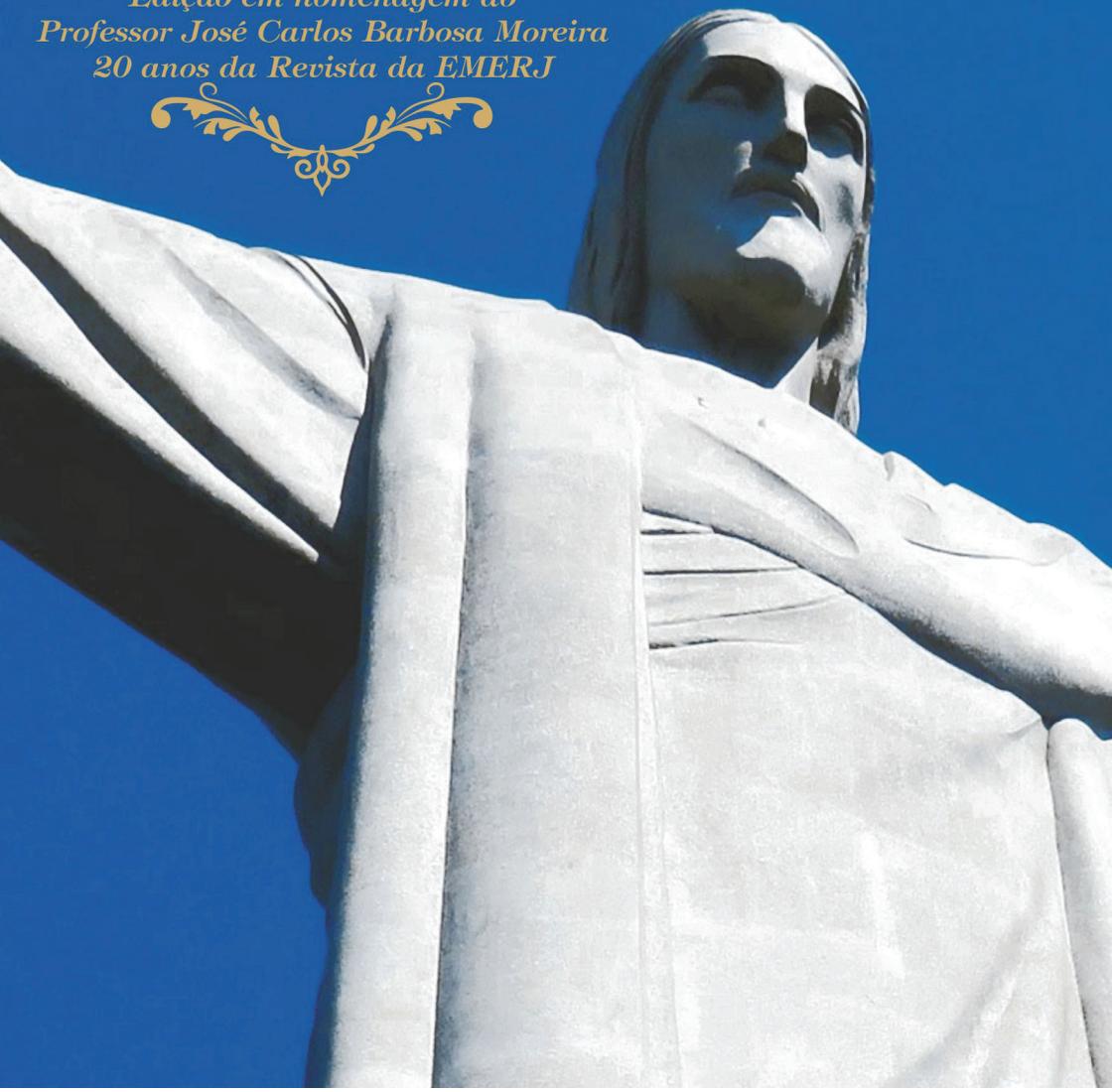


REVISTA DA
EMERJ

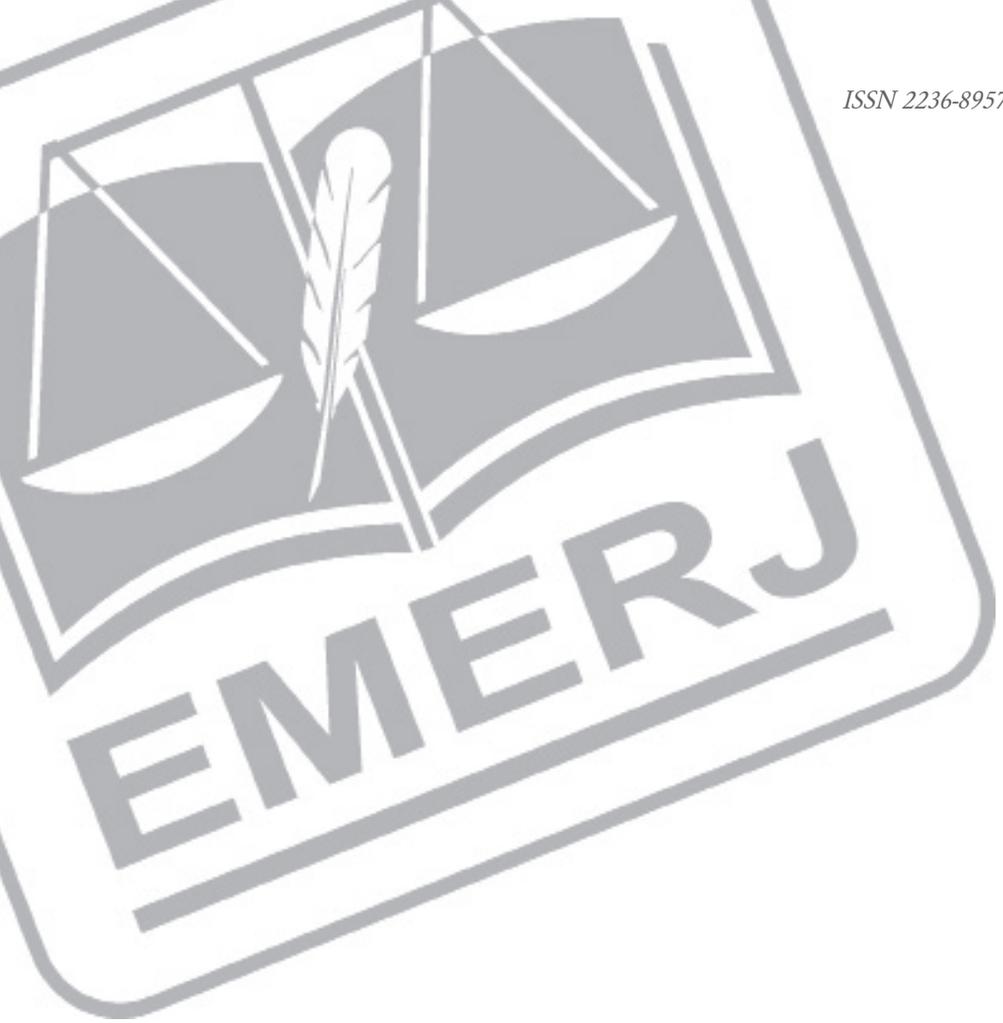
ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



*Edição em homenagem ao
Professor José Carlos Barbosa Moreira
20 anos da Revista da EMERJ*



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Janeiro/Abril
V. 20 - n. 1 - Ano 2018

Rio de Janeiro

© 2018 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

EQUIPE EDITORIAL:

Coordenador Editorial: Juiz de Direito Antônio Abi Ramia Duarte.

