento da nulidade, um "direito adquirido" ao não saneamento. Isto mesmo que o ato tido como viciado houvesse sido praticado muito antes da entrada em vigor da nova lei. É que a perspectiva de análise da questão é a em que os efeitos dos atos processuais devem ser sentidos ao longo do tempo (ao longo de todo o processo) e, por isto, se eles apresentam algum vício, é dado, mesmo em grau de recurso, saneá-los, levando em conta as diretrizes indicadas pelo n. 4.6, *infra*, e que são expostos de perspectiva um pouco diversa no n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV, à guisa da apresentação dos "princípios infraconstitucionais do processo civil".

4.4. **Lugar dos atos processuais**

De acordo com o art. 176, os atos processuais serão praticados, em regra, na "sede do juízo". A prática de atos processuais em outros lugares justifica-se consoante o caso, forte na noção de interesse da justiça – assim, por exemplo, para as oitivas de testemunhas, nos casos dos arts. 410, III, e 411, e para a

realização da inspeção judicial, no caso do art. 442 – ou de obstáculo arguido por uma das partes e reconhecido pelo magistrado.

Uma das características da jurisdição, disto tratou o n. 3.5 do Capítulo 1, *supra*, é a sua indelegabilidade, noção à qual vincula-se a concepção de que cada juiz deve exercer a jurisdição em um território previamente demarcado. De acordo com o art. 200, todos os atos processuais praticados na sede do juízo – no território onde o órgão tem jurisdição – serão cumpridos por *ordem judicial*. Nos casos em que a prática do ato se der fora dos limites territoriais da sede do juízo (isto é, fora dos limites territoriais da comarca, em se tratando de justiça estadual, ou seção judiciária, em se tratando de justiça federal), haverá, ainda de acordo com o mesmo dispositivo de lei, necessidade de expedição do que a lei processual civil chama de "cartas".

O art. 201 distingue três espécies de cartas. A "carta de ordem", que veicula ordem dos Tribunais aos órgãos jurisdicionais a ele subordinados; a "carta rogatória", que é a solicitação para que uma autoridade judiciária estrangeira pratique em seu território algum ato relevante para processo que tem curso no Brasil; e a "carta precatória", que requer a prática de atos processuais "nos demais casos", isto é, toda vez em que o ato processual tiver de ser realizado fora dos limites territoriais da sede do juízo no mesmo grau de jurisdição e em território brasileiro.

O art. 202 disciplina os requisitos que devem ser observados na expedição de cada uma das cartas indicadas no parágrafo anterior. O prazo em que o ato processual deverá ser realizado é objeto de previsão expressa no art. 203. A falta de qualquer requisito exigido poderá ser causa para recusa de seu cumprimento (art. 209, I), tanto quanto a ausência de competência do juízo deprecado (art. 209, II) e quando houver dúvida acerca da autenticidade da carta (art. 209, III). É possível também que o juízo deprecado busque informações junto ao deprecante, *suspendendo* o cumprimento da carta, sem que a iniciativa seja entendida como a recusa de que trata o precitado art. 209 (STJ, 3ª Turma, REsp 1.203.840/RN, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 6.9.2011, DJe 15.9.2011).

O art. 204 cuida do que em geral é identificado como o "caráter itinerante das cartas", isto é, embora ela tenha sido dirigida a uma específica autoridade judiciária (art. 202, I), ela, a carta, poderá ser reencaminhada em maiores formalidades para outro juízo que tenha competência para a prática do ato.

O art. 205 autoriza, nos casos de urgência, que a carta seja transmitida por "telegrama, radiograma ou telefone", observando-se, nos dois primeiros casos, os requisitos de forma do art. 202. Não há como recusar, à luz dos avanços tecnológicos, que as cartas podem ser transmitidas também por meios eletrônicos, aí incluído não só o fax mas também o *e-mail*. O que se põe nestes casos, e é expressamente exigido pela lei processual civil, é que se possa garantir a autenticidade do requerimento ou da ordem judicial, interpretação que vem ao encontro do novo § 3º do art. 202, incluído pela Lei n. 11.419/2006 (v. n. 4.7.1, *infra*).

Com relação às cartas rogatórias, há espaço para duas observações mais específicas.

A primeira: a leitura sistemática do art. 210 conduz aos casos em que a carta rogatória terá trâmite facilitado em virtude de tratados ou convenções internacionais assinadas e ratificadas pelo Brasil. Assim, por exemplo, o que se dá com o chamado "Protocolo sobre Medidas Cautelares", assinado pelos países componentes do Mercosul, dentre eles o Brasil, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 192/1995 e promulgado pelo Decreto n. 2.262/1998. A finalidade daquele Protocolo é a de regulamentar, entre os membros do Mercosul, o cumprimento de medidas cautelares "destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer ou de não fazer". Trata-se de hipótese que se relaciona ao que o n. 7.5 do Capítulo 1 da Parte I chamou de "direito processual transnacional". À falta de algum acordo entre os países interessados, o cumprimento da precatória dar-se-á por "via diplomática".

O art. 211 do Código de Processo Civil, é esta a segunda observação, conduz ao art. 105, I, *i*, da Constituição Federal e à competência que, em função da Emenda Constitucional n. 45/2004, é reconhecida ao Superior Tribunal de Justiça (não mais ao Supremo Tribunal Federal) para que aquele órgão jurisdicional outorgue o chamado "*exequatur*" às cartas rogatórias expedidas por autoridades judiciárias estrangeiras requerendo a prática de atos processuais em território brasileiro.

4.4.1. Comunicação dos atos processuais: citações e intimações

Os atos processuais, sempre entendidos como os atos jurídicos em geral, que têm relevância para o plano do processo, devem ser praticados – isto foi exposto pelo n. 4.3, *supra* – em determinado espaço de tempo. Para que este determinado espaço de tempo – prazo – flua, é mister que haja *formalmente* seu início, o *dies a quo*. É a partir deste fato, aliás, que será possível verificar qual é o *dies ad quem*, isto é, o dia em que o prazo encerra-se e, com ele, a faculdade de sua prática.

Os arts. 213 a 233 ocupam-se, especificamente, da "citação". "Citação", define-a, suficientemente, o art. 213, é "o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender". Trata-se, a análise é do n. 3.1.3, *supra*, de imposição do "modelo constitucional do processo civil".

A citação, contudo, é ato formal e, nesta qualidade, até mesmo pela gravidade em torno da *existência jurídica* do processo (v. n. 3.1.3, *supra*), deve observar determinadas regras que a lei processual civil impõe, assim, por exemplo, a vedação de ser realizada a citação nos casos do art. 217, salvo situação de perecimento de direito e sem a observância do disposto no art. 218 quando se verificar ser o réu demente ou estar impossibilitado de recebê-la.

O que cabe destacar pelo momento, para fins de uma teoria geral do direito processual civil, é que a lei processual civil brasileira admite que a citação seja realizada *pessoalmente* ou *fictamente*.

A "citação pessoal" é aquela realizada na própria pessoa do réu, com observância das regras do art. 215, independentemente de onde ele seja

encontrado (art. 216). A "citação pessoal" pode realizar-se – e é esta a regra – pelo correio, com envio de carta com aviso de recebimento (cuja exigência é evidenciada pela Súmula 429 do STJ) ou por oficial de justiça, nos casos do art. 222 (art. 224). Tanto em um como em outro caso, a "*carta* citatória" ou o "*mandado* citatório", respectivamente, devem observar os requisitos dos arts. 223, 225, 226 e o disposto no art. 285 (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II), embora a falta da advertência prevista naquele dispositivo não invalide a citação mas apenas impede que se presumam verdadeiros os fatos alegados pelo autor (STJ, 4ª Turma, REsp 410.814/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 6.11.2007, DJe 9.6.2008). É válida a citação postal mesmo quando a "carta citatória" for recebida por empregado da pessoa jurídica ré que não detém poderes para sua representação (STJ, CE, EREsp 249.771/SC, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 7.11.2007, DJ 3.12.2007, p. 247).

A Lei n. 11.419/2006, ao incluir um novo inciso IV no art. 221 do Código de Processo Civil, passou a admitir que as citações sejam feitas por meio eletrônico, desde que observados os critérios impostos por aquele mesmo diploma legislativo, em especial em seus arts. 1º, 2º, 5º e 6º, assunto ao qual se volta o n. 4.7.1, *infra*.

A "citação ficta" é a citação em que o réu não é encontrado pessoalmente mas em que a lei autoriza presumir que ele tenha tomado ou venha a tomar ciência do processo instaurado contra si e de seus ônus daí derivados, o primeiro deles, a apresentação da defesa. A citação ficta admite duas situações.

A primeira delas é a regida pelos arts. 227 a 229, a chamada "citação por hora certa". Ela se justifica naqueles casos em que o oficial de justiça reúne elementos suficientes para desconfiar que o réu se ocultou. Esta modalidade citatória recebe este nome porque o oficial de justiça comunicará pessoa da família do réu ou vizinho de que no dia seguinte, em *hora certa*, retornará ao local para completar a diligência citatória. Se o réu estiver lá, a citação será feita na sua pessoa; caso contrário, a citação será feita ao membro da família ou vizinho. O escrivão, nestes casos, enviará uma carta para o réu dando conta do acontecido.

A segunda modalidade de "citação ficta" é a chamada "citação por edital", que se justifica nos casos indicados no art. 231, que podem ser entendidos amplamente como os casos em que não há condições objetivas de localização do réu ou, até mesmo, de saber quem ele é (o que acontece com bastante frequência nas chamadas "ações de usucapião", art. 942, e nas chamadas "ações possessórias", arts. 920 a 933). Os requisitos do edital são os do art. 232. Dada a gravidade desta modalidade citatória, mais ainda quando analisada da perspectiva do "modelo constitucional do processo civil", o art. 233 sanciona severamente a parte que requerer a citação por edital fora dos casos autorizados pela lei processual civil.

Por força do "princípio do contraditório", e também em função do "princípio da ampla defesa", nos casos em que a citação for realizada de forma *ficta* e quando o réu for revel, impõe-se a nomeação, para ele, de um "curador especial" (art. 9º, II), função a ser desempenhada por um defensor público (art.

4º, XVI, da Lei Complementar n. 80/1994, na redação da Lei Complementar n. 132/2009), com vistas à defesa dos interesses do réu. Suficientemente ilustrativa acerca do alcance da regra codificada a Súmula 38 do TJSP: "No pedido de falência, feita a citação por editais e ocorrendo a revelia, é necessária a nomeação de curador especial ao devedor".

Feita a citação, abre-se para o réu o prazo para apresentação de suas defesas. Sua fluência conta-se de acordo com as regras do art. 241: (*a*) no caso de citação pelo correio, da juntada do aviso de recebimento aos autos; (*b*) no caso de citação por oficial de justiça, quando da juntada do mandado cumprido aos autos; (*c*) quando houver vários réus ("litisconsórcio passivo"), data de juntada do último comprovante de citação cumprida, tenha ela, a citação, sido realizada pelo correio ou por oficial de justiça; (*d*) quando a citação realizar-se por carta de ordem, carta rogatória ou carta precatória, da sua juntada aos autos devidamente cumprida; e (*e*) quando a citação tiver sido realizada por edital, terminado o prazo assinado pelo juiz (art. 232, IV).

É importante destacar que, à luz do *caput* do art. 184, o início do prazo para apresentação das defesas pelo réu propriamente dito dar-se-á no primeiro dia útil que se seguir aos eventos descritos no art. 241. É que, para todos os fins, a contagem dos prazos no direito processual civil exclui o dia de seu início, que corresponde ao que disciplina o dispositivo aqui analisado.

A citação, os parágrafos anteriores terão deixado isto claro, relaciona-se à ciência formal do réu de que há processo contra ele e, consequentemente, à sua convocação para se defender. Trata-se, portanto, de uma modalidade de comunicação para a prática de específicos atos processuais. Todos os demais atos processuais, contudo, também dependem de escorreita fluência, sendo importante, por isto mesmo – mais ainda à luz dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, nos termos expostos nos ns. 4 a 6 do Capítulo 1 da Parte II –, analisar o tema relativo às *intimações* processuais. Intimação, é o art. 234 que apresenta satisfatória definição, "é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que se faça ou deixe de fazer alguma coisa". O juiz determina a sua realização "de ofício" (art. 235), isto é, sem a necessidade de que ele seja provocado pelas partes ou por eventuais intervenientes. A regra é reflexo do "impulso processual" do art. 262.

Nos locais onde há imprensas judiciárias – o Distrito Federal e as capitais dos Estados as têm (art. 236, *caput*) –, os chamados "diários oficiais" ou "diários da justiça", a intimação considera-se feita com a publicação naqueles veículos de comunicação. É o que se extrai da leitura conjunta dos arts. 236, *caput*, e 237. É possível que se requeira que a intimação seja feita especificamente no nome de um dos vários advogados do processo. Deferido o pedido, a intimação feita em nome de outro advogado contraria o disposto no § 1º do art. 236 (STJ, CE, EREsp 812.041/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j.m.v. 21.9.2011, DJe 16.12.2011).

Onde existe o chamado "Diário da Justiça *eletrônico*" – que nada mais é do que a transformação, rente aos avanços tecnológicos, do *meio* de veiculação das informações processuais, com a *substituição* do papel pelo ambiente eletrônico –, a intimação considera-se feita no primeiro dia útil que seguir à "data

da *publicação*", assim considerado o primeiro dia útil seguinte ao da *disponibilização* da informação no Diário da Justiça eletrônico, isto é, a colocação do Diário da Justiça *on-line*, entendimento decorrente dos §§ 3º e 4º do art. 4º da Lei n. 11.419/2006, aplicáveis à espécie, por força do parágrafo único do art. 237, introduzido pela mesma Lei ao Código de Processo Civil. Aqueles dispositivos, importa destacar, estabelecem uma distinção entre a data da *disponibilização* das informações no ambiente eletrônico e a data de sua *publicação*. É no primeiro dia útil que se segue a esta, à *publicação*, que tem início o prazo para a prática dos atos processuais e não da mera *disponibilização* das informações no *site* apropriado ou na página do Tribunal respectivo.

Onde não houver "diário oficial" ou "diário da justiça eletrônico" – e a versão *eletrônica* deve ser disponibilizada pelos respectivos Tribunais gratuitamente, indevida a sua comercialização, como decidiu o CNJ no Pedido de Controle Administrativo n. 552 (relator o Conselheiro Felipe Locke Cavalcanti, j. 9.10.2007) –, as intimações serão realizadas preferencialmente pelo correio (arts. 238 e 239) ou, se frustradas, por oficial de justiça (arts. 237, I, e 239) e, até mesmo, por edital quando ocorrentes as situações do art. 231. É esta a melhor interpretação que decorre dos dispositivos destacados.

O parágrafo único do art. 237, incluído pela Lei n. 11.419/2006, além de permitir que as intimações sejam feitas de "forma eletrônica" também autoriza que elas sejam realizadas "em portal próprio", hipótese em que devem ser observados os critérios impostos por aquele mesmo diploma legislativo, em especial em seus arts. 1º, 2º e 5º, situação que não se confunde com a intimação feita pelo "Diário da Justiça eletrônico" examinada pelo penúltimo parágrafo (v. n. 4.7.1, *infra*). As intimações são dirigidas aos advogados ou às partes, consoante o caso. A intimação dirigida diretamente às partes, contudo, só deve se justificar nos casos em que a lei expressamente a preveja. Assim, por exemplo, nos casos em que há abandono da prática dos atos processuais (art. 267, II e III c/c §§ 1º e 2º); nos casos de depoimento pessoal (art. 343, § 1º); ou, ainda, quando a parte não tiver advogado constituído nos autos (arts. 652, § 4º, e 687, § 5º). Nas demais hipóteses, à falta de lei expressa, em sentido contrário, deve prevalecer o entendimento de que a intimação, que é ato que envolve a prática de algum ato processual, deve ser dirigida a quem detém "capacidade postulatória" (v. n. 3.2.5, *supra*). De acordo com o parágrafo único do art. 238, presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço residencial ou comercial constante dos autos, cabendo às partes (e a eventuais intervenientes) atualizá-lo e mantê-lo atualizado ao longo de todo o processo, generalizando-se, assim, a regra que já constava do inciso II e respectivo parágrafo único do art. 39.

Mesmo quando as intimações são dirigidas àqueles que detêm "capacidade postulatória", contudo, a lei exige, em algumas hipóteses, que elas sejam feitas "pessoalmente", o que significa acentuar ser insuficiente a publicação do ato no "diário oficial" ou "diário da justiça" (inclusive o "eletrônico", por força do que dispõe o § 2º do art. 4º da Lei n. 11.419/2006) ou, até mesmo, a expedição de *carta* de intimação. É o que se dá com os membros do Ministério Público (art. 236, § 2º), com os advogados da União (art. 38 da Lei

Complementar n. 73/1993 e, de forma mais clara, o art. 6º, *caput*, da Lei n. 9.028/1995), aplicável para estes também o disposto no art. 237, II, quando o advogado da União não residir na sede do juízo (art. 6º, § 2º, da Lei n. 9.028/1995, incluído pelo art. 2º da Medida Provisória n. 2.180-35/2001), orientação que prevaleceu na 1ª Seção do STJ quando julgou o REsp 1.352.882/MS, Recurso Especial Repetitivo, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 12.6.2013, DJe 28.6.2013), e com os Defensores Públicos (art. 44, I; art. 89, I; e art. 128, I, da Lei Complementar n. 80/1994, na redação da Lei Complementar n. 132/2009; v. STJ, 1ª Turma, REsp 1.035.716/MS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 20.5.2008, DJe 19.6.2008) ou, naqueles Estados que o permitam, com os advogados que atuam em defesa dos necessitados (art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950). A única exceção que parece possível a este entendimento é a que decorre do § 6º do art. 5º da Lei n. 11.419/2006, que pressupõe a realização das intimações em "portais próprios" e prévio (e presencial) cadastramento. Ao assunto, bem assim, a uma exposição mais completa daquele diploma legal, volta-se o n. 4.7.1, *infra*.

4.5. **Preclusão**

Tema que diz respeito intimamente à prática dos atos processuais e à ocorrência de *fatos* processuais (v. n. 4, *supra*) é o relativo à preclusão. Por "preclusão" deve ser entendida a perda da possibilidade da prática de um ato processual em virtude de algum acontecimento. É instituto umbilicalmente ligado à noção de *ônus* quando relativo às partes.

A doutrina costuma apresentar três espécies de preclusão.

A "preclusão *temporal*" é relativa à impossibilidade da prática de algum ato processual em virtude do transcurso do lapso de tempo que a lei reservava para a sua prática. Por exemplo: o art. 297 reserva o prazo de quinze dias para que o réu apresente suas "defesas" (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I). Caso não o faça ou faça depois da fluência do prazo – depois do advento do *dies ad quem* –, o caso é de preclusão *temporal*. Ele será, diante disto, considerado *revel*, e determinadas consequências jurídicas poderão ser sentidas diante deste estado de fato (arts. 319 a 322; v. n. 11 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 2, tomo I).

A "preclusão *lógica*" relaciona-se à noção da impossibilidade da prática de determinado ato processual por causa da prática de outro com ele incompatível. Assim, para ilustrar a afirmação, quando o réu, a quem é imposto, por sentença, o dever de pagar uma determinada soma de dinheiro ao autor, pretende recorrer daquela decisão (recurso de apelação, art. 513) mas efetua o pagamento diretamente ao autor sem fazer qualquer ressalva (art. 503, parágrafo único).

A "preclusão c*onsumativa*", por fim, justifica-se como o óbice de praticar um ato processual que foi realizado de maneira defeituosa. É o caso de o autor, quando deferida a produção de prova pericial, nomear o seu "assistente técnico" (auxiliar de sua confiança na discussão do exame da questão técnica, alheia ao conhecimento do magistrado) mas deixar de apresentar "quesitos", isto é, as

perguntas que deverão ser respondidas, para melhor análise, durante a realização daquela prova. Como o prazo para a prática destes dois atos processuais é único (art. 421, § 1º, I e II), a prática de um só deles "consuma" (leva a termo) o prazo para a do outro, inviabilizando a sua emenda.

A maior parte da doutrina nega que o fenômeno da preclusão possa dizer respeito à prática de atos processuais pelo juiz. É amplamente negada, com efeito, a ocorrência da chamada "preclusão *pro iudicato*" (preclusão para o juiz). Analisada a questão no contexto das considerações que ocupam os parágrafos anteriores, é, com efeito, difícil verificar em que medida o fenômeno pudesse dizer respeito ao magistrado. No entanto, para este *Curso*, nada há de equivocado em entender que o magistrado fica sujeito a determinadas *estabilizações* expressas na lei para determinadas decisões judiciais proferidas a partir do legítimo exercício jurisdicional, excetuadas, é certo, as hipóteses em que a própria lei admite o reexame, como se dá, por exemplo, com relação ao art. 267, § 3º, e os pressupostos processuais e as condições da ação (STJ, 3ª Turma, REsp 999.348/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 18.12.2007, DJ 8.2.2008, p. 686). Assim, por exemplo, nos arts. 471 e 473; de forma menos clara, nos arts. 273, § 4º, 807, e, até mesmo, no art. 810, que se justificam pelos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e, superiormente, pelo princípio da segurança jurídica. Chamar tais *estabilizações* de preclusão *pro iudicato* é o menos importante; o que não é possível de ser negado é que elas existem e são aceitas pela doutrina em geral. O tema é examinado com maior profundidade ao longo deste *Curso*, quando ele se ocupa da coisa julgada (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I) e da tutela cautelar (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 4).

4.6. **Nulidades processuais**

Preocupação constante em todos os números anteriores, é importante que isto fique claro, é a relativa à *forma* dos atos processuais. Embora o assunto tenha recebido no n. 4.2, *supra*, aproximação mais direta, todos os desdobramentos relativos aos "atos processuais" voltam-se a ele. Assim, por exemplo, quando os arts. 223 e 225 regulam os requisitos da carta e do mandado de citação, respectivamente; quando o art. 232 ocupa-se dos requisitos de um edital de citação – ou quando o art. 686 ocupa-se das exigências de um edital de alienação *judicial* de bens –; ou quando o art. 202 regula o que devem conter as cartas de ordem, precatória e rogatória. Mesmo no que diz respeito aos sujeitos que podem, ou não, praticar os atos processuais, e os prazos em que eles podem, ou não, ser praticados.

A *forma* dos atos processuais em geral, contudo, deve ser entendida em seu devido contexto, levando em conta necessariamente as considerações apresentadas no n. 2 e ss. do Capítulo 2 da Parte I, a respeito do pensamento contemporâneo do direito processual civil. A observância da "técnica processual" deve ser mitigada à luz do atingimento concreto das finalidades maiores do Estado-juiz e, por isto mesmo, de seu método de atuação, que é o processo. A

forma dos atos processuais deve ser entendida, por isto mesmo, como uma preconcepção do legislador de que a finalidade do ato só poderá ser atingida se observada aquela específica forma. Desde que a finalidade do ato seja alcançada, contudo, mesmo sem a observância irrestrita, completa, perfeita e acabada da *forma*, *e* desde que isto não acarrete qualquer prejuízo para as partes e seus direitos processuais e para o próprio processo, não há razão para declarar o defeito do ato processual, sua nulidade, entendida a palavra em sentido amplo, qual seja, como sinônimo de desconformidade ao direito, quer tal desconformidade se localize no plano da *existência* ou no plano da *validade*. É a admissão de que o magistrado do caso concreto pode, forte na realização do "modelo constitucional do processo civil", *completar* a tarefa do legislador, indo além do que a *letra* da lei dispõe, com vistas ao atingimento maior do exercício da função jurisdicional, que é a prestação da tutela jurisdicional.

Está superada a concepção clássica de que o atingimento das *finalidades* dos atos jurídicos em geral – e os relativos ao direito processual civil em particular – dependia invariavelmente da observância irrestrita da *forma* exigida pela lei. A *forma* no direito processual civil não é, por si só, decisiva. Só há defeito no ato processual na medida em que a não observância da forma puder acarretar algum prejuízo no atingimento das finalidades do ato concretamente praticado ou prestes a sê-lo.

O próprio Código de Processo Civil prevê, expressamente, esta solução. Não só no *caput* do art. 154, que estabelece o que pode ser chamado de "princípio da liberdade das formas" (porque os atos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei a impuser expressamente), mas também quando se verifica, por exemplo, em casos específicos como a falta ou o defeito de citação, que se supre (no sentido de ser irrelevante, de dever ser desconsiderada) quando o réu comparece espontaneamente (art. 214, § 1º).

O Código de Processo Civil fornece a ampla diretriz que ecoa na doutrina e na jurisprudência e que justifica as considerações dos parágrafos anteriores. Os arts. 154, *caput*, 244, 249*, caput*, e §§ 1º e 2º, 250 e 295, V, com efeito, dão ensejo à formulação de verdadeiro *princípio infraconstitucional do direito processual civil* – o "princípio da instrumentalidade das formas" ou da "conservação dos atos processuais" ou da "finalidade", assunto que é retomado pelo n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV –, ao estabelecerem, com segurança, que não há invalidade no plano do processo pelo tão só descumprimento da forma. O que releva mais é verificar se e em que medida a *finalidade* do ato foi ou não alcançada e, por isto mesmo, constatar que o plano da *eficácia* do ato mitiga ou, quando menos, tende a mitigar, de alguma forma, eventuais defeitos derivados do plano da *existência* ou do plano da *validade*.

Todos os defeitos processuais, quer se localizem no plano da *existência* jurídica ou no plano da *validade*, devem ser entendidos como sanáveis. Todos os esforços da doutrina e do magistrado, em cada caso concreto, devem ser praticados no sentido de saneá-los, aproveitando os seus efeitos ou determinando a sua renovação para aproveitamento dos outros atos processuais que lhe são anteriores e que foram devidamente realizados. A *forma* dos atos processuais

deve ser compreendida como garantia de que há fins (exteriores e estranhos aos sujeitos do processo) a serem atingidos. Se eles, os fins, forem atingidos, mesmo sem a *forma* previamente estabelecida na lei, não há por que declarar qualquer defeito no plano do processo.

Assim, só se pode cogitar de nulidade em processo civil na exata medida em que do descumprimento da *forma* exigida ou imposta pela lei decorrer algum prejuízo para o processo ou para qualquer uma das partes. Sem o prejuízo, mesmo com a desconformidade do ato, não se deve pronunciar a nulidade, o que significa dizer que o *saneamento* da nulidade é a *regra*; o não aproveitamento do ato e do que ele representa para o processo, de seus efeitos, portanto, é a *exceção*. A nulidade pode e, mais do que isto, *deve* ser sanada, deve ser emendada quando não houver prejuízo, e mesmo quando houver prejuízo, se ele puder ser, de alguma forma, eliminado ou ter seus efeitos mitigados. Em tais casos, não há por que declarar a nulidade do ato processual, mais ainda nos casos em que o reconhecimento da nulidade tende a ser proveitoso à parte contrária a quem um eventual julgamento meritório favoreceria.

A doutrina tradicional busca classificar as nulidades processuais em "sanáveis" e "não sanáveis", classificação expressamente adotada pelo art. 294, III, do Código de Processo Civil de 1939, ou, adotando distinção mais comum para os tempos do Código de 1973, em nulidades "relativas" ("anulabilidades") e "absolutas", ou, ainda, em nulidades "não cominadas" e "cominadas". Em termos gerais, estas classificações aceitam tratamento conjunto: nulidades "sanáveis", "relativas" e "não cominadas" são aquelas que admitem, de alguma forma, sua mitigação, isto é, a repetição do ato viciado ou sua pura e simples desconsideração se não arguidas de plano (arts. 243 e 245, *caput*). As nulidades "insanáveis", "absolutas" ou "cominadas", que se localizam no extremo oposto, são as que não admitem a renovação do ato viciado e não admitem que seus efeitos sejam produzidos no processo ou fora dele, independentemente de qualquer arguição ou prazo (art. 245, parágrafo único).

Este *Curso*, forte nas razões aqui lembradas e expostas com mais vagar no n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV, opta por seguir orientação segura da doutrina mais recente que, sobre o assunto, vem se pronunciando, como fazem prova suficiente os trabalhos de Teresa Arruda Alvim Wambier (*Nulidades do processo e da sentença*, esp. p. 135-245), José Roberto dos Santos Bedaque (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 406-505) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ("O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo", p. 19-28). De acordo com esta doutrina, o mais relevante para o tema das nulidades processuais não é tanto a sua classificação em uma variada gama de classes ou espécies – até porque toda classificação é, em si mesma, considerada relativa e voltada, por definição, ao atingimento de uma dada e específica finalidade –, mas verificar em que medida o ato, embora viciado, isto é, praticado em desconformidade com o *tipo legal*, atingiu a sua finalidade sem causar prejuízo às partes e ao próprio processo, e, por isto, ele mesmo ou, quando menos, seus efeitos podem e *devem* ser aproveitados. Assim, mais relevante que distinguir as espécies ou subespécies de nulidade é verificar em que condições há

possibilidade de saneamento do ato processual e seu aproveitamento, mesmo que praticado em desconformidade com a *forma* prescrita em lei. Tanto assim que questões "clássicas" como a que decorre, por exemplo, do art. 243, que veda àquele que deu ensejo à nulidade (*relativa*, de acordo com a doutrina tradicional) *legitimidade* para argui-la torna-se verdadeiramente secundária, até porque enraizada no plano do direito privado, alheio ao ser *público* do plano processual. O magistrado pode e, a bem da verdade, sempre *deve* de ofício, pronunciar-se sobre as nulidades processuais buscando a sua sanação.

O acerto da adoção deste entendimento, assim como o maior rendimento na sua aplicação, justifica-se também pela especial circunstância de que, no processo (dada a sua necessária conformação *procedimental*, v. n. 6, *infra*), os atos processuais correlacionam-se entre si, dependendo, a regularidade de cada um, da regularidade do que lhe é imediatamente anterior. Assim, para ilustrar, o réu só terá prazo para apresentar suas respostas quando ele for devidamente citado (art. 297). O réu só poderá ser devidamente citado se a petição inicial do autor tiver sido recebida (art. 285). A petição inicial do autor só terá sido recebida se ele preencheu os pressupostos mínimos exigidos pela lei ou, quando menos, se ele a corrigiu em observância à prévia determinação judicial neste sentido (arts. 282 a 284). A sentença (arts. 267 e 269) depende da correção de todo o procedimento que a antecedeu. Qualquer defeito que ocorra no ato *anterior* afeta o ato *posterior*, contaminando-o. É o que a doutrina usualmente denomina "princípio da causalidade": um ato processual defeituoso tem o condão de afetar o outro que lhe é posterior e, direta ou indiretamente, dependente. É por isto que, de acordo com os arts. 248 e 249, o magistrado sempre terá de acentuar em que medida os atos defeituosos podem ser aproveitados e em que medida os atos a eles posteriores foram, ou não, afetados.

O que, em última análise, a doutrina aqui acolhida sugere, ao prestigiar o pensamento de que todo defeito processual pode ser sanado, é que se aproveite, ao máximo, os atos processuais praticados, considerando-os eles como um todo e voltados, todos eles, para sua finalidade maior e última, que é o reconhecimento, pelo Estado-juiz, do direito aplicável à espécie e a criação de condições para que este direito, tal qual reconhecido, seja realizado concretamente. Assim, melhor do que *individualizar* todos os atos processuais, exigindo, na sua prática, uma irrestrita observância à forma, é preferível que sua análise seja global no sentido de verificar em que medida a prática dos atos processuais em geral tiveram, ou não, condições de atingir suas finalidades sem prejuízo, mesmo que em detrimento, em alguma medida, da forma imposta pela lei.