Conselho Editorial: Ministro do STF Luiz Fux, Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, Ministro do STJ Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Ministro do STJ Antonio Saldanha Palheiro, Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Desembargador Luiz Roberto Ayoub, Desembargador Federal Abel Fernandes Gomes, Desembargador Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Juiz de Direito Daniel Vianna Vargas, Juiz de Direito José Guilherme Vasi Werner, Juiz de Direito Rafael Estrela Nóbrega, Procurador do Estado do Rio de Janeiro Rodrigo Borges Valadão, Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Mestre Luciano Vianna Araújo.
Portaria nº 6/2018

Editores Associados: Juiz de Direito Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello, Juiz de Direito Carlos Gustavo Vianna Direito, Juíza de Direito Daniela Bandeira de Freitas, Juíza de Direito Daniela Barbosa Assumpção de Souza, Juíza de Direito Raquel Santos Pereira Chrispino, Juiz de Direito Ricardo Lafayette Campos.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
1998 -

Rio de Janeiro: EMERJ,

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

▮ PRESIDENTE

Desembargador Milton Fernandes de Souza

▮ CORREGEDOR-GERAL

Desembargador Cláudio de Mello Tavares

▮ 1º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção

▮ 2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Celso Ferreira Filho

▮ 3º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

▮ DIRETOR-GERAL

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

▮ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Mauro Dickstein

Vice-Presidente

Desembargador Claudio Luiz Braga Dell'orto

Diretor Adjunto Administrativo

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - COMAM

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC

Desembargadora Claudia Pires dos Santos Ferreira

Desembargadora Maria Isabel Paes Gonçalves

Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira

Juíza Adriana Ramos de Mello

Equipe Administrativa - EMERJ:

Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES: Elina Bussade dos Santos.

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodré.

Produção Gráfico-Editorial: Assessoria de Publicação Acadêmica - EMERJ.

Responsável: Ébano Machel do Rosario Assis

Editor: EMERJ.

Programação Visual: Rafaelle Rego Neves

Capa: Marcelo Melim

Foto: Banco de Imagens

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei, Claudio Mendonça e Sergio Silvares.

Sumário

7 | Prefácio

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

8 | Apresentação

Juiz Antonio Aurelio Abi Ramia Duarte

10 | Vocação Sucessória do Cônjuge e Regime de Bens: O Capítulo Conclusivo de uma Evolução Jurisprudencial(?)

Carlos Roberto Barbosa Moreira

22 | O Novo Código de Processo Civil   Luz das Lições de José Carlos Barbosa Moreira, um Gênio para Todos os Tempos

Luiz Fux

Rodrigo Fux

39 | Os Três Papéis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas

Luís Roberto Barroso

63 | Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira por Ocasão da sua Aposentadoria na UERJ

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

70 | Limites Objetivos da Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil

Humberto Theodoro Júnior

96 | Limites Objetivos da Coisa Julgada no Código de Processo Civil de 2015

Alexandre Freitas Câmara

109 | Coações Indiretas na Execução Pecuniária

Leonardo Greco

135 | Recorribilidade das Decisões Interlocutórias no Novo Código de Processo Civil: uma Opção Infeliz do Legislador

Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

148 | Elementos da Demanda, Correlação e Contraditório

José Roberto dos Santos Bedaque

164 | O Interesse de Agir como Pressuposto Processual

Adroaldo Furtado Fabrício

196 | O Juiz Criativo e o Precedente Vinculante – Realidades Compatíveis

Teresa Arruda Alvim

209 | A Importância do CPC para o Novo Regime de Capacidade Civil

Heloisa Helena Barboza

224 | As Súmulas 213 e 461 do STJ e a Súmula 271 do STF: O Mandado de Segurança e a Compensação Tributária

Cassio Scarpinella Bueno

240 | Breves Notas sobre Convenção das Partes e Poderes do Juiz em Matéria Probatória

Flávio Luiz Yarshell

259 | Ilegitimidade Passiva e Alteração Subjetiva no Código de Processo Civil de 2015

Luciano Vianna Araújo

282 | As Regras Sobre o Exercício da Jurisdição Brasileira no Novo Código de Processo Civil

Carmen Tiburcio

Prefácio

Neste corrente ano, nossa Revista completa 20 anos de existência. São duas décadas contando com autores de escol, que trouxeram temas dos mais variados assuntos e compartilharam seus vastos conhecimentos, contribuindo, assim, para uma atualização do mundo jurídico, que vive em constante mudança.

Vimos a Revista passar por diversas alterações, sempre acompanhando os tempos atuais, disponibilizando todos os volumes anteriores no sítio eletrônico, implantando um sistema que facilitasse o fluxo editorial, entre outras mudanças de grande relevância.

Não havia maneira mais gratificante de comemorar este aniversário do que iniciar o primeiro número deste volume com uma honrosa homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, renomado jurista brasileiro, advogado e magistrado, autor de grandes obras como “O Novo Processo Civil Brasileiro”, “Comentários ao Código de Processo Civil” e “Temas de Direito Processual Civil”.

Agradecemos, pela colaboração, aos Ilustres autores, que dedicaram seu tempo e fizeram parte desta homenagem tão emocionante, e pelo voto de confiança depositado no trabalho realizado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Agradecemos, ainda, aos Editores Associados e ao nosso Conselho Editorial, por toda a expertise compartilhada; e ao Coordenador Editorial Doutor Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, pelo trabalho realizado com tamanha maestria.

Atribuo também meu reconhecimento ao *know-how* do Centro de Pesquisas da EMERJ - CEPES, que está focado em uma melhor qualificação, para que nossa Revista esteja cada vez mais ao alcance dos mais variados leitores e para que possamos, assim, dividir o conhecimento depositado em todos os nossos volumes.

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo
Diretor-Geral da EMERJ

Apresentação

“O Professor, desde sua primeira turma, sabia o nome de todos os seus alunos. Ele dizia ser impossível uma relação afetiva entre seres inominados. Daí o esforço que ele fazia para identificar cada aluno, guardando o nome de todos nós, e até hoje, na memória e no coração.

No coração porque todos nós temos alguma coisa que fazemos de melhor. Fala-se muito no melhor lado de uma pessoa – aqueles feitos que praticamos de modo mais espontâneo, mais rico, com maior amor. Tenho absoluta certeza, sem medo de errar, de que a melhor parte do Professor José Carlos, ele a deu para os seus alunos, para as suas turmas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro” – Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Recebi a honrosa missão do nosso Diretor-Geral, Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo, a quem, desde já, agradeço o incondicional apoio e confiança, de coordenar a Revista da nossa EMERJ.

Quando pensei e expus a ideia de homenagearmos o Professor Barbosa Moreira, tive no nosso Diretor-Geral um grande incentivador, que abraçou o projeto de corpo e alma.

De igual forma, agradeço ao carinho do Professor e dileto amigo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, discípulo do Mestre Barbosa Moreira que se engajou com vigor na homenagem que agora prestamos, bem como ao Professor Carlos Roberto Barbosa Moreira, que nos permitiu editarmos uma revista dedicada ao seu amado pai.

Outrossim, agradeço ao apoio do amigo Luciano Vianna Araújo, que comigo compartilhou a elaboração deste exemplar

Ouvi uma esplêndida passagem contada por uma querida Professora da UERJ. Certo dia, durante uma aula do nosso homenageado, a luz do prédio da UERJ se apagou. Uma sala absolutamente repleta de alunos, abarrotada de alunos, na mais completa escuridão. Nenhum deles deixou a sala de aula, mesmo com o calor e escuridão! Todos ficaram para ouvir aos ensinamentos do nosso homenageado.

A luz se fez presente.

Em artigo publicado na presente, conjuntamente elaborado com seu

filho, o Ministro do STF Luiz Fux, aluno, amigo e discípulo do homenageado, diz: “Obrigado, Mestre José Carlos Barbosa Moreira! Ontem, hoje, e sempre; nos nossos corações, nas nossas memórias e na história do processo civil brasileiro. O seu legado jamais se apagará!”.

Portanto, professor cultuado por seus alunos e apaixonado pelo magistério.

Nossa Revista homenageia uma das maiores referências do Direito brasileiro, professor de reconhecimento internacional, um gênio que se dedicou a criar e estimular toda uma geração de processualistas. Não existe um único livro de processo que não mencione o Professor Barbosa Moreira, o que denota sua grandeza e importância para o Direito.

De igual forma, o Desembargador José Carlos Barbosa Moreira teve na Magistratura uma de suas mais profundas paixões, dedicando seu livro Direito Aplicado II – Pareceres “Aos Juízes brasileiros, destinatários finais deste estudo”.

Por fim, resta a carinhosa gratidão à contribuição dos queridos Professores e amigos do homenageado que, entusiasmados, colaboraram de pronto com a nossa Revista da EMERJ. Muito obrigado: CARLOS ROBERTO, PROF. e MIN. LUIZ FUX e RODRIGO FUX, PROF. E MIN BARROSO, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, HUMBERTO THEODORO, CÂMARA, PROF. GRECO, SÉRGIO RICARDO, PROF. BEDAQUE, ADROALDO FURTADO, TERESA ARRUDA ALVIM, HELOÍSA HELENA, CÁSSIO, YARSHELL, LUCIANO e CARMEN TIBÚRCIO.

Nossa revista é fruto de uma necessária homenagem; a reverência e a certeza de que o conhecimento imortalizam o homem. Aqui se faz o reconhecimento à simplicidade e doçura de um homem que conquistou a todos os seus alunos e leitores, cuja melhor definição fica a cargo de outro gênio, Leonardo da Vinci:

“Pouco conhecimento faz com que as pessoas se sintam orgulhosas. Muito conhecimento, que se sintam humildes. É assim que as espigas sem grãos erguem desdenhosamente a cabeça para o Céu, enquanto que as cheias as baixam para a terra, sua mãe”.

Juiz Antonio Aurelio Abi Ramia Duarte

Coordenador Editorial da Revista da Escola da Magistratura

Vocação Sucessória do Cônjuge e Regime de Bens: O Capítulo Conclusivo de uma Evolução Jurisprudencial (?)

Carlos Roberto Barbosa Moreira

Professor Auxiliar (concursado) da PUC/RJ.

Membro da Academia Brasileira de Direito Civil.

SUMÁRIO: 1. O problema e a primeira solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. 2. As manifestações doutrinárias subsequentes. 3. A formação de nova jurisprudência. 4. O argumento relativo à proibição de pacto sucessório. 5. O expreso reconhecimento de que a nova jurisprudência “se firmou”. O que esperar, agora? 6. Pós-escrito. 7. Bibliografia (obras citadas).

1. O PROBLEMA E A PRIMEIRA SOLUÇÃO ADOTADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O art. 1.829 do Código Civil de 2002, ao possibilitar a concorrência sucessória do cônjuge com descendentes ou com ascendentes do *de cujus*, deu margem, como é notório, a mais de uma controvérsia. Entre outras questões polêmicas, o sentido da expressão “separação obrigatória”, empregada no primeiro de seus incisos, constituiu objeto de aceso debate, sobretudo a partir de dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, proferidos no ano de 2009.¹ Em ambos, prevaleceu o entendimento de que “separação obrigatória” abrangeria, naquele contexto, tanto o regime da separação *legal* do art. 1.641, quanto o da separação *convencional* (decorrente de pacto antenupcial válido) – com a consequência relevantíssima de que, na sucessão de que ali se cuida, todo o acervo hereditário deveria ser atribuído *apenas* aos

¹ Refiro-me aos REsp's n.ºs 1.111.095-RJ (j. 01.10.2009) e 992.749-MS (j. 01.º.12.2009), decididos, respectivamente, pela 4ª e 3ª Turmas. No mais antigo desses acórdãos, a fundamentação a que se refere o texto consta do voto do Ministro Fernando Gonçalves (relator p/acórdão).

descendentes. No dizer de um daqueles julgados, “em ambas as hipóteses [a separação] é obrigatória, porquanto na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial – contrato solene – lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio de previsão legal”.²

Naturalmente, esses pronunciamentos tiveram impacto sobre a jurisprudência de tribunais locais: assim, por exemplo, em acórdão de 2012, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro seguiu a orientação do Superior e prestigiou a “interpretação sistemática” proposta naqueles precedentes.³ Na oportunidade, a Corte fluminense entendeu que a expressão controversa “abarca duas espécies de separação, a legal e a convencional, excluindo-se o cônjuge supérstite da sucessão do *de cuius*, quando há concorrência com descendentes”. Em relação ao tema, a influência daqueles precedentes oriundos de Brasília se tornou perceptível em mais de um tribunal,⁴ e mesmo em datas bem mais próximas.⁵

2. AS MANIFESTAÇÕES DOUTRINÁRIAS SUBSEQUENTES.

Os acórdãos do Superior, se inevitavelmente repercutiram na jurisprudência, não chegaram, porém, a constituir um grande sucesso de crítica. Aliás, já no voto condutor do REsp. nº 992.749-MS, a eminente Ministra Relatora ressaltava a “doutrina predominante, (...) no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro concorrente”.

Na qualidade de atualizador do último volume das *Instituições de Direito Civil* do saudoso Caio Mário da Silva Pereira, sempre defendi a tese de que, no regime da separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do *de cuius*.⁶ Considerada, porém, a inegável

² Voto da Ministra Nancy Andrichi no REsp. nº 992.749-MS.

³ TJRJ, 20ª Câmara Cível, apelação cível nº 0010087-44.2006.8.19.0052, Rel. Des. Inês Trindade, j. 19.09.2012. Em igual sentido, na jurisprudência da Corte: TJRJ, 18ª Câmara Cível, agravo de instrumento nº 0051574-77.2011.8.19.0000, Rel. Des. Célia Meliga (decisão monocrática), j. 09.02.2012; TJRJ, 4ª Câmara Cível, agravo de instrumento nº 0057663-53.2010.8.19.0000, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, j. 27.04.2011.

⁴ TJRS, 8ª Câmara Cível, agravo de instrumento nº 0195882-36.2013.8.21.7000, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 29.08.2013; TJMG, 5ª Câmara Cível, apelação cível nº 2550619-11.2012.8.13.0024, Rel. Des. Versiani Penna, j. 14.10.2014; TJMG, 8ª Câmara Cível, agravo de instrumento nº 0533009-39.2012.8.13.0000, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 23.06.2013.

⁵ TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, agravo de instrumento nº 2024907-83.2015.8.26.0000, Rel. Des. Mary Grün, j. 14.10.2015; TJRJ, 18ª Câmara Cível, agravo de instrumento nº 0022348-85.2015.8.19.0000, Rel. Des. Maurício Caldas Lopes (decisão monocrática), j. 02.06.2015; TJRJ, 12ª Câmara Cível, apelação cível nº 0005717-08.2007.8.19.0207, Rel. Des. Cherubin Elcias Schwartz (decisão monocrática), j. 16.04.2015. Trata-se de pronunciamentos que nem de longe refletem a mudança de rumo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, iniciada e consolidada nos últimos meses de 2014.

⁶ Na 15ª edição da obra, de 2004 (a primeira que se seguiu à entrada em vigor do Código Civil de 2002), minha opinião encontrava-se claramente manifestada nas pp. 148-149.

relevância do tema e, em especial, do precedente da 3ª Turma, passei a mencioná-lo,⁷ sem, no entanto, abdicar de minha opinião, exposta em edições anteriores. E não me pareceu ousadia excessiva qualificá-lo como “infeliz”.

Críticas se sucederam. Houve quem afirmasse que o acórdão era “surpreendente”⁸ e gerador de uma “incerteza categórica”⁹, pois teria ignorado “todo o tratamento doutrinário referente às categorias da separação legal e da separação convencional de bens”;¹⁰ houve quem nele enxergasse “uma completa confusão”;¹¹ houve quem sustentasse que “confundir (...) a separação obrigatória (...) com a separação convencional é subverter por completo a lógica do sistema”;¹² houve quem alvitrasse que o julgado “deverá ficar sozinho”;¹³ e não faltaram outras manifestações, analíticas ou sintéticas, de desacordo com as conclusões do Superior.¹⁴

Na trincheira oposta, vozes muito respeitáveis sustentaram que o acórdão teria promovido “a superação da contradição intersistemática a partir da assimilação da existência de erro do legislador e da consequente contradição sistemática e axiológica”; e que a interpretação nele acolhida resolveria uma “antinomia” entre regras do Livro do Direito de Família e outras inseridas no Livro do Direito das Sucessões, com a consequente preservação da “unidade lógica” do sistema.¹⁵ Mas não se dissimulou o fato de que apenas se lograria alcançar a conclusão do julgado mediante a “superação da letra do art. 1.829 do Código Civil”, de modo a dar “prevalência

7 Nota de rodapé (nº 25) inserida na p. 132 da 18ª edição da obra (de 2011) e mantida nas posteriores. Em estudo mais recente, em que procurei apontar algumas das imprecisões do acórdão, escrevi que a classificação nele proposta – separação “obrigatória” como *gênero*, dos quais seriam *espécies* a separação convencional e a separação do art. 1.641 – constitui “certamente uma das construções mais ousadas já lidas em decisões da Corte” (CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA, “Regime de bens e sucessão”, in *Revista do Ministério Público*, nº 56, p. 55).