Nesta perspectiva, todas as nulidades processuais, assim entendidos os atos processuais praticados em desconformidade com as regras formais respectivas, podem ser entendidas como "sanáveis" ou "relativas" ou "não cominadas". É uma questão de verificar, em cada caso concreto, em que medida o aproveitamento do ato (ou, quando menos, de seus efeitos), mesmo que defeituoso, faz-se possível. É este o enorme, riquíssimo e necessariamente casuístico campo de incidência do tema "nulidades dos atos processuais". Qualquer ato processual praticado em desconformidade com o tipo legal pode e

deve ser aproveitado, desde que, sem prejuízo – ou, quando menos, com sua eliminação ou mitigação –, alcance a finalidade imposta pela lei. Até porque, como reconhece, à unanimidade, a doutrina tradicional, as chamadas "nulidades *relativas*" ficam sujeitas à *preclusão* quando não arguidas a tempo e modo oportunos. Se assim é, não há espaço para o reconhecimento da invalidade do ato e/ou de seus efeitos, uma vez que ele (o ato) ou os seus efeitos tendem a desaparecer ao longo do próprio processo.

Assim, qualquer defeito nos atos processuais deve ser entendido, em um primeiro momento, como caso de "nulidade sanável" ou o que, neste contexto, deve ser entendido como sinônimo de "nulidade relativa" ou "não cominada". Na medida em que a prática de outros atos processuais ou a ocorrência de determinados atos ou fatos processuais tiver o condão de revelar que a finalidade daquele primeiro ato foi atingida sem prejuízo ou, quando menos, que eles corrigem ou mitigam eventuais prejuízos, não há por que falar em nulidade. Nulidade não há mais. Há ato processual praticado e seus efeitos devem ser observados desde sua origem ou, consoante o caso, desde sua *convalidação*.

É importante que o processualista civil valha-se da palavra "convalidação", largamente empregada na doutrina do direito público em geral, mormente entre os administrativistas. A noção de convalidar é, justamente a de reconhecer que o ato, tal qual praticado, é defeituoso, não obstante constatar em que medida ele ou, quando menos, seus efeitos ou parte deles podem ser aproveitados. Os resultados da *convalidação* do ato encontram fundamento, em última análise, na ideia de *eficiência* da atuação do Estado que, para o Estado-juiz, é expressa no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II).

Pertinente ilustrar a afirmação dos parágrafos anteriores com o que se dá, por exemplo, com a ausência ou defeito na citação. Considera-se feita a citação se o réu, independentemente da razão pela qual isto se dá, comparecer aos autos. É a partir deste instante que ele terá prazo para apresentar sua defesa e amplamente participar do processo (art. 214, § 1º). Outra situação bem significativa é a regulada no art. 246. O *caput* do dispositivo, fazendo eco à regra do art. 84, prescreve ser nulo o processo à falta de intervenção do Ministério Público naqueles casos em que a lei a impõe (art. 82). O parágrafo único, consequentemente, impõe ao magistrado a declaração de nulidade de todos os atos do processo desde o instante em que a intervenção daquele órgão se fez necessária. Não há, contudo, dúvida alguma em sede de doutrina e de jurisprudência quanto ao entendimento de que, nos casos em que o interesse justificador da intervenção do Ministério Público tiver sido suficientemente tutelado (acolhidendo-se o pedido de prestação de tutela jurisdicional em favor do menor de idade, por exemplo), não há espaço para qualquer nulidade processual (por todos: STJ, 2ª Turma, REsp 818.978/ES, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 9.8.2011, DJe 18.8.2011). Trata-se de correta aplicação da diretriz genérica do § 2º do art. 249.

Diante do reconhecimento de uma "nulidade sanável", o magistrado tomará as providências necessárias para eliminá-la do processo. Seja

determinando a prática de novos atos processuais, seja determinando a renovação de atos processuais anteriormente praticados, seja decidindo a respeito dos efeitos dos atos praticados e sobre a possibilidade de sua convalidação no plano do processo, retificando ou ratificando, com ou sem a necessidade da atuação das partes, os atos que entende viciados.

Na hipótese oposta, todavia, caso não seja, por qualquer razão, possível repetir o ato que, praticado com algum defeito, gerou prejuízos, caso não seja, por qualquer razão, possível desconsiderar ou mitigar os prejuízos dos atos processuais defeituosos, o caso é de nulidade. O que parecia ser, a partir de uma análise prospectiva, uma nulidade "sanável", "relativa", "não cominada", mostrou-se, afinal, como nulidade "insanável" ou, o que é sinônimo neste contexto, "absoluta" ou "cominada", para empregar as nomenclaturas da doutrina tradicional. A nulidade que não é sanada, que contamina o ato *e* seus efeitos, a ponto de impedir que eles sejam, de alguma forma, aproveitados ou considerados para o processo, é, portanto, resultado de uma análise *retrospectiva* dos atos processuais. É só esta, que não pode ser corrigida, emendada, ratificada, convalidada, a nulidade que tem relevância para o estudioso do direito processual civil. As demais, analisada a questão do prisma aqui sugerido, são muito mais *aparências* de nulidades. Elas não se *confirmam* como nulidades justamente porque são corrigidas, emendadas, ratificadas e convalidadas a tempo e modo oportunos. Ou, até mesmo, menos do que isto, como no ato tal qual praticado não há nenhum defeito *substancial*, não obstante o descumprimento da forma, sequer sua correção, sua emenda, sua ratificação ou sua convalidação fazem-se necessárias. Basta o reconhecimento judicial, com a análise escorreita das circunstâncias concretas, de que o ato cumpriu suficientemente sua finalidade.

Sem pretender avançar em assuntos que dizem respeito a outros instantes deste *Curso*, vale o destaque de esta proposta analisar todas as nulidades processuais (sempre entendidos os vícios ocorrentes nos próprios atos ou nos *efeitos* produzidos por eles), é pertinente destacar que o *dever* de saneamento de nulidades se dá em todo o tempo e grau de jurisdição desde a propositura da *demanda*, isto é, desde a apresentação da petição inicial no sentido proposto no n. 3.1.1, *supra*. O que há de forma bem clara no Código de Processo Civil é que há momentos *concentrados* de saneamento de nulidades (arts. 278, § 2º, e 331, § 2º, para o primeiro grau de jurisdição; art. 515, § 4º, para o âmbito recursal, por exemplo) mas isto não impede, vale a ênfase, que *em qualquer momento*, o magistrado, constatando uma "nulidade", aplique as considerações aqui desenvolvidas com vistas ao seu saneamento, isto é, à sua eliminação ou, quando menos, da eliminação ou mitigação de eventuais prejuízos que o ato viciado terá tido condições de perpetrar. É o que, a propósito dos pressupostos processuais, já foi destacado sobre a incidência dos arts. 13 e 284 no n. 3.2.4, *supra*. Trata-se de imposição, de resto, que deriva do princípio da economia e eficiência processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II).

O regime das nulidades processuais após o término do processo merece, por ora, uma consideração apartada.

Neste caso – e diferentemente do que se dá com relação ao "processo em

curso", à "litispendência", como se costuma referir –, é importante distinguir os planos da existência jurídica e os da validade. Aceitando-se esta distinção, embora ela não encontre unanimidade na doutrina (v., em especial, o n. 3.1, *supra*), os casos de *inexistência* jurídica devem ser extirpados do ordenamento jurídico por mero reconhecimento jurisdicional. São as denominadas "ações declaratórias de inexistência de ato processual" ou "ações declaratórias de inexistência de relação jurídica processual", usualmente identificadas com a expressão latina *querela nullitatis*. Os casos de nulidades, assim entendidas eventuais ofensas ao plano da *validade* do processo e dos atos processuais em geral, desafiam sua retirada do ordenamento jurídico pela chamada "ação rescisória", quando não convalidados durante o processo. Sem prejuízo do que é tratado pelo n. 1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 5 sobre o assunto, vale destacar, por ora, que há nulidades que sobrevivem ao trânsito em julgado, tornando-se *rescindíveis*. Não se trata, em tais casos, de *convalidação* do defeito mas, bem diferentemente, apenas de *transformação* de seu regime jurídico, que ainda podem, por opção política do legislador, ser reconhecidas jurisdicionalmente, observando-se o disposto nos arts. 485 e 487 a 495.

4.7. **Informatização do processo judicial**

A Lei n. 11.419/2006, mencionada várias vezes nos números anteriores, disciplina o que ela própria chama de "informatização do processo judicial".

Referido diploma legal, além de alterar alguns dispositivos do Código de Processo Civil para permitir e disciplinar a prática de atos processuais por meios eletrônicos, disciplinando, destarte, o que já havia sido admitido amplamente desde a Lei n. 11.280/2006 com o parágrafo único por ela introduzido no art. 154 – sem prejuízo de necessária regulamentação complementar pelos próprios Tribunais, como expressamente dispõem o § 2º do mesmo art. 154 e o art. 18 da Lei n. 11.419/2006 (STJ, 2ª Turma, REsp 1.374.048/RS, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 21.5.2013, DJe 28.5.2013) –, criou condições para a existência de um "processo" que independe de papel ou de qualquer outra materialização física nos autos que, desde tempos imemoriais, tem-se notícia. Um "processo" que se desenvolve única e exclusivamente no plano eletrônico, isto é, no ambiente virtual ou digital, "preferencialmente a rede mundial de computadores", como se lê do inciso II do § 2º do art. 1º da Lei n. 11.419/2006. Trata-se, para empregar a dicotomia sugerida pelo § 4º do art. 12 da Lei n. 11.419/2006, de um "processo *eletrônico*" (a novidade) em contraposição a um "processo *físico*" (a tradição). Para fins ilustrativos, é pertinente a leitura do art. 2º da Resolução n. 427/2010, da Presidência do Supremo Tribunal Federal, que regulamenta o processo eletrônico no âmbito daquele Tribunal: "Processo eletrônico, para os fins desta Resolução, é o conjunto de arquivos eletrônicos correspondentes às peças, documentos e atos processuais que tramitam por meio eletrônico, nos termos da Lei n. 11.419, de 19/12/2006".

É neste sentido e para este fim que a maioria dos dispositivos daquele diploma legislativo devem ser compreendidos. Embora, vale a ênfase, a Lei n.

11.419/2006 modifique o Código de Processo Civil para viabilizar "o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais" (art. 1º, *caput*), ela também cria condições do estabelecimento de um novo paradigma de *corporificação* (documentação), de *comunicação* e de *prática* dos mais variados atos processuais.

Uma coisa, destarte, é admitir (e regulamentar) a prática de atos processuais e suas comunicações por meio eletrônico, quase que como uma exceção à documentação *em papel* dos atos processuais, de suas respectivas comunicações e tramitação que pressupõe aquele suporte físico (os autos); outra, bem diversa, é a criação de um novo padrão de documentação dos atos processuais, de sua comunicação e, mais amplamente, da própria movimentação processual, que reside na utilização das novas tecnologias, cada vez mais acessíveis. A Lei n. 11.419/2006 ocupa-se de ambas as iniciativas.

Preocupação declarada da Lei n. 11.419/2006, como, de resto, de qualquer comunicação que se faz no ambiente virtual, é com a segurança da transmissão e integridade das informações no que diz respeito ao seu emitente e a seu destinatário. Para tanto, a Lei n. 11.419/2006, desde seu art. 1º, ecoando a regra genérica do parágrafo único do art. 154 do Código de Processo Civil, exige o atendimento dos "requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infraestrutura das Chaves Públicas Brasileira – ICP – Brasil".

A referida infraestrutura foi criada pela Medida Provisória n. 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, e regulamentada pelo Decreto n. 3.872, de 18 de julho de 2001, para, de acordo com o art. 1º daquele ato normativo, "garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras". O § 1º do art. 12 da Lei n. 11.419/2006 reitera a diretriz da *segurança* nos atos processuais praticados eletronicamente, ao estabelecer que "os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e integridade dos dados".

O art. 2º da Lei n. 11.419/2006 exige que a prática dos atos processuais em geral por meio eletrônico dependa de uma "assinatura eletrônica", compreendida nos termos do inciso III do art. 1º, § 2º, III, sendo obrigatório o prévio credenciamento do usuário no Poder Judiciário. Tal procedimento, posto poder ser disciplinado pelos diversos Tribunais, sem o descarte da existência de um cadastro único para aquele fim (art. 2º, § 3º), deve assegurar, sempre com vistas à *segurança* das transmissões eletrônicas, a identificação presencial do interessado (art. 2º, § 1º), fornecendo-lhe registro e meio de acesso ao sistema que preserve o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações (art. 2º, § 2º). A 2ª Turma do STJ (REsp 1.304.123/AM, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 22.5.2012, DJe 29.5.2012) já decidiu, a respeito, que nos casos em que a representação processual de uma das partes decorre da lei (como no caso da advocacia pública) não é óbice para o conhecimento do recurso a

descoincidência entre a assinatura digital e o certificado digital, desde que ambos sejam relacionados à mesma parte.

No que diz respeito ao *tempo* dos atos processuais praticados por meio eletrônico, dispõe o art. 3º da Lei n. 11.419/2006 que eles se consideram realizados no dia e hora do seu envio ao sistema do Poder Judiciário, que deverá fornecer o respectivo protocolo (confirmação de envio) também em forma eletrônica. As petições eletrônicas podem ser enviadas até as vinte e quatro horas do último dia de prazo para fins de tempestividade, como dispõe o parágrafo único do mesmo art. 3º. Até porque, em consonância com o que dispõe o *caput* do art. 14, os sistemas a serem desenvolvidos pelos Tribunais para viabilizar a aplicação das regras criadas pela Lei n. 11.419/2006 "deverão usar, preferencialmente, programas com código aberto, acessíveis *ininterruptamente* por meio da rede mundial de computadores, priorizando-se a sua padronização". Em tais situações, é dizer, quando se admitir a *prática* do ato processual por meio eletrônico, não prevalece a regra genérica do § 3º do art. 172 do Código de Processo Civil, cedendo espaço a regra mais específica (v. n. 4.3, *supra*).

4.7.1. Comunicação eletrônica dos atos processuais

Os arts. 5º a 7º da Lei n. 11.419/2006 criam regras diferenciadas para a *comunicação* dos atos processuais quando praticados por meios eletrônicos.

Abandonando a forma regulada pelo Código de Processo Civil, inclusive no que diz respeito ao Diário da Justiça eletrônico (v. n. 4.4.1, *supra*), o art. 5º prevê que as intimações sejam feitas por meio eletrônico em "portal próprio" às pessoas que tenham se cadastrado na forma do art. 2º da mesma Lei. Os parágrafos do dispositivo estabelecem as regras relativas à intimação em ambiente virtual, valendo como intimações *pessoais* para todos os fins, inclusive naqueles casos em que a lei assim exige (v. n. 4.4.1, *supra*), de acordo com o seu § 6º. A intimação considera-se realizada no dia em que o seu destinatário (a lei refere-se a ele como "intimando") efetivar a consulta eletrônica da intimação, certificando-se nos autos (isto é, no próprio sistema) o acontecimento (art. 5º, § 1º). Quando a consulta se der em dia não útil, a intimação será considerada feita no primeiro dia útil seguinte (art. 5º, § 2º). O § 3º do art. 5º estabelece a necessidade de a consulta ao "portal próprio" ser feita no prazo máximo de dez dias corridos contados da data do envio da intimação, isto é, de sua *disponibilização* no sistema, considerando-se, na negativa, a intimação automaticamente realizada no término do decêndio. Havendo urgência e a observância das regras relativas às intimações eletrônicas puder causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for constatada qualquer forma de burla ao sistema, o juiz poderá determinar outras *formas* para a prática do ato processual desde que aptas a atingir a sua finalidade (art. 5º, § 5º). O § 4º do dispositivo, por fim, admite que, em caráter *informativo* e desde que haja manifestação do interessado, seja enviada correspondência eletrônica comunicando o envio da intimação e a consequente abertura do prazo.

As regras acima estudadas para as *intimações*, têm aplicação, no âmbito

do direito processual civil, também para as *citações*, inclusive as da Fazenda Pública, de acordo com o art. 6º da Lei n. 11.419/2006. A exigência legal, indo além, no particular do que exige o art. 225 do Código de Processo Civil, é que, para cumprimento do dispositivo, a "íntegra dos autos seja acessível ao citando".

O art. 7º, por sua vez, admite que as "cartas precatórias", as "cartas rogatórias", as "cartas de ordem" e, mais amplamente, as diversas comunicações entre órgãos jurisdicionais e entre estes e os demais órgãos governamentais sejam feitas preferencialmente por meios eletrônicos. É a idêntica diretriz que a mesma Lei n. 11.419/2006 introduziu também no § 3º do art. 202 (v. n. 4.4, *supra*).

O § 2º do art. 9º da Lei n. 11.419/2006 complementa a disciplina das "citações, intimações e notificações", ao dispor que, quando houver problemas técnicos no uso do meio eletrônico, aqueles atos serão praticados "segundo as regras ordinárias", isto é, no que diz respeito ao direito processual civil, de acordo com o Código de Processo Civil, "digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído".

4.7.2. O "processo eletrônico"

O Capítulo III da Lei n. 11.419/2006 traz regras específicas para o "processo eletrônico". Trata-se, como n. 4.7, *supra*, destacou, da possibilidade de o processo desenvolver-se, senão exclusivamente, preponderantemente em suporte eletrônico, não físico, substituindo, portanto, os tradicionais "autos em papel". As regras criadas pela Lei aqui examinada querem adaptar a prática dos atos processuais tradicionalmente dependentes de um suporte físico para o ambiente tecnológico.

É esta a razão pela qual, de acordo com o art. 10 da Lei, a distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral serão praticadas sem a intervenção de qualquer serventuário da justiça, diretamente por aqueles que possuem capacidade postulatória, sendo suficiente a sua "postagem eletrônica", mediante a geração de um recibo eletrônico de protocolo. O § 1º do mesmo art. 10, reiterando a regra do parágrafo único do art. 3º já destacada, dispõe que serão considerados praticados os atos processuais por meio de petição eletrônica enviada até às vinte e quatro horas do *dies ad quem*, prorrogando-se para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema quando houver algum embaraço técnico que inviabilize a prática do ato (art. 10, § 2º).

Os órgãos do Judiciário manterão equipamentos de digitalização e acesso à rede mundial de computadores em suas dependências para permitir a prática de atos processuais independentemente do papel. É o que dispõe o § 3º do art. 10, regra digna de aplausos e que bem concretiza o princípio do acesso à justiça de que trata o n. 3 do Capítulo 1 da Parte II.

O art. 11 da Lei n. 11.419/2006 ocupa-se de disciplinar os documentos produzidos eletronicamente e assim apresentados em juízo. Eles são, para todos os fins, considerados originais, sempre assegurada a sua origem e a de seu signatário com observância do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 1º do mesmo

diploma legal, orientação que é reforçada pelo § 1º do mesmo art. 11. Havendo dúvida sobre a autenticidade, aí incluída a adulteração do documento antes ou durante o processo de sua digitalização, é cabível a "arguição de falsidade" do documento, a ser processada eletronicamente (art. 11, § 2º). Para viabilizar eventuais confrontos entre os documentos originais (em papel) e os digitalizados, o § 3º do art. 11 impõe sua preservação até o trânsito em julgado da decisão ou, nos casos em que admitida, até o transcurso integral do prazo da "ação rescisória", que é de dois anos, em consonância com o art. 495 do Código de Processo Civil. Ao assunto dedica-se o n. 1 do Capítulo 5 da Parte IV do vol. 2, tomo I.

Quando for tecnicamente inviável a digitalização dos documentos em virtude de seu grande volume ou por serem ilegíveis, os originais deverão ser entregues ao cartório ou secretaria respectiva no prazo de dez dias contados do envio da petição eletrônica que noticia o fato, devendo sua devolução dar-se após o trânsito em julgado da decisão (art. 11, § 5º).

De acordo com o § 6º do art. 11, o acesso aos documentos produzidos eletronicamente por rede externa é exclusivo para as partes e para o Ministério Público, sempre observadas as disposições relativas ao segredo de justiça (v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II).

O *caput* do art. 12 ocupa-se da conservação dos autos dos processos em geral, facultando que ela se dê, total ou parcialmente, em papel ou em meio eletrônico. O § 5º do art. 12, complementando a regra, assegura às partes que, intimadas, manifestem-se no sentido de preservar algum documento original em seu poder.

O § 2º do art. 12 dispõe sobre a necessidade de impressão em papel do "processo eletrônico" e sua autuação na forma tradicional (v. n. 4.1.3, *supra*) naqueles casos em que ele deva ser enviado a outro órgão jurisdicional para a prática de algum ato processual (o julgamento de um recurso, por exemplo) sempre que o destinatário não tenha sistema compatível. É o escrivão quem declarará a autenticidade das peças assim resultantes, viabilizando meios para a sua conferência (art. 12, § 3º), observando-se, a partir deste ponto, a "tramitação legalmente estabelecida para processos físicos" (art. 12, § 4º).

O art. 13 regula a possibilidade de o magistrado determinar, sempre por meio eletrônico e, preferencialmente, o de menor custo considerando a sua eficiência (art. 13, § 2º), a exibição e o envio de dados e de documentos que se façam necessários para a instrução do processo. O § 1º do art. 13 dispõe serem públicos para os fins do *caput* os cadastros que contenham informações indispensáveis ao exercício da função jurisdicional.

As demais modificações trazidas pela Lei n. 11.419/2006, como já adiantado pelo n. 4.7, *supra*, buscam criar um *diálogo*, necessário e indispensável, entre as práticas tradicionais da comunicação, transmissão e, mais amplamente, prática de atos processuais (em papel) com as tecnologias disponíveis. A elas, dada a sua diversidade e importância, dedicam-se diversas partes neste e em outros volumes deste *Curso*, sendo desnecessário tratar delas por ora.

5. FORMAÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO

Importa referir o tema relativo à "formação", "suspensão" e "extinção" do processo, fazendo uso das expressões empregadas pelo Título VI do Livro I do Código de Processo Civil, embora o seu aprofundamento ocupe outros momentos deste *Curso*.

No n. 3.6 do Capítulo 1, *supra*, foi dada suficiente notícia de que uma das características da jurisdição é a sua *inércia*. Até como forma de ser garantida a *imparcialidade* do magistrado, é vedado, de acordo com o modelo constitucional do processo civil brasileiro, que o Estado-juiz dê início ao exercício da função jurisdicional com vistas à concessão da tutela jurisdicional.

É neste contexto que devem ser entendidos os arts. 2º e 262: o Estado-juiz deverá ser devidamente provocado para que ele exerça a função jurisdicional. Uma vez provocado, contudo, o "processo" desenvolve-se por "impulso oficial".

O marco inicial do processo é regulado pelo art. 263. Quando houver, em um mesmo foro (território), juízos diversos com a *mesma* competência (vários juízos cíveis, por exemplo), o processo terá início tão logo a petição inicial respectiva seja *distribuída* para um deles (art. 251). Na inexistência de vários juízos, o processo considerar-se-á iniciado com o proferimento de qualquer pronunciamento judicial na petição inicial apresentada ao juízo. Existem diversas consequências daí derivadas, por exemplo com relação à *fixação* ("prevenção") da competência (arts. 106, 253 e 219, *caput*), estudadas pelo Capítulo 3 da Parte I do vol. 2, tomo I.

O processo, sempre entendido como método de atuação do Estado, justifica-se para que se pratiquem, regularmente, com amplas oportunidades de participação, atos processuais tendentes, em última análise, à prestação da tutela jurisdicional. Para que a tutela jurisdicional seja prestada, contudo, faz-se mister uma série de exigências, dentre elas a presença dos pressupostos processuais de existência e de validade, a ausência dos pressupostos processuais negativos (v. ns. 3.1, 3.2 e 3.3, *supra*), e que estejam presentes também as "condições da ação" (v. n. 3 do Capítulo 2, *supra*). Na exata medida em que tais exigências – e o rol suficiente é o do art. 267 – não sejam satisfeitas, o caso é de "extinção do processo sem resolução de mérito" (art. 267, *caput*), uma extinção *indesejada* do processo, já que a perspectiva daquele que rompe a inércia da jurisdição é a de obter tutela jurisdicional, mas, mesmo assim, extinção.

A extinção do processo sem resolução de "mérito" quer significar, em termos bem diretos, que o Estado-juiz, embora provocado para tanto, não tem condições mínimas de atuar com o objetivo de prestar a tutela jurisdicional, isto é, analisar a lesão ou a ameaça a direito que lhe foi apresentada para exame pela petição inicial quando do rompimento da inércia da jurisdição (v. n. 3.1.1, *supra*). A decisão que tem este conteúdo, isto é, que reconhece a impossibilidade do exercício da função jurisdicional, de acordo com as vicissitudes do caso concreto, é uma *sentença* (art. 162, § 1º).

Em outros casos, não se cogitarão dos óbices referidos no art. 267, *caput*, e uma vez preenchidos os pressupostos processuais de existência e de validade,

uma vez ausentes os pressupostos processuais negativos e presentes as condições da ação, o caso é de proferimento de um "julgamento de mérito", nos termos do art. 269. São as chamadas "sentenças de mérito", porque têm como conteúdo uma das situações do precitado dispositivo de lei (art. 162, § 1º).

Pertinente destacar, a propósito, que o *caput* do art. 269, diferentemente do que dispõe o *caput* do art. 267, não se refere à *extinção* do processo. Trata-se de uma das modificações incorporadas pela Lei n. 11.232/2005. O dispositivo, na sua atual redação, deve ser entendido, sem prejuízo das considerações já feitas neste sentido, como significativo de que, nos casos do art. 269, a *sentença de mérito*, tal qual proferida, não é representativa, por si só, da prestação da tutela jurisdicional. Ela é e deve ser entendida como representativa do exercício da função jurisdicional mas não como ato que dê, ao jurisdicionado, a *tutela*, a *proteção*, a *salvaguarda*, de lesão ou ameaça a direito seu que veio pleitear do Estado-juiz. Trata-se de ato predominantemente intelectual, que encerra o que pode ser chamado de *etapa* cognitiva, isto é, em que se desenvolve atividade jurisdicional voltada à *declaração* (reconhecimento) do direito afirmado quando do rompimento da inércia do Estado-juiz. Para a efetiva concessão da tutela jurisdicional serão praticados – caso sejam necessários, isto é, caso não haja observância espontânea ou voluntária da sentença – outros atos judiciais (atos *executivos*). Como sua prática também pressupõe *processo*, não há como entender que aquela "sentença de mérito", isto é, a decisão proferida com base no art. 269 tenha como função a de *extinguir* o processo. Tanto assim que, na exata medida em que estes "atos executivos" levem satisfação ao beneficiário da tutela jurisdicional (quando a dívida, tal qual reconhecida na sentença, for paga, por exemplo), será proferida *outra* sentença (art. 795), que terá como conteúdo uma das hipóteses do art. 794, momento em que o *processo* será extinto. É neste instante, de *satisfação*, que o processo, nos casos aqui tratados, encerra-se, extingue-se, por que não há mais espaço para a atuação do Estado-juiz.

Antes disto, porque a função jurisdicional ainda se faz *necessária*, para fins de prestação da *tutela jurisdicional*, não há como admitir que o processo pudesse ter-se encerrado, ou extinto. Sentença, mesmo as de "mérito", mesmo as que enfrentam o conflito de interesses levado para exame do Estado-juiz ou, como prefere este *Curso*, mesmo as que reconheçam existente a situação de ameaça ou de lesão afirmadas na petição inicial, não presta, em todo e qualquer caso, tutela jurisdicional. Ela pode limitar-se, apenas, a criar condições para tanto.

Entre a provocação inicial do Estado-juiz, o rompimento de seu estado de inércia, portanto, e o proferimento da sentença que *extingue* o processo (art. 267), que encerra a etapa *cognitiva* do processo, autorizando, se for o caso, a prática de atos *executivos* (art. 269) ou, ainda, que declara, pelas razões do art. 794, prestada a tutela executiva (art. 795), podem ocorrer determinados *fatos* com aptidão de interferir no andamento do processo. Como são fatos que têm relevância para o plano processual, são fatos *processuais* (v. n. 4, *supra*).

A doutrina mais recente tem proposto que estes acontecimentos sejam tratados como significativos da ocorrência de "crises no processo" (Dinamarco).

O processo que "nasce" e "morre", que tem início e fim, portanto, pode passar, entre estes dois extremos, por períodos de "crise". As "crises do processo" levam à sua *suspensão*.

A suspensão do processo deve ser entendida como período em que é defesa (é vedada) a prática de quaisquer atos processuais, excepcionados – nem poderia ser diferente, à luz do art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal – os que sejam reputados urgentes. É o que expressamente prevê o art. 266, regra que vem repetida no art. 793 com relação à prática da atividade executiva. Com o término do prazo de suspensão, o processo, se não for caso de finalização da atividade do Estado-juiz, volta a seu andamento usual, bem como a necessidade da prática de atos processuais. Vale destacar que a *suspensão* dos prazos processuais, isto é tratado no n. 4.3.1.1, *supra*, significa que os prazos em curso ficarão sobrestados até o término da suspensão, quando voltarão a correr pelos dias que lhe faltavam. Não há, nestes casos, "devolução" de prazo. Durante a suspensão do processo, não pode haver início de nenhum prazo processual. Neste sentido, bem fundamentado: STJ, 2ª Turma, REsp 1.306.463/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 4.9.2012, DJe 11.9.2012.

Há interessante discussão doutrinária, com reflexos na jurisprudência, sobre se os atos praticados, a despeito da suspensão, são *nulos*, *ineficazes* ou *inexistentes*. Para este *Curso*, a hipótese merece ser entendida como de *nulidade*, porque a lei expressamente veda a prática de atos processuais ao mesmo tempo em que ressalva, expressamente, as exceções. Por se tratar de nulidade, aplica-se a ela os princípios que regem a espécie, discutidos pelo n. 2 do Capítulo II da Parte IV.

As hipóteses de suspensão, previstas no art. 265, são as seguintes: (a) por morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal, ou de seu procurador, observando-se a disciplina dos §§ 1º e 2º do dispositivo (a 4ª Turma do STJ no REsp 959.755/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 17.5.2012, DJe 29.5.2012, afastou a invalidade dos atos praticados após a morte quando não houver prejuízo aos interessados, porque a regra objetiva preservar o interesse do espólio e dos herdeiros do falecido); (b) por acordo entre as partes, prazo que não poderá ser superior a seis meses; (c) por força da apresentação de exceções de incompetência relativa, de suspeição ou impedimento, assunto ao qual se volta o n. 3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I; (d) porque o proferimento da sentença de mérito depende do que a doutrina em geral chama de "prejudicialidade externa" (art. 265, § 5º), isto é, da decisão a ser proferida em outro processo ou da ocorrência de algum fato que influencie diretamente a tutela jurisdicional pedida no processo em que se dá a suspensão, hipótese em que a suspensão do processo não poderá ser superior a um ano (a 1ª Seção do STJ entendeu, em sede de Recurso Especial Repetitivo, que a cautelar concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade não acarreta necessariamente a suspensão dos processos individuais, sobretudo quando proferida apenas como efeitos *ex nunc*, isto é, não retroativos. Trata-se do REsp 1.111.099/PR, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.un. 25.8.2010, DJe 5.10.2010); (e) por motivos de força maior (é vasta a jurisprudência do STJ no sentido de que

não se considera força maior, para os fins do art. 265, V, a greve de advogados públicos. Assim, *v.g.*: 2ª Turma, REsp 1.280.063/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 4.6.2013, DJe 11.6.2013); e (f) nos demais casos previstos em lei, como, por exemplo, nas hipóteses dos arts. 13 (regularização de representação processual); 72 (denunciação da lide); 79 (chamamento ao processo); 110 (suspensão do "processo cível" no aguardo do desfecho do "processo penal"); 180 (obstáculo criado pela parte); 394 (incidente de falsidade); 543-B, § 1º (repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário); art. 543-C, § 2º (julgamento de recurso especial repetitivo); 791 (recebimento de impugnação ou embargos à execução e inexistência de bens penhoráveis) e 792 (suspensão da fase de cumprimento de sentença ou do "processo de execução" por convenção das partes).

6. PROCEDIMENTO

"Procedimento" é o lado extrínseco, palpável, sensível e constatável objetivamente, pelo qual se desenvolve o "processo" ao longo do tempo. Procedimento é a forma específica de manifestação, de organização, de estruturação do próprio processo, dos diversos atos e fatos relevantes para o processo (e, por isto, atos e fatos processuais) ao longo do tempo. Importa relevar, por definição, a específica relação e coordenação de atos e fatos processuais entre si com vistas à prática de outros atos até que o processo chegue a seu término, seja anormalmente (art. 267), seja pela prestação da tutela jurisdicional. Não se trata da *documentação* física do processo ou dos atos processuais, que são os *autos* (v. n. 1, *supra*), que podem, tais como concebidos tradicionalmente, até mesmo não existir em casos em que o processo se desenvolve eletronicamente (v. n. 4.7, *supra*), mas, tão só, da específica maneira pela qual todos os atos e fatos processuais são relacionados entre si, são, verdadeiramente, dispostos, para que a atividade jurisdicional seja devidamente prestada desde quando provocada.

Neste sentido, é ideia de "procedimento" que assegura a correção do entendimento de que os atos processuais são todos eles concatenados, logicamente ligados e relacionados entre si, para a prática de outros atos deles dependentes e decisivos, por isto mesmo, para a correção do ato subsequente (v. n. 4.3.2, *supra*). A noção de procedimento, contudo (como a de processo), é teleológica: o que deve ser destacado é que esta correlação de atos processuais têm em mira uma finalidade bem definida e diversa, que é a de praticar um outro ato, seja ele a sentença, seja ele a criação de condições de realização prática do direito reconhecido na sentença (art. 475-N, I) ou, mais amplamente, em qualquer "título executivo *judicial"* (art. 475-N, II a VII) ou *extrajudicial* (art. 585).

É importante, por isto mesmo, ter consciência de que os sujeitos do processo, assim entendidos o juiz, as partes e eventuais intervenientes que atuam, pelas mais variadas razões no plano do processo, ocupam, sucessivamente, diferentes posições jurídicas: eles têm diferentes *deveres*, *poderes* e *obrigações*.

Eles podem exercer diferentes *direitos* e *faculdades*. Da adequada ou inadequada postura que assumam, decorrem, para eles próprios, certos *ônus* ou *sujeições*. Uma tal constatação é irrecusável à luz da compreensão do próprio "direito de ação", nos termos propostos pelo n. 1 do Capítulo 2, *supra*.

Ocorre, contudo, que cada uma destas posições jurídicas pode legitimamente variar consoante os diversos procedimentos – e isto é uma decorrência natural da aplicação escorreita dos *princípios* extraídos do "modelo constitucional do processo civil" (v. o Capítulo 1 da Parte II) – e, por isto, é melhor entendê-las no plano *procedimental* e não como faz a doutrina tradicional, em relação ao próprio *processo*. É o exame de cada uma daquelas posições jurídicas e toda sua complexidade e progressividade desde o instante em que se rompe a inércia da jurisdição, com a apresentação da "petição inicial", até quando o beneficiário da tutela jurisdicional satisfaz-se no plano material (durante todo o espaço de tempo em que a "ação" é exercitada, portanto), que ocupa fundamentalmente o estudo dos diversos *procedimentos*.

Desnecessário, por isto mesmo, ir, por ora, além, pretendendo fazer um "rol" de tais situações nesta sede. Até porque um pretenso rol, para ser preciso, teria de se debruçar sobre os diversos *procedimentos*, indo além do que se faz necessário para a construção de uma teoria geral do direito processual civil.

6.1. **Procedimentos comuns e especiais**

A definição de "procedimento" que ocupou o número anterior é bastante aderente à realidade do direito positivo. É o próprio Código de Processo Civil quem destaca a existência de diversos *procedimentos* (assim entendidas as variadas formas de organização dos atos e fatos processuais ao longo do tempo, porque o *processo*, como método de manifestação do Estado, desenvolve-se, necessariamente, no tempo) para tratar de determinadas situações diferentemente de outras, levando em conta a diversidade das situações conflituosas de direito material, as pessoas e a expressão econômica do conflito, por exemplo.

O art. 271 é claro ao reservar o "procedimento comum" para "todas as causas", a não ser que haja disposição em sentido contrário do próprio Código de Processo Civil ou da legislação extravagante processual civil. Os procedimentos *diferenciados* a que faz menção o dispositivo são conhecidos como "procedimentos *especiais*". A eles, aos procedimentos *especiais*, o Código de Processo Civil dedicou um Livro inteiro, o Livro IV, dividido em duas grandes partes, "os procedimentos especiais de natureza *contenciosa*" (Título I, arts. 890 a 1.102-C) e os "procedimentos especiais de natureza *voluntária*" (Título II, arts. 1.103 a 1.210).

Existem, contudo, diversos outros procedimentos *especiais* fora do Código de Processo Civil, objeto de regulação da chamada "legislação processual civil extravagante". Assim, por exemplo, os procedimentos relativos às locações de imóveis urbanos (Lei n. 8.245/1991); os procedimentos relativos à fixação e alteração de prestações alimentícias (Lei n. 5.478/1968); os procedimentos

destinados à desapropriação de bens imóveis por interesse social (Decreto-lei n. 3.365/1941); o procedimento relativo ao mandado de segurança (Lei n. 12.016/2009); e o procedimento relativo ao apenamento dos atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992).

É correto o entendimento, destarte, de que o Código de Processo Civil contrapõe os "procedimentos *comuns*" aos "procedimentos *especiais*". Os "procedimentos especiais" são assim denominados porque apresentam regras diferenciadas na organização de seus atos processuais ao longo do tempo quando comparados com os procedimentos comuns e, mais especificamente, com o procedimento ordinário (v. *infra*). Também se distinguem pela diversidade de soluções para determinados fatos processuais. Pertinente ilustrar as afirmações: eles têm regras diferenciadas para a petição inicial (ex.: arts. 890, § 3º, 902, 908, 921 e 936); têm prazos diferenciados para apresentação da defesa (ex.: arts. 915 e 1.053); têm fases probatórias menos intensas (ex.: arts. 939 e 1.053); não admitem a apresentação de determinadas pretensões ou defesas (ex.: arts. 896, 910, 923 e 984), tema que se relaciona intimamente com o da "cognição judicial" (v. n. 9 do Capítulo 1); admitem a prática de atos processuais diferenciados com finalidades bem marcadas e diferenciadas (ex.: arts. 899 e 922) e assim por diante. Eles são especiais porque diferem dos procedimentos comuns, que são os que têm regras padronizadas para o desenvolvimento dos atos processuais (e do significado dos fatos processuais também) ao longo do tempo, independentemente de quaisquer fatores, inclusive do "direito material controvertido", cuja afirmação de lesão ou ameaça justifica o exercício da função jurisdicional.

O procedimento "comum" é objeto de disciplina do art. 272, *caput*. De acordo com o dispositivo, os procedimentos comuns são o *ordinário* e o *sumário*. O procedimento ordinário é fundamentalmente, mas não exclusivamente, regido pelos arts. 274 e 282 a 475-R. Com a mesma ressalva, o procedimento sumário é objeto de disciplina dos arts. 275 a 281. Por força da regra constante do parágrafo único do art. 272, o procedimento ordinário é subsidiário para o procedimento sumário, é dizer: quando as regras relativas ao procedimento sumário forem insuficientes, prevalecerão as regras relativas ao procedimento ordinário.

A análise dos dispositivos acima referidos no contexto aqui abordado tem o condão de demonstrar que o procedimento ordinário é inegavelmente subsidiário para quaisquer outros procedimentos, sejam eles comuns (sumário) ou especiais. Não é por razão diversa, aliás, que este *Curso* elege a estrutura do procedimento ordinário como paradigma de exposição das atividades desenvolvidas à guisa de conhecimento ("etapa *cognitiva*" ou "fase" *executiva*) dos direitos controvertidos, distinguindo as diversas *fases* ideais em que, para efeitos didáticos, pode ser analisado aquele procedimento (v. n. 3 da Introdução do vol. 2, tomo I). É, com efeito, a partir da compreensão das regras relativas ao procedimento ordinário que a compreensão do que é o procedimento sumário e, sobretudo, do que são os procedimentos especiais fica mais evidente. Só a partir da compreensão de um dado "modelo" (paradigma) é que se consegue analisar o

que é estranho a ele, alheio àquele paradigma e, na nomenclatura do Código de Processo Civil, comum-diferenciado (procedimento sumário) ou não comum (procedimento especial).

É vazio de qualquer significado perguntar por que existem tais e quais "procedimentos especiais" para a solução de determinados litígios enquanto outros, para serem resolvidos, não impõem, ao Estado-juiz, nenhum grau de *especialidade*. Trata-se de questões que se põem à discricionariedade do legislador. É ele, o legislador, que, atendendo a razões de conveniência política, de tradição do próprio direito, questões sociais, econômicas ou financeiras, estabelecerá "procedimentos *diferenciados*" visando a imprimir maior ou menor celeridade na atuação do Estado-juiz em determinados casos. Não há *ontologicamente* nenhum conflito de interesses que mereça, por si só, um "procedimento especial". O que é hoje, de acordo com o direito positivo vigente, procedimento *especial*, pode, amanhã, deixar de sê-lo. O que é hoje, de acordo com o direito positivo vigente, procedimento comum sumário, pode, amanhã, deixar de sê-lo. E vice-versa. São, portanto, razões de conveniência política que traçam a *especialidade* de determinados procedimentos para o exercício da função jurisdicional à luz de determinadas situações de direito material conflituoso e outras não. São estas mesmas razões que distinguem, entre os procedimentos comuns, os que são "ordinários" e os que são "sumários".

Desde que estes procedimentos observem o "modelo constitucional do processo civil" – especificamente os traços peculiares e inafastáveis de qualquer *processo* como método de manifestação do Estado-juiz –, não há espaço para qualquer discussão a respeito da escolha feita pelo legislador. No máximo, *de lege ferenda*, caberá questionar quanto à necessidade ou não de ser alterado algum procedimento (comum ou especial) tal qual regulado pelo direito positivo. Foi o que se deu, vale a pena ilustrar a afirmação, com a chamada "ação de consignação em pagamento" pela Lei n. 8.951/1994 (que alterou substancialmente a sua feição, com a introdução de uma fase extrajudicial); com a criação, pela Lei n. 9.079/1995, de um "novo" procedimento especial, a chamada "ação monitória", com vistas a dar maior efetividade a determinados documentos sem eficácia executiva plena; e, para encerrar a lista, com a chamada "ação de improbidade administrativa". Ela, tal qual concebida originalmente, tinha procedimento ordinário (Lei n. 8.429/1992, art. 17, *caput*). Razões de conveniência política, entretanto, fizeram que aquele procedimento fosse substancialmente alterado, a ponto de ele se tornar *especial*, passando a sua petição inicial a ser recebida somente de instaurado amplo contraditório entre autor e réu. É o que se deu com a introdução dos §§ 6º a 11 no art. 17 daquele diploma legislativo pela Medida Provisória n. 2.225-45/2001.

É importante destacar também que, ao contrário do que poderia parecer da matéria até aqui exposta, o tema "procedimentos especiais" não se ocupa exclusivamente com o que o Código de Processo Civil chama de "processo de conhecimento" e que rende ensejo à (falsa) impressão de que a tutela jurisdicional lá pedida e prestada só pudesse ser "cognitiva", isto é, "não executiva", nos termos propostos pelo n. 8.5.6 do Capítulo 1, *supra*. Esta falsa

impressão, que apequena o problema, pode derivar, até mesmo, da leitura do art. 270, que bem sintetiza, a bem da verdade, a macropartição dos "Livros" do Código de Processo Civil: "processos de conhecimento", "de execução" e "cautelar" não se opõem a "procedimentos especiais". São figuras de grandezas diversas e que, portanto, não podem ser examinadas a partir de um mesmo critério.

O que o parágrafo anterior quer evidenciar é que também no âmbito dos Livros II e III do Código de Processo Civil há espaço para identificar um "procedimento comum" em oposição a "procedimentos especiais". Procedimentos *especiais*, vale a pena esclarecer, no sentido de distintos, variados, diferenciados, diferentes se comparados com um modelo-padrão, um paradigma de organização dos atos e dos fatos processuais idealizado pelo próprio legislador.

No Livro II, o "procedimento-padrão" (comum, portanto) e, como tal, subsidiário, para prestação da "tutela jurisdicional *executiva*" é o da "execução por quantia certa contra devedor solvente" (arts. 646 a 724). Embora a "execução contra a Fazenda Pública" (arts. 730 e 731) e a "execução de prestação alimentícia" (arts. 732 a 735) persigam a mesma finalidade (pagamento de quantia certa contra devedor solvente), elas podem (e devem) ser entendidas como procedimentos *especiais*, já que possuem regras totalmente distintas, motivadas por razões de política legislativa e, vale o destaque, refletidas expressamente na Constituição Federal. É o que se vê do art. 100 da Constituição Federal com a necessidade da expedição de precatórios ou os casos em que ele pode ser dispensado para a execução contra a Fazenda Pública e do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que autoriza a prisão civil nos casos de não pagamento de verba alimentícia, autorização que permite alteração procedimental única na execução voltada ao perseguimento daquele bem jurídico (art. 733, § 1º).

As demais "execuções" reguladas pelo Livro II – "execução para entrega de coisa" (arts. 621 a 631), "execução das obrigações de fazer e de não fazer" (arts. 632 a 645) e "execução por quantia certa contra devedor insolvente" (arts. 748 a 786-A) – não aceitam esta distinção à falta de qualquer dualidade de regimes jurídicos. O Código de Processo Civil fixou um procedimento *único* para aquelas específicas situações controvertidas de direito material. É como se dissesse que, para elas, só existisse um procedimento, o "comum". De qualquer sorte, com relação às duas primeiras, na medida em que a "tutela específica" seja convertida em "genérica" (v. n. 8.1.2.1 do Capítulo 1, *supra*), as regras procedimentais a serem observadas – e, por isto, o caráter de subsidiariedade destacado no parágrafo anterior – são as da "execução por quantia certa contra devedor solvente" (v. n. 2 da Introdução do vol. 3).

No âmbito do Livro III, o que pode ser chamado de "procedimento comum" é ocupado pelas regras dos arts. 796 a 812 (Capítulo I do Livro III do Código de Processo Civil), que cuidam especificamente das condições do exercício do chamado "poder geral de cautela". Os arts. 813 a 889, que ocupam todo o Capítulo II daquele Livro, voltam-se a disciplinar procedimentos *especiais,* "específicos", da atividade jurisdicional de finalidade cautelar, já que

apresentam, pelas próprias peculiaridades do direito material ameaçados, determinadas regras distintas e próprias se comparadas àquelas que ocupam o Capítulo I do mesmo Livro.

Uma última ordem de considerações justifica-se para o fechamento deste número.

O Livro IV do Código de Processo Civil faz referência a "procedimentos especiais". A análise dos diversos capítulos de seu Título I (procedimentos especiais de jurisdição contenciosa), contudo, revela que cada um deles é voltado a regrar "ações". Assim, por exemplo, os arts. 890 a 900, voltados a disciplinar a "ação de consignação em pagamento", os arts. 920 a 933, que disciplinam as "ações possessórias", os arts. 1.102-A a 1.102-C, que disciplinam a "ação monitória".

O uso das aspas para denominar os procedimentos especiais referidos como exemplos de "ações" é proposital. Rigorosamente, o nome "ação" aí está mal-empregado. Não há, propriamente, uma "ação de consignação em pagamento", uma "ação possessória" ou uma "ação monitória". O que difere estas "ações" entre si não é a *ação* em si mesma considerada – a "ação" não aceita variações, como se ocupa de demonstrar o n. 2 do Capítulo 2, *supra* – mas, mais propriamente, o tipo de tutela jurisdicional solicitada e eventualmente prestada pelo magistrado à luz das vicissitudes e distinções do próprio direito material controvertido e, o que interessa mais de perto para o momento presente deste *Curso*, o *procedimento*, isto é, a específica forma de organização dos atos e fatos processuais do *processo* ao longo do tempo. É isto que varia entre uma e outra situação e que justifica, na ótica do próprio Código de Processo Civil, o estabelecimento de "procedimentos *especiais*", isto é, procedimentos distintos do "procedimento-padrão", que o art. 271 chamou de "comum". "Ação de consignação em pagamento", desta forma, só pode ser entendida como uma verdadeira "expressão idiomática" (v. n. 2 do Capítulo 2, *supra*, e n. 2, *supra*), cujo uso é largamente consagrado na prática, nos usos e nos costumes do foro, não é desnecessária a ressalva, de "ação na qual se rompe a inércia jurisdicional para pedir tutela jurisdicional relativa ao direito (material) de consignar em pagamento (que é uma forma de extinção das obrigações em geral; v. art. 334 do Código Civil) e que rende ensejo à atuação do Estado, que é sempre processual, mediante o emprego de um *procedimento* especial, expressamente indicado pelo legislador para aquela finalidade".

Justamente por esta razão é que este *Curso* não se valeu – nem se valerá ao longo de seu desenvolvimento – da expressão "tutela jurisdicional diferenciada" como critério classificatório relativo à tutela jurisdicional (v., em especial, o Capítulo 2 da Parte II e o n. 8 e ss. do Capítulo 1, *supra*).

É que a "tutela jurisdicional diferenciada" referida pelos autores que empregam a expressão se relaciona, no contexto da exposição, muito mais às influências que determinadas situações de direito material e fatores políticos, culturais, até mesmo históricos, ocasionaram no constituinte e no legislador levando-os, pelas razões expostas acima, a criar *procedimentos diferenciados* ("procedimentos especiais", de acordo com a nomenclatura do Código de

Processo Civil). A *tutela jurisdicional* a ser prestada nos procedimentos especiais, em si mesma considerada, nada tem de diferenciada. Ela é a mesma tutela jurisdicional que admite a análise classificatória já sugerida. Ela, a tutela jurisdicional, não se modifica porque o "tipo" de direito material levou o legislador a conceber procedimentos diferenciados. Ela continua a ser, por hipótese, "preventiva" ou "repressiva"; "antecipada" ou "ulterior"; "provisória" ou "definitiva"; "executiva" ou "não executiva", consoante a proposta classificatória desenvolvida pelo n. 8 e ss. do Capítulo 1, *supra*. O que se altera, em casos que tais, é a organização interna dos atos do processo, o *procedimento*. É ele, e só ele, que merece, por isto mesmo, a alcunha "diferenciado" ou, para empregar o nome do legislador brasileiro, "especial" em contraposição ao "comum".

Embora o tema não seja tratado no Livro IV mas no Livro I do Código de Processo Civil, as considerações dos parágrafos anteriores devem ser empregadas também para compreender o fenômeno que está por trás das comuníssimas "ações ordinárias". "Ordinário" na expressão é o *procedimento* de que um *processo* se valerá durante o exercício da função jurisdicional com vistas à concessão da tutela jurisdicional. Não a "ação" em si mesma considerada.

A análise detalhada dos procedimentos *especiais* da Constituição Federal (v. Capítulo 2 da Parte II), do Código de Processo Civil e da legislação extravagante ocupa os tomos II e III do vol. 2 deste *Curso*, paralelamente, vale a ênfase, à análise do "procedimento *comum*", cuja análise se dá no tomo I daquele mesmo volume.

6.2. **A competência legislativa dos Estados para as regras de procedimento**

É importante distinguir "processo" de "procedimento". Não apenas por razões terminológicas e teóricas mas, também, porque a distinção, para o direito brasileiro, para o "modelo constitucional do processo civil" brasileiro, é fundamental. Ela é expressamente assumida como relevante pela própria Constituição Federal, ao reservar, para a União Federal, competência privativa para legislar sobre processo civil (art. 22, I), e para a União e para os Estados-membros, concorrentemente, a competência para legislar sobre "procedimentos em matéria processual" (art. 24, XI).

O n. 6, *supra*, ocupou-se em propor uma interpretação segura para "procedimento". O n. 6.1, em continuação, voltou-se ao exame do que o próprio Código de Processo Civil rotula de "procedimento". Aceitando-se o acerto daquelas exposições e tomando-as como premissas, não há como olvidar uma conclusão: a Constituição Federal de 1988 veio para autorizar uma verdadeira revolução no direito processual civil brasileiro, já que permite que as regras relativas ao *procedimento* sejam elaboradas pelos Estados-membros, deixando as leis *federais* sobre o tema para serem utilizadas pelos Estados que não editarem suas próprias regras procedimentais e – embora a Constituição Federal não seja expressa quanto a isto, diferentemente do que se dava com o art. 34, 23º, da

Constituição de 1891 –, para reger os procedimentos que terão curso perante a Justiça Federal. De forma mais direta: o art. 24, XI, da Constituição Federal autoriza que cada Estado-membro crie regras procedimentais para regular a forma pela qual será exercida, concretamente, a função jurisdicional perante suas próprias "justiças", as chamadas "justiças estaduais", isto é, de que maneira o "seu" Estado-juiz exercerá a sua função jurisdicional, de que maneira ele atuará, portanto, *processualmente*. Nada mais coerente, vale o destaque, em se tratando, como se trata o Estado brasileiro, de um Estado *federado*. É o que se dá nos casos do direito norte-americano e do argentino, por exemplo. Cada um dos estados americanos e cada uma das províncias argentinas têm o seu próprio Código de "processo" (procedimento) civil, elaborados para levar em conta suas próprias peculiaridades locais e, em todos os sentidos, a realidade de suas próprias organizações judiciárias.

As conclusões que vão veiculadas nos parágrafos anteriores, contudo, não podem ser entendidas sem a observação do regime jurídico que a própria Constituição Federal empresta para a espécie. A competência legislativa reconhecida aos Estados-membros pelo art. 24 da Constituição Federal é *concorrente*, isto é, ela pode ser exercitada em conjunto com a União Federal e deverá levar em conta as diretrizes dos quatro parágrafos daquele dispositivo. De acordo com o § 1º, nestes casos de competência *concorrente*, a União Federal terá competência para criar as chamadas "normas gerais", o que, de qualquer sorte, não elimina a competência de os Estados-membros as suplementarem (§ 2º). Enquanto não houver as "normas gerais" federais, a competência legislativa estadual é plena (§ 3º) mas a superveniência da legislação federal impõe-se como obrigatória naquilo que for incompatível com a disciplina estadual que, portanto, fica sem eficácia (§ 4º).

Mesmo com a autorização constitucional, uma coisa é certa e não pode ser negada. O Código de Processo Civil é lei federal e, à falta de regras *procedimentais* dos Estados-membros, ele é de observância compulsória por todos os Estados-membros. Quando os Estados decidirem criar seus próprios *procedimentos*, levando em conta suas peculiaridades locais, o tamanho de seus Tribunais, os seus respectivos orçamentos, sua organização judiciária, e os mais variados fatores sociais, políticos, e, até mesmo, históricos e culturais, por-se-á discussão interessantíssima apenas indicada por ora: o que são *normas-gerais* de procedimento em matéria processual civil? A partir da sua resposta é que terá cabimento a verificação de quais espaços poderão ser ocupados *legitimamente* pela legislação dos Estados e, inversamente, quais os espaços que, desde a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, vêm sendo ocupados *legitimamente* pela União Federal, já que todas as Reformas empreendidas no Código de Processo Civil (v. n. 2.7 da Parte I) desde então são leis *federais*.

Ilustram bem a pertinência do tema as seguintes indagações: poderiam os Estados-membros criar seus próprios Juizados Especiais e suas respectivas regras de atuação, já que a Lei n. 10.259/2001 só os criava no âmbito da justiça federal? A Lei n. 12.153/2009, que cria os chamados "Juizados Especiais da Fazenda

Pública" no âmbito da Justiça Estadual, é, nesse sentido, constitucional? Faz diferença, a este respeito, o disposto no inciso X do art. 24 da Constituição Federal? O "procedimento ordinário" do Estado de São Paulo poderá ter prazos mais ou menos dilargados que o "procedimento ordinário" do Estado do Paraná? Poderá haver um "procedimento especial" para tratar de litígios que aparecem com maior frequência em um Estado-membro do que em outro? O número e as espécies de recursos podem variar em cada Estado-membro?

As respostas a estas questões significariam ir além dos limites deste Curso. Elas, contudo, são representativas de temas que, analisado o direito processual civil, desde a Constituição Federal, não podem ser mais colocados de lado pelos processualistas civis. É de se lamentar, por isto mesmo, que o Projeto de novo Código de Processo Civil não quis em nenhum momento ocupar-se do tema como em rigor deveria ter feito, máxime por ser a primeira iniciativa legislativa a esse respeito depois do advento da Constituição de 1988.

Cabe, a propósito, destacar a ADI 2.922/RJ, em trâmite perante o STF , na qual se discute, na perspectiva aqui exposta, a constitucionalidade de lei do Estado do Rio de Janeiro que trata da participação da Defensoria Pública daquele Estado nas "ações de alimentos", mais especificamente nas homologações de acordos naqueles casos. O relator, Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a *constitucionalidade* da regra destacando a importância do novo conteúdo trazido a respeito do tema pela Constituição de 1988 e a necessidade de discernir regras *processuais* de regras *procedimentais* como forma de "... conceder aos seus entes federados o poder de regular o procedimento de uma matéria, baseando-se em peculiaridades próprias, está a possibilitar-se que novas e exitosas experiências sejam formuladas". Neste sentido, como se lê de notícia divulgada pelo próprio STF, o Ministro Gilmar Mendes destacou em seu voto que os Estados "passariam a ser partícipes importantes no desenvolvimento do direito nacional e a atuar ativamente na construção de possíveis experiências que poderão ser adotadas por outros estados". O processo aguarda julgamento após pedido de vista formulado pelo Ministro Luiz Fux.

A Defesa

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A doutrina mais recentemente vem dando destaque à "defesa", apresentando-a como tema fundamental do direito processual civil. A iniciativa justifica-se, é usual ler-se, à luz do que este *Curso* chama de "modelo constitucional do processo civil". Ao lado da garantia constitucional do exercício do direito de ação prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (v. Capítulo 1, *supra*), há, na própria Constituição, a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa no inciso LIV do mesmo art. 5º.

A postura é digna de aplausos. Se o contraditório e, pelas razões expostas no n. 6 do Capítulo 1 da Parte II, mais propriamente, a (ampla) *defesa* do réu é a contrapartida do direito de ação, a "defesa" só pode ser entendida como o direito subjetivo público de o réu pedir, ao Estado-juiz, "tutela jurisdicional", entendida a expressão no *mesmo* sentido até aqui empregada: pedido de *proteção* a um direito lesionado ou ameaçado que se afirma possuir mediante o exercício da função jurisdicional (v. n. 6 do Capítulo 1, *supra*).

É por esta razão que deve ser acolhido o entendimento de que a rejeição do pedido formulado pelo autor enseja a prestação de tutela jurisdicional para o réu. O Estado-juiz, ao declarar que o direito lesionado ou ameaçado não pertence ao autor, que o comportamento do réu (ou a ausência dele) não viola nem ameaça a higidez do ordenamento jurídico, ao contrário do que *afirma* o autor em sua petição inicial, reconhece, para todos os fins, a correção da posição ocupada pelo réu. Este *reconhecimento* judicial da postura do réu – é bastante frequente referir-se a ela como uma declaração de que o autor não tem o direito que afirmava ter em face do réu – gera efeitos relevantes para o plano do processo e, mais do que isto, para o plano material também. Por se tratar de decisão que analisa o "mérito", isto é, que examina o conflito supostamente existente pelas partes de acordo com a perspectiva do autor, a decisão tende a transitar em julgado. Transitando, ela assume foros de *imutabilidade* e, por aqueles fundamentos, aquela mesma situação material já não poderá mais ser rediscutida entre aquelas partes e perante quaisquer órgãos jurisdicionais. Neste sentido, o réu protegeu-se suficiente e adequadamente com o exercício da função jurisdicional. Por isto ele recebe *tutela jurisdicional*.

A hipótese pode ser melhor entendida como se o magistrado atendesse um pedido do próprio réu de acolher a sua defesa, afastando a pretensão do autor. E, para tanto, faz-se suficiente o *processo* que, mercê do exercício do direito de ação exteriorizado na petição inicial, já teve início, com o rompimento da inércia da jurisdição. É por isto, aliás, ser bastante frequente o entendimento de que o réu não "age" em juízo (quem "age" é o autor); o réu apenas "reage".

Compreendendo o "direito de ação" da forma ampla como este *Curso* propõe, isto é, não só como direito de provocar a atuação do Estado-juiz mas também o direito de *agir* ao longo do processo, isto é, *agir* enquanto o próprio Estado-juiz *age* (v., em especial, o n. 1 do Capítulo 2, *supra*), objeção fácil de colocar às informações expostas nos parágrafos anteriores é que o tema "defesa", tal qual apresentado, mostrar-se-ia desnecessário. É como se ele fosse *absorvido* por aquela proposta de exposição mais ampla. Rigorosamente, a crítica não merece reparo. É importante, contudo, o *destaque* da "defesa" como tema fundamental do direito processual civil para que se tenha consciência de que ao "agir" do autor (compreendido no sentido tradicional) corresponde um "reagir" do réu (compreendido na forma aqui proposta).

O que este *Curso* não nega mas, por ora, não desenvolve é que uma eventual *absorção* da "defesa" por aquela compreensão mais ampla da "ação" tem o condão de eliminar uma série de indesejáveis problemas "técnicos" que em nada contribuem para a compreensão do direito processual civil e para os seus diversos institutos. Muito menos partindo das premissas eleitas por este *Curso*, como buscar ilustrar o n. 4, *infra*.

As considerações dos parágrafos anteriores tornam-se ainda mais interessantes – embora sejam aqui meramente *referidas* – quando se constata que, diferentemente do que se dá com a "ação" e toda a rica dogmática sobre ela desenvolvida desde que o estudo do direito processual civil assumiu foros de cientificidade, a doutrina ainda não elaborou parâmetros mais precisos sobre a "defesa", reservando seu estudo para o exame das técnicas legislativas que a regem e, por isto mesmo, de sua manifestação concreta, como ato (necessário) dos diversos procedimentos.

Não obstante, à guisa da apresentação de uma mais completa teoria geral do direito processual civil, há espaço para indicar alguns desdobramentos do tema que, a seu tempo, serão estudados e analisados com a profundidade cabível.

2. CONDIÇÕES DA DEFESA

Não existe, na doutrina, um estudo sistemático a respeito das "condições da defesa", diferentemente do que se dá e se justifica, pelas razões expostas no n. 3 do Capítulo 2, *supra*, para a ação. A própria lei processual civil, diferentemente do que faz com as "condições da ação", não oferece parâmetros seguros para uma tal construção dogmática.

Não obstante, tem o seu apelo didático – e este *Curso* pretende tê-lo – uma breve incursão no tema relativo às "condições da ação" para oferecer algumas

noções mais sólidas sobre o exercício da defesa.

O réu, mesmo quando convencido de sua ilegitimidade, tem legitimidade para arguir a falta da condição da ação, buscando a extinção do processo sem resolução de mérito. O réu é sempre parte legítima para sustentar, quando menos, sua ilegitimidade.

O n. 5 do Capítulo 1 da Parte II referiu-se à circunstância de que o exercício do contraditório como um todo – aí compreendida a defesa pelas razões expostas no n. 6 daquele mesmo Capítulo – é um *ônus* para o réu e, como tal, se a defesa não for exercida, a tempo e modo oportunos, disto poderá, pelo menos em tese, advir algum prejuízo ao réu. Esta noção faz remontar o "interesse de agir". Há casos, com efeito, a doutrina chama-os de "exceções em sentido estrito" (v. n. 3.2, *infra*), em que o réu terá de exercer sua defesa, sob pena de sua alegação, suas provas, suas razões, seu direito, enfim, não poder ser levado em consideração pelo Estado-juiz. Nesta perspectiva é difícil negar que o réu poderá vir a ser prejudicado pela sua própria inércia. É correto, pois, pelo menos em casos como estes, falar em *necessidade* e em *utilidade* na apresentação da defesa. É como se, em certos casos, o transporte de determinados elementos ocorrentes no plano material para o plano processual exigissem iniciativa do réu, sem o que, para todos os fins, o juiz não pode levá-los em conhecimento.