8 FLÁVIO TARTUCE, *Manual de Direito Civil*, p. 1.310; Id., *Direito Civil*, v. 6, p. 184.

9 FLÁVIO TARTUCE, *Manual de Direito Civil*, p. 1.310.

10 FLÁVIO TARTUCE, *Direito Civil*, v. 6, p. 187.

11 SALOMÃO DE ARAÚJO CATEB, *Direito das Sucessões*, p. 114.

12 PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO, *Novo Curso de Direito Civil*, v. 7, p. 223. Embora críticos ao argumento central do voto da Ministra Relatora, os autores manifestam “a bela intenção do julgado, que pretende contornar o absurdo legislativo de se permitir concorrência sucessória em favor de quem, ao logo de toda uma vida, optou por uma completa separação patrimonial” (ob. cit., p. 224). Mas essa “completa separação patrimonial” (como qualquer outro regime de bens) *cessa* com a morte (Código Civil, arts. 1.571 e 1.576); e não surge, a partir daí, uma “comunhão patrimonial *post mortem*”, ao contrário do que asseveram esses ilustres civilistas (ob. cit., p. 225), já que, na posterior partilha, nada será atribuído ao cônjuge a título de *meação*.

13 ZENO VELOSO, *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*, p. 72 (na impossibilidade de consulta direta à obra, reproduzo a citação constante do voto vencedor do Ministro João Otávio de Noronha no REsp. nº 1.430.763-SP).

14 ANA LUIZA MAIA NEVARES, *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional*, pp. 98-105; LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO, *Direito das Sucessões*, pp. 346 e ss.

15 KARIME COSTALUNGA, “O cônjuge sobrevivente e seu direito à herança: uma interpretação da disciplina orientada pela Constituição e pelo Código Civil”, in *Modelos de Direito Civil*, pp. 573 e 591. Veja-se, no mesmo volume, o prefácio de JUDITH MARTINS-COSTA à dissertação de Mestrado de KARIME COSTALUNGA (*Direito de herança e separação de bens: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil*), pp. 565-571.

ao seu *espírito*¹⁶ – isto é, à ideia de que a separação patrimonial em vida não poderia converter-se em “comunhão patrimonial *post mortem*”, porque “diversos os efeitos buscados pelo ato de autonomia do casal”.¹⁷ Ou, nas palavras da própria Ministra Relatora: o regime de bens “obriga as partes na vida e na morte”.¹⁸

Interessante registrar, neste passo, uma observação muito arguta de Francisco José Cahali.¹⁹ Embora refratário, em tese, à concorrência entre cônjuge e descendentes no regime da separação convencional, afirma ele que a premissa do acórdão “autorizará, também, a exclusão do direito sucessório quanto aos bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens”. Sem dúvida: se a supressão de recíprocos direitos hereditários devesse ser vista como um dos “efeitos buscados pelo ato de autonomia do casal” (isto é, pela livre escolha do regime de bens), então, quando os nubentes optassem pelo regime supletivo, seria lógico concluir que um daqueles efeitos residiria na transmissão dos bens *particulares* de cada um (*v.g.*, os anteriores ao casamento) exclusivamente *a seus próprios parentes*, segundo a ordem de vocação hereditária: trata-se de um desdobramento inevitável da ideia segundo a qual o regime de bens “obriga as partes na vida e na morte”, com a exclusão de quaisquer direitos sucessórios sobre patrimônio que, em vida, não se comunicara ao viúvo ou à viúva. Mas a negação de direitos sucessórios do cônjuge, na comunhão *parcial*, sobre os bens particulares do *de cujus* seria incompatível com o texto do art. 1.829,²⁰ quer na hipótese de concorrência com descendentes, quer nas subseqüentes (em relação às quais sempre se reconheceu, de maneira quase unânime,²¹ a *irrelevância* do regime de bens).

16 KARIME COSTALUNGA, ob. cit., pp. 590 e 591, respectivamente.

17 JUDITH MARTINS-COSTA, ob. cit., p. 570.

18 Essa suposta obrigatoriedade do regime de bens “na vida e na morte” é uma das premissas do voto do Ministro Luiz Felipe Salomão, que compôs a maioria no anterior julgamento do REsp. n.º 1.111.095-RJ. Segundo ele, “a dissolução do casamento pela morte de um dos cônjuges não autoriza que a partilha de bens particulares seja realizada por forma diversa da admitida pelo regime de bens a que submetido o casamento (...)”.

19 FRANCISCO JOSÉ CAHALI E GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *Direito das Sucessões*, p. 195. A incoerência apontada por Cahali foi também ressaltada, no Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao votar, como Relator, no REsp. n.º 1.472.945-RJ: “Ademais, seria de todo incoerente assegurar ao cônjuge casado pela comunhão parcial cota na herança de bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo *de cujus*, e não conferir o mesmo direito ao casado pela separação convencional. Afinal, quando se casa pela comunhão parcial, o intuito é justamente evitar a comunicação dos bens adquiridos anteriormente ao casamento. Observa-se, contudo, que, apesar dessa opção dos nubentes, no momento da sucessão, o viúvo terá, à luz da legislação, participação hereditária no acervo particular”.

20 É a conclusão a que chegou a 2ª Seção, ao encerrar (em 22.04.2015) o julgamento do REsp. n.º 1.368.123-SP, Rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo. O voto (vencedor) do Relator originário, Ministro Sidnei Beneti, assim como o voto do Ministro Raul Araújo expressam (a meu ver, acertadamente) uma inequívoca rejeição à premissa de que a escolha do regime de bens do casamento possa “ser encarada como um ato precipuamente voltado à regulação de situações patrimoniais sucessórias” (excerto do primeiro).

21 A única manifestação em sentido contrário, de que tenho notícia, é a de KARIME COSTALUNGA, ob. cit., p. 588,

Como bem observou o Professor Cahali, nem todos os que “festejaram aqueles precedentes” se advertiram das consequências de suas premissas...

3. A FORMAÇÃO DE NOVA JURISPRUDÊNCIA.

Alguns julgamentos ocorridos no segundo semestre de 2014 e no início de 2015 subverteram a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.²² O Ministro João Otávio de Noronha, que, na 4ª Turma, fora voto vencido num dos precedentes de 2009,²³ desempenhou papel destacado na construção e consolidação do novo entendimento: foi dele o primeiro voto divergente, no âmbito da 3ª Turma, no REsp. nº 1.346.324-SP e, na 2ª Seção, foi dele o primeiro voto divergente no REsp. nº 1.382.170-SP, tendo assumido, em ambos os casos, a redação do acórdão majoritário.

Os acórdãos e votos que formaram a expressiva maioria, em cada uma daquelas oportunidades, reconheceram que, no sistema do vigente Código Civil, o cônjuge é, *sempre*, herdeiro necessário, “qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal”;²⁴ que a separação obrigatória, mencionada no art. 1.829, nº I, é apenas aquela de que trata o art. 1.641; que os casos em que o cônjuge não concorre com descendentes devem ser interpretados restritivamente, por se cuidar de *exceções*, não sendo lícito ao intérprete “restringir onde a lei não excepcionou”;²⁵ que o pacto antenupcial não produz efeitos

nota nº 75 (onde a autora, ao menos *de lege ferenda*, critica a “invasão à esfera privada” que o Código Civil teria promovido, no art. 1.829, nº I, e que “só tende a repetir-se” na hipótese do nº II). A irrelevância do regime de bens, nas hipóteses dos nºs II e III do art. 1.829, é reconhecida por vários civilistas: MARIA BERENICE DIAS, *Manual das Sucessões*, p. 171; GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *Comentários ao Código Civil*, v. 20, pp. 220 e 238-239; FRANCISCO JOSÉ CAHALI, *Direito das Sucessões*, p. 202; FLÁVIO TARTUCE, *Direito Civil*, vol. 6, pp. 217 e 220; ZENO VELOSO, *Direito Sucessório dos Cônjuges*, p. 38; LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO, *Direito das Sucessões*, pp. 335 e 384; SALOMÃO CATEB, *Direito das Sucessões*, pp. 111 e 113. Ao votar, como Relator, no REsp. nº 954.567-PE (j. 10.05.2011), o Ministro Massami Uyeda observou que “em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge ao regime de bens adotado no casamento, ao contrário do que fora disposto no inciso I do art. 1.829 do Código Civil (...)”. Em voto-vista, a Ministra Nancy Andrighi repetiu o argumento.

22 REsp. nº 1.346.324-SP, 3ª Turma, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 19.08.2014; REsp. nº 1.430.763-SP, 3ª Turma, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 13.11.2014; REsp. nº 1.472.945-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.10.2014; REsp. nº 1.382.170-SP, 2ª Seção, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 22.04.2015.