Por fim, a "possibilidade jurídica do pedido", quando aplicada ao campo da defesa, traz à tona as mesmas indagações que o caracterizam como condição da "ação". É que as defesas a serem apresentadas pelo réu (tanto suas posturas defensivas como ativas, v. ns. 3 e 4, *infra*) são aquelas admitidas pelo ordenamento jurídico. O réu não pode, por exemplo, defender-se validamente, requerendo ao magistrado, unilateralmente e fora dos casos em que a lei admite a suspensão do processo (v. n. 5 do Capítulo 3, *supra*). Também o fato que fundamenta a defesa, a "causa de resistir" (v. n. 3.1, *infra*), tem de ser lícito no sentido de não ser vedado pelo sistema. Defesa do réu que evoque, por exemplo, o disposto no art. 150 do Código Civil, que permite a construção do "princípio que proíbe a alegação da própria torpeza", de raízes mais sólidas na cláusula geral do art. 187 do mesmo Código, não pode ser aceita pelo magistrado.

Neste contexto de "possibilidade jurídica da defesa", também não há como deixar de mencionar o *dever* de lealdade, eticidade e boa-fé que devem acompanhar todo o atuar processual mas que, no exercício da defesa, deve ser sempre acentuado (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV). Até porque a apresentação de defesa protelatória ou abusiva pelo réu pode render ensejo, de acordo com o art. 273, II, a uma espécie de "tutela jurisdicional antecipada" (v. n. 8.2 do Capítulo 1, *supra*), a chamada "tutela antecipada sancionatória", tema do qual se ocupa o n. 2.5 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 4 deste *Curso*. A resistência do réu, neste sentido, tem de observar os padrões de uma resistência *devida*.

Aceitas as considerações expostas neste número, sua não observância pelo réu, isto é, verificando o magistrado que a defesa por ele apresentada não possui o mínimo indispensável que ateste a sua seriedade, ela, a defesa, deve ser *liminarmente* rejeitada com as consequências processuais daí decorrentes.

Assim, por exemplo, a antecipação (dos efeitos) da tutela jurisdicional, nos casos do já mencionado inciso II do art. 273, mas também nos casos do § 6º do mesmo dispositivo; o "julgamento antecipado da lide", nos casos autorizados pelo art. 330, e eventual apenação do réu faltoso pelo descumprimento do deveres dos arts. 14 e 17 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV).

3. OS COMPORTAMENTOS DO RÉU

O art. 297 dá a entender que as únicas "respostas" a serem ofertadas pelo réu quando citado para responder ao pedido de prestação de tutela jurisdicional que lhe é formulado pelo autor são a "contestação", as "exceções" e a "reconvenção". O dispositivo é, contudo, insuficiente para albergar todos os comportamentos que o réu pode assumir.

Além de oferecer contestação, excepcionar ou reconvir, o réu poderá também ajuizar a chamada "ação declaratória incidental" (art. 5º), requerer o desmembramento do "litisconsórcio" (art. 46, parágrafo único), "nomear à autoria" (arts. 62 a 69), "denunciar a lide" (arts. 70 a 76), "chamar ao processo" (arts. 77 a 80), oferecer "impugnação ao valor da causa" (art. 261) e requerer os benefícios da justiça gratuita (art. 6º da Lei n. 1.060/1950). Poderá também, simplesmente, omitir-se de apresentar qualquer manifestação, qualquer *resposta*, qualquer *defesa*, hipótese na qual ele será considerado "revel" (art. 319). Ele pode também, em extremo oposto, comparecer em juízo para "reconhecer juridicamente o pedido do autor" (art. 269, II), isto é, para confirmar, perante o magistrado, o acerto das alegações e imputações a ele feitas pelo autor.

E mais. A insuficiência do art. 297 repousa também em outro fator. Ele se refere, apenas e tão somente, ao que o Código de Processo Civil trata como "processo de conhecimento", esquecendo-se, o próprio Código (e isto mesmo antes das Reformas do Código de Processo Civil), que o "réu" – aquele em face de quem o pedido de prestação de tutela jurisdicional é dirigido – também pode exercer "defesa", no que o seu Livro II chama de "processo de execução", no que o Livro III chama de "processo cautelar" e no que o Livro IV chama de "procedimentos especiais".

O exame de cada uma das figuras destacadas acima, bem como os comportamentos a serem adotados pelo réu no "processo de execução", no "processo cautelar" e nos "procedimentos especiais", ocupará os demais volumes deste *Curso*. O que interessa para o momento presente é apenas destacar que o réu tem, à sua frente – e rente a uma amplíssima compreensão do princípio constitucional da "ampla defesa" –, uma série de comportamentos *comissivos* que variam desde o reconhecer o pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor até apresentar todas as formas de resistência concebidas pelo sistema, e, até mesmo, legitimamente, um *omissivo* (o não responder, quando será considerado revel), que poderá assumir consoante o caso.

3.1. **Especificamente a contestação**

No que diz respeito, contudo, à apresentação da "contestação", que é o nome que identifica "a" defesa do réu, é importante, desde logo, evidenciar que nela o réu não precisa, ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, limitar-se a contradizer a versão dos fatos *constitutivos* do direito do autor (a "causa de pedir", v. n. 4 do Capítulo 2, *supra*).

O réu pode também – e ao mesmo tempo – veicular defesas que não dizem respeito, apenas e tão somente, ao plano do direito *material*, isto é, ao conflito de interesses narrado pelo autor, mas ao próprio plano do *processo*. Com efeito, o réu pode arguir eventuais defeitos que ele próprio localize na provocação do Estado-juiz (ausência de condições da ação) ou com relação à atuação do Estado-juiz (ausência de pressupostos processuais de existência ou de validade ou presença de algum pressuposto processo negativo). A possibilidade de *cumulação* de defesas, no plano do próprio processo e no plano do direito material conflituoso, é o que a doutrina geralmente denomina princípios da "concentração da defesa" ou da "eventualidade" (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte IV). A ele se referem o art. 300 e, de forma bem pormenorizada, o 301.

No que diz respeito ao plano *material*, a contestação pode veicular defesas *diretas* ou *indiretas*. Como se referem, ambas, ao plano material, isto é, externo ao processo, é comum que elas sejam identificadas como "defesas *substanciais*" em contraposição às "formais" ou "processuais", que são as relativas ao plano do processo. O que caracteriza cada uma delas é a alegação trazida pelo próprio réu. Se ele, réu, limita-se a negar os fatos narrados pelo autor, apresentando, por exemplo, uma outra versão do quanto ocorrido ou, quando menos, negando as consequências jurídicas dos fatos alegados pelo autor, a defesa é *direta*. Se, contudo, o réu aceita como verdadeiros os fatos narrados pelo autor mas traz, ao conhecimento do juízo, novos fatos que, de alguma forma, interferem no acolhimento da pretensão do autor, a defesa deve ser entendida como *indireta*. Assim, se o réu traz a conhecimento do juízo fatos *impeditivos*, *extintivos* ou *modificativos* do direito do autor.

É comum a referência a que estes novos fatos trazidos ao conhecimento do magistrado pelo réu em sua contestação contrapõem-se aos fatos trazidos pelo autor em sua inicial. A "causa de pedir" (*causa petendi*) da petição inicial, exigida pelo inciso III do art. 282, encontra-se, analisada a questão deste prisma, em oposição à "causa de resistir" (*causa excipiendi*) veiculada na contestação. Tanto assim que a "causa de resistir" aumentará necessariamente o "objeto de conhecimento" do magistrado, isto é, a matéria sobre a qual será desenvolvida a "cognição judicial" (v. n. 9 do Capítulo 1, *supra*). Há, mercê da iniciativa do réu, matéria *nova*, distinta daquela arguida pelo autor em sua petição inicial, que o juiz não poderá deixar de apreciar.

A distinção entre defesas *diretas* e *indiretas* de mérito é relevante em todos os sentidos. Seu interesse não é apenas teórico. O mesmo deve ser dito na hipótese de haver alegações do réu quanto à higidez do direito de ação do autor ou de regularidade do processo. A depender do conteúdo da contestação, o próprio *procedimento* a ser observado pelo magistrado a partir da prática daquele

ato processual (a apresentação da contestação) poderá se alterar como, também, a atribuição do "ônus da prova", isto é, a verificação sobre quem, autor ou réu, terá de provar tais e quais fatos. O tema, interessantíssimo, diz respeito ao que o Código de Processo Civil chama de "providências preliminares" (arts. 323 a 328) estudado com o vagar que se faz necessário pelo Capítulo 1 da Parte III do vol. 2, tomo I.

Os comentários aqui feitos com relação à "contestação", importante assinalar, têm plena aplicabilidade às "defesas" apresentadas também no que o Código de Processo Civil chama de "processo de execução", "processo cautelar" e "procedimentos especiais".

No âmbito do "processo de execução", assim entendida a tutela executiva que é prestada de acordo com as regras do Livro II do Código de Processo Civil, contudo, há, por diversas razões, discussão sobre a natureza jurídica da "defesa" do réu, com ampla predominância do entendimento de que, naquela sede, não há, propriamente, "defesa" mas verdadeira "*ação*" a ser exercitada por ele, "ação" que veiculará não só questões relativas ao direito de ação exercido pelo autor, à regularidade do processo então instaurado mas, também, relativas ao plano do direito *material* (arts. 741, VI, e 745, IV e V). É o que o Código chama, no Título III do Livro II, de "embargos do devedor"; nos Capítulos II e III, de "embargos à execução" ("contra a Fazenda Pública" e "fundada em título extrajudicial", respectivamente), e, no Capítulo IV do mesmo Título, de "embargos na execução por carta".

O tema ganha novos foros de interesse e de atualidade quando estudado a partir das considerações lançadas no n. 2 do Capítulo 3, *supra*, e ao lado das modificações trazidas pela Lei n. 11.232/2005 à "etapa" executiva, ao disciplinar a "reação" do réu aos atos executivos praticados pelo Estado-juiz como "impugnação" (arts. 475-L e 475-M), quando transferiu parte da atividade jurisdicional relacionada à prestação da tutela executiva para o Livro I do Código de Processo Civil. Seu estudo é matéria que ocupa, em especial, o n. 1.1 do Capítulo 1 e o n. 2 do Capítulo 2, ambos da Parte V, do vol. 3.

3.2. **Exceções e objeções**

Há tradicional distinção feita pela doutrina entre "exceções" e "objeções", no que diz respeito aos comportamentos defensivos a serem assumidos pelo réu. Determinadas matérias impõem que o réu – e só ele – tome a iniciativa de arguir ao magistrado. A falta de sua arguição ou o que, rigorosamente é o mesmo, a sua arguição fora do momento adequado, significa a inviabilidade de o magistrado conhecer delas o que, isto está posto no n. 2, *supra*, poderá, consoante o caso, trazer algum prejuízo para o réu. É ônus do réu, por exemplo, arguir e comprovar que pagou a dívida reclamada pelo autor. Se não arguiu o pagamento (fato extintivo do direito do autor) ou não o comprovar suficientemente, o pedido do autor será acolhido em face do réu e será prestada a tutela jurisdicional em seu desfavor. São estas alegações, que dependem de iniciativa do réu para serem apreciadas pelo juiz, que são as chamadas

"*exceções* em sentido estrito". Elas correspondem ao que o número anterior chamou de "defesas substanciais indiretas".

Às exceções contrapõem-se as chamadas "objeções". São aquelas matérias que, mesmo sem a provocação do réu – e isto vale, consoante o caso, também para o autor –, são passíveis de apreciação pelo magistrado. Elas, as "objeções", caracterizam-se, portanto, porque podem ser conhecidas, apreciadas, de ofício, sem que o magistrado seja provocado para tanto. A presença das condições da ação e a regularidade do processo (os pressupostos processuais) são exemplos seguros de *objeções*, como fazem prova os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º. Este dispositivo, a ressalva justifica-se, ao excepcionar o "compromisso arbitral" (v. n. 3.3.4 do Capítulo 3, *supra*), dá a esta categoria o regime jurídico de "exceção", nos termos apresentados no parágrafo anterior.

A distinção relevante entre "exceções em sentido estrito" e "objeções" se limita ao que está escrito nos parágrafos anteriores. O traço característico de cada qual é a exigência ou não de iniciativa de uma das partes para que ela seja apreciada e levada em consideração pelo magistrado.

Ocorre também que, mesmo os casos clássicos de "exceção", no sentido referido de início, isto é, de matéria de defesa que reclama iniciativa do interessado para ser apreciada e, se for o caso, declarada pelo magistrado ("exceções *em sentido estrito*"), não são, à luz das modificações que podem ser incorporadas ao direito positivo, absolutas ou imutáveis. Exemplo bem recente e polêmico é o da "prescrição". Por força da nova redação que a Lei n. 11.280/2006 deu ao § 5º do art. 219, passou o magistrado a estar autorizado a apreciar a ocorrência de prescrição de ofício, isto é, sem a necessária e indispensável provocação da parte, a quem ela, a prescrição, aproveitava, ao contrário do que predominou ao longo de toda a formação histórica do instituto. O que diz respeito à exposição presente é a compreensão de que a "prescrição", que tinha, deste ponto de vista de análise, regime jurídico típico de uma "exceção", uma "exceção em sentido estrito", passou a ser, por força da lei, uma "objeção". Processualmente, é o poder de *iniciativa* da arguição e não, propriamente, a *forma* de sua arguição, o que distingue uma espécie, a "exceção em sentido estrito", da outra, a "objeção".

É certo que o próprio art. 297 refere-se a "exceções", regulando-as nos arts. 304 a 314. Estas "exceções", contudo, não guardam relação maior, a não ser pelo nome, com as referidas anteriormente, o que justifica, por isto mesmo, que aquelas venham, em geral, acompanhadas do complemento "em sentido estrito" para diferenciar uma figura da outra.

O uso do nome e do regime jurídico das "exceções" do art. 297 justifica-se muito mais por razões históricas, quase uma reminiscência da disciplina mais ampla que lhes dava o Código de Processo Civil de 1939 (arts. 182 a 189). Aqui, diferentemente do que se dá com as "exceções em sentido estrito", o critério distintivo adotado pela lei diz mais respeito à *forma* de sua arguição e à circunstância de sua apresentação em juízo ter aptidão de suspender o processo (arts. 265, III, e 306, v. n. 5 do Capítulo 3, *supra*) e, não, como poderia parecer, à *iniciativa* de sua arguição.

Tanto assim que somente a "exceção de incompetência" depende, pela letra da lei, da iniciativa do réu para que ela surta seus efeitos desejados, quais sejam, o envio dos autos do processo ao juízo competente (arts. 112, *caput*, e 114). E mesmo assim, a alegação da "incompetência *relativa*" em sede de contestação, como "preliminar de contestação", a exemplo do que o art. 301, II, reserva para a "incompetência *absoluta*", pode ser entendida, no máximo, com um defeito *formal* e, portanto, apto a ser *desconsiderado* no plano do processo (v. n. 4.6 do Capítulo 3, *supra*, e o n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV).

A apresentação formal de uma "*exceção* de impedimento" e de uma "*exceção* de suspeição" é desnecessária para atingimento de sua finalidade principal, qual seja, a de afastar do caso concreto o magistrado que, à falta de imparcialidade, pode comprometer o "modelo constitucional do processo civil". O próprio juiz tem o *dever* de reconhecer a sua *parcialidade* para atuar no caso concreto (art. 137).

Idênticas considerações têm aplicação ao que o Código de Processo Civil chama de "processo de execução", como mostram os arts. 741, VII, 742 e 745, V.

A propósito desta distinção feita pelo próprio Código de Processo Civil entre "processos" de *conhecimento* e de *execução*, justifica-se a menção a uma discussão que ganhou espaço de destaque na doutrina e na jurisprudência sobre "exceções" e "objeções". Como a "defesa" (os "embargos à execução") no "processo de execução", sempre entendido neste contexto o que o próprio Código entende como tal, dependia, antes da Lei n. 11.382/2006, como regra, de "garantia do juízo", isto é, o devedor ("executado"), para questionar os atos executivos praticados a pedido do credor ("exequente"), precisava depositar em juízo a quantia reclamada ou seu equivalente em bens ou, ainda, apresentar o bem reclamado (era o que exigia o hoje revogado art. 737), ganhou fôlego o entendimento de que para viabilizar uma mais *ampla* e menos *onerosa* defesa para o devedor ("executado") determinadas matérias não precisariam ser veiculadas pelos "embargos" mas por meras petições, meros requerimentos que não precisam observar quaisquer requisitos formais quanto à sua admissibilidade, o principal deles, a "garantia do juízo" acima referida.

Consoante as matérias alegáveis dependessem, ou não, da iniciativa do devedor ("executado"), passou-se a reconhecer o *direito* de serem apreciadas pelo magistrado, o que acabou sendo conhecido como "*exceções* de pré-executividade" e "*objeções* de pré-executividade", respectivamente. O que, por ora, vale destacar sobre o tema é que nenhuma destas figuras *defensivas* são reconhecidas ou disciplinadas expressamente no Código de Processo Civil. Elas são, é esta a verdade, construções doutrinárias seguras, bem aceitas pela jurisprudência, de um processo civil *sistematizado*, que não se prende às fórmulas, mesmo que bem concebidas e bem-intencionadas do legislador, mas que se justificam, que verdadeiramente se impõem, à luz das premissas que norteiam o desenvolvimento deste *Curso*.

Os temas tratados neste número exigem uma série de outros desdobramentos cujo enfrentamento, aqui, transbordaria dos limites de uma

teoria geral do direito processual civil. A ele se voltam os ns. 2.2 e 2.3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I, e o n. 2 do Capítulo 6 da Parte V do vol. 3.

4. O EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO PELO RÉU

Por fim, mas não menos importante, vale desenvolver um pouco mais a possibilidade de o réu assumir postura não meramente defensiva no processo mas, bem diferentemente, postura ativa, entendida a dicotomia no sentido comum, não técnico, das palavras, já esboçada no n. 1, *supra*.

O réu pode, sem prejuízo de *reagir* ("princípio da concentração da defesa", v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte IV), *agir* em face do autor no *mesmo* processo inaugurado pela iniciativa do autor, formulando, de acordo com a doutrina amplamente majoritária, pelo exercício do direito de ação, um pedido de tutela jurisdicional em seu favor. É o que o art. 315, ao admitir expressamente esta postura, chama de "reconvenção".

Mas não só. O réu também pode pretender tutela jurisdicional em face de terceiro na hipótese de ele ser condenado a pagar algum valor ao autor. Trata-se da "denunciação da lide", instituto regulado nos arts. 70 a 76, que é significativo, também de acordo com a doutrina amplamente majoritária, do uso do direito de *ação* pelo próprio réu no *mesmo* processo em que o autor requereu a prestação da tutela jurisdicional.

O réu pode, até mesmo, pretender exercer "ação" no sentido de romper a inércia da jurisdição para declarar a existência ou a inexistência de uma relação jurídica "prejudicial", isto é, uma relação jurídica da qual dependam as consequências pretendidas pelo autor. O ser "pai", por exemplo, em uma ação na qual o "filho" pretenda a cobrança dos alimentos. É o que, com base no art. 5º, é usualmente chamado de "ação declaratória incidental". Também ela, ainda de acordo com a doutrina amplamente majoritária, é significativa do exercício do direito de ação pelo réu no *mesmo* processo.

De outra parte, como mencionado pelo n. 3.1, *supra*, os arts. 741 a 747 exigem, no que o Código de Processo Civil chama de "processo de execução", que a postura "defensiva" do réu (do "devedor", ou do "executado", para empregar os nomes mais frequentes para descrever a hipótese), assuma feições de verdadeiro "direito de ação", sempre em consonância com a doutrina vastamente predominante, ação a ser exercida, inclusive, por um *outro* e *distinto* "processo", um verdadeiro "processo de *conhecimento*", incidental ao "processo de *execução*", sempre empregando, aqui, a nomenclatura consagrada pelo próprio Código de Processo Civil.

Aqui não há espaço para maiores considerações sobre cada um dos institutos. Sua menção justifica-se, apenas, para colocar em destaque a autocrítica lançada desde o início do Capítulo 2 (n. 1, respectivo) e para justificar renovadas e necessárias reflexões sobre eles.

Reflexões que são tanto mais pertinentes quando, por força da evolução do próprio direito positivo brasileiro, compreendidas sempre a partir do "modelo

constitucional do processo civil", são diversos os casos em que estas "posturas" do réu independem do exercício de uma "nova" e "distinta" ação (seja ela exercitada, ou não, em "outro processo") mas, bem diferentemente, são passíveis de exercício na *mesma* ação e no *mesmo* processo (uma só ação e um só processo, portanto, na linha do que propõem os Capítulos 2 e 3) por mero "requerimento" do réu. Para mencionar três exemplos bem ilustrativos, vale o destaque dos arts. 278, § 1º, e 922 do Código de Processo Civil e do art. 31 da Lei n. 9.099/1995 (a lei dos "juizados especiais"), em geral chamados pela doutrina de "pedidos contrapostos". Nestes casos, o réu pode "pedir", na própria "contestação", tutela jurisdicional em seu favor e, pertinente evidenciar, tutela jurisdicional que vá além do reconhecimento de que o autor não tem o direito que em sua petição inicial afirmava ter.

De resto, a "impugnação" a que se referem os arts. 475-L e 475-M, na redação da Lei n. 11.232/2005, mormente quando compreendida à luz da rica dogmática que se desenvolveu sobre as chamadas "exceções e objeções de pré-executividade" (v. n. 3.2, *supra*), conduz, necessariamente, à pergunta sobre a razão de terem os "embargos à execução" natureza jurídica de *ação* e em que medida aqueles fundamentos ainda se justificam em um direito processual civil que pode e deve ser sistematizado. Mais ainda diante das profundas modificações que a Lei n. 11.382/2006 trouxe para o Título III do Livro II do Código de Processo Civil.

O desenvolvimento destas considerações ocupa, em especial, o n. 4 do Capítulo 3 e o n. 2 do Capítulo 4, ambos da Parte II do vol. 2, tomo I, e o n. 2 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 3.

Parte IV

O MODELO INFRACONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A Doutrina Tradicional e os Princípios Infraconstitucionais do Processo Civil

1. A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO E DA UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL

De acordo com Eduardo Couture, processualista uruguaio, o processo civil é eminentemente dialético. Nele se busca chegar à verdade pela exposição da tese, antítese e da síntese ("ação", "defesa" e "sentença"). Os princípios que ele chama de "formativos" do processo desempenham o papel de distribuição razoável das oportunidades dadas às partes ao longo de todo o processo. O debate processual tem de ser ordenado e criar oportunidades iguais para que possam valer os direitos de ambas as partes. Para ele, sem prejuízo dos princípios impostos pela Constituição ao legislador – e que ele chama de "mandamentos processuais" (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte II) –, é possível e, até mesmo, desejável que, no plano infraconstitucional, sejam extraídos princípios ordenadores da interpretação das leis processuais.

Não há um rol fixo ou predeterminado de princípios infraconstitucionais do processo civil. Eles são fruto de explícita escolha do legislador, que se vale deles como método de ordenar as disposições relativas ao direito processual civil, ou são extraíveis, naturalmente, da leitura e análise conjuntas das próprias normas processuais civis. São, por assim dizer, *construídas* (por pensamento *indutivo*) do conjunto de normas concretas e de sua vivência e repetição prática. Exemplo significativo de princípios do primeiro grupo é o art. 250 do Código de Processo Civil, que encerra o "princípio da instrumentalidade das formas" (v. n. 5 do Capítulo 2, *infra*, e o n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III). Do segundo grupo, o exemplo mais marcante é o "princípio da (ir)recorribilidade das interlocutórias (v. n. 8 do Capítulo 2, *infra*).

Em um e em outro caso, contudo, a *função* a ser desempenhada pelos princípios infraconstitucionais do processo civil é muito mais de auxiliar a interpretação e aplicação das normas de direito processual civil. Estão, portanto, em patamar *qualitativamente* diverso dos princípios *constitucionais* do processo civil que, como analisado pelos ns. 1 e 2 do Capítulo 1 da Parte II, são verdadeiramente *fundantes* do "modo de ser" do processo, em dado ordenamento jurídico e inarredavelmente *vinculantes* para o legislador e para o

juiz na concepção do que "deve-ser" o próprio processo, sempre entendido como método de atuação do Estado-juiz, e na construção dos diversos procedimentos segundo os quais o Estado-juiz atuará de modo adequado e devido.

Isto, contudo, não afasta que os princípios *infraconstitucionais* do processo civil também aceitem, em alguma medida, certos temperamentos, certas atenuações na sua aplicação em cada caso concreto. É que pela diretriz normativa que encerram – mesmo que localizados, explícita ou implicitamente, em plano inferior ao da Constituição Federal – não há como emprestar a eles o "tudo ou nada", o aplica-se ou não se aplica, típico das *regras* jurídicas. Justamente porque sua hipótese de incidência é muito mais um indicativo, eles aceitarão, em cada caso, variações consentâneas com os ideais neles assumidos e extraídos, com maior ou menor vigor, do ordenamento processual civil infraconstitucional.

A proposta deste Capítulo é a de expor, com a maior fidelidade possível, os princípios infraconstitucionais do direito processual civil brasileiro, *percebendo-os* no próprio Código de Processo Civil (porque o legislador brasileiro, por vezes, fez escolhas expressas quanto à adoção de determinados institutos processuais) ou *extraindo-os* da leitura e análise conjuntas das normas processuais, mormente quando tal iniciativa se dá pelos "usos e costumes" do direito processual civil brasileiro, assim entendido o *relato* frequente de determinados "princípios" (noções nucleares) na doutrina e na jurisprudência.

Embora a aplicação de cada um dos princípios aqui seja reservada para a exposição da matéria, iniciativa que ocupará os demais volumes deste *Curso*, sua enunciação, bem assim o esclarecimento de seu significado mostram-se providências bastante úteis e oportunas para uma compreensão, a mais ampla possível, do fenômeno processual também no plano infraconstitucional. Típica providência, pois, de uma teoria geral do direito processual civil.

De resto, nas exposições a serem feitas em cada um dos outros volumes deste *Curso*, outros princípios, mais setoriais, mais específicos, de cada um dos assuntos neles versados, serão apresentados e discutidos. Nem poderia ser diferente, considerando a constante mutação pela qual tem atravessado o nosso Código de Processo Civil. Também aqui, a exemplo do que consta do n. 2 do Capítulo 1 da Parte II, a importância do estudo dos princípios, mesmo que extraíveis de um plano hierarquicamente mais baixo – a referência é aos "princípios infraconstitucionais do processo civil" –, não pode ser apequenada, sob pena de não se conseguir ter, com a profundidade necessária, a visão mais ampla do *todo*, para o qual se volta o vol. 1 deste *Curso*.

2. OS CHAMADOS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS E FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

A doutrina tradicional costuma, ao enfrentar o tema dos "princípios do processo civil", fazer menção a dois grandes grupos: os "princípios informativos" e os "princípios fundamentais" do processo.

Os princípios *informativos* do processo "são regras de ordem predominantemente técnica (especialmente se considerados um a um, sem uma visão unificadora) e, pois, desligadas de mais intensa permeação ideológica" (Arruda Alvim), e que, por isto mesmo, não dependem de demonstração. São, neste específico sentido, verdadeiros axiomas (Nelson Nery Jr.). O que releva destacar é que, nesta concepção, os princípios informativos não contêm conteúdo ideológico, baseando-se em critérios estritamente técnicos e lógicos.

Sempre de acordo com a doutrina tradicional, os princípios *informativos* do processo são quatro e podem ser entendidos da seguinte maneira:

"Princípio lógico", segundo o qual o processo tende a uma finalidade, qual seja, o proferimento de uma sentença revestida de coisa julgada e deve, para atingi-la, desenvolver-se por meios eficazes e rápidos para descobrir a verdade e evitar o erro.

"Princípio jurídico", pelo qual o processo deve se submeter a um ordenamento jurídico preexistente, de forma a proporcionar aos litigantes igualdade ao longo do procedimento e justiça na decisão.

"Princípio político", segundo o qual no processo exerce-se a autoridade estatal, observando-se os cânones de dar ao processo a máxima garantia social com o mínimo de sacrifício individual da liberdade.

"Princípio econômico", pelo qual o processo deve se desenvolver com o mínimo de atividade e com o máximo de rendimento. Importa para tanto, inclusive, que o processo não seja objeto de gravosas taxações e em função das despesas e de sua duração tornar-se utilizável somente pelos mais ricos.

Este *Curso* opta em afastar o emprego desta classificação. Os "axiomas" representados pelos princípios arrolados pertencem, de acordo com as premissas aqui empregadas, aos cânones interpretativos do processo civil – o que o n. 2 do Capítulo 2 da Parte I chamou de "fase contemporânea do estudo científico do direito processual civil" –, e, por isto mesmo, não há razão para insistir nela e na sua divulgação como "princípios fundamentais". Ademais, não há como negar que a compreensão dos fins a serem atingidos pelo processo civil é, mais do que uma construção "filosófica" ou "dogmática" do direito processual civil, uma *imposição* da Constituição Federal. O processo é método de realização de fins do próprio Estado Democrático de Direito. Por isto mesmo é que ele, o "processo", poderá variar consoante variem os ordenamentos jurídicos. Pode até acontecer de, em determinado ordenamento jurídico, justamente em função do modelo de Estado por ele criado e modelado, não haver lugar para falar de "processo". Pode acontecer de, neste hipotético ordenamento jurídico, o Estado não precisar atuar *processualmente* para externar a sua "vontade funcional". É esta a demonstração que ocupou o n. 1 do Capítulo 3 da Parte III.

Por sua vez, os "princípios *fundamentais* do processo civil", de acordo com a doutrina tradicional, devem ser entendidos como diretrizes inspiradas por características políticas, que carregam em si mesmos carga ideológica significativa e, por isto, são válidos para determinados sistemas jurídicos ideologicamente afeiçoados a eles. Neste sentido, os princípios fundamentais do processo acabam por representar os próprios *valores* a serem alcançados pelo e

no processo, isto é, pela atuação do Estado-juiz. São os cânones fundamentais do sistema processual. Dão forma e caracterizam os sistemas de processo. São, a bem da verdade, uma síntese crítica do processo. São verdadeiramente princípios *políticos* do processo. Retratam uma opção *valorativa*, uma opção *política* com relação ao "ser" do processo. Podem, por isto mesmo, variar conforme as opções ideológicas e políticas de cada Estado.

Embora não haja consenso doutrinário a respeito, é bastante comum que, dentre os chamados "princípios *fundamentais* do processo civil", sejam indicados os seguintes: bilateralidade da audiência; dispositivo; impulso oficial; oralidade e publicidade dos atos processuais.

Também para estes "princípios", opta, este *Curso*, a não insistir no emprego e na divulgação da classificação tal qual usualmente apresentada. É que boa parte dos chamados "princípios fundamentais do processo civil", justamente em função de seu caráter ideológico, valorativo, afeiçoado às opções políticas de cada ordenamento jurídico, acaba por coincidir por tudo e em tudo com os princípios *constitucionais* do processo civil que, justamente por serem *constitucionais*, merecem (e este *Curso* a eles deu) tratamento apartado e próprio, tal qual o faz o Capítulo 1 da Parte II deste vol. 1. Mais ainda porque os "princípios constitucionais do processo civil" devem ser entendidos como verdadeiros *direitos fundamentais* que devem ser realizados concretamente *no* e *pelo* processo. Eles, vale a pena enfatizar, são *vinculantes*, verdadeiramente *impositivos* ao legislador e ao juiz no exercício da função jurisdição *e* na prestação da tutela jurisdicional.

Os demais princípios ditos "fundamentais" pela doutrina tradicional e que não pertencem ao "modelo constitucional do processo civil" (v. Capítulo 1 da Parte II) são relevantes na medida em que eles decorram, expressa ou implicitamente, das opções feitas pelo legislador processual civil, vale dizer, na medida em que eles se mostrem afeiçoados às opções políticas adotadas no plano *infraconstitucional* do processo civil. E, neste sentido, eles são – é esta a classificação proposta e adotada por este *Curso* – princípios *infraconstitucionais* do processo civil, integram, por isto mesmo, o "modelo *infraconstitucional* do processo civil".