23 REsp. nº 1.111.095-RJ. Leia-se o trecho relevante: “Importa destacar que, se a lei fez algumas ressalvas quanto ao direito de herdar em razão do regime de casamento ser o da comunhão universal ou parcial, ou de separação obrigatória, não fez nenhuma quando o regime escolhido for o de separação de bens não obrigatório, até porque o cônjuge casado sob tal regime, bem como sob comunhão parcial na qual não haja bens comuns, é exatamente aquele que a lei buscou proteger, pois, em tese, ficaria sem quaisquer bens, sem amparo, já que, segundo a regra anterior, além de não herdar, (em razão da presença de descendentes) ainda não haveria bens a partilhar”. Concluiu o Ministro Noronha que, na hipótese ali examinada, a viúva, com o advento do Código Civil de 2002, “passou à categoria de herdeira necessária, mesmo diante do pacto antenupcial de regime de separação de bens” (destaquei).

24 Ementas dos REsp's nºs 1.346.324-SP, 1.430.763-SP e 1.382.170-SP (item nº 1).

25 Ementa do REsp. nº 1.472.945-RJ (item nº 7).

após a morte, não tendo o regime de bens “eficácia póstuma”;²⁶ que a eleição do regime da separação de bens, quando admitida, não faz presumir o desejo dos nubentes de recíproca exclusão na herança, já que a opção pode inspirar-se preponderantemente em outras razões de ordem prática, que não a de impedir a formação de patrimônio comum;²⁷ que inibir a concorrência, na hipótese, seria condenar o cônjuge sobrevivente a ficar “desprotegido justamente na viuvez”;²⁸ “sem quaisquer bens, sem amparo”;²⁹ já que inexistente o direito à meação (excluído em função do próprio regime).

4. O ARGUMENTO RELATIVO À PROIBIÇÃO DE PACTO SUCESSÓRIO.

Merece exame mais detido o argumento, presente no voto condutor do REsp. nº 1.472.945-RJ,³⁰ segundo o qual o pacto de adoção do regime da separação de bens não poderia incluir cláusula sobre futura sucessão dos nubentes, porque vedada pelo art. 426 do Código Civil.

O dispositivo repete a fórmula do art. 1.089 do anterior Código: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. Há quem rejeite a incidência da regra na hipótese de recíproca renúncia a direitos sucessórios, inserida em pacto antenupcial: a proibição se restringiria à atribuição de tais direitos “em favor de terceiros”.³¹ Por esse raciocínio, cada um dos nubentes, em pacto antenupcial, poderia validamente renunciar à herança do outro.

A questão já constituiu objeto de manifestação do Superior Tribunal de Justiça. Em acórdão de 2011, a 3ª Turma reputou nula a cláusula de recíproca renúncia a direitos sucessórios entre cônjuges, inserida em pacto antenupcial de eleição do regime da participação final nos aquestos.³² Curiosamente, nem o voto do Ministro Relator, nem o voto-vista da Ministra Nancy Andrighi invocaram o art. 426, preferindo recorrer ao art. 1.655, que declara nula, no todo ou em parte, a convenção antenupcial “que contravenha disposição absoluta de lei”. O voto condutor do julgado parece identificar essa “disposição

²⁶ Ementa do REsp. nº 1.472.945-RJ (item nº 3).

²⁷ Veja-se o voto-vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no REsp. nº 1.430.763-SP e seu voto (como Relator) no REsp. nº 1.472.945-RJ.

²⁸ Voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator) no REsp. nº 1.472.945-RJ

²⁹ Expressão constante do voto-vista (convertido em acórdão majoritário) do Ministro João Otávio de Noronha no REsp. nº 1.430.763-SP, já anteriormente empregada em seu voto vencido no REsp. nº 1.111.095-RJ (cf., *supra*, nota nº 23).

³⁰ O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva já se valera do argumento no voto-vista proferido (em 19.08.2014) no julgamento do REsp. nº 1.430.763-SP.

³¹ FRANCISCO JOSÉ CAHALI E GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, ob. cit., p. 195.

³² REsp. nº 954.567-PE, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 10.05.2011.

absoluta de lei” nos arts. 1.829, nº II (a concorrência, na espécie, se daria com ascendente do *de cuius*) e 1.845 (não expressamente citado, mas cuja norma é ali claramente invocada). Teria chegado à idêntica conclusão se se tivesse baseado no art. 426 – também ele, evidentemente, uma “disposição absoluta”.³³

A proibição de pactos sucessórios, tal como formulada no direito brasileiro, abrange *todo e qualquer* contrato sobre herança futura,³⁴ quer se trate de manifestação de vontade para instituir herdeiro ou legatário, quer se trate de ato de disposição de herança futura ou, por fim, *de renúncia a uma sucessão não aberta*. Mas a vedação não abarca apenas *contratos*. Na vigência do Código de 1916 (cujo art. 1.089, como se registrou, revive intacto no art. 426 do Código atual), a melhor doutrina se orientava no sentido de que “[a] regra jurídica, a despeito dos dois termos empregados ‘contrato’ e ‘herança’, tem de ser entendida como se estivesse escrito: ‘Não pode ser objeto de negócio jurídico unilateral, bilateral ou plurilateral a herança ou qualquer elemento da herança de pessoa viva’. *Não importa quem seja o outorgante* (o *de cuius* ou o provável herdeiro ou legatário), *nem quem seja o outorgado* (cônjuge, provável herdeiro ou legatário, ou terceiro)”.³⁵ Não há razões ponderáveis para abandonar semelhante entendimento, tendo em vista a identidade dos dispositivos em análise.

Uma rápida pesquisa de direito comparado robustece o argumento invocado no voto condutor do acórdão no REsp. nº 1.472.945-RJ.

Na Itália, onde vigora, também em termos bastante amplos, a proibição aos pactos sucessórios (art. 458 do *Codice civile*),³⁶ os autores esclarecem que ela abrange tanto a renúncia estipulada *com o próprio sujeito de cuja herança se trata*, quanto aquela convencionalizada com terceiros, eventualmente favorecidos pelo ato abdicativo.³⁷

No direito francês, tornou-se necessária a alteração, em 1975, do art. 301 do *Code Napoléon* para que, por exceção, se passasse a admitir a re-

33 Logo após afirmar que “nem mesmo nas convenções antenuciais se pode estipular sobre a sucessão recíproca dos contraentes, porque o Código Civil [de 1916] declara *não escrita a convenção, ou a cláusula que contravenha disposição absoluta de lei*”, ITABAIANA DE OLIVEIRA acrescentava: “e este contrato ou pacto é uma das proibições absolutas” (*Tratado de Direito das Sucessões*, v. I, nº 57, pp. 72-73, destaques no original).

34 CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 849, p. 280.

35 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXXVIII, § 4.208, nº 2, p. 127, com destaques meus.

36 Em sua redação atual, fruto de uma lei de 2006, o art. 458 ressalva o chamado “*patto di famiglia*” (de que agora cuidam os arts. 768-*bis* e ss.), “figura contratual muito complexa” (CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, p. 102), a qual, no contexto deste trabalho, nenhuma relevância tem, por se tratar de negócio jurídico (*inter vivos*) pelo qual um empresário ou titular de participações societárias transfere seu estabelecimento ou suas “quotas” a um ou mais *descendentes*, com reflexos na futura sucessão do primeiro. Como reconhece a doutrina, “*a tutt’oggi, al di fuori dela materia specificamente disciplinata dagli artt. 768-bis e ss., il divieto dei patti [successori] dispositivi e di quelli rinunciativi riprende appieno tutto il suo vigore*” (CALOGERO, *ob. cit.*, p. 105).