É importante fazer a distinção entre uma e outra classe de princípios. Negar aos "princípios *infraconstitucionais* do processo civil" o rótulo amplo de "princípios fundamentais" significa admitir que sua alteração, diferentemente do que se dá com os "princípios *constitucionais* do processo civil", dependa, apenas e tão somente, da modificação da lei processual civil. Não como se dá com os princípios classificados como "constitucionais", componentes, portanto, do "modelo constitucional do processo civil", de qualquer modificação da Constituição ou dos valores por ela albergados, expressa ou implicitamente que são, por definição, sempre mais duradouros do que as normas infraconstitucionais. Não que eles não sejam representativos de uma opção política do ordenamento brasileiro (v. *infra*) mas o nível hierárquico em que eles se localizam é o suficiente para distingui-los dos princípios *constitucionais* do processo civil e para excluí-los, consequentemente, do "modelo constitucional do

processo civil".

Em função destas considerações, este *Curso* até poderia nominar os princípios infraconstitucionais do processo civil de "informativos" ou, como prefere Couture, dentre outros autores, "formativos", no sentido de que eles dão sentido, ordem e unidade às normas processuais civis infraconstitucionais (e, por isto mesmo, são princípios). Mas também não há por que negar que os princípios aqui estudados e examinados, justamente por se afeiçoarem às opções políticas do legislador *infraconstitucional* do processo civil, poderiam ser chamados também de "fundamentais", como, vale a ênfase, são todos (e por definição) os princípios constitucionais de que ocupou o Capítulo 1 da Parte II. Como a doutrina tradicional reserva o nome "princípios fundamentais" para se referir aos princípios resultantes de escolhas políticas sem fazer a distinção de quem as fez ou pode fazer, contudo, é preferível abandonar a nomenclatura tradicional, que distingue "princípios *informativos*" de "princípios *fundamentais*" do processo civil. Seu emprego poderia levar o leitor a equívocos. Os mesmos nomes estariam a descrever conceitos e ideias radicalmente distintos. Por isto, ela não é adotada por este *Curso*, que dá preferência à dicotomia "princípios *constitucionais* do processo civil" e "princípios *infraconstitucionais* do processo civil". Aqueles, componentes do "modelo constitucional do processo civil". Estes, os princípios *infraconstitucionais* do processo civil, o "modelo *infraconstitucional* do processo civil", são as escolhas feitas entre algumas alternativas pelo legislador infraconstitucional que, se é verdade, afinam-se com os princípios constitucionais do processo civil – nem poderia ser diferente, sob pena de ruir todo o sistema – e com ele não se confundem.

Não obstante as considerações do parágrafo anterior, o que importa destacar é que tanto a doutrina tradicional como a proposta por este *Curso* não colocam em dúvida que as opções políticas do legislador de que trata esta Parte IV sejam *princípios*. A divergência apresentada nos parágrafos anteriores não nega esta característica, mas, bem diferentemente, aceita-a. Como se tratam de *princípios*, mesmo que localizados no plano *infraconstitucional*, a eles devem ser destinadas as mesmas considerações a que fez referência, em especial, o n. 2 do Capítulo 1 da Parte II, isto é, eles, por definição, aceitam atenuações e mitigações nas suas aplicações em cada caso concreto que justifique sua incidência. É por isto que na exposição que ocupará o Capítulo 2, *infra*, a cada princípio sempre será oferecido o seu correlato contrário, até como forma de verificar e constatar que o direito processual civil brasileiro, no plano infraconstitucional, mostra-se em inegável *transição*. A maior e mais segura prova disto é o inegável *conflito* que existe, a olhos vistos, entre os *princípios* no plano infraconstitucional, entre os princípios agasalhados originalmente pelo Código de Processo Civil de 1973 e por aqueles que, expressa ou implicitamente, decorrem das "Reformas", em especial das leis processuais civis editadas desde 1994.

A exposição adotada por este *Curso* recusa a mera enunciação dos diversos princípios infraconstitucionais, listando-os uns após os outros. O que parece ser mais útil para que se tenha ciência o mais ampla e desejável possível,

mesmo que para os fins de uma teoria geral do direito processual civil, é a distinção de cada um dos princípios infraconstitucionais do processo civil em blocos. Cada um destes blocos, que formarão os Capítulos que se seguem, justificam-se pelo critério neles enunciado.

O rol dos princípios infraconstitucionais aqui analisados, contudo, não é exaustivo. São os demais volumes deste *Curso* que se ocuparão de sua exposição e problematização com a profundidade necessária. Por ora, é suficiente sua notícia com vistas a fornecer uma apresentação mais clara das opções políticas e, neste sentido, das *técnicas* adotadas pelo legislador processual civil brasileiro e sua análise crítica.

É hora de expor, com as ressalvas já indicadas, de restrição dos temas aqui versados, para não tirá-los de seus campos próprios de análise, os princípios infraconstitucionais do processo civil.

Os Princípios Infraconstitucionais do Processo Civil

1. PROPOSTA

Este Capítulo busca destacar os princípios infraconstitucionais relativos ao processo civil. Nele estão tratados os princípios que, em geral, a doutrina tradicional apresenta ao tratar do chamado "processo de conhecimento", tendo como referencial o Livro I do Código de Processo Civil.

Não obstante o peso que a tradição opera neste caso, entender cada um dos princípios aqui discutidos num contexto mais amplo tem a grande vantagem de desvincular as noções aqui apresentadas do Livro I do Código de Processo Civil. Até porque, como as considerações desenvolvidas especialmente no n. 2 do Capítulo 3 da Parte 3 terão evidenciado, os fenômenos relativos à atuação jurisdicional e à prestação da tutela jurisdicional não se limitam, não se restringem ao que a doutrina tradicional sempre chamou – e o Livro I do Código de Processo Civil continua a chamar – de "processo de conhecimento". Não há mais razão para eleger "aquele processo", aqueles dispositivos de lei, como referencial ou como paradigma para a construção de uma teoria geral do direito processual civil. Por isto, a opção feita desde o título do Capítulo: princípios do *processo civil*, processo sempre entendido como *toda* manifestação do Estado-juiz com vistas à prestação da tutela jurisdicional independentemente de suas "etapas" ou "atividades" que são úteis para descrever outros fenômenos, mais particulares do que aqueles aos quais a exposição presente se volta.

O que ocupa os números seguintes, de qualquer forma, evita, na medida do possível, tratar dos princípios infraconstitucionais não vinculados, de alguma forma, aos grandes temas relativos ao direito processual civil. A iniciativa permite sua compreensão mais ampla no *sistema* processual civil, ao mesmo tempo que evita que um específico princípio seja compreendido fora de seu verdadeiro contexto, prática que, muitas vezes, pode conduzir o leitor a equívocos sobretudo porque muito da discussão travada em sede de doutrina sobre os "princípios infraconstitucionais do processo civil" parece se limitar a uma discussão sobre os *nomes* que devem ser empregados para descrever determinadas situações relevantes para o plano do direito processual civil e, mais especificamente, para o "processo civil". Também, aqui, este *Curso* busca capturar mais o fenômeno descrito do que aquilo que o descreve ou individua.

A frequente menção ao "modelo constitucional do direito processual civil" e, mais especificamente, a um de seus componentes, o "modelo constitucional do *processo civil*" para descrever o "modo de ser" do próprio "processo", da atuação do Estado-juiz, e a recondução dos princípios aqui examinados a ambos, mais ainda aos princípios *constitucionais* do processo civil discutidos na Introdução da Parte II e em seu Capítulo 1, são consequência natural e irrecusável da eleição do método adotado por este *Curso*. Até como forma de demonstrar não só o acerto daquela premissa mas, mais do que isto, para constatar que o plano infraconstitucional do direito processual civil e, neste sentido, o "modelo *infraconstitucional* do direito processual civil" e do *processo* aí compreendido, tem de ser sistematizado também a partir daquele ponto e realizar, consequentemente, as diretrizes que lhe são impostas e dirigidas desde a Constituição Federal.

2. PRINCÍPIOS RELATIVOS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A prestação jurisdicional, expressão aqui empregada para caracterizar a atuação jurisdicional do Estado-juiz, tem de ser compreendida a partir do "modelo constitucional do processo civil". De acordo com a exposição que ocupou o n. 3.6 do Capítulo 1 da Parte III, uma das características ínsitas à jurisdição é a de que ela, a jurisdição, é *inerte*. Se o Estado-juiz não for provocado pelo interessado – e nisto reside, dentre outros assuntos, a compreensão do "direito de ação" –, ele não pode atuar, sob pena de comprometer valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim, por exemplo, a imparcialidade e a própria noção de "devido processo legal".

Os princípios aqui discutidos, contudo, são mais técnicos e, por isto, menos amplos do que as considerações que ocupam o parágrafo anterior. O "princípio da vinculação do juiz ao pedido" – ou para empregar os sinônimos que são bastante frequentes na doutrina do direito processual civil, "princípio da imutabilidade do libelo", "princípio da adstrição do juiz ao pedido", "princípio da congruência", "princípio da correlação entre provimento e demanda" e "princípio dispositivo", embora este mereça exame à parte, em função do que está exposto no n. 2.1, *infra* – quer significar, mormente quando analisada de uma perspectiva mais "tradicional", que o juiz só pode decidir e, mais amplamente, agir, de acordo com aquilo que lhe foi pedido. Como a jurisdição é inerte, a sua provocação inicial acaba por vincular o tipo de atuação que se espera legitimamente do Estado-juiz.

De acordo com esta formulação tradicional, a "sentença" – sempre entendida como sinônimo de qualquer "decisão" que veicule *tutela jurisdicional* (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III) – deve ficar *limitada* ao que o autor, *qualitativa* e *quantitativamente*, requereu quando rompeu com a inércia da jurisdição. Daí ser vedado ao julgador proferir sentença de natureza diversa do pedido ou condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi pedido. Se o autor ajuizou "ação condenatória" em face do réu reclamando o

não pagamento de uma dívida de R$ 15.700,00, o julgador, enfrentando o "mérito", só poderá condenar ou deixar de condenar o réu no pagamento da totalidade da dívida ou de parte dela. É-lhe vedado que apenas *declare* a existência da dívida (variação quanto à *natureza* do pedido e da sentença); que determine pagamento que supere os R$ 15.700,00 ou que, em vez de condenar a *pagar*, determine que o autor fique, *como pagamento*, com o aparelho de som do réu, de valor equivalente ao da dívida.

Vários dispositivos do Código de Processo Civil revelam a correção deste entendimento e, por isto mesmo, autorizam a identificação do *princípio* aqui discutido (v. n. 1 do Capítulo 1, *supra*). É ler os arts. 2º, 128, 262, 460, *caput*, 615, I, e 797, por exemplo.

A violação ao princípio da "vinculação do juiz ao pedido" produz determinados defeitos nos atos decisórios em geral. Quando a sentença vai além do pedido, isto é, quando a sentença dá ao autor mais do que ele pediu, é ela *ultra petita*. A sentença que concede ao autor providência não pleiteada (de natureza ou objeto diverso do requerido) é *extra petita*. Trata-se, nesse caso, de dar ao autor coisa *diversa* da que pediu. Também quando a sentença levar em conta quem não é *parte* do processo ou que nele não interveio a título algum é ela *extra petita*. Quando a sentença deixa de apreciar algum pedido formulado pelo autor, inclusive um dos pedidos *cumulados* (arts. 288, 289 e 292) ou parcela de pedido, é ela *infra* ou *citra petita*.

Todos esses casos são de *nulidade* da sentença (ou, mais amplamente, da decisão proferida sem a observância das limitações do pedido) que, se não corrigidos no processo em curso, dão ensejo à propositura de ação rescisória com esteio no art. 485, V. Durante o processo, é possível e, mais do que isto, desejável a correção desses defeitos pelo próprio magistrado ou pela oportuna oposição de embargos de declaração (art. 535). Ultrapassada a oportunidade da oposição dos declaratórios, o defeito é passível de correção por recurso de apelação ou, até mesmo, por recurso extraordinário e/ou especial.

Nos casos de *excesso* de sentença, isto é, de julgamentos *ultra* ou *extra petita*, sua correção significará, na medida do possível, e desde que isso não acarrete supressão de instância, a *redução* ao que e por que foi pedido pelas partes que participaram do contraditório. No caso de julgamento *infra* ou *citra petita*, a correção poderá ser efetivada pela *complementação* do julgado, desde que haja condições para tanto (prova produzida em contraditório). Têm incidência, na hipótese, não só o art. 535, II, mas, também, o art. 515, § 1º.

Não há qualquer vício na sentença que acolha, em parte, o pedido do autor, rejeitando outra parte ou outro pedido. Uma tal sentença (e, mais amplamente, uma tal decisão) não deve ser considerada *infra petita* no sentido acima destacado. A hipótese, bem diferentemente, é de procedência *parcial* da ação, sujeitando as partes interessadas na obtenção do que lhes foi negado pela sentença a interporem os recursos cabíveis.

Embora o princípio tal qual geralmente enunciado refira-se a "pedido", é importante destacar que também o viola a sentença que julga a ação, valendo-se de "causa de pedir" estranha à formulada pelo autor (art. 282, III), ou que

considere no julgamento *defesa* do réu (causa *excipiendi*) sobre a qual a *lei* exija sua iniciativa ("exceções em sentido estrito", v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte III). Assim, a sentença deverá levar em conta não só os fatos *constitutivos* do direito do autor, mas também os fatos modificativos, impeditivos e extintivos trazidos pelo réu na exata medida em que alegados (e provados) pelas partes, salvo quando há autorização para atuação oficiosa do magistrado (art. 128).

Há exceções ao princípio ou, como é mais correto cogitar quando se trata de *princípios*, mitigações aos que ocuparam os parágrafos anteriores. Há casos em que a própria lei autoriza que, mesmo sem pedido – sem provocação adequada –, o Estado-juiz possa decidir ou tomar certas providências. As situações tradicionalmente apontadas pela doutrina dizem respeito, por exemplo, aos casos de "prestações periódicas" (art. 290), inclusão de correção monetária (art. 1º da Lei n. 6.899/1981) e juros de mora (art. 293 e Súmula 254 do Supremo Tribunal Federal) ou, até mesmo, a condenação do sucumbente no pagamento de honorários advocatícios (art. 20), independentemente de pedido. Não pode o julgador condenar em honorários superiores aos eventualmente pedidos, entretanto.

Mas a mitigação ao princípio não se encerra nestes casos que, vale o destaque, não despertam maiores dúvidas da doutrina e da jurisprudência.

Questão bem relevante que tem sido posta para enfrentamento mais recentemente diz respeito às condições pelas quais um pedido de "tutela específica" pode ser convertido em "tutela genérica" (v. n. 8.1.2.1 do Capítulo 1 da Parte III) ou em que medida um pedido de "tutela condenatória" pode ser modificado para "tutela mandamental", ou vice-versa (v. ns. 8.5.3 e 8.5.5 do Capítulo 1 da Parte III).

A melhor solução para o impasse, mormente à luz do "modelo constitucional do processo civil" e da necessária (re)construção da classificação relativa às espécies de tutela jurisdicional, em específico em relação a seus *efeitos*, iniciativa que ocupou o n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III, é a de que tais alterações não agridem o princípio aqui examinado ou, o que é o mesmo, são legítimas atenuações de sua incidência à luz de outros princípios processuais, que têm, em última análise, na própria Constituição Federal.

Assim, o que parece ser indiferente para a formulação da petição inicial é a *predefinição* dos mecanismos de *realização prática* do bem da vida que o autor pretende ver assegurado, isto é, as técnicas relativas ao cumprimento da tutela executiva *lato sensu* lá requerida. Tendo em vista o art. 461, § 1º, não há como recusar que o pedido *imediato* pode, consoante as circunstâncias fáticas subjacentes ao processo, sofrer alguma variação para garantir se não a tutela específica, pelo menos o resultado prático equivalente ou, consoante o caso, reconhecer ao autor o seu direito de ser indenizado pelos danos causados pelo réu (perdas e danos). Nesses casos não há razão para *vincular* o magistrado ao "pedido *imediato*" na fórmula tradicionalmente aceita. Em nome de um interesse maior, constitucionalmente previsto (o "princípio da efetividade do processo", v. n. 16 do Capítulo 1 da Parte II), o rigor do princípio da vinculação do juiz ao pedido tem de ceder espaço. É o que, analisado de prismas diversos, pode ser

identificado como o "princípio da *adaptabilidade* do procedimento" (v. n. 3, *infra*) ou "princípio da *atipicidade* dos meios executivos" (v. n. 8, *infra*).

Vale, a propósito das considerações do parágrafo anterior, figurar uma situação que já foi analisada várias vezes no Superior Tribunal de Justiça: o contribuinte propõe ação de repetição de indébito em face do Fisco, alegando a inconstitucionalidade de um dado tributo. Com o acolhimento do pedido é lícito ao contribuinte abrir mão da "execução contra a Fazenda Pública", nos termos dos arts. 100 da Constituição Federal e 730 do Código de Processo Civil, preferindo realizar o seu direito de forma diversa, assim, por exemplo, valendo-se da decisão judicial que acabou de reconhecer o seu direito como título hábil para a compensação de tributos, observada, evidentemente, a regência da lei específica? Haveria, nisto, algum rompimento com o "princípio da vinculação do juiz ao pedido"? Estaria o magistrado, ao deferir o pedido do contribuinte, violando o que já julgara, julgando "fora do pedido", revelador de uma "tutela *condenatória*"? As respostas negativas se impõem. O que ocorre nestes casos não agride o princípio aqui examinado significativo, em última análise, do atrelamento do juiz ao pedido de tutela jurisdicional formulado pelo anterior mas, bem diferentemente, apenas assegura ao contribuinte que ele realize concretamente seu direito independentemente da chancela judiciária que, no caso, limitou-se a reconhecê-la. Sobre o assunto, vale o destaque do REsp 653.181/RS, da 2ª Turma do STJ, rel. Min. João Otávio Noronha, j.un. 24.8.2004, DJ 11.10.2004, p. 309, que traz à colação diversos outros precedentes, também da 1ª Turma daquele mesmo Tribunal, em idêntico sentido, e a discussão que ocupa o n. 4.1 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3, a propósito do inciso I do art. 475-N, novidade trazida pela Lei n. 11.232/2005.

De resto, a proposta oferecida por este *Curso*, de que o "pedido imediato", em casos como estes, é "executivo" e não, propriamente, "condenatório" ou "executivo *lato sensu*" ou "mandamental", para fazer referência às três classes usualmente adotadas pela doutrina, por si só, tende a reduzir os problemas aqui enunciados (v. n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III). Na medida, outrossim, em que se firmar o entendimento de que o inciso I do art. 475-N admite como "título executivo" o mero *reconhecimento* do direito nos casos em que este *reconhecimento* tem aptidão de modificar as realidades externas ao processo pela prática de atos materiais, questões clássicas que dizem respeito à inviabilidade de um magistrado *condenar* alguém se o pedido formulado é meramente declaratório ou o que parece ser mais correto, *aparentemente declaratório*, caem por terra (v. n. 8.5.1 do Capítulo 1 da Parte III).

2.1. **Princípio dispositivo**

Outro princípio que poderia ser tratado conjuntamente com os discutidos no número anterior mas que merece análise apartada, embora sua vinculação com aquele outro seja inegável, é o chamado "princípio dispositivo".

É às partes que cabe fixar o âmbito da matéria a ser levada para solução a juízo, não sendo lícito ao juiz decidir fora, além ou aquém do pedido. Esta noção,

que bem reflete o princípio discutido no número anterior, reflete bastante bem o modelo de Direito e de Estado subjacente ao desenvolvimento científico do direito processual civil, um modelo que tomava como centro de sua própria sistematização a autonomia da vontade. É a partir desta compreensão que se pode formular o alcance do "princípio dispositivo". Sua construção parte do pressuposto de que o direito material levado para solução perante o Estado-juiz é sempre e em qualquer caso *disponível*.

Isto, contudo, não condiz com a realidade normativa, mesmo quando o direito se volta à regra das relações entre dois particulares. Também entre eles há tradicionais campos de indisponibilidade (interesses de menores e incapazes, por exemplo) e, mais recentemente, as relações entre particulares têm sido cada vez mais regidas *também* por normas que têm como característica a marca da *indisponibilidade*. Assim, apenas para fornecer três exemplos bem marcantes, o Código do Consumidor e seu sistema de cláusulas abusivas (arts. 1º e 51), o Código Civil e seu sistema de nulidades (art. 168, parágrafo único) e a possibilidade de o magistrado, de ofício, reconhecer a prescrição (art. 219, § 5º). Para albergar estas outras situações – cada vez mais frequentes mesmo no plano do direito material "privado" – é que a doutrina desenvolveu, em contraposição ao "princípio *dispositivo*", o conceito de "princípio *inquisitorial*", segundo o qual o juiz pode (e, a bem da verdade, deve) agir de ofício, isto é, independentemente da provocação das partes ou, até mesmo, contra a vontade delas.

Ademais, o direito processual civil brasileiro não se volta apenas a lidar com conflitos entre particulares. Também os litígios entre particulares e as pessoas públicas são, entre nós, resolvidas perante o mesmo Judiciário e de acordo com as mesmas leis processuais civis. Nestes casos, de "direito processual público" (v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte I), não há sentido em fazer qualquer referência à disponibilidade de direito material, muito pelo contrário.

Se é verdade que em determinados casos há uma certa *disponibilidade* do direito material controvertido que pode e que realmente afetará a atuação do próprio Estado-juiz (fazendo com que prevaleça a inércia da jurisdição, bem retratada no "princípio da vinculação do juiz ao pedido", v. n. 2, *supra*), em outros casos, a *indisponibilidade* do direito material controvertido afastará, necessariamente, a incidência do "princípio *dispositivo*", dando espaço à aplicação do seu contraposto, "princípio *inquisitorial*". No máximo – e em função do atingimento de outros princípios processuais que compõem o "modelo constitucional do processo civil" (assim, por exemplo, a imparcialidade do magistrado) – mitigar-se-á a falta de iniciativa do interessado pela participação de algum sujeito processual, como é o caso do Ministério Público quando atua na qualidade de fiscal da lei (v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II) ou, mais amplamente, pela necessidade de a atuação oficiosa do juiz ser precedida de regular contraditório.

Feita esta distinção, é bastante didático mencionar alguns casos de aplicação do princípio *dispositivo*: na desistência da "ação" (por exemplo, arts. 267, VIII c/c § 4º, e 569) ou de algum ato processual já praticado (por exemplo, arts. 412, § 1º, e 501); na transação (por exemplo, arts. 269, III, e 794, II); no

reconhecimento jurídico do pedido (por exemplo, art. 269, II); na presunção de veracidade dos fatos alegados por uma das partes (por exemplo, arts. 319 e 803); e na renúncia do direito conflituoso (por exemplo, arts. 269, V, e 794, III).

Em contrapartida, o princípio inquisitorial faz-se presente em situações bastante próximas – justamente em função do grau de *indisponibilidade* que caracteriza o direito controvertido em dado processo – para impedir que se presuma a veracidade de fatos alegados por uma das partes mesmo quando não haja contraposição (art. 320, II e III); para submeter determinadas decisões a reexame perante as instâncias superiores mesmo que o interessado não interponha recurso (art. 475); para impor a participação processual do Ministério Público em determinados casos (art. 82), apenas para mencionar alguns exemplos.

Por fim, vale o destaque de que há considerável parcela da doutrina que se refere ao "princípio dispositivo" de uma maneira mais restrita que aquela apresentada neste número. Para ela, o princípio dispositivo relaciona-se, muito mais (se não exclusivamente), com a vedação da iniciativa probatória do magistrado e, consequentemente, com o prevalecimento, ao longo da atividade probatória, da livre disponibilidade das partes. Aquele que afirmar algum fato tem o ônus de sua prova, sob pena de suas alegações não poderem ser levadas em conta pelo magistrado. Admitindo, como este *Curso* admite, a necessidade de mitigação dos conceitos tradicionais de "verdade material" e "verdade real", esta restrição do emprego do "princípio dispositivo" não pode prevalecer. Não há como admitir, partindo do pressuposto de que há sempre, em qualquer caso, interesse público subjacente à prestação da tutela jurisdicional – porque o processo é sempre forma de atuação do Estado-juiz mesmo quando o direito material controvertido nele veiculado for disponível desde o plano do direito material –, que o magistrado fique vinculado ou restrito à iniciativa probatória das partes ou, mais amplamente, de quaisquer outros sujeitos do processo. Como já deu notícia o n. 12 do Capítulo 1 da Parte II, que será analisado com a profundidade necessária pelos ns. 4 e 6 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 2, tomo I, a melhor interpretação para o art. 131 é a de que o juiz tem a iniciativa probatória e que isto não significa, de modo nenhum, qualquer comprometimento de sua sempre indispensável imparcialidade. Prevalece, nestes casos, portanto, o princípio "inquisitorial".

No plano dos recursos, o "princípio dispositivo" rende ensejo a interessantes questões sob as vestes do "efeito *devolutivo*" ínsito, de acordo com a doutrina majoritária, à própria noção de recurso. O assunto é enfrentado pelo n. 6 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5.

3. PRINCÍPIOS RELATIVOS À ORGANIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS

Com relação ao *procedimento* são vários os princípios usualmente identificados pela doutrina. Todos eles buscam colocar em evidência aquilo que caracteriza o procedimento – e, mais amplamente, os procedimentos – como tal,

isto é, sua noção teleológica e prospectiva, a de organização interna de diversos atos e fatos relevantes para a atuação do Estado-juiz, é dizer, o "processo".

São referidos, neste contexto, o "princípio da *concentração dos atos processuais*" e o "princípio da *eventualidade*" com o propósito de destacar a necessidade de os procedimentos deverem ser construídos e praticados a partir da imposição constitucional de celeridade e eficiência, constante do art. 5º, LXXVIII.

Os procedimentos do direito processual civil brasileiro, de resto, são extremamente rígidos no sentido de que eles não autorizam *retrocessos*, a não ser para suprir eventuais defeitos ou nulidades processuais. O rígido sistema de *preclusões* que preside o Código de Processo Civil brasileiro assegura, neste sentido, a construção dos princípios aqui discutidos.

Bem ilustram estas considerações alguns dispositivos do Código de Processo Civil. De acordo com o art. 264, por exemplo, após a citação do réu, a alteração do pedido ou da causa de pedir depende de consentimento do réu e, consoante disciplina o parágrafo único do mesmo dispositivo, após o "saneamento do processo", não será tolerada a alteração daqueles "elementos da ação" (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III), nem com o consentimento do réu.

Os arts. 300 a 302, por seu turno, impõem que toda a matéria de defesa, relativa ao plano do processo ou ao plano do direito material, seja arguida pelo réu na contestação. É a aplicação, para a defesa, dos princípios aqui examinados, por isto os nomes usualmente adotados pela doutrina para descrevê-la: "princípio da concentração da defesa", "princípio da "eventualidade da defesa" e "princípio do ônus da impugnação especificada".

Alguns autores mais recentemente têm sustentado a necessidade, sempre extraída do "modelo constitucional do processo civil", de os rigores dos princípios acima destacados serem relativizados. A proposta, que rende ensejo ao "princípio da adequação formal" (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira) e da "adaptabilidade do procedimento" (Fredie Didier Jr.), tem expressa adesão deste *Curso*. De acordo com estes princípios, é permitido, em graus variáveis, ao magistrado alterar o procedimento preestabelecido pelo legislador, para viabilizar melhor a prestação da tutela jurisdicional à luz das características do direito material controvertido e, até mesmo, em função de outros fatores, como, por exemplo, as pessoas envolvidas no litígio e sua situação socioeconômica (Fernando da Fonseca Gajardoni). Sua consecução, de qualquer sorte, pressupõe, sempre, a *prévia* observância do contraditório. Quando menos, a compreensão adequada deste "princípio" deve conduzir ao "aproveitamento do ato processual" praticado em desconformidade com o modelo preconcebido pelo legislador, nos termos discutidos pelo n. 5, *infra*, e consoante expressa autorização do art. 295, V. Os arts. 273, § 7º, 292, § 2º, 805 e 920 permitem interessantes considerações que são apresentadas ao longo deste *Curso* sem prejuízo do que o n. 5.2 trata a respeito do tema da "fungibilidade" das tutelas jurisdicionais preventivas.

Outro princípio que bem pode ser versado no contexto amplo de princípios relativos ao procedimento é o da "oralidade".

A formulação tradicional do "princípio da oralidade" vincula-se à

predominância da palavra oral como meio de prática dos atos processuais, inclusive, mas não exclusivamente, na audiência de instrução e julgamento, que é o ato culminante da chamada "fase instrutória" (v. n. 3 da Introdução do vol. 2, tomo I).

A concepção original deste princípio, que teve em Giuseppe Chiovenda um de seus mais árduos defensores, pressupõe outros princípios que são enfrentados em seus espaços adequados: imediação, identidade física do juiz, concentração dos atos processuais e irrecorribilidade em separado das interlocutórias. Tudo, para manter fidelidade às lições daquele autor, visando à agilização do procedimento e, consequentemente, realizar de forma escorreita o "princípio da economia processual".

A oralidade, contudo – assim como a maior parte dos subprincípios acima destacados – é claramente mitigada no Código de Processo Civil e mesmo nas leis extravagantes que o acolhem. É que, mesmo quando admitido o uso da palavra oral, ela será reduzida a escrito. Bem demonstram isto os arts. 417, 457 e 523, § 3º, por exemplo (v. n. 4.2 do Capítulo 3 da Parte III). Mesmo no âmbito dos "Juizados Especiais", em que a "oralidade" é princípio expresso no art. 2º da Lei n. 9.099/1995, há mitigações expressas, como se verifica dos arts. 13, § 3º, 14, § 3º, 36 e 44 daquele diploma legal. De qualquer sorte, mesmo que o art. 2º pudesse ter o alcance que alguns pretendem dar a ele, o predomínio da palavra oral no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis não pode ser generalizado para todo o sistema processual civil nem para os procedimentos disciplinados pelo Código de Processo Civil. O princípio da oralidade, por isto mesmo, tem interesse meramente histórico. Ele cede espaço, isto não há como desconsiderar, à própria *necessidade* de documentação dos atos processuais e, portanto, à própria segurança jurídica.

4. PRINCÍPIOS RELATIVOS À ATUAÇÃO DOS SUJEITOS DO PROCESSO

O atuar ao longo do procedimento deve pautar-se na ampla noção de responsabilidade. Responsabilidade no sentido tradicional do termo, de quem causa danos a alguém e deve repará-los e responsabilidade em sentido mais restrito, específico de algumas diretivas de processo civil, que qualificam o atuar de todos os sujeitos do processo, como um atuar "ético", "probo", "leal", de "boa-fé". No primeiro caso, a referência usual é ao "princípio da responsabilidade", no segundo, ao "princípio da lealdade".

Com efeito, não só aqueles que têm "capacidade postulatória" (v. n. 3.2.5 do Capítulo 3 da Parte III), isto é, os advogados públicos e privados, os defensores públicos e os membros do Ministério Público (art. 85) mas também as partes, os intervenientes e, de forma geral, todos os sujeitos do processo, incluindo os magistrados (art. 133) e os auxiliares da justiça (arts. 144, com relação ao escrivão e ao oficial de justiça; 147, com relação ao perito; 150, com relação ao depositário e ao administrador; e 153, com relação ao intérprete), são, a um só tempo, responsáveis pelos danos que causem no seu agir processual quando

movidos por dolo ou culpa. Esta responsabilidade, vale o destaque, pode, consoante o caso, extrapolar os lindes "civis", verificando se o comportamento faltoso não assume *também* foros de ilicitude na esfera penal e na esfera administrativa. Ela não exclui, outrossim, que o próprio Estado seja responsabilizado por atos de agentes seus, juízes ou não, nos termos dos arts. 5º, LXXV, e 37, § 6º, da Constituição Federal e, nestes casos, independentemente de dolo ou de culpa (v. n. 2.1 do Capítulo 4 da Parte II).