37 CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, p. 165; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t.I, pp. 29-30. Segundo FERRI, “[n]a rinuncia compiuta prima dell’apertura dela successione è nulla per il divieto dei patti successori, che si estende anche (...) alle rinunce” (*Disposizioni generali sulle successioni*, com. ao art. 519, p. 75).

núncia sucessória entre cônjuges, mediante cláusula inserida em acordo de separação de corpos.³⁸ Na versão original do Código, a proibição aos pactos sucessórios constituía “um dos bastiões da ordem pública sucessória”;³⁹ e, embora o princípio tenha sido sensivelmente atenuado, ao longo do século passado, a hipótese antes descrita ainda é a única em que se tolera a antecipada renúncia à herança do cônjuge – justificável, naquele sistema, pelo fato de a simples separação *de corpos*, requerida consensualmente e deferida, não suprimir direitos sucessórios entre marido e mulher.⁴⁰

Já em Portugal, a proibição é mitigada, admitindo-se, em alguns poucos casos, o pacto sucessório mediante convenção antenupcial: podem os nubentes *nomear* (ou *ser nomeados*) herdeiros ou legatários, mas não renunciar à herança do futuro cônjuge (arts. 1.699^o, n^o 1, letra *a*, e 1.700, n^o 1).⁴¹ Por isso, um eminente mestre português, ao examinar possíveis repercussões do pacto antenupcial na sucessão, enfatiza que “o facto de os cônjuges terem estabelecido o regime de separação de bens como regime matrimonial apenas vale para a vida, pois é esse o sentido próprio do regime matrimonial de bens, a questão sucessória constitui um outro problema, com fundamentos e objectivos diferentes. Até porque, como princípio geral, ninguém, em vida, pode *por contrato* renunciar à herança de uma pessoa viva ou dispor de sua própria sucessão (art. 2.028^o). Caso contrário, haveria um pacto contratual, uma forma de sucessão contratual proibida pela nossa lei e pelos bons costumes”.⁴² A lição certamente cai como uma luva no direito brasileiro.

5. O EXPRESSO RECONHECIMENTO DE QUE A NOVA JURISPRUDÊNCIA “SE FIRMOU”. O QUE ESPERAR, AGORA?

Em julgamento mais recente,⁴³ ocorrido em 24.06.2015, a 2^a Seção do Superior Tribunal de Justiça ratificou decisão monocrática pela qual o Ministro Antonio Carlos Ferreira indeferira, liminarmente, embargos de divergência, baseados na alegação de dissídio entre a tese acolhida pela 3^a Turma e aquela

38 LEROYER, *Droit des successions*, n^o 307, p. 235

39 LEROYER, *Droit des successions*, n^o 302, p. 232.

40 LEROYER, *Droit des successions*, n^o 109, pp. 99-100; FORGEARD, CRÔNE e GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités*, p. 13.

41 Como explica OLIVEIRA ASCENSÃO, “(...) os pactos sucessórios *renunciativos* e dispositivos são figuras meramente teóricas, porque estão pactos proibidos no direito português. Todos os pactos sucessórios entre nós admissíveis são pactos *designativos*” (*Direito Civil: Sucessões*, n^o 55, p. 94, destaque).

42 CAPELO DE SOUZA, “Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente”, p. 1.322 (destacado no texto original, cuja grafia foi preservada).

43 AgRg EREsp. n^o 1.472.945-RJ.

antes prestigiada pela 4^o Turma, no citado REsp. nº 1.111.095-RJ.⁴⁴ O acórdão foi unânime, revelando a adesão à corrente majoritária de um dos Ministros (Moura Ribeiro) que, em anterior julgado sobre a mesma questão, ficara vencido.

A decisão do Ministro Relator e o posterior acórdão que a endossou invocaram o verbete nº 168 da *Súmula* do Tribunal: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”. Ou seja: os Ministros da 2^a Seção reconheceram, categoricamente, que sua jurisprudência “se firmou” (como diz o verbete) ou “está sedimentada” (como afirma a ementa do acórdão) no sentido de que, na hipótese do art. 1.829, nº I, do Código Civil, o cônjuge, que foi casado pelo regime da separação *convencional* de bens, concorre com os descendentes do *de cujus*.

O que se deve esperar daquela proclamação? Fundamentalmente, que o Superior Tribunal de Justiça cumpra sua função constitucional e se mantenha fiel à própria jurisprudência “sedimentada”⁴⁵ – ao menos, por óbvio, enquanto os textos legais, de que aqueles acórdãos se ocuparam, permanecerem *inalterados*. Muitos estudiosos brasileiros têm criticado, com razão, oscilações jurisprudenciais abruptas, sobretudo nos Tribunais Superiores; como se expressou um eminente processualista, “a continuidade da jurisprudência dos tribunais é um fator importante para a criação das expectativas, e então deve haver uma medida de constância na jurisprudência, não podendo ser alterada sempre e por qualquer motivo”.⁴⁶ Em relação ao próprio Superior Tribunal de Justiça, já tive a oportunidade de afirmar (e espero tê-lo demonstrado adequadamente) que, em alguns momentos de sua história, acórdãos e votos se valeram, de maneira um tanto irrefletida, de adjetivos como “uníssono”, “pacífico” ou “firme”, embora as questões neles abordadas inspirassem pronunciamentos dissonantes, mesmo após decisões da Corte Especial, proferidas em julgamentos de embargos de divergência.⁴⁷ O novo Código de Processo Civil, como

44 Cf., *supra*, nota nº 1.

45 Após o julgamento da 2^a Seção, outros acórdãos seguiram-lhe os passos: AgRg REsp. nº 1.334.340-MG, 3^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.09.2015; REsp. nº 1.294.404-RS, 3^a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bóas Cueva, j. 20.10.2015.

46 ANTONIO DO PASSO CABRAL, “A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no Direito Processual”, in *Revista do Ministério Público*, nº 56, p. 23. Veja-se, também, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELLOS e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, “Jurisprudência oscilante no STJ – Ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais”, in *O Papel da Jurisprudência no STJ*, pp. 223 e ss., trabalho no qual seus ilustres autores registram e criticam as “viradas” jurisprudenciais: “brusca e inesperadamente, a jurisprudência dos tribunais superiores muito frequentemente dá grandes ‘guinadas’, passando do preto para o branco e de zero a cem, em um segundo” (p. 227).

47 CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA, “Ação rescisória por violação a ‘literal disposição de lei’: impropriedade do pedido de rescisão e recurso especial (sobre a evolução da jurisprudência do STJ)”, in *Revista do Ministério Público*, nº 51, pp. 23-24.

é sabido, procura reforçar a vinculação dos órgãos jurisdicionais à jurisprudência consolidada, atribuindo aos tribunais a missão de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926). No caso da matéria aqui versada, ainda que o entendimento hoje dominante não venha a constituir, no futuro, objeto de enunciado da *Súmula*, deve o Superior prestigiá-lo, não apenas em atenção àquela regra, mas, sobretudo, porque são muito convincentes os argumentos que o embasam.

6. PÓS-ESCRITO.

Este trabalho já se encontrava encerrado quando tive minha atenção despertada para o julgamento (concluído, pela 3ª Turma, em 19.09.2017) do AgRg AREsp. nº 187.515-RS. O acórdão, tomado *por maioria*, proclamou que, “no regime da separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente possui a qualidade de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido. A concorrência somente fica obstada quando se tratar de regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil”. A Turma seguiu, pois, a orientação vitoriosa desde o ano de 2014 (*supra*, nº 3) e declarada “sedimentada” em 2015 (*supra*, nº 5).

Surpreende, todavia, que, passado mais de um biênio do mencionado acórdão da 2ª Seção, ainda se registrem manifestações discrepantes de uma jurisprudência que (a tomar como adequada a invocação do verbete nº 168 da *Súmula*) já “se firmou” no mesmo sentido do acórdão majoritário. Por apenas um voto de diferença, foram preservadas, naquele caso, a *coerência* e a *integridade* da jurisprudência do Superior. Mas o placar apertado suscita a dúvida: até quando? ❖

7. BIBLIOGRAFIA (OBRAS CITADAS)

CABRAL, Antônio do Passo. “A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no Direito Processual”. In: *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2015, nº 56, pp. 19-43.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014.

CALOGERO, Mario. *Disposizioni generali sulle successioni*. In: SCHLESINGER, Piero; BUSNELLI, Francesco D. *Il Codice Civile: Commentario* (art. 456-461). Milão: Giuffrè, 2006.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. “Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente”. In: *O Direito das Sucessões: Do Direito Romano ao Direito Actual*”. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra, 2006.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRI, Luigi. *Disposizioni generali sulle successioni*. In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe. *Commentario del Codice Civile* (art. 512-535). 1ª ed. (rist.). Bolonha: Zanichelli; Roma: *Il Foro Italiano*, 1982.

FORGEARD, Marie-Cécile; CRÔNE, Richard; GELOT, Bertrand. *Le nouveau droit des successions et des libéralités*. Paris: Defrénois, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 7.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I.

LEROYER, Anne-Marie. *Droit des successions*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio a COSTALUNGA, Karime. *Direito de herança e separação de bens: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 4ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1958, v. II.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. “Ação rescisória por violação a ‘literal disposição de lei’: im procedência do pedido de rescisão e recurso especial (sobre a evolução da jurisprudência do STJ)”. In: *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2014, nº 51, pp. 15-25.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. “Regime de bens e sucessão”. In: *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2015, nº 56, pp. 45-62.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Civil: Sucessões*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. VI.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. VI.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. XXXVIII.

TARTUCE, Flávio. *Direito das Sucessões*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2015, v. 6.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013.

VELOSO, Zeno. *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELOSO, Zeno. *Direito Sucessório dos Cônjuges*. Belém: Associação dos Notários e Registradores do Pará, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELLOS, Rita de Cássia Corrêa de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Jurisprudência oscilante no STJ – Ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais”. In: GALLOTTI, Isabel *et alii* (orgs). *O Papel da Jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014.

O Novo Código de Processo Civil à Luz das Lições de José Carlos Barbosa Moreira, um Gênio para Todos os Tempos

Luiz Fux

Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF.

Rodrigo Fux

Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogado.

“Tem-se acusado notável crescimento, nos últimos tempos, entre os juristas da chamada família ‘romano-germânica’, o interesse pelos ordenamentos anglo-saxônicos. O fenômeno, em si, merece irrestritos louvores, independentemente do fato de que suas razões, em boa parte, guardam evidéntissima relação com a conjuntura político-econômica de hoje. Como é natural, ele vem-se estendendo ao campo do processo, onde não raro se exterioriza em sugestões de reforma. (...) Não falta quem deposite na absorção de elementos característicos daquela outra família uma grande esperança de imprimir maior eficácia ao funcionamento da máquina judiciária e, em termos genéricos, à atividade de composição de litígios”¹.

Essas lições, caro leitor, não foram extraídas da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, mas sim das digressões do eminente

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*. *Revista de Processo*, vol. 92, 1998, pp. 87-104.

professor e processualista José Carlos Barbosa Moreira, pontificadas há duas décadas², na mais límpida demonstração de sua genialidade científica e de seu notável pensamento de vanguarda.

À época, o saudoso Professor Barbosa Moreira já antevia que a cautelosa simbiose entre as múltiplas perspectivas do processo (“privatistas” e “publicísticas”; de origem da *common law* e da *civil law*) poderia catalisar o desenvolvimento de soluções para os “problemas que afligiam a Justiça Civil – sobretudo o da excessiva duração dos pleitos, permanentemente em evidência nas preocupações gerais”³. Sob a ótica de Barbosa Moreira, a miscigenação entre as famílias romano-germânicas e anglo-saxônicas, em suas diversas configurações, poderia servir ao propósito maior do processo, que é o resultado justo do litígio com a respectiva pacificação social, preferencialmente com dispêndio mínimo de tempo e energia⁴.

É cediço que a evolução histórica das sociedades romano-germânicas e anglo-saxônicas, e de seus sistemas jurídicos distintos (respectivamente, *civil law* e *common law*), consolidou uma visão científica vertida essencialmente à contraposição entre preponderância do interesse público e autonomia privada no Direito Processual⁵, ou seja, “Publicismo” versus “Privatismo”.

Nesse mesmo segmento, assenta Michele Taruffo, “não parecer que os ordenamentos processuais da *civil law* convergem para a solução consistente em confiar ao juiz a tarefa de dirigir ativamente o processo para o alcance de soluções rápidas, eficientes e justas das controvérsias civis”. Por outro lado, explicita o jurista italiano que os países da *common law*, em regra, adotam uma concepção “privatista de justiça civil, segundo a qual as partes deveriam ser livres para se comportarem como considerassem mais pertinente, estando dotadas de um poder essencialmente monopolístico sobre as iniciativas processuais”⁶.

² Mais precisamente no ano de 1998.

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Correntes e Contracorrentes no Processo Civil contemporâneo*. Revista de Processo, vol. 116, 2004, p. 313.

⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *El Neoprivatismo en el Proceso Civil*. In: *Proceso Civil e Ideología: um prejuízo, uma sentença, dos cartas y quince ensayos*, Juan Montero Aroca (Coord.), Valência: Ed. Tirant lo Blanch, 2006, pp. 199-214.

⁵ “Convém principiar pela contraposição que se costuma estabelecer entre os ordenamentos anglo-saxônicos e os da família romano-germânica, no que respeita aos papéis desempenhados pelo órgão judicial, de um lado, e pelas partes, de outro, em aspectos importantes do funcionamento do mecanismo processual. Os expositores do direito inglês e norte-americano soam caracterizá-lo pela primazia reconhecida às partes não só na iniciativa de instaurar o processo e de fixar-lhe o objeto - traço comum à generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais -, senão também na determinação da marcha do feito (e do respectivo ritmo) em suas etapas iniciais, e na colheita das provas em que se há de fundar o julgamento da causa. Para designar tal modelo, emprega-se correntemente a expressão ‘adversarial system’ (ou ‘adversarial process’), e por oposição a ele qualifica-se de ‘inquisitorial’ o modelo adotado na Europa continental e no resto do mundo sujeito à sua influência, onde as mencionadas atividades ficariam de preferência confiadas ao juiz”. (*Ibid.*, p. 89).

⁶ TARUFFO, Michele. *Los Sistemas Judiciales en las Tradiciones de Civil Law e de Common Law*. In: *Páginas sobre Justicia Civil – Proceso y Derecho*. Tradução por Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 90.

Essa perspectiva fecundada em notáveis obras doutrinárias – no Brasil, pelos aclamados José Carlos Barbosa Moreira e Leonardo Greco; na Espanha e Itália, por Juan Montero Aroca⁷, Franco Cipriani, Joan Picó i Junoy e Girolamo Monteleone –, sempre buscou compreender os limites da atuação dos “personagens do processo”⁸, delimitar as funções dos órgãos judiciais ao longo do *iter* processual e vaticinar a (in)existência de traços autoritários na outorga reforçada de poderes aos magistrados.

Os juristas denominados *publicistas* de aqui e alhures (e.g., José Carlos Barbosa Moreira, Giovanni Verde, Joan Picó i Junoy, dentre outros) afirmam que o processo não pertence às partes. O Estado-Juiz, titular da função jurisdicional, vale-se da atividade processual como mecanismo de pacificação social e solução justa de litígios. À luz da concepção publicística, os mecanismos destinados à marcha regular do processo seriam característicos do juiz, resultando em um cenário de tutela paternalista do Estado regido pela prevalência do interesse público, pela oralidade e pelo ativismo judicial em matéria probatória.

Por sua vez, os *privatistas*, a exemplo dos ilustres Juan Montero Aroca e Franco Cipriani, sustentam a primazia da autonomia da vontade das partes em relação à atividade de condução e de instrução probatória. Os cognominados “*revisionistas*”, entreviam no fortalecimento de iniciativas do juiz no curso do processo⁹ traços autoritários do ordenamento jurídico-processual e subordinação inaceitável das partes aos poderes do magistrado¹⁰.

No Brasil, a evolução cultural e ideológica da teoria processual relacionou-se não só com a influência doutrinária europeia, bem como com a trajetória política do século XX, resultando em um processo de codificação reconhecidamente publicista¹¹ do Código de Processo Civil de 1939.

7 AROCA, Juan Montero. *Proceso Civil e Ideología: um prefácio, uma sentença, dos cartas y quinze ensayos*. Valência: Ed. Tirant lo Blanch, 2006.

8 CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *A Ética e os Personagens do Processo*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 358, 2001.

9 GRECO, Leonardo. *Publicismo e Privatismo no Processo Civil*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n° 164, out. 2008.

10 Para uma síntese das posições privatistas do processo, veja-se PICÓ I JUNOY, Joan. *El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado*. In: *Proceso Civil e Ideología: um prefácio, uma sentença, dos cartas y quinze ensayos*, Juan Montero Aroca (Coord.), Valência: Ed. Tirant lo Blanch, 2006, pp. 109-127.

11 Isso ficou explicitado na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, na qual foram arroladas as diretrizes publicistas que orientaram os trabalhos da Comissão de juristas responsável pelo texto do Anteprojeto: “O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. (...) Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade

A aposta na preponderância judicial decorrente da visão publicista teve o condão de – ao menos abstratamente – concentrar amplos poderes nas mãos de magistrados, o que se verificou nos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, este último considerado uma legislação de cunho eminentemente paternalista e formalista.