O "princípio da responsabilidade" assume foros bem interessantes no que diz respeito aos casos de "tutela jurisdicional *provisória*", assim entendida a tutela jurisdicional que é prestada antes de adquirir estabilidade, pelos diversos fatores que legitimam sua prestação nestas condições. Trata-se, neste sentido, de uma forma de tutela jurisdicional que se contrapõe à "tutela jurisdicional *definitiva*" (v. n. 8.3 do Capítulo 1 da Parte III).

Diferentemente das considerações que ocuparam os parágrafos anteriores, nos casos em que a tutela jurisdicional é provisória, aquele que a requereu e dela se beneficiou, mesmo que, pela *letra da lei*, ela seja mais restrita em alguns casos (art. 475-O, III, e § 2º), responderá por eventuais perdas e danos mesmo que tenha agido *sem* culpa. Sua responsabilização, neste caso, é, diferentemente do que se dá como regra, *objetiva* e não *subjetiva*, bastando, por isto mesmo, que a parte contrária, que tenha sofrido os *efeitos práticos* da tutela jurisdicional provisória, comprove ter experimentado *danos* e que estes *danos* guardem relação com a tutela jurisdicional, isto é, guardem com ela, a tutela jurisdicional, "nexo causal". A construção desta responsabilidade *objetiva* baseia-se no disposto nos arts. 273, § 2º, 475-O e 811.

O "princípio da lealdade" significa que a atuação de todos os sujeitos do processo, sempre entendida a expressão na sua forma mais ampla de qualquer partícipe do processo, deve ser pautada nas noções de boa-fé, probidade e eticidade. O princípio vem, nestes termos, expresso, no art. 14, II. De acordo com o dispositivo, "são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) II – proceder com lealdade e boa-fé". Foi com base na aplicação deste princípio aos serventuários da Justiça que a 4ª Turma do STJ (AgRg no AREsp 91.311/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j.un. 6.12.2012, DJe 1.8.2013) e a 2ª Turma do STJ (AgRg no AgRg no Ag 1.097.814/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 4.8.2009, DJe 8.9.2009) entenderam que eventuais erros praticados pelo servidor não podem prejudicar a parte de boa-fé e que, portanto, certidão de intimação tornada sem efeito por serventuário não pode ser considerada para aferição da tempestividade de recurso.

É importante, contudo, ir além da previsão legislativa. Ainda mais porque os demais incisos do art. 14 e os arts. 15 a 18 buscam descrever alguns comportamentos que são repudiados no plano do processo. O rol referido no precitado inciso II, por isto mesmo, é claramente *exemplificativo*. Assim, apenas com o intuito de exemplificar, vale o destaque dos seguintes comportamentos que evidenciam o dever amplo de "lealdade e boa-fé processuais": (*a*) a exposição dos fatos deve ser verdadeira; (*b*) não produzir provas ou atos processuais desnecessários; (*c*) cumprir e acatar as determinações judiciais; (*d*) não

empregar expressões injuriosas nas petições.

O próprio Código de Processo Civil prevê outros comportamentos que também repudia e que bem se amoldam ao princípio aqui tratado. Assim, por exemplo, quando o art. 600 descreve atos que considera "atentatórios à dignidade da justiça". De forma bem ampla, por sua vez, o art. 125, III, impõe como dever do magistrado "prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça", diretriz que também sustenta o comportamento do magistrado descrito no art. 129 (o juiz impedirá que as partes valham-se do processo para praticar atos simulados ou, mais amplamente, ilícitos) e, ainda, quando o art. 446 ocupa-se das regras genéricas aplicáveis às audiências, dispõe que compete ao magistrado, em seu inciso III, "exortar os advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade".

O descumprimento deste princípio pode acarretar sanções pecuniárias previstas no parágrafo único do art. 14, nos parágrafos do art. 18 e no art. 601 (art. 35), que podem (e devem) ser cobradas ou compensadas nos mesmos *autos*, sem necessidade de uma *nova* "ação" ou um *novo* "processo" (arts. 601, parágrafo único, e 739-B; v. n. 3.8.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 3), ressalvada a hipótese das sanções aplicadas com base no parágrafo único do art. 14, que, por pertencerem à União ou ao Estado, consoante o processo tramite na justiça federal ou na estadual, respectivamente, devem ser cobradas por aqueles entes com base no procedimento da Lei n. 6.830/1980, a "Lei de Execução Fiscal", quando não pagos os valores espontaneamente. Mas, além da aplicação das sanções aqui referidas, releva destacar que há responsabilidade civil e, se for o caso, penal e administrativa pelo descumprimento do princípio da lealdade.

A única exceção – e que não afastam, de qualquer sorte, eventuais sanções a serem impostas pela Ordem dos Advogados do Brasil – é a que consta do parágrafo único do art. 14. Para os advogados em geral (inclusive os públicos, consoante decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI 2.652/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j.un. 8.5.2003, DJ 14.11.2003, p. 12; v., ainda, STF, Pleno, Rcl 5.133/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, j.m.v. 20.5.2009, DJe 21.8.2009), a pena pecuniária, lá prevista, não pode ser aplicada. Por identidade de motivos do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade destacada, forte no princípio da isonomia, os membros do Ministério Público e os defensores públicos não podem também ser apenados na forma estabelecida por aquele dispositivo.

Mas não só. O art. 273, II, autoriza que, nos casos em que o réu exerce sua defesa de maneira protelatória ou abusiva, o magistrado poderá, desde que presentes outros pressupostos, "antecipar a tutela jurisdicional", o que significa que os *efeitos* do pedido formulado pelo autor poderão ser sentidos desde logo, *antecipados* (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III).

É pertinente vincular o "princípio da lealdade" aqui tratado ao princípio do contraditório entendido no sentido amplo de "colaboração", apresentado no n. 5 do Capítulo 1 da Parte II. É fundamental para a concretização daquele princípio que todos os sujeitos processuais ajam sempre de forma responsável e pautados em boa-fé, lealdade e "eticidade", em suma.

Um outro princípio que merece destaque neste número é o "princípio da sucumbência".

A prática dos atos processuais gera ônus financeiros que deverão ser suportados pelos litigantes, salvo os casos expressamente previstos em lei, assim como se dá com os beneficiários da justiça gratuita (art. 19, *caput*) e, com discutível constitucionalidade à luz do princípio constitucional da isonomia (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II), com as pessoas jurídicas de direito público (assim, por exemplo, o art. 488, parágrafo único, e art. 1º-A da Lei n. 9.494/1997). São as chamadas "custas processuais", expressão genérica que compreende as *despesas processuais*, os *honorários advocatícios* (art. 20, *caput* e § 2º) e as *sanções* impostas às partes como decorrência de sua atuação ao arrepio do "princípio da responsabilidade" ou da "lealdade" (art. 35). É importante frisar que as *despesas processuais* não se confundem com os *honorários de advogado*. Tanto que, nos termos do § 1º do art. 20, o juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, imporá a quem de direito o pagamento daquelas mas não destes (STJ, 4ª Turma, REsp 1.009.453/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 14.10.2008, DJe 28.11.2008).

A responsabilidade pelo pagamento das despesas e dos honorários advocatícios não deriva, propriamente, da *derrota* em juízo, da "sucumbência", entendida como o não acolhimento das próprias razões pelo magistrado mas, de acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Civil, da relação de causa e efeito entre a *necessidade* de ir a juízo, como autor, como réu ou como interveniente, pouco importa, e a obtenção, em juízo, de um determinado bem da vida. É por esta razão que prevalece, em sede de doutrina, a orientação de que o Código de Processo Civil adotou a chamada "teoria da *causalidade*", no sentido de que quem deu *causa,* isto é, "motivo" ao processo deve suportar os seus custos, mesmo que não haja julgamento de mérito (STJ, 3ª Turma, REsp 1.072.814/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 2.10.2008, DJe 15.10.2008; STJ, 1ª Seção, EDcl na AR 3.298/PB, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 25.6.2008, DJe 25.8.2008 e STJ, 1ª Turma, REsp 806.434/RJ, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 13.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 296). É essa a razão que levou a 1ª Seção do STJ, em sede de Recurso Especial Repetitivo, a entender cabíveis honorários advocatícios sucumbenciais quando o particular desiste de processo para se beneficiar de parcelamento tributário (REsp 1.353.826/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j.m.v. 12.6.2013, DJe 17.10.2013). Tanto assim que a responsabilização pelo pagamento das custas dá-se, de acordo com os arts. 21 a 26 e 29 a 32, na devida proporção da participação de cada sujeito processual ao longo do processo. A responsabilização pelo pagamento das sanções tem regime jurídico próprio no art. 35.

A responsabilidade pelo pagamento das despesas e dos honorários advocatícios, contudo, não pode ser confundida, com responsabilização pelo *adiantamento* dos valores correspondentes para sua prática. A regra é a de que quem pede a prática do ato processual, responde pelo *adiantamento* do valor respectivo (art. 19, *caput*). Bem ilustra essa distinção a Súmula 462 do STJ, segundo a qual: "Nas ações em que representa o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), a CEF (Caixa Econômica Federal), quando sucumbente, não

está isenta de reembolsar as custas antecipadas pela parte vencedora". O § 2º do mesmo art. 19 excepciona a regra com relação aos atos processuais cuja prática foi determinada de ofício ou requerida pelo Ministério Público. Com relação aos beneficiários da "justiça gratuita" (Lei n. 1.060/1950), o que se dá é a "isenção" do pagamento de custas processuais nos termos discutidos no n. 14 do Capítulo 1 da Parte II, em estreita harmonia, destarte, com a regra genérica do art. 19, *caput*, do Código de Processo Civil.

Há exceção – e no contexto do tema "princípios", ela deve ser entendida como *mitigação*, como *temperamento* – ao princípio da sucumbência no direito processual civil brasileiro. Assim, apenas para ilustrar a afirmação, é o que se dá com relação à "ação popular" (art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e art. 13 da Lei n. 4.717/1965), com a "ação civil pública" (art. 18 da Lei n. 7.437/1985) e com as "ações coletivas" em geral (art. 87 e respectivo parágrafo único da Lei n. 8.078/1990). Em todos estes diplomas legislativos, há autorização expressa para excepcionar, isto é, para afastar o princípio da causalidade. O autor destas "ações" – como forma de estímulo ao ingresso em juízo, ao acesso *coletivo* à Justiça, portanto (v. n. 7.1 do Capítulo 1 e n. 2.2 do Capítulo 2, ambos da Parte I) – só será responsabilizado por despesas e honorários de advogado se a "ação" for julgada improcedente e se ele atuar com má-fé ou temeridade. Ao tema, volta-se, com mais vagar, a Parte II do vol. 2, tomo III.

5. PRINCÍPIOS RELATIVOS À NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

Os atos processuais que, de acordo com o número anterior, devem ser praticados *responsavelmente* por todos os sujeitos do processo, isto é, por todos aqueles que, a qualquer título, atuem no processo, podem ser praticados em desconformidade com as exigências formais, isto é, podem apresentar defeitos ou vícios. Pertinente, por isto mesmo, recuperar, para sistematizar, a temática das "nulidades processuais", à qual já se voltou o n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III.

De acordo com o art. 154, *caput*, que rende ensejo à construção do "princípio da liberdade das formas", não há, salvo regra em sentido contrário, forma preestabelecida para a prática dos atos processuais. Mais do que a inexistência de formas preestabelecidas, contudo, a doutrina extrai daquele mesmo dispositivo, lido e interpretado em conjunto com os arts. 244, 249, *caput*, e §§ 1º e 2º, 250, 295, V, outros princípios que, posto serem enunciados de formas diversas, representam, fundamentalmente, a mesma noção jurídica. Assim é que os princípios "da instrumentalidade das formas", "do aproveitamento dos atos processuais", "da conservação ou convalidação dos atos processuais", "da finalidade", "do prejuízo", querem significar o entendimento de que mesmo naqueles casos em que a lei exige uma determinada forma para a prática de um ato processual, sua não observância não gera, necessariamente, qualquer defeito para o plano do processo.

A ausência de correlação entre o ato processual, tal qual praticado, e o modelo legislativo, que impõe a ele uma determinada forma, não deve levar ao

entendimento de que o descompasso daí decorrente gere, sempre e em qualquer caso, uma nulidade e, mais do que isto, que esta nulidade, mesmo quando inconteste, não possa permitir que os *efeitos* do ato possam ser sentidos em toda sua plenitude no e para o processo. O que importa mais do que a observância da forma, destarte, é o atingimento da finalidade do ato processual e, para que a finalidade seja suficientemente alcançada, impõe-se – isto não pode ser olvidado sob pena de agressão do "modelo constitucional do processo civil" – a ausência de prejuízos para as partes, para eventuais intervenientes e para o próprio processo, é dizer, para a própria atuação jurisdicional do Estado.

Para verificar em que medida que o ato processual, ainda que defeituoso, isto é, praticado em desconformidade com o modelo imposto pela lei, pode ser "aproveitado", é dizer, em que medida seus efeitos podem ser aproveitados ou o contrário disto, que é a necessidade de ele, ato processual, ser refeito, é que a doutrina, analisando os mesmos dispositivos de lei, concebeu outros princípios como o da "conservação dos atos processuais", o da "causalidade", o do "isolamento dos atos processuais" e da "concatenação dos atos processuais". Todos estes princípios, posto apresentarem nomes diversos, devem ser entendidos como significativos da mesma diretriz no plano do direito processual civil: o ato processual defeituoso não contamina necessariamente os demais atos cuja prática dele dependiam e, na medida em que acabem sendo comprometidos, podem (e devem) ser repetidos em prol do cumprimento do que justifica a atuação jurisdicional: a prestação jurisdicional.

A tendência do tema relativo às nulidades processuais, isto terá ficado claro no n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III, é, pois, a da *convalidação* dos atos processuais, diretriz que, nos princípios aqui examinados, fica suficientemente bem evidenciada e que encontra fundamento mais que suficiente no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal e no princípio lá consagrado de "economia" e "eficiência" que deve presidir a atuação jurisdicional.

A hipótese é bem ilustrada pela jurisprudência do STJ que, em sede de Recurso Especial Repetitivo, entendeu que não há nulidade na intimação do advogado se os elementos nela constantes são suficientes para sua identificação (STJ, CE, REsp 1.131.805/SC, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 3.3.2010, DJe 8.4.2010).

5.1. **Princípio da fungibilidade recursal**

Aplicação bem aceita na doutrina e na jurisprudência do "princípio da instrumentalidade das formas" diz respeito a uma específica faceta sua no plano dos recursos. Embora o sistema processual civil tenha procurado distinguir com rigor os recursos cabíveis de cada decisão jurisdicional (v. n. 8, *infra*), nem sempre isto é tão simples. Sobretudo porque, ao contrário do que pode parecer após um primeiro exame, nem sempre a distinção entre o que é uma "decisão interlocutória" e uma "apelação" é tão imediata. Mais ainda quando comparados os conceitos de uma e de outra a partir da alteração que a Lei n. 11.232/2005 trouxe para o art. 162, § 1º.

Sem analisar os desdobramentos que a questão impõe – e que, sem

prejuízo do que é tratado incidentalmente neste volume, é objeto de análise dos ns. 4 e 5 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 5 –, o que releva destacar é que em todos aqueles casos em que não ficar clara a natureza jurídica da decisão e, consequentemente, encontrar-se dificuldade na identificação do recurso dela cabível – vale frisar que, para o Código de Processo Civil, o tipo de decisão é indicativo do tipo de recurso cabível –, admite-se o cabimento de um recurso pelo outro. É isto o que tradicionalmente se chama de "princípio da *fungibilidade* recursal". A existência de fundada *dúvida* sobre o recurso cabível, destarte, acarreta, é esta a melhor interpretação do princípio aqui discutido, uma flexibilização do sistema, para admitir, dentre as alternativas que dão ensejo à formação da dúvida, o cabimento de qualquer um deles. A *forma* assumida pelo inconformismo (o tipo de recurso efetivamente interposto, destarte) passa a ser menos importante que o desejo inequívoco de recorrer, de manifestação de inconformismo com a decisão tal qual proferida.

5.2. **Princípio da fungibilidade entre as tutelas jurisdicionais preventivas**

Também no campo das tutelas jurisdicionais preventivas, há campo interessantíssimo relativo à aplicação mais específica dos princípios regentes das nulidades dos atos processuais. Em função do que dispõem os arts. 273, § 7º, e 805 é correto o entendimento de que também neste campo há espaço para ampla aplicação da "fungibilidade" entre as tutelas jurisdicionais preventivas.

É que, não obstante os esforços da doutrina, nem sempre é segura a distinção e os limites entre as diversas tutelas "cautelares" descritas no Livro III do Código de Processo Civil, mais ainda quando confrontadas com as tutelas "antecipadas", que, com a Lei n. 8.952/1994, passaram a ser previstas expressamente no art. 273.

Na exata medida em que a doutrina e a jurisprudência ainda não conseguiram desenvolver, com segurança, os conceitos de uma e de outra "forma de tutela" para oferecer ao jurisdicionado com segurança a opção por uma ou outra via, deve prevalecer o mesmo entendimento que, tradicionalmente, acolheu o sistema processual civil brasileiro com o tema relativo aos recursos, qual seja, o relativo à "fungibilidade" (v. n. 5.1, *supra*).

Assim, até por força do "modelo constitucional do processo civil" e da identidade de fundamento das tutelas jurisdicionais preventivas no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, é irrecusável que a formalização de *uma* ou de *outra* forma de tutela não pode trazer prejuízo para aquele que provoca a atuação do Estado-juiz. Os dispositivos do Código de Processo Civil acima destacados, por isto mesmo, apenas tornam mais claro o que poderia ser traçado desde a Constituição e, no plano infraconstitucional, a partir dos princípios de que tratou o n. 5, *supra*. Ao tema voltam-se, com maior profundidade, o Capítulo 8 da Parte I e o n. 5.7 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 4.

6. **PRINCÍPIOS RELATIVOS À PRODUÇÃO PROBATÓRIA**

São diversos os princípios apontados pela doutrina do direito processual civil que dizem respeito à prova, isto é, à *fase* instrutória do processo (v. n. 3 da Introdução do vol. 2, tomo I).

O chamado "princípio da identidade física do juiz" guarda, na sua formulação teórica, íntima relação com a concepção original de Chiovenda sobre o princípio da oralidade (v. n. 3, *supra*). Se é verdade que é preferível que o juiz que colha as provas orais e coordene os trabalhos desenvolvidos em audiência em que as provas, se não na sua integralidade, mas na sua maioria, são colhidas, profira sentença, isto é, decida, porque é ele, como pessoa exercente da função jurisdicional, que terá condições melhores para decidir – é esta a formulação do princípio –, nem por isto a vinculação do juiz ao caso concreto pelo encerramento da audiência será possível. O art. 132, ao estabelecer a regra, aponta, desde logo, as exceções: não há vinculação do magistrado ao proferimento da sentença, mesmo quando "concluir a audiência" nos casos de convocação, licenciamento, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria. Em todos estes casos, tão amplíssimos como comuníssimos no foro, graças ao emprego da locução "afastado por qualquer motivo", introduzida pela Lei n. 8.637/1993, quem sentenciará o feito é o sucessor do magistrado. Mitigando o rigor gerado pelo rompimento do vínculo, o parágrafo único do art. 132 autoriza que o sucessor pode, achando que é o caso, repetir as provas já produzidas.

Outro princípio que guarda raízes no "princípio da oralidade" é o da "mediação" ou "imediatidade". De acordo com ele, é o juiz que colhe diretamente as provas (art. 446, II). É ele, o juiz, e não as partes, que interroga o autor e o réu (art. 344) ou que formula perguntas diretamente às testemunhas (arts. 413 e 416) ou ao perito judicial em audiência (arts. 421, § 2º, e 435). Não que as partes, por intermédio de seus advogados, evidentemente, não possam dirigir perguntas umas às outras, às testemunhas ou ao perito judicial. É que, para o direito brasileiro, a "mediação" é tão forte que estas questões são feitas sempre por intermédio do magistrado. É por isto o uso frequente do verbo "reperguntar" para descrever o ato de o juiz formular à testemunha, por exemplo, a pergunta feita originalmente pelo advogado de uma das partes. A prática é digna de destaque porque o magistrado, ao ouvir previamente a pergunta a ser respondida pela parte, pela testemunha ou pelo perito, tem condições de decidir sobre sua utilidade e sobre sua pertinência, evitando, com isto, desperdício de atividade jurisdicional.

Um outro princípio infraconstitucional relativo à prova evoca o que é, em geral, chamado de "princípio da atipicidade dos meios de prova".

O n. 13 do Capítulo 1 da Parte II tratou do princípio constitucional do processo civil que veda a prova ilícita ou a utilização da prova lícita quando obtida de maneira ilícita. Lá ficou assentado que a Constituição Federal, no seu art. 5º, LVI, busca, precipuamente, garantir determinados direitos fundamentais dos indivíduos, em especial a intimidade e a dignidade da pessoa humana, sem prejudicar, contudo, o direito fundamental à produção da prova em juízo. A Constituição Federal não trata, porém, dos meios utilizáveis para provar, em

geral, os atos e os fatos. O tema relativo, destarte, aos *meios de prova* ou o que a este *Curso* parece ser mais correto acentuar, às *técnicas processuais* respeitantes às provas, tem sede infraconstitucional. Evidentemente que as prescrições legais estejam, ou não, presentes no Código de Processo Civil, não podem violar aquela diretriz mais ampla, de que a prova, ela mesma considerada, não pode contrariar o ordenamento jurídico, e a prova, mesmo quando "lícita", em conformidade, pois, com o ordenamento jurídico nacional, não pode ser obtida de forma *ilícita*, contrária ao ordenamento jurídico.

Quem define o que pode e o que não pode ser utilizado como prova – quem define, pois, as *técnicas processuais relativas às provas* –, destarte, é a lei. De acordo com o art. 332, "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". É neste dispositivo de lei que encontra fundamento o princípio ora analisado.

Mais recentemente, tem-se discutido intensamente sobre a restrição destes mecanismos de prova com o advento do Código Civil de 2002. É que no art. 212 deste diploma legislativo dá-se a impressão de que o "fato jurídico" só poderia ser provado de acordo com alguns meios de prova lá descritos (confissão, documento, testemunha, presunção e perícia), revogando, no particular, a regra constante do Código de Processo Civil.

A circunstância de uma regra estar veiculada no "Código de Processo Civil" ou no "Código Civil" é de todo indiferente para a solução do problema. Seja em função das características dos "Códigos" mais recentes (que tragam, em si mesmos, um mínimo de unidade e ordenação, o que não se dá com o Código de Processo Civil, consoante o que expõe a Introdução da Parte II), seja, até mesmo, porque há acirrada discussão em sede de doutrina sobre a natureza jurídica das normas sobre as provas. Seriam elas regras de direito material ou de direito processual? Elas devem ser regidas por regras de direito material ou de direito processual?

Sem tomar partido na discussão neste instante – porque o "direito probatório" é tema enfrentado pela Parte IV do vol. 2, tomo I –, o que importa destacar em sede dos princípios *infraconstitucionais* do processo civil é que justamente, em face do que dispõe o art. 332 do Código de Processo Civil, não há como pretender ler *restritivamente* o art. 212 do Código Civil. Inserido o dispositivo no contexto normativo adequado, isto é, lendo-o ao lado das normas de direito processual civil que disciplinam e continuam a disciplinar o tema, não há como apequenar o *princípio* delas decorrentes. Assim, deve prevalecer a orientação mais ampla constante do Código de Processo Civil: não há, no ordenamento processual civil brasileiro, um rol taxativo de provas; não há, no direito brasileiro, *tipicidade* dos meios de prova. O que há, bem diferentemente, são provas que violam, ou não, o ordenamento jurídico. O que há é obtenção lícita ou ilícita de provas.

Uma tal conclusão, contudo, não deve ser entendida como se a lei (civil, comercial ou processual civil, por exemplo) não pudesse impor que para determinados atos ou fatos jurídicos sua prova seja feita de uma determinada

maneira. A propriedade de bens imóveis, por exemplo, prova-se pelo registro (art. 1.245, §§ 1º e 2º). O casamento prova-se pela sua certidão (art. 1.543). Isto não viola o "princípio da atipicidade das provas". Estas situações, excepcionais, muito pelo contrário, revelam o que, no n. 1 do Capítulo 1, *supra*, terá ficado claro: os princípios, por definição, mesmo os infraconstitucionais, aceitam exceções e temperamentos consoante as características de cada caso.

No que diz respeito aos princípios relativos às provas, ainda há um digno de destaque nesta sede. Forte no "modelo constitucional do processo civil", é comum a referência ao "princípio do livre convencimento motivado do juiz" ou "da persuasão racional do juiz", ambos construídos a partir do disposto no art. 131. A liberdade do juiz ao apreciar as provas não pode significar que não haja o correlato dever de justificar as razões de seu convencimento. Trata-se, por isto mesmo, de um princípio que bem combina os extremos de sistemas probatórios que não admitem qualquer liberdade na atuação do juiz – o sistema da prova legal ou tarifada – e o da convicção íntima do juiz que, pela sua própria enunciação, revela sua total dissonância com as garantias constitucionais do processo civil brasileiro.

7. PRINCÍPIOS RELATIVOS À TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA

São diversos princípios infraconstitucionais regentes da tutela jurisdicional executiva, assim compreendida a tutela jurisdicional que impõe ao Estado-juiz a prática de realização material, não apenas ideal, de um direito, lesionado ou ameaçado, tal qual reconhecido. Trata-se da modalidade de tutela jurisdicional a que se dedicou o n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III, à guisa de apresentação de uma proposta crítica à classificação usualmente oferecida pela doutrina tradicional.

Para os fins da elaboração de uma teoria geral do direito processual civil importa dar destaque a alguns destes princípios, sem prejuízo das considerações com as quais, mais detidamente, ocupa-se o n. 3 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 3.

De acordo com o "princípio do título executivo", a tutela jurisdicional executiva depende sempre de sua prévia definição em um "título executivo". Seja ele um título executivo *judicial* (art. 475-N) ou título executivo *extrajudicial* (art. 585); sem o título não há execução. É o que, de resto, decorre de antigo aforismo latino: *nulla executio sine titulo*.

Não há espaço para questionar, à luz do direito positivo brasileiro, viger, entre nós, um tal princípio. A atividade executiva realmente depende da prévia definição (reconhecimento) do direito para ser produzida. O art. 475-N disciplina, a este propósito, os títulos executivos *judiciais*. O art. 585, por sua vez, trata dos títulos executivos *extrajudiciais* e ambas as espécies de títulos executivos são pressupostos para a prestação da tutela jurisdicional *executiva* pelo Estado-juiz.

O princípio, contudo, deve ser interpretado à luz das profundas alterações que foram incorporadas ao Código de Processo Civil pelas leis da Reforma. Não

que sua noção fundamental tenha sido alterada ou, até mesmo, possa ser questionada. As modificações legislativas mais recentes, diferentemente, até mesmo do que se dá com relação a outros princípios *infraconstitucionais* do processo civil, não infirmam o alcance do princípio. Pelo contrário, até o tornam mais amplo do que sua formulação tradicional, verdadeiramente histórica.

O que é importante evidenciar, a respeito do tema, é que o conceito de título executivo não pode mais ficar vinculado aos documentos arrolados nos arts. 475-N e 585 como se a própria lei processual civil não pudesse criar outros títulos executivos, de acordo com as opções políticas predominantes em cada momento histórico. Não se trata, contudo, de admitir que a lei processual civil extravagante possa criar *também* títulos executivos. A prática é comuníssima e não há discussão quanto a isto. Trata-se, bem diferentemente, de admitir que outras técnicas utilizadas para a definição de direitos também podem e devem ser tratadas como "títulos executivos" para os mesmos fins de legitimar a tutela jurisdicional *executiva*.

Exemplo marcante desta realidade *normativa*, e que tem o condão de ilustrar, até mesmo as considerações lançadas nos ns. 8.1.1, 8.2 e 8.3 do Capítulo 1 da Parte III, diz respeito às decisões interlocutórias que veiculam tutelas jurisdicionais *preventivas*, *antecipadas* e *provisórias* – assim, por exemplo, uma decisão que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional, com base no art. 273, uma decisão que concede "liminar" em ação cautelar, nos moldes do art. 804, ou, ainda, uma decisão que determina proteção possessória antes da citação do réu, consoante autoriza expressamente o art. 928, para mencionar apenas três casos bem marcantes – e que, neste sentido e para este fim, são inegavelmente títulos executivos. E mais: são títulos executivos *judiciais*, porque são decisões *judiciais*, sendo de todo indiferente que a elas não faça menção o art. 475-N.

Nestas condições, pertinente ampliar o conceito de título executivo para que o plano infraconstitucional do direito processual civil não fique aquém do seu plano *constitucional*, isto é, do "modelo constitucional do processo civil".

Outro princípio que caracteriza a tutela executiva como tal diz respeito ao chamado "princípio da tipicidade dos atos executivos". Segundo ele, na formulação tradicional, os atos executivos a serem praticados pelo Estado-juiz são "típicos" no sentido de que eles são prévia e exaustivamente previstos pelo legislador. O juiz do caso concreto não tem, nesta perspectiva de análise do princípio, nenhuma liberdade para alterar o *padrão* de atos processuais e, mais amplamente, de técnicas que lhe são reconhecidas como as únicas legítimas na lei, por obra do legislador.

O princípio explica bem, isto não há como negar, o que se dá na grande maioria dos dispositivos que, ainda hoje, ocupam o Livro II do Código de Processo Civil, mesmo com as profundas modificações trazidas pela Lei n. 11.382/2006. A disciplina relativa às "execuções" das obrigações de entrega de coisa (art. 621 a 631), de fazer e não fazer (arts. 632 a 645, excluídos os arts. 639 a 641, revogados pela Lei n. 11.232/2005) e para pagamento de quantia certa contra devedor solvente (arts. 646 a 735) é extremamente detalhista, procedimentalizada ao extremo. São, neste contexto, meios executivos típicos.

À luz da cada vez mais consciente "filtragem constitucional" das normas processuais codificadas (v. a Introdução da Parte II), outros meios executivos acabaram sendo praticados no dia a dia do foro com ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial. Um exemplo que bem ilustra a afirmação é a "penhora de faturamento". Não existia, até o advento da Lei n. 11.382/2006, uma tal figura e, consequentemente, permissão para que o magistrado determinasse a penhora do faturamento de uma empresa. O que era regulado no Código de Processo Civil era a possibilidade de a empresa ser penhorada e com a constituição de seu usufruto o credor pagar-se (arts. 677 e 678 e 713 a 729, respectivamente), o que é diverso.

Sem pretender discutir a questão nesta sede – até porque aquele meio de penhora passou a ser expressamente aceito pela Lei n. 11.382/2006 (arts. 655, VII, e 655-A, § 3º), objeto de discussão pelo n. 4.7 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3 deste *Curso* –, o que impõe evidenciar é que a prática demonstrou a *necessidade* de a interpretação e a aplicação do direito processual civil partirem do "modelo constitucional do processo civil" para melhor tutelar (proteger) os direitos e interesses contrapostos em cada caso concreto. À falta de previsão legislativa sobre o instituto, antes do advento da precitada Lei, não havia espaço para recusar a referência àquela técnica executiva como *atípica*. Nem por isto, contudo, menos apta a realizar concretamente o direito de crédito do exequente.

A compreensão do princípio à luz do modelo infraconstitucional do processo civil vai além, contudo. Os arts. 461 e 461-A são exemplos bem marcantes de que o direito processual civil brasileiro também admite a *atipicidade* dos meios executivos. É ler cada um daqueles dispositivos para verificar que neles, diferentemente do que as disciplinas dos arts. 621 a 645 do Código de Processo Civil reservam para as "execuções" das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, não há qualquer procedimento executivo preconcebido pelo legislador. É como se aqueles dois dispositivos de lei autorizassem que o juiz do caso concreto, consoante as necessidades verificadas, crie os meios executivos mais adequados para a realização do direito reconhecido no título. E vale a pena enfatizar: direito reconhecido no título não significa, aqui, necessariamente, "sentença" ou o acórdão que a confirme. Pode significar a "decisão interlocutória", que *antecipa* os efeitos da decisão final; tutela jurisdicional *antecipada* e *provisória*, portanto (v. ns. 8.2 e 8.3 do Capítulo 1 da Parte III).

Para concluir este número, é pertinente colocar em relevo dois princípios que bem caracterizam a tutela jurisdicional executiva. De um lado, o usualmente identificado como "princípio do resultado" mas que, por vezes, aparece com o nome "princípio da máxima utilidade da execução", e, de outro, o chamado "princípio do menor sacrifício do executado". Fundamento suficiente para estas duas noções contrapostas reside nos arts. 612 e 620.

O embate referido por estes princípios tem fundamento constitucional bem claro: trata-se do mesmo conflito que se pode verificar entre o "princípio da efetividade da jurisdição" e o "princípio do contraditório" ou, mais precisamente no sentido aqui versado, da "ampla defesa".

Se, de um lado, a tutela jurisdicional executiva caracteriza-se pela produção de resultados materiais voltados à satisfação do credor (ou, dando destaque ao plano do processo, ao exequente como sinônimo de portador do título executivo), a atuação do Estado-juiz não pode ser produzida ao arrepio dos *limites* que também encontram assento expresso no "modelo constitucional do processo civil".

Daí a necessária observância de determinadas restrições e de determinadas garantias no plano do exercício da tutela jurisdicional executiva, por exemplo, a preferência para que os atos executivos recaiam sobre o patrimônio do devedor e não sobre sua pessoa (o que, em geral, é chamado de princípio da "patrimonialidade" ou "realidade" da execução), para que se busque o necessário equilíbrio entre os dois princípios e àquilo que a doutrina costuma se referir como "execução equilibrada" que, em foros de princípios constitucionais, tem tudo para significar o resultado concreto da aplicação do chamado "princípio da proporcionalidade" (v. n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte II).

8. PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS RECURSOS

São variadíssimos os princípios regentes da atividade recursal, como aborda o Capítulo 2 da Parte I do vol. 5. Para a construção da teoria geral do direito processual civil aqui pretendida, faz-se suficiente a menção a alguns deles, sem deixar de evidenciar que o "princípio da fungibilidade recursal", em geral tratado ao longo dos demais princípios recursais, nesta exposição, encontra-se ao lado dos "princípios relativos à nulidade dos atos processuais" para demonstrar a importância do entendimento de que, em determinadas circunstâncias, a *forma* adotada pelo ato processual é indiferente para o atingimento de suas finalidades (v. n. 5, *supra*).

O chamado "princípio da taxatividade recursal" quer exprimir a ideia de que os recursos, isto é, as técnicas processuais voltadas a contrastar, em sentido amplo, as decisões jurisdicionais dependem de expressa previsão legal. Só é recurso aquilo que a lei processual civil diz que é.

O rol referencial deste princípio é o art. 496. De acordo com o dispositivo, "são cabíveis os seguintes recursos: I – apelação; II – agravo; III – embargos infringentes; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário".

O que caracteriza mais fortemente este princípio, contudo, não é verificar se a espécie recursal está, ou não, prevista no precitado art. 496 mas, bem diferentemente, verificar em que medida a *lei* processual civil – e só lei pode criar recursos e, de maneira ampla, normas processuais e procedimentais em matéria de processo (arts. 21, I, e 24, XI, da Constituição Federal) – cria técnicas processuais que viabilizam o reexame de determinadas decisões jurisdicionais. Na medida em que haja lei extravagante que crie um determinado mecanismo para aquela finalidade, que atenda ao regime jurídico global do recurso

desenhado pela doutrina, não há como recusar, só pela falta de previsão no Código de Processo Civil e, mais especificamente, no dispositivo colacionado, que não se trate, legitimamente, de um recurso.

A questão, que pode parecer teórica e vazia de reflexos práticos, é extremamente interessante como, a seu tempo, demonstrará este *Curso*.

Outro princípio que caracteriza o sistema recursal infraconstitucional brasileiro é o chamado "princípio da unirrecorribilidade". Ele deve ser entendido como a não aceitação de interposição concomitante de recursos: cada decisão comporta "um só" recurso. Na verdade, uma mesma decisão pode comportar mais de um recurso mas não *concomitantemente*. É por isto que, para fins da enunciação dos princípios recursais, é melhor referir-se à chamada "unirrecorribilidade" pelo que lhe é mais relevante, a impossibilidade da concomitância recursal.

O afastamento da concomitância recursal deve ser analisada de acordo com dois critérios. O "tipo" de decisão proferida e o "tipo" de vício ou defeito contido na decisão proferida.

Com relação ao primeiro critério, que leva em consideração o "tipo" ou a "espécie" de decisão, ele é especialmente efetivo com relação às decisões de primeiro grau de jurisdição. O Código de Processo Civil é claro ao selecionar o "recurso de agravo" (art. 522) para todas as "decisões interlocutórias" (art. 162, § 2º) e o "recurso de apelação" (art. 513) para todas as "sentenças" (art. 162, § 1º). Dos acórdãos, isto é, das decisões colegiadas proferidas no âmbito dos Tribunais (art. 163), os recursos cabíveis aceitam algumas variantes. De qualquer sorte, o que é certo é que, conforme a variante encontrada, um só recurso, por vez, tem cabimento, o que dá estribo ao princípio aqui destacado.

Se se tratar de acórdão que modifique, por maioria de votos, sentença de mérito ou que julgue procedente ação rescisória, o recurso cabível é o de embargos infringentes (art. 530). Se se tratar de acórdão denegatório de mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção ou, ainda, acórdão proferido em causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismos internacionais e Município ou pessoa residente no Brasil, o caso é de recurso ordinário (arts. 102, II, *a*, e 105, II, *b* e *c*, da Constituição Federal e 539 do Código de Processo Civil). Se se tratar de acórdão do qual não caiba mais nenhum recurso no plano do próprio Tribunal que o proferiu, o caso é de recurso extraordinário ou especial, consoante estejam presentes os pressupostos autorizadores dos arts. 102, III, e 105, III, respectivamente. Se se tratar de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça que divirja de outros acórdãos proferidos pelos outros órgãos daqueles Tribunais, a hipótese é de embargos de divergência (art. 546).

O cabimento dos recursos, contudo, pode variar consoante o segundo critério apresentado de início, que diz respeito ao tipo de "vício" ou "defeito" contido na decisão. De qualquer decisão obscura, contraditória ou omissa, o recurso cabível é o de embargos de declaração (art. 535). Se se tratar de decisão proferida por Tribunal que viole a "lei federal", cabe recurso especial (art. 105, III, da Constituição Federal). Se se tratar de decisão proferida por única ou última

instância que viole a Constituição Federal, o recurso cabível é recurso extraordinário (art. 102, III, da Constituição Federal).

É bastante frequente a doutrina referir-se ao art. 498 do Código de Processo Civil como *exceção* ao princípio da "unirrecorribilidade" ou da "vedação da concomitância recursal". Na verdade, não há exceção ao princípio, embora uma tal exceção, caso ocorrente, não comprometeria a compreensão daquela diretriz no seu devido contexto, de *princípio*. É que o art. 498 na sua atual redação deixa claro que para cada parte do acórdão (para cada *capítulo* do acórdão, nome técnico que bem descreve esta *parcela* da decisão) cabe, a seu próprio tempo, um recurso adequado. Para a parte não unânime, cabem, de imediato, os embargos infringentes. Para a parte unânime e, se for o caso, para a que resultar do julgamento dos embargos infringentes, cabem os recursos extraordinário e especial. Não se interpõe mais de um recurso da mesma decisão. O que se interpõem, consoante o caso, são recursos distintos para *capítulos* diversos da mesma decisão, suficiente para afastar violação ao princípio aqui discutido.

Um outro princípio recursal frequentemente destacado pela doutrina processual civil brasileira é o chamado "princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias".

A formulação original do princípio é relacionada intimamente com os princípios da "oralidade", "concentração dos atos processuais" e "imediatidade". Naquele contexto, o princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias sempre quis significar o que seu nome revela: que não se recorre em separado das decisões interlocutórias. Isto como forma de viabilizar maior celeridade e racionalidade processuais. Evitando que cada decisão comportasse um recurso, que somente da decisão final fosse possível recorrer, o princípio, a olhos vistos, reunia condições suficientes para realizar aquelas diretrizes. Ele representava, assim como os outros, forma de evitar a dispersão da atividade jurisdicional.

Não há como compreender, contudo, que o Código de Processo Civil de 1973, mesmo antes das profundas reformas que o sistema recursal das decisões interlocutórias recebeu a partir de 1995 com a edição da Lei n. 9.139, tenha acolhido aquele princípio. Não, pelo menos, na forma como ele foi concebido originalmente. O que se tem no Código de Processo Civil, antes ou depois das reformas do recurso de agravo (art. 522), é, bem diferentemente, a *recorribilidade* das interlocutórias, e recorribilidade, vale a pena o destaque, "em separado". É que, para o Código de Processo Civil atual, toda decisão interlocutória sempre foi passível de recurso, o agravo.

Certo que o recurso de agravo aceita modalidades diversas, com regimes jurídicos diversos, as principais para cá são a forma "retida" e a forma "de instrumento". Isto, contudo, não nega o que é mais importante: que de toda interlocutória proferida cabe um recurso, o recurso de agravo.

Por esta razão é que sempre foi difícil e polêmico aceitar, sem quaisquer ressalvas, a adoção daquele princípio, o "princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias", no Código de 1973. E, para aceitá-lo, com aquele nome, a doutrina sempre precisou fazer certos ajustes na sua formulação original

devidos, vale a ênfase, para a realidade jurídica brasileira, para as características do direito processual civil brasileiro.

É por força desta necessidade de "adaptação" da concepção original do princípio à realidade normativa brasileira vigente que a compreensão daquele princípio passou a ser a de que os recursos eventualmente interpostos das decisões interlocutórias, assim entendidas as decisões que resolvem questões incidentes (art. 162, § 2º), não têm o condão de suspender, necessariamente, o andamento do processo. A recorribilidade das decisões, desta forma, não afeta o andamento normal do procedimento e a prática dos atos processuais que se fizerem necessários para a prestação da tutela jurisdicional. Ao magistrado cabe proferir sentença independentemente da existência de recursos interpostos das interlocutórias proferidas antes (e necessariamente) daquele instante procedimental.

Pode acontecer, até mesmo, que, em determinados casos, a interposição do cabível recurso contra as decisões interlocutórias acarrete a suspensão do processo. Isto, contudo, deve ser tido como excepcional no sistema (art. 558, *caput*) e, mais do que isto, deve ser entendido no sentido de que a suspensão não será necessariamente do processo mas, bem diferentemente, dos *efeitos* da decisão recorrida. O "processo" terá prosseguimento, embora sem que a decisão recorrida possa surtir seus regulares efeitos. Ademais, a previsão, mesmo que excepcional, de efeito *suspensivo* aos recursos interponíveis das interlocutórias nada mais é do que consequência normal de se estar, como aqui se está, diante de um *princípio jurídico*.

Com a tendência assumida pelas "Reformas do Código de Processo Civil", desde a edição da Lei n. 10.352/2001, e consolidada com a Lei n. 11.187/2005, de que o agravo deve ser interposto na modalidade *retida* na normalidade dos casos (art. 522), há renovado espaço para a "reformulação" do conteúdo expresso no tradicional nome "princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias". Para entender que o processo civil da atualidade adota-o, é mister lembrar que o agravo *retido* depende, para sua apreciação, de reiteração em sede de outro recurso – no instante de interpô-lo ou de responder a ele –, e, neste sentido, porque o recurso interposto, como regra, das interlocutórias depende, em última análise, da interposição de outro, por isto, a interlocutória "em separado", isoladamente considerada, acaba por se apresentar irrecorrível ou, quando menos, inocuamente recorrida, a não ser que haja a reiteração "em separado", isto é, em outro recurso.

De qualquer sorte, melhor do que tentar "amoldar" um *nome* cunhado para descrever outras realidades jurídicas, bem diversas da brasileira, o ideal é, rente às preocupações metodológicas deste *Curso*, apresentar proposta que realmente descreva a realidade jurídica nacional do processo civil. Para este fim, a proposta é que o princípio aqui discutido venha a ser identificado como "princípio da recorribilidade sem efeito suspensivo das interlocutórias". As duas concepções que caracterizam o princípio, contidas neste enunciado, merecem demonstração.

Toda interlocutória é recorrível, independentemente do regime jurídico

que adotará seu recurso, o de agravo. É este o "princípio" que descreve a realidade normativa do processo civil brasileiro e que, de resto, afina-se com o "modelo constitucional do processo civil", forte na ideia do "princípio do duplo grau de jurisdição" (v. n. 8 do Capítulo 1 da Parte II).

A respeito da lembrança do "princípio do duplo grau de jurisdição", oportuno acentuar que caso não existisse, como existe, nenhuma vinculação entre os planos *constitucional* e *infraconstitucional* do processo civil e, certamente, não haveria qualquer óbice para que ocorresse, em certos casos, limitação à recorribilidade plena das interlocutórias. Um princípio *infraconstitucional* do processo aceita restrições e limitações impostas pela lei (v. n. 1 do Capítulo 1, *supra*). Como, no entanto, a diretriz da recorribilidade plena das interlocutórias acaba por encontrar, no plano constitucional, eco seguro, embora implícito, não há como negar que qualquer restrição ao uso de recursos de quaisquer interlocutórias – inclusive aquelas proferidas no âmbito dos Tribunais – fere não o princípio *infraconstitucional* mas, superiormente, o "modelo constitucional do processo civil". Daí, mesmo nesta sede, reiterar o que o n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte II propõe: o parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil, ao negar a recorribilidade das decisões interlocutórias referidas nos incisos II e III daquele dispositivo, agride o "modelo constitucional do processo civil". O dispositivo é inconstitucional.

De outro lado, a interposição do recurso da interlocutória, o agravo, independentemente de sua modalidade, de seu regime jurídico, se agravo *retido* (art. 523) ou *de instrumento* (arts. 524 a 528) ou *interno* (art. 557, § 1º) ou *de despacho denegatório de recursos extraordinário ou especial* (art. 544), não tem efeito suspensivo. É o que resulta claro da redação do art. 588, *caput*. Excepcionalmente, o recurso pode vir a ser processado com efeito suspensivo, desde que comprovados os pressupostos exigidos por aquele dispositivo, mas o importante para a configuração do princípio aqui examinado é a demonstração de que a mera interposição do agravo, por si só, não tem o condão de suspender o processo ou, mesmo, a eficácia da decisão recorrida. É o que basta para identificar o complemento adequado ao princípio relativo à recorribilidade das interlocutórias: seu recurso não tem efeito suspensivo. Se, é verdade, de toda interlocutória cabe recurso, nem por isto há necessária suspensão do processo ou dos efeitos da decisão recorrida.

APÊNDICE 1

Pequeno Glossário de Direito Processual Civil

A proposta deste Apêndice é uma só: ele quer ofertar, ao leitor, mais ainda ao estudante que inicia seus estudos de direito processual civil, um repertório mínimo, mas seguro, um verdadeiro guia de palavras e expressões frequentemente empregadas ao longo da elaboração deste volume e das obras de direito processual civil em geral. Não se trata, conscientemente, de um rol exaustivo de termos e expressões técnicas de direito processual civil.

A iniciativa deve ser entendida como a oferta de um referencial objetivo e sucinto com vistas a auxiliar o leitor nas suas reflexões de direito processual civil. Por isto mesmo, ele não faz as vezes de um "resumo" e não deve ser utilizado em substituição às discussões que, sobre cada um dos termos e expressões aqui referidos, ocupam este e os próximos volumes.

A quo – início da fluência de um prazo (termo *a quo*). Órgão jurisdicional inferior a outro, o "juízo *ad quem*".

Ação – direito subjetivo público de romper a inércia da jurisdição e atuar em prol da obtenção da tutela jurisdicional.

Acórdão – decisão colegiada proferida no âmbito dos Tribunais.

Ad quem – fim de um prazo (termo *ad quem*). Órgão superior a outro, o "juízo *a quo*".

Advocacia – função essencial à Justiça destinada à orientação e atuação jurídicas em juízo ou fora dele.

Advogado – aquele que exerce a advocacia.

Advogado-Geral da União – Chefe da Advocacia da União Federal.

Advogados da União – advogados integrantes da carreira pública de advogados da União Federal.

Agravo (recurso de) – recurso cabível das decisões interlocutórias.

Apelação (recurso de) – recurso cabível das sentenças.

Autor – aquele que, rompendo a inércia da jurisdição, pede a prestação da tutela jurisdicional em face de outrem.

Autos – documentação em papel dos atos do processo e do próprio processo.

Câmara – órgão interno de tribunal que tem competência para julgar

determinadas questões de acordo com o respectivo Regimento Interno. Os Tribunais de Justiça dividem-se em Câmaras.

Causa – no sentido empregado por este *Curso*, é sinônimo de demanda (v. "demandar").

Coisa julgada – imutabilidade que certas decisões jurisdicionais, as que apreciam o "mérito", assumem em nome da segurança jurídica.

Comarca – território onde o juiz estadual de primeira instância desempenha sua competência. O equivalente à subseção judiciária no âmbito da justiça federal de primeira instância.

Competência – especificação da jurisdição reconhecida a um órgão jurisdicional.

Condições da ação – requisitos mínimos que permitem verificar a seriedade da provocação do Estado-juiz no exercício do direito de ação. São três: "interesse de agir"; "legitimidade para a causa" e "possibilidade jurídica do pedido".

Decisão – ato judicial que resolve questão.

Decisão interlocutória – ato judicial que resolve questões ao longo do procedimento.

Defensor Público – integrante da Defensoria Pública.

Defensor Público-Geral – chefe da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal ou dos Estados, consoante o caso.

Defensoria Pública – função essencial à Justiça que atua em prol dos necessitados, individual ou coletivamente, em juízo ou fora dele.

Defesa – qualquer manifestação do réu que signifique sua contraposição ao direito de ação exercitado pelo autor.

Demandar – o ato de o autor provocar concretamente o Estado-juiz para prestar a tutela jurisdicional pedida em uma petição inicial.

Desembargador – o magistrado dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça.

Despacho – ato judicial sem conteúdo decisório, de mero impulso do procedimento.

Ementa – resumo das decisões jurisdicionais (em especial dos acórdãos).

Entrância – divisão administrativa adotada pelos Estados na organização judiciária para fins de hierarquização da carreira da Magistratura e do Ministério Público e alocação de recursos em geral.

Estado-juiz – Poder Judiciário. A expressão deve ser entendida como contraposta às demais funções exercidas pelo Estado, a legislativa (Estado-legislador) e a executiva (Estado-administração).

Estagiário – estudante de direito que atua como auxiliar de uma das funções essenciais à justiça.

Executado – aquele em face de quem se pede a prestação da tutela

jurisdicional executiva.

Exequente – aquele que pede a prestação da tutela jurisdicional executiva em face de outrem.

Foro – território onde os magistrados exercem sua competência.

Fórum – instalação física (prédio) onde funcionam os órgãos jurisdicionais de primeira instância.

Instância – grau da jurisdição classificada para fins de atividades jurisdicionais.

Interveniente – qualquer um que não seja autor ou réu.

Juiz – agente da magistratura; sinônimo de "magistrado".

Juiz estadual – o magistrado de primeira instância que compõe a magistratura dos Estados.

Juiz federal – o magistrado de primeira instância que compõe a magistratura federal.

Juízo – célula mínima dos órgãos jurisdicionais de primeira instância; sinônimo de "vara".

Jurisdição – atividade típica desenvolvida pelo Poder Judiciário.

Justiça Federal – órgão jurisdicional de primeira instância cuja competência é a do art. 109 da Constituição Federal.

Mérito – relativo ao enfrentamento, pelo magistrado, da lesão ou da ameaça a direito que justificou o exercício da função jurisdicional; sinônimo de "conflito de interesses"; "lide"; "objeto litigioso".

Ministério Público – função essencial à Justiça que tem como missão institucional a realização dos valores constantes dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal em juízo e fora dele.

Ministro – o magistrado dos Tribunais Superiores.

Ordem dos Advogados do Brasil – função essencial à Justiça, que tem como missão institucional a realização das finalidades constantes do art. 44 da Lei n. 8.906/1994 em juízo e fora dele.

Parte(s) – aquele(s) que pede(m) e em face de quem se pede a tutela jurisdicional.

Petição – qualquer manifestação (escrita) dirigida ao Poder Judiciário.

Petição inicial – ato que provoca originariamente a atividade jurisdicional. Ato que rompe a inércia da jurisdição.

Ponto – afirmação feita por uma das partes ou eventuais intervenientes e que pode, ou não, gerar controvérsia quando negada ou confrontada a ser resolvida pelo magistrado.

Preclusão – perda da possibilidade da prática de algum ato processual pelo transcurso de um prazo (preclusão temporal); pela sua prática incompleta ou equivocada (preclusão consumativa); ou pela prática de algum ato incompatível com o que deveria ter sido praticado (preclusão lógica).

Pressupostos processuais – exigências do sistema processual civil que devem se fazer presentes ou ausentes para permitir que a atuação do Estado-juiz tenha início e desenvolvimento válidos.

Primeira instância – posição hierárquica ocupada pelos juízes de direito e pelos juízes federais.

Primeiro grau de jurisdição – órgão jurisdicional que exercerá, antes de qualquer outro, a função jurisdicional.

Procedimento – organização dos atos processuais de acordo com as normas jurídicas.

Processo – método de atuação do Estado com vistas à exteriorização de sua vontade.

Procurador da República – membro do Ministério Público federal que atua na primeira instância.

Procurador de Justiça – membro do Ministério Público ou do Distrito Federal que atua na segunda instância.

Procurador do Estado – advogado pertencente à carreira da advocacia pública de um dado Estado. É, com exclusão de quaisquer outros, o "advogado do Estado".

Procurador do Município – advogado pertencente à carreira da advocacia pública de um dado Município.

Procurador Regional da República – membro do Ministério Público Federal que atua na segunda instância.

Promotor de Justiça – membro do Ministério Público dos Estados ou do Distrito Federal que atua na primeira instância.

Q uestão – controvérsia sobre ponto de direito ou de fato a ser decidida pelo magistrado.

Recurso – técnica de revisão das decisões jurisdicionais.

Recurso especial – recurso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos do art. 105, III, da Constituição Federal.

Recurso extraordinário – recurso julgado pelo Supremo Tribunal Federal nos casos do art. 102, III, da Constituição Federal.

Região – Divisão de competência entre os Tribunais Regionais Federais.

Relator – magistrado que, no âmbito dos Tribunais, é o escolhido para, em primeiro lugar, desempenhar a função jurisdicional cabível.

Réu – aquele em face de quem a tutela jurisdicional é pedida.

Revisor – em determinados recursos, o segundo magistrado a apreciar o caso antes de submetê-lo a julgamento público.

Seção judiciária – cada um dos Estados e do Distrito Federal para fins de organização da Justiça Federal de primeira instância (art. 110, *caput,* da Constituição Federal).

Segunda instância – a expressão deve ser entendida como correspondente

aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça.

Segundo grau de jurisdição – órgão jurisdicional que poderá revisar, em grau de recurso, alguma decisão do órgão de primeiro grau de jurisdição.

Sentença – ato proferido pelo juiz de primeira instância que põe fim ao exercício da atividade jurisdicional nos casos descritos nos arts. 267 e 795 do Código de Processo Civil *ou* que põe fim à etapa do processo voltada ao reconhecimento da existência do direito afirmado na petição inicial em função de uma das hipóteses previstas no art. 269.

Subprocurador Regional da República – membro do Ministério Público Federal que atua no âmbito dos Tribunais Superiores.

Subseção judiciária – território onde o juiz federal de primeira instância desempenha sua competência. O equivalente à comarca no âmbito da justiça estadual de primeira instância.

Sujeito(s) do processo – todos aqueles que, por qualquer razão, participam do processo. É o conjunto formado por juiz, autor, réu e intervenientes.

Súmula – consolidação formalizada da jurisprudência dos Tribunais a partir da reiteração de decisões idênticas proferidas a partir de casos substancialmente iguais.

Superior Tribunal de Justiça – órgão jurisdicional superior da estrutura judiciária brasileira com a competência do art. 105 da Constituição Federal.

Supremo Tribunal Federal – órgão jurisdicional máximo da estrutura judiciária brasileira, nos termos do art. 102 da Constituição Federal.

Terceiros – qualquer um que não seja autor ou réu mas que tenha interesse jurídico para intervir em processo alheio. Seu significado é próximo mas não se confunde com o de "interveniente".

Título executivo extrajudicial – documento que dispensa, para todos os fins, prévia manifestação do Estado-juiz sobre a existência da lesão ou da afirmação de direito que justifica o exercício da função jurisdicional com vistas à prestação da tutela jurisdicional executiva.

Título executivo judicial – toda decisão jurisdicional que autoriza o exercício da função jurisdicional com vistas à tutela jurisdicional executiva.

Transitar em julgado – característica de decisões que, apreciando o mérito, não podem ser mais impugnadas por quaisquer recursos.

Tribunais Regionais Federais – cada um dos órgãos de segunda instância da justiça federal que atuam nas suas respectivas regiões.

Tribunal – órgãos jurisdicionais que se localizam acima dos juízes de primeira instância. Em contraposição a "fórum", significa a instalação física em que funcionam os próprios Tribunais.

Tribunal de Alçada – órgão de segunda instância da justiça de alguns Estados, extintos com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Tribunal de Justiça – órgão de segunda instância da justiça dos Estados ou do Distrito Federal.

Tribunal Federal de Recursos – órgão de segunda instância da justiça federal, extinto com o advento da Constituição Federal de 1988.

Turma – órgão interno de tribunal que tem competência para julgar determinadas questões de acordo com o respectivo Regimento Interno. O STF, o STJ e os TRFs dividem-se em Turmas.

Tutela jurisdicional – proteção outorgada pelo juiz quando reconhece o direito cuja afirmação de lesão ou ameaça impulsiona e justifica a atuação do Poder Judiciário.

Vara – célula mínima dos órgãos jurisdicionais de primeira instância; sinônimo de "juízo".

APÊNDICE 2

Uma Breve Incursão no "Novo Código de Processo Civil"

As propostas constantes do Projeto de novo Código de Processo Civil, apresentado pela Comissão de Juristas, aprovado pelo Senado Federal (PLS n. 166/2010) e pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010), pendente de aprovação no Plenário daquela Casa, quando do fechamento desta edição, a respeito dos assuntos tratados neste volume do Curso são, em síntese, as seguintes:

Do ponto de vista estrutural, inovando em relação ao Código Buzaid – e semelhantemente ao Código de Processo Civil anterior, de 1939 –, o Projeto contém uma "Parte Geral". Nela estão expostos, dentre outros temas, os "Princípios e garantias fundamentais do processo civil", as "normas processuais e da sua aplicação", os contornos do "direito de ação" (cabendo o destaque da exclusão da "impossibilidade jurídica do pedido" como uma das suas condições) e a necessidade de se dar ciência ao *substituído processual* do processo iniciado pelo *substituto* para, querendo, nele intervir, bem como da formação, suspensão e extinção do processo, os "limites da jurisdição brasileira e da cooperação internacional", a disciplina da competência, da cooperação nacional, a relativa às funções essenciais à administração da Justiça, dos atos processuais (segundo a qual os prazos só correrão em dias úteis) e, em substituição ao atual Livro III ("do processo cautelar") e ao atual art. 273 ("tutela antecipada"), dedica todo um Título ao que, no Projeto do Senado (e no Anteprojeto), é chamado de "tutela de urgência" e "tutela da evidência" e no Projeto da Câmara é chamado de "tutela antecipada".

O art. 1º do Projeto do Senado (acolhendo a orientação do Anteprojeto), que abre a referida "Parte Geral", é digno de destaque porque evidencia, adequadamente, uma das propostas metodológicas eleitas por este *Curso* como indispensável ao estudo (e à sistematização) do direito processual civil na atualidade: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código", que, infelizmente, não foi repetido no Projeto da Câmara. Sem prejuízo do alcance do

dispositivo — e malgrado sua ausência na versão da Câmara —, o Projeto é repleto de invocações explícitas ao "princípio do contraditório" e, até mesmo, da "cooperação", no exercício dos deveres-poderes de direção do processo, mesmo com relação aos atos praticáveis de ofício, o que é digno de destaque e de elogios. É nesse contexto que, para citar um novo instituto que aparece na "Parte Geral", o "incidente de desconsideração da personalidade jurídica" (arts. 77 a 79 no Senado; arts. 133 a 137 na Câmara) merece ser lembrado. No Projeto da Câmara, toda a disciplina relativa à intervenção de terceiros consta da Parte Geral. No Projeto do Senado, ela está encartada no "processo de conhecimento".

Na Parte Geral do Projeto encontra-se também a disciplina relativa aos conciliadores e aos mediadores judiciais, criando condições para que aqueles mecanismos de composição do conflito sejam mais bem aplicados que na atualidade forense (arts. 144 a 152 no Senado; arts. 166 a 175 na Câmara), sem prejuízo da adoção – e do incentivo – de outros meios alternativos de resolução de conflitos (art. 153 no Senado; art. 176 na Câmara).

Após a Parte Geral, é disciplinado o "processo de conhecimento e cumprimento de sentença", denominação que reflete adequadamente o que muitos setores da academia vêm (corretamente) chamando de "processo *sincrético*" ou "processo por *fases* ou *etapas*": uma delas de *conhecimento* (predestinada ao *reconhecimento* do direito aplicável ao caso, isto é, a definir quem e em que medida faz jus à tutela jurisdicional) e uma de *execução*, vocacionada à *satisfação* daquele mesmo direito. É o que, desde sua 1ª edição, este *Curso* entende ser o mais adequado mesmo diante do Código de Processo Civil ainda vigente depois de suas substanciais alterações. A dualidade de procedimentos comuns hoje existente (ordinário e sumário) é substituída por um só procedimento, o comum. A iniciativa quer fortalecer, pelo distanciamento, os Juizados Especiais em suas diversas esferas de competência.

Ponto positivo do Livro II do Projeto do Senado, correspondente ao Livro I da Parte Especial do Projeto da Câmara, encontra-se no seu Título III, "dos procedimentos especiais", dentre os quais estão disciplinados os "contenciosos" e os "não contenciosos" (inovação do Senado) e os "voluntários" (nomenclatura tradicional proposta pela Câmara). Trata-se, não obstante as alterações, supressões e inclusões propostas, fundamentalmente da disciplina que hoje ocupa o Livro IV do CPC, colocado lado a lado com o que, no Código projetado, é chamado de "procedimento comum". A iniciativa também vai ao encontro do que, desde sua primeira concepção, este *Curso* sustentou ser a mais adequada à luz da metodologia por ele empregada. Aqui também, pertinente a lembrança, a escolha mais recente traz à memória o Código de Processo Civil de 1939.

O Livro III do Projeto do Senado, correspondente ao Livro II da Parte Especial do Projeto da Câmara, trata do (ainda) denominado "processo de execução". A expressão, que merece ser escrita (e interpretada) com as mesmas aspas multirreferidas ao longo deste volume, disciplina as técnicas disponíveis para a concretização do que este *Curso* chama de "tutela jurisdicional *executiva*". Tanto quanto no Código vigente, toda a disciplina que reside nesta parte do Projeto toma como base a execução fundada em título executivo

extrajudicial, iniciativa que *complementa* a disciplina sobre o "cumprimento de sentença", isto é, as técnicas a serem adotadas para a *satisfação* do direito reconhecido existente por títulos executivos *judiciais*.

O Livro IV do Projeto do Senado, correspondente ao Livro III da Parte Especial do Projeto da Câmara, corretamente, trata amplamente dos "processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais". Nele está a disciplina da "declaração de inconstitucionalidade", do "conflito de competência", da "homologação de sentença estrangeira ou de sentença arbitral", da "ação rescisória" (e, inadequadamente, na versão do Senado da chamada "ação anulatória"), do novel "incidente de resolução de demandas repetitivas" e da reclamação, além dos recursos: "apelação", "agravo de instrumento", "agravo interno", "embargos de declaração", "recurso ordinário", "recurso extraordinário", "recurso especial", "agravo de admissão" e "embargos de divergência".

Por fim, o Livro V do Projeto do Senado, equivalente ao Livro Complementar do Projeto da Câmara, tal qual o do Código vigente, ocupa-se com as "disposições finais e transitórias", trazendo mais cuidadosa disciplina de direito intertemporal, querendo minimizar, com a iniciativa, os inevitáveis problemas decorrentes de uma nova legislação atingir processos em curso quando da sua entrada em vigor.

A síntese que ocupa os parágrafos anteriores é bastante para *informar* o leitor sobre as discussões sobre o novo Código de Processo Civil que ainda ocupam a agenda do Congresso Nacional. Ir além é, como anuncia a Nota Introdutória desta edição, desviar-se do objetivo *formador* de um *Curso*, como quer ter o presente.

ABDO, Helena Najjar. *Observância da regra da objetividade na publicidade do processo realizada pelos meios de comunicação social*. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Elementos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. vol. 1.

_____. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. vol. 2.

_____. *Suspensão de segurança:* sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul & União Europeia:* estrutura jurídico-institucional. Curitiba: Juruá, 1999.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

ALENCAR, Fontes de. A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual. *Revista CEJ*, vol. 5, n. 13. Brasília, 2001.

ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual de liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro:* um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. vol. 1.

ALVIM, Teresa; MARINS, James. Processo tributário. In: ALVIM, Teresa; MARINS, James; ALVIM, Eduardo (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre processo tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (coord.). *Visões críticas do processo civil brasileiro:* uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional (alcance doutrinário)*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2004.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958. 2 t.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 1.

AMERICANO, Jorge. *Processo civil e commercial no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva & Cia. Editores, 1925.

ANDOLINA, Italo. Costituzione europea e cooperazione giudiziaria in materia civile. *Rivista di Diritto Processuale,* vol. 2. Padova: CEDAM, 2005.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano:* corso di lezioni. Torino: Giappichelli, 1990.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação:* crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Manuel A. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amada, 1987.

ANGHER, Anne Joyce. *Litigância de má-fé no processo civil*. São Paulo: Rideel, 2006.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo:* para uma legitimação procedimental. Coimbra: Almedina, 1989.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1981.

_____. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, vol. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1996.

ARRUDA ALVIM. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). *Reforma do Judiciário:* primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Ação civil pública – Sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública após 20 anos:* efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo*, vol. 97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais,

1976. vol. III.
_____. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. vol. V.
_____. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. vol. VI.
_____. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. vol. I.
_____. *Direito processual civil:* teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. 2 vol.
_____. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. vol. 1 e 2.
_____. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. vol. I.
_____. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. vol. II.
ARRUDA ALVIM et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
ARRUDA FILHO, Ney. *A efetividade do processo como direito fundamental*. Porto Alegre: Norton, 2005.
ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
_____. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
_____. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
_____. *Manual do processo de execução*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
AUER, Andreas. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. In: HESPANHA, António (coord.). *Justiça e litigiosidade:* história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil*. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2005.
AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. 5. reimpr. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1989.
BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais:* a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo e disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
_____. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite;

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. O ambiente sistêmico da função judicial e o espaço político da magistratura. *Revista de Processo*, vol. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. vol. I.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A nova definição de sentença. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 39. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*, vol. 118. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A sentença mandamental – Da Alemanha ao Brasil. In: *Temas de direito processual (sétima série)*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, vol. 404. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. Aspectos da "execução" em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade. In: *Temas de direito processual (sexta série)*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*, vol. 111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. V.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Revista de Processo*, vol. 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. "Cumprimento" e "execução" de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 42. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. In: *Temas de direito processual (sexta série)*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. La significación social de las reformas procesales. *Revista de Processo*, vol. 131. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. O processo, as partes e a sociedade. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 5. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Processo civil e processo penal: mão e contramão? In: *Temas de direito processual (sétima série)*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. *Revista dos Tribunais*, vol. 436. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: *Temas de direito processual (segunda série)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Sentença executiva? *Revista de Processo*, vol. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 27. São Paulo: Dialética, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMÖHL, Debora Ines Kram. *A nova execução civil:* a desestruturação do processo de execução. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional n. 45/2004. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo:* influência do direito material sobre o processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O Código-Modelo na América Latina e na Europa – Relatório brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada:* tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O comportamento processual dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERIZONCE, Roberto Omar. Armonización progresiva de los sistemas de justicia in America Latina. *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, vol. 3, 1997.

_____. *Efectivo acceso a la justicia*. La Plata: Platense, 1987.

BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; SOSA, Angel Landoni. Código-modelo de processos coletivos para Ibero-américa – Exposição de motivos. *Revista de Processo*, vol. 121. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BERMUDES, Sergio. *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade:*

elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004.
BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça:* um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
BIDART, Adolfo Gelsi; TORELLO, Luis; VESCOVI, Enrique. Anteproyecto de Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica – Exposicion de motivos. *Revista de Processo*, vol. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
_____. Texto del Anteproyecto del Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica. *Revista de Processo*, vol. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
BINENBOJM, Gustavo. Democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
_____. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7. reimpr. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
_____. *O positivismo jurídico (lições de filosofia do direito)*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
_____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.
_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Polis e Editora Universidade de Brasília, 1991.
BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
BOLLMANN, Villian. *Juizados especiais federais:* comentários à legislação de regência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
_____. Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da constituição e o do governo. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de et al. (coord.). *Ministério Público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC:* a terceira etapa da reforma. São Paulo: Saraiva, 2006.
BONE, Roberto G. *Civil procedure:* the economics of civil procedure. New York: Foundation Press, 2003.
BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996.
BRAGHITTONI, R. Ives. *O princípio do contraditório no processo:* doutrina e prática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
BURRIEZA, Ângela Figueruelo. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos, 1990.
BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. São Paulo: Livraria

Acadêmica – Saraiva, 1943.
CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
CALAMANDREI, Piero. La condena. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
_____. *Instituciones de derecho procesal civil segun el nuevo código*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El foro, 1996. vol. I, II e III.
_____. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.
CALDAS, Gilberto. *Novo tratado das ações*. São Paulo: Ediprax, s/d.
CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
_____. Do mandado de segurança contra atos judiciais. In: *Estudos sobre o mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, 1963.
_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
CALMON FILHO, Petrônio. *Comentários à lei de informatização do processo judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
_____. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
_____. Sentença e títulos judiciais. In: RENAULT, Sergio; BOTTINI, Pierpaolo (coord.). *A reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
CALMON FILHO, Petrônio (org.). *Reforma infraconstitucional do processo civil – Cadernos IBDP – Série Propostas Legislativas*, vol. 4. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2005.
CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis e federais:* uma abordagem crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
_____. *Escritos de direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
_____. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. vol. I.
CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
_____. *Jurisdição no processo civil:* compreensão crítica. Curitiba: Juruá, 2004.
CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
CAMPOS JÚNIOR, Anésio de Lara. *Princípios gerais do direito processual*. São Paulo: José Bushatsky, 1963.
CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A "principialização" da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*, vol. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional:* estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça civil. Trad. Nelson Palaia. *Revista de Processo*, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *Juízes irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1989.

_____. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. (reimpr.). Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1999.

_____. *O processo civil no direito comparado*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, vol. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Processo, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. vol. 1. Traduzido e anotado por Elício de Cresci Sobrinho.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1988.

CARDOSO, Antonio Pessoa. *Processo sem autos:* oralidade no processo. Curitiba: Juruá, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/1996. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Quinze anos de reformas no Código de Processo Civil. In: CARMONA, Carlos Alberto (coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. *Revista de Processo*, vol. 123. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Trad. Hebe Caletti Marenco. 2. ed. Campinas: Minelli, 2004.

_____. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958.

_____. *Instituições de processo civil*. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. vol. I.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Juizados especiais federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.

CARVALHO, José Orlando. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor/FIEO, 1992.

CASTELAR, Armando (org.). *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.

CASTRO, Caterine Vasconcelos de; ARAÚJO, Francisco Rosileide de Oliveira; TRINDADE, Luciano José. A advocacia pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à Justiça. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre*. Rio Branco: Centro de Estudos da PGE/AC, 2003-2004.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Estudo sistemático do objeto e das fontes do direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 131. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAVALCANTI, Rosângela Batista. *Cidadania e acesso à justiça*. São Paulo: Idesp, 1999.

CAVIEDES, Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales colectivos y difusos*. Navarra: Aranzadi, 1999.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Trad. da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. 1, 2 e 3.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. A análise econômica do direito. In: *Direito – Programa de pós-graduação em Direito – PUC/SP*, vol. 2. São Paulo: Max Limonad, 1995.

_____. *Direito e poder*. São Paulo: Saraiva, 1992.

COLUCCI, Maria da Glória; ALMEIDA, José Maurício. 4. ed. 3. tir. *Lições de teoria geral do processo*. Curitiba: Juruá, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. *Revista de Processo*, vol. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Garanzie costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto). *Revista de Processo*, vol. 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, n. 4. Milano: Giuffrè, 1994.

_____. I modelli di garanzia costituzionale del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLV, n. 3. Milano: Giuffrè, 1991.

_____. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. LXVIII – n. 2. Padova: CEDAM, 1993.

_____. Principi costituzionale e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 2. Padova: CEDAM, 1994.

CONRADO, Paulo Cesar. *Introdução à teoria geral do processo civil*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

COSTA, José Augusto Galdino da. *Princípios gerais no processo civil:* princípios fundamentais. Princípios informativos. Rio de Janeiro: PROCAM, 1997.

_____. *Princípios gerais no processo civil:* princípios fundamentais e princípios informativos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COSTA, Moacir Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Edusp, 1970.

COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. Torino: UTET, 1955.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1951.

_____. *Interpretação das leis processuais*. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRESTI, Marco. *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*. Milano: Giuffrè, 1992.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público:* em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito

fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 2.

DALLOZ. *Nouveau Code de Procédure Civile*. 93. ed. Paris: Dalloz, 2001.

DANTAS, Ivo. *Constituição & processo:* introdução ao direito processual constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. vol. I.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Princípio do promotor natural*. Salvador: Jus Podium, 2004.

_____. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2000.

DELFIM, Ricardo Alessi. *Ação declaratória de constitucionalidade e os princípios constitucionais do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. *Revista de Processo*, vol. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ARRUDA ALVIM; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim; ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DENTI, Vitorio. *La giustizia civile (lezioni introdutive)*. Bolonha: Il Mulino, 1989.

_____. Valori costituzionali e cultura processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXXIX (segunda série), n. 3. Padova: CEDAM, 1984.

DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2002.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fraude no processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JR., Fredie Souza. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. ed. Salvador: Jus Podium, 2006. vol. 1.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação:* o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, vol. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoria del derecho*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Execução civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros,

2000. t. I.
_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. I.
_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. II.
_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. III.
_____. *Manual dos juizados cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
DINIZ, Almachio. *Das acções summarias especiaes e do direito ao emprego*. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurillo, 1919.
DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico:* princípios, regras e conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2001.
ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
ENTERRÍA, Eduardo García de. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000.
_____. *La constitucional como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.
ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
FAGUNDES FILHO, Henrique. O Ministério Público Federal na defesa, em juízo, da União Federal. *Revista Forense*, vol. 273. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.
FARIA, José Eduardo. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público (o processo como instrumento de defesa social)*. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público/Revista dos Tribunais, 2003.
FAZZALARI, Elio. Azione civile (teoria generale e diritto processuale). *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*. Torino: UTET, 1991. vol. II.
_____. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996, *ristampa* 2001.
FAZZALARI, Elio; LUISO, Francesco P. *Codice di Procedura Civile e norme complementari*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
FERRÁNDIZ, L. Pietro-Castro y. *Derecho procesal civil*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1975. vol. 1.
FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Manual A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Arménio Amada, 1987.
FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Antonio Augusto de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública após 20 anos:* efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAZ, Antonio Augusto de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante – Solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). *Reforma do Judiciário:* primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Responsabilidade civil do Estado-juiz:* doutrina e jurisprudência. Curitiba: Juruá, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FISS, Owen. *Um novo processo civil (estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade)*. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FIUZA, César (coord.). *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FONSÊCA, Vitor Moreira da. *A congruência da tutela jurisdicional*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. As máximas de experiência e o livre conhecimento do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 10. São Paulo: Dialética, 2004.

FRANÇA, Gustavo Gomes. *Interação judiciária pela cautelaridade no Mercosul*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 1999.

FRANCO, Fernão Borba. *Aproximação entre processo judicial e administrativo:* um enfoque sobre o procedimento e a motivação. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

_____. Recrutamento e poder do juiz. *Revista de Processo*, vol. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação:* enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. St. Paul: West Publishing Co., 1985.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Tutela de segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A competência constitucional dos Estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF):* pontos de partida para a releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro. Texto inédito gentilmente cedido pelo autor.

_____. *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GARCEZ, Martinho. *Das execuções de sentença*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1923.

GARNER, Bryan A. (editor). *Black's Law Dictionary*. 7. ed. St. Paul: West Group, 1999.

GASPAR, Alex Sander. *O conceito equívoco da extinção do processo*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2001.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional:* art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil:* un modelo para países de derecho civil. Trad. para o espanhol de Lucio Cabrera Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. (tradução). Normas transnacionais de processo civil. *Revista de Processo*, vol. 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Comentário ao art. 692 do Código Civil. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2007.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil:* o poder de criatividade do juiz e o acesso à Justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho justicial material*. Trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires: EJEA, 1959.

_____. *Direito processual civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003.

GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual coletivo*. Rio de

Janeiro: Forense, 2005.
GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Comentário ao art. 692 do Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo (coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*: do direito das obrigações (arts. 579 a 721). Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. VI.
_____. *Novo curso de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 1.
GONÇALVES, Willian Couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
GORDILLO, Augustín. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
GORDO, Alfonso Péréz. *El tribunal constitucional y sus funciones*. Barcelona: Bosch, 1983.
GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, vol. 6. São Paulo: Dialética, 2003.
GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Derecho procesal constitucional:* el debido proceso. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004.
_____. Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el "neoprocesalismo". *Revista de Processo*, vol. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). *Perspectivas do direito público (estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*). Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.
_____. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003.
_____. Princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 24. São Paulo: Dialética, 2005.
GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1.
_____. *Direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 2.
_____. Uma visão atual do sistema processual e da classificação das ações. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 43. São Paulo: Dialética, 2006.
GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. São Paulo: Forense Universitária, 2000.
_____. *As garantias constitucionais do direito de ação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.
_____. *Novas tendências do direito processual.* São Paulo: Forense Universitária,

1990.

_____. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

_____. Rumo a um código brasileiro de processos coletivos. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública após 20 anos:* efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade:* procedimentos por audiências no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Execução de sentença em mandado de segurança. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança – 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Execução forçada:* controle de admissibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. vol. IV.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e commercial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva & Cia. Editores, 1939.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional (a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:* contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2002.

HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American civil procedure*. New Haven: Yale, 1993.

HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação concreta: relendo Wach e Chiovenda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

HERKENKOFF, João Batista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2001.

HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional:* a instrumentalidade substancial das formas. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2006.

HESPANHA, António. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, António (coord.). *Justiça e litigiosidade:* história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESS, Heliana Coutinho. *Acesso à justiça por reformas judiciais*. Campinas: Millenium, 2004.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
JARDIM, Afranio Silva. *Da publicização do processo civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.
JAUERING, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nut shell*. St. Paul: West Group, 1996.
KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1986.
_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
KLIPPEL, Rodrigo. *As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção*. São Paulo: Scortecci, 2005.
_____. *Teoria geral do processo civil*. Niterói: Ímpetus, 2007.
KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation in a nut shell*. St. Paul: West Group, 1999.
KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M. *Class actions and other multi-party litigation*. St. Paul: West Group, 2000.
LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005.
LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
_____. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo:* primeiros estudos. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.
LEAL, Rosemiro Pereira et al. *Curso de direito econômico-comunitário:* teoria do direito e técnica processual nos blocos econômicos. Porto Alegre: Síntese, 2002.
LEÃO, Adroaldo. *O litigante de má-fé*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
LIEBMAN, Enrico Tullio. Appendice (azione – teoria moderna). *Novissimo*

Digesto Italiano. Torino: UTET, 1980. vol. II.

_____. Diritto costituzionale e processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 7, 1ª parte. Padova: CEDAM, 1952.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. *Manual de direito processual civil*. Trad. da 4ª edição italiana e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. vol. I.

_____. *Processo de execução*. Araras: Bestbook, 2001.

LIMA, Alcides de Mendonça. *O poder judiciário e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Sociologia do direito:* o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1999.

LIMA, Ruy Cirne. Princípios de direito administrativo. Porto Alegre: Sulina, 1964.

LISBOA, Celso Anicet. A aproximação recíproca dos diversos ordenamentos jurídicos por meio dos Códigos-modelo. Algumas tendências do processo civil brasileiro moderno. *Revista de Processo*, vol. 116. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A importância do prefixo *trans* no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, vol. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Processo*, vol. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Curso de direito processual civil:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2005. vol. I.

_____. *Curso de direito processual civil:* processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2006. vol. II.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei:* direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Editora 34/Edesp, 2004.

_____. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público (o processo como instrumento de defesa social)*. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público/Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOTUFO, Renan. *Questões relativas a mandato, representação e procuração.* São Paulo: Saraiva, 2001.

LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2005.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo:* crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Antônio Alberto; GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Normas processuais civis interpretadas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *Polêmica sobre a ação:* a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. As regras de experiência comum na formação da convicção do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 17. São Paulo: Dialética, agosto de 2004.

MALACHINI, Edson Ribas. As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas. *Revista Forense*, vol. 379 (separata).

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Advocacia do setor público: riscos e obstáculos no limiar do novo milênio. *Revista dos Tribunais*, vol. 807. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, vol. 820. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 12. ed. Torino: Giappichelli, 1998. vol. III.

MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *O processo monitório brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Procedimentos especiais*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F. *Complex litigation:* cases and materials on advanced civil procedure. 3. ed. St. Paul: West Group, 1998.

MARÍN, Rafael Hernández. *Historia de la filosofía del derecho contemporanea*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Tutela inibitória*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. *Princípios fundamentais do direito processual tributário*. São Paulo: Dialética, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2000. vol. I e II.

_____. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. vol. I.

_____. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. vol. II.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade:* comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas:* defesa heterotópica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado:* sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale (coord.). *Experiências do direito*. Campinas: Millennium, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A intervenção do Ministério Público no processo civil: críticas e perspectivas. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público (o processo como instrumento de defesa social)*. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público/Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos:* o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil – Teoria geral. Princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência cível da justiça federal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:* estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC)/Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da ação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945.

MIRANDA, Jorge. Constituição e processo civil. *Revista de Processo*, vol. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil:* primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2004.

MONTEIRO, João. *Programa do curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Acadêmica, 1936.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional:* teoria da Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direitos fundamentais:* conflitos & soluções. São Paulo: Labor Juris, 2000.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado:* exceção de pré-executividade. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MORELLO, Augusto M. *El proceso justo:* del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. *Controle de constitucionalidade:* uma abordagem teórica e jurisprudencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004.

MOURA, Elizabeth Maria de. *O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988:* Estado Democrático de Direito. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

MUNIZ, Severino. *Ações cominatórias à luz do art. 287 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.

MURITIBA, Sergio. *Ação executiva "lato sensu" e ação mandamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: Forense, 1994. vol. VII.

NEVES, Daniel A. Assumpção. Algumas considerações sobre as limitações procedimentais à busca da verdade no processo civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 30. São Paulo: Dialética, setembro de 2005.

_____. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Curso básico de processo civil:* teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. t. I.

NOJIRI, Sérgio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUNES, Castro. *Da Fazenda Pública em juízo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

NUNES, Luiz Antonio. *Cognição judicial nas tutelas de urgência*. São Paulo: Saraiva, 2000.

OAKLEY, John; PERSCHBACHER, Rex. *Civil procedure*. Santa Monica: Casenotes Publishing Co., 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista Forense*, vol. 346. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
_____. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, vol. 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
_____. (org.) *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
_____. *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
_____. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Separata da *Revista Forense*, vol. 388. Rio de Janeiro: Forense, s/d.
_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentas. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.
OLIVEIRA, Evandro. *Multa no Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2011.
OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. vol. 1.
ORESTANO, Riccardo. Azione. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1959. vol. IV.
PACHECO, Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
PAES, José Eduardo Sabo. Ministério Público como instituição de Estado: apontamentos históricos e perspectivas constitucionais e legais. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de et al. (coord.). *Ministério Público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
PALMA, Enos da Costa. *Programa de princípios institucionais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.
PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*. São Paulo: Lael, 1973.
PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal:* direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009.
PASETTI, Babyton. *A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2002.
PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social:* revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002.
_____. *História do direito processual brasileiro:* das origens lusas à escola crítica do processo. Barueri: Manole, 2002.
_____. *Teoria geral do processo*. 3. ed. Barueri: Manole, 2002.

PEKELIS, Alessandro. Azione (teoria moderna). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1980. vol. II.

PELLEGRINI, Marcia. *A intervenção estadual nos Municípios:* cumprimento de ordem ou decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PEREIRA, Milton Luiz. *Justiça federal:* primeira instância. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Retóricas*. Trad. Maria Ermatina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PÉREZ, Jesús Gonzalez. *Derecho procesal constitucional*. Madrid: Civitas, 1980.

PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da justiça federal comum*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. *Elementos para uma teoria do direito intertemporal no processo civil*. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes executórios do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO, Júnior Alexandre Moreira. *Conteúdo e efeitos das decisões judiciais*. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método: 2005.

PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela di condanna. In: *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, 1979. vol. 3.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.

_____. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXXIV, n. 4. Padova: CEDAM, 1979.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. V.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. I.

POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Trad. Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2004.

PORTA, Marcos. *Processo administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PORTO, Sérgio Gilberto (org.). *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 1998.
PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e suas repercussões no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (org.). *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
RAMOS, Guillermo Federico. Brevíssimos comentários acerca da busca da verdade real, sob o enfoque publicista do processo civil contemporâneo. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 22. São Paulo: Dialética, janeiro de 2005.
RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. *Princípios constitucionais do processo:* visão crítica. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
REDENTI, Enrico. *Legittimità delle leggi e corte costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1957.
REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. vol. I.
_____. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1960. vol. II.
RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.
RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e processo:* razão burocrática e acesso à justiça. São Paulo: Max Limonad, 2002.
ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Bogotá-Buenos Aires: Temis/Depalma, 1969. vol. I.
ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 2002.
RODRIGUES, Walter Piva. A participação do advogado na produção da prova. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 14. São Paulo: Dialética, 2004.
_____. Responsabilidade da magistratura: o agravo de instrumento e a "reforma" de suas reformas legislativas. *Revista do Advogado (homenagem ao Professor José Ignácio Botelho de Mesquita*), n. 85. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2005.
RODRIGUES NETTO, Nelson. *Tutela jurisdicional específica:* mandamental e executiva *lato sensu*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
RULLI JÚNIOR, Antônio. *Universalidade da jurisdição*. São Paulo: Oliveira

Mendes, 1998.
SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição:* conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.
_____. *Teoria geral do direito processual civil:* a lide e sua resolução. São Paulo: Saraiva, 2001.
SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
_____. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público (o processo como instrumento de defesa social)*. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público/Revista dos Tribunais, 2003.
SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideologia e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987.
SANSEVERINO, Milton. Interesse público e Ministério Público no processo civil: breves reflexões. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público (o processo como instrumento de defesa social)*. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público/Revista dos Tribunais, 2003.
_____. O Ministério Público e o interesse público no processo civil. *Revista Forense*, vol. 254. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
SANTIS, Gustavo Juan de. *El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva*. La Plata: LEP, 1995.
SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1.
_____. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 2.
SCARPINELLA BUENO, Cassio. A emergência do direito processual público. In: SUNDFELD, Carlos Ari; SCARPINELLA BUENO, Cassio (coord.). *Direito processual público:* a Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000.
_____. A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo: CF/88, art. 5º, LXX. *Revista de Processo*, vol. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
_____. A legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade: a jurisprudência do STF sobre o art. 103, inc. IX, da Constituição Federal. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, vol. 2, São Paulo: Max Limonad, 1995.
_____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1 e 2.
_____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 3.
_____. *A nova Lei do Mandado de Segurança:* comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
_____. As *class actions* do direito norte-americano e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
_____. *Amicus curiae no processo civil brasileiro:* um terceiro enigmático. 3. ed.

São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*: procedimento comum: ordinário e sumário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 2, tomo I.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil:* recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 5.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil:* tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 4.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil:* tutela jurisdicional executiva. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 3.

_____. Direito, interpretação e norma jurídica: uma aproximação musical do direito. *Revista de Processo*, vol. 111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. *Revista de Processo*, vol. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública: uma proposta atual de sistematização. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Execução provisória e antecipação da tutela:* dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Liminar em mandado de segurança:* um tema com variações. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Mandado de segurança:* comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. "O modelo constitucional do direito processual civil": um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. In: JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de. LAUAR, Maira Terra (coord.). *Processo civil – Novas tendências:* homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 157/166.

_____. *O poder público em juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Os princípios do processo civil transnacional e o Código de Processo Civil brasileiro: uma primeira aproximação. *Revista de Processo*, vol. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Os recursos nas leis de processo administrativo federal e paulista: uma primeira aproximação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). *As leis de processo administrativo:* Lei federal 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Principles and rules of transnational civil procedure and Brazilian civil procedure compared: a first assessment. *Uniform Law Review*, vol. IX. Roma: UNIDROIT, 2004-4.

_____. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Variações sobre a multa do *caput* do art. 475-J do CPC na redação da Lei n. 11.232/2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Trad. Karina Andrea Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrizio. Revisão de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

SCIORILLI, Marcelo. *A ordem econômica e o Ministério Público*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SENDRA, Vicente Gimeno. *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos, 1988.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Cumprimento de sentença. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel A. Assumpção (coord.). *Execução no processo civil:* novidades & tendências. São Paulo: Método, 2005.

_____. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

_____. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei n. 11.232/2005. São Paulo. 2006. In: CARMONA, Carlos Alberto (coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito de defesa e tutela jurisdicional:* estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

_____. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SICHES, Luis Recasens. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Reforma do Judiciário:* análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder:* reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Eduardo Silva da; MORAES, Henrique Choer; BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. *Teoria geral do processo*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2002.

SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1990. vol. II.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1995.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil:* as exceções substanciais no processo de conhecimento. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

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

SPADONI, Joaquim. *Ação inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SPOTA, Alberto G. *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*. Buenos Aires: De Palma, 1989.

STEIN, Peter. *Roman law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Tutela monitória:* ação monitória – Lei 9.079/95. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Granada: Editorial Comares, 2002.

_____. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bolonha: Il Mulino, 1976.

TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método: 2005.

_____. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBERG, Walter Claudius (coord.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental:* análise à luz da Lei n. 9.882/1999. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Constituição do Brasil integrada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88:* (des)estruturando a Justiça – Comentários completos à EC n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JR., Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

_____. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança pública. *Revista de Processo*, vol. 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. I.

_____. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. II.

_____. *Execução de sentença e garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

_____. *Tutela jurisdicional de urgência*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. *Princípio do duplo grau de jurisdição*. Curitiba: Juruá, 2005.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. vol. I.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 2.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais federais cíveis e criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TROCKER, Nicolò. *Processo civil e costituzione:* problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação na sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Constituição de 1988 e processo:* regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

VAREJÃO, José Ricardo do Nascimento. As classificações, a Lei n. 11.232/2005

e o "novo" conceito de sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VARELA, Casimiro A. *Fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito:* repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VELASCO, Ignácio M. Poveda. *A execução do devedor no direito intermédio*. São Paulo: Livraria Paulista, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional:* aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VESCOVI, Enrique. Confrontación entre el Codigo Procesal Civil Modelo Iberoamericano y el Proyecto de Codigo Europeo. Hacia un proceso civil universal. Las tendencias que el Código modelo va plasmando in la realidad. *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, vol. 3, 1997.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Nova sistemática do processo à luz da "Reforma do Poder Judiciário" (EC n. 45/2004). *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 42. São Paulo: Dialética, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VICENTE, Petrúcio Malafaia. *Defensoria pública:* princípios institucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais:* uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Supremo Tribunal Federal:* jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência:* segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica:* do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo:* la legittimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo civil:* curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil:* liquidação e cumprimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 1 e 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José

Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 2.

_____. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 3.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. O novo recurso de agravo na perspectiva do amplo acesso à Justiça garantido pela Constituição Federal. *Revista de Processo*, vol. 134. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional:* princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: CEBEPEJ/Bookseller, 2000.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional:* o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. *O processo civil no 3º milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Processo de execução:* parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo*, vol. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Advocacia-Geral da União (www.agu.gov.br)
Associação dos Advogados de São Paulo (www.aasp.org.br)
Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (www.ajuris.org.br)
Associação dos Magistrados Brasileiros (www.amb.org.br)
Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo (www.apesp.org.br)
Associação Nacional dos Procuradores da República (www.anpr.org.br)
Associação Paulista do Ministério Público (www.apmp.com.br)

Câmara dos Deputados (www2.camara.gov.br)
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (www.oab.org.br)
Conselho Nacional de Justiça (www.cnj.gov.br)
Conselho Nacional do Ministério Público (www.cnmp.gov.br)

Defensoria Pública da União (www.dpu.gov.br)
Defensoria Pública do Estado de São Paulo (www.defensoria.sp.gov.br)
Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (www.dpge.rj.gov.br)
Diário da Justiça Eletrônico do Estado de São Paulo (dje.tjsp.jus.br)

Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (www.ibap.org)
Instituto Brasileiro de Direito Processual (www.direitoprocessual.org.br)

Ministério da Justiça (www.mj.gov.br)
Ministério Público do Estado de São Paulo (www.mp.sp.gov.br)
Ministério Público Federal no Estado de São Paulo (www.prsp.mpf.gov.br)

Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo (www.oabsp.org.br)

Portal da Justiça Federal (www.jf.jus.br)
Presidência da República (www.presidencia.gov.br)
Procuradoria-Geral da República (www2.pgr.mpf.gov.br)
Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (www.pge.sp.gov.br)
Procuradoria Regional da República da 1ª Região (www.prr1.mpf.gov.br)
Procuradoria Regional da República da 2ª Região (www.prr2.mpf.gov.br)

Procuradoria Regional da República da 3ª Região (www.prr3.mpf.gov.br)
Procuradoria Regional da República da 4ª Região (www.prr4.mpf.gov.br)
Procuradoria Regional da República da 5ª Região (www.prr5.mpf.gov.br)

Senado Federal (www.senado.gov.br)
Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br)
Superior Tribunal Militar (www.stm.jus.br)
Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br)

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (www.tjdft.jus.br)
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (www.tjsp.jus.br)
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (www.trt2.jus.br)
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (www.trt15.jus.br)
Tribunal Regional Federal da 1ª Região (www.trf1.jus.br)
Tribunal Regional Federal da 2ª Região (www.trf2.jus.br)
Tribunal Regional Federal da 3ª Região (www.trf3.jus.br)
Tribunal Regional Federal da 4ª Região (www.trf4.jus.br)
Tribunal Regional Federal da 5ª Região (www.trf5.jus.br)
Tribunal Superior do Trabalho (www.tst.jus.br)
Tribunal Superior Eleitoral (www.tse.jus.br)