A partir da promulgação da Constituição da República de 1988 e sua garantia fundamental de acesso à justiça¹², por meio da qual determinou-se a abertura mais intensa do Poder Judiciário ao cidadão, foram criadas condições que proporcionaram a propositura de um número interminável de demandas, muitas das quais sem efetivo término. A lentidão da máquina judiciária e a inegável incapacidade do Código de Processo Civil de 1973 de tutelar a crescente complexidade das relações sociais do cidadão ocasionaram uma crescente insatisfação no mundo jurídico¹³, com o conspectivo desprestígio para o Poder Judiciário.

O acesso irrestrito ao Poder Judiciário pelo cidadão a partir da promulgação da Constituição de 1988 e as cada vez mais complexas relações sociais implicaram na propositura de um número infundável de demandas sem efetivo termo, tornando o processo sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 um instrumento de pouca efetividade, encartando a afirmação de há muito disseminada por Rui Barbosa de que “Justiça retardada é justiça denegada”.

Diante de tais fatos, germinou, ao longo dos últimos 30 anos, uma generalizada insatisfação com o desempenho da justiça brasileira, provocando uma série de reformas legislativas com vistas à adequação da legislação processual, especialmente com relação à Lei nº 5.869/1973, às finalidades do Estado e às novas demandas da sociedade. Com efeito, as

da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica. Nem se diga que essa autoridade conferida ao juiz no processo está intimamente ligada ao caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos. É esta a situação dos juízes na Inglaterra: esta, a situação pleiteada para eles, nos Estados Unidos, por todos quantos se têm interessado pela reforma processual”. BRASIL. Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939. Brasília: Senado Federal, 1939. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em 02/01/2017.

12 CRFB: Art. 5º, “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

13 “É fundamental perceber que o Processualismo impôs à ciência processual uma atitude neutra com relação à cultura. Ao fazê-lo, acabou perenizando determinado contexto cultural. Ao isolar o direito da realidade social, congelou a história no momento de realização de seu intento. O direito processual civil, ao seguir o programa da pandectística alemã, encampado logo em seguida pelo método italiano, veio reproduzir ao longo de boa parte do século XX a realidade social do século XIX”. (MITTIDIERO, Daniel. *O Processualismo e a formação do Código Buzaid*. *Revista de Processo*, nº 18, 2010, p. 182).

modificações tiveram por objetivo conferir eficiência às garantias processuais outorgadas aos litigantes pela Constituição da República, acentuadamente quanto à aceleração da tutela jurisdicional e à superação do exacerbado rigor formal do procedimento¹⁴.

Uma das mais marcantes reformas, verdadeiro *teaser* para o novo código, foi a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que determinou não só a inclusão do inciso LXXVIII¹⁵ ao art. 5º, positivando como garantia fundamental o princípio da duração razoável do processo, como também a consagração da chamada “súmula vinculante”, o que atribuiu um grande peso aos precedentes jurisprudenciais, característica típica dos ordenamentos da *common law*.

Esse novo ideário da interpenetração dos sistemas jurídicos romano-canônico e anglo-saxônico e a edição de consecutivas reformas legislativas no Código de Processo Civil revelou a necessidade da elaboração de um novel Estatuto Processual.

O Direito, já se afirmou em boa sede doutrinária, não é um museu de regras *et pour cause*, sujeito a mudanças, por certo, mais frequentes do que os demais ramos do direito, sempre no afã de conceder uma resposta judicial efetiva e tempestiva. A emergência contínua de novos direitos e interesses no seio da sociedade moderna, muitos dos quais carecedores de tutela efetiva do Estado no exercício do Poder Jurisdicional – em especial aqueles insculpido na Constituição da República de 1988 –, passou a exigir do legislador infraconstitucional o desenvolvimento de instrumentos processuais adequados à sua proteção¹⁶, de modo a propiciar ao Estado realizar novos fins por meio do exercício da jurisdição (*e.g.*, escopos de natureza social, política, econômica, educacional, *etc.*), e das novas técnicas processuais utilizadas¹⁷.

Essas eram as percepções do Professor José Carlos Barbosa Moreira há quase duas décadas¹⁸.

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 4ª. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 20.

15 CRFB: Art. 5º “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

16 Nesse sentido, as lições do mestre José Carlos Barbosa Moreira: “O remédio tem de ajustar-se às particularidades características da enfermidade. Não há, nem pode haver, receita que se mostre igualmente adequada ao tratamento eficaz de toda e qualquer situação litigiosa. A falsa crença, explícita ou implícita, em semelhante possibilidade foi um subproduto indesejável da excessiva ênfase que certa corrente de pensamento pretendeu dar à ideia da autonomia do direito processual, como se a preocupação – em si, legítima e necessária – de distingui-lo do direito material houvesse de traduzir-se em soberana indiferença do processo às peculiaridades da matéria sobre que verse”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo*. Temas de Direito Processual, 6ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 55-56.

17 Cf. HABSCHIED, Walter J. As Bases do Direito Processual Civil. Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual – Gand (Bélgica) 1977. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 3, nº 11-12, jul./dez. 1978, p. 117- 145.

18 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Correntes e Contracorrentes no Processo Civil contemporâneo*. *Revista de Processo*, vol. 116, 2004, p. 313.

Sob esse prisma, já denunciava Barbosa Moreira ser natural que países da família *civil law* buscassem inspiração em instituições anglo-saxônicas ou mesmo incorporassem em seus ordenamentos modelos de soluções típicas daquela outra família jurídica, com vistas à resolução dos problemas práticos de efetividade da tutela jurisdicional¹⁹. Concomitantemente, o universo anglo-saxônico passou a apresentar sintomas (positivos) de deslocamento da ênfase no papel dos litigantes, ou de seus advogados, para o órgão judicial²⁰.

Antes mesmo da entrada em vigor da Lei 13.105/2015, muito se discutia sobre a manifesta influência do direito anglo-saxão na elaboração do NCPC, que importou técnicas e institutos há muito utilizados nos países de sistema do *common law*. No afã de conferir maior celeridade processual, a fim de garantir a duração razoável do processo, com respeito às garantias fundamentais do processo, o legislador brasileiro recorreu legitimamente ao Direito Comparado.

A partir de uma análise cuidadosa do texto do novo código, verifica-se que sua *mens legis* não é a conversão cega e absoluta ao sistema do *common law* ou a adoção irrestrita de instrumentos daquele sistema legal²¹, mas sim assegurar uma tutela jurisdicional efetiva²² e compatível com a realidade contemporânea.

Embora o propósito deste artigo não seja exaurir as interfaces entre *civil law* e *common law* manifestadas no Novo Código de Processo Civil, é de bom alvitre exemplificar, ainda que resumidamente, os traços miscigenados dessas concepções (algumas, publicísticas; outras, privatistas) no *novel* ordenamento jurídico-processual.

19 “A Jurisdição é um poder, uma função e uma atividade. Poder, na medida em que expressa a própria soberania do Estado. Função, porque possui um papel na pacificação, seja do conflito concreto, seja a nível máximo, para que haja a paz social, através do estabelecimento de mecanismos para resolução das disputas na sociedade”. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Teoria Geral do Processo. Coleção Programa de Processo*, v. I. Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2009, p. 38).

20 *Ibid.*, p. 317.

21 É verdade, como vaticina Teresa Arruda Alvim Wambier, que “nosso sistema está repleto de institutos, instrumentos, expedientes” pinçados cuidadosamente de ordenamentos tradicionalmente anglo-saxônicos. Mas o objetivo, alerta a Professora, é “gerar jurisprudência uniforme, obter do Poder Judiciário uma única manifestação a respeito de uma mesma tese jurídica, ou muitas, mas iguais” – o que, sem dúvidas, é louvável *vis-à-vis* o disposto no artigo 5º, *caput* e inciso II, da Constituição da República (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Em Direção ao Common Law?*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *O Processo em perspectiva: Jornadas brasileiras de Direito Processual – Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 371).

22 Nas lições do Professor Leonardo Greco: “No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana”. (GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-286).

O artigo 139 do Novo Código de Processo Civil revela inequívocos fortalecimento e ampliação dos poderes do juiz. Perfilhando as vetustas lições de José Carlos Barbosa Moreira, os juristas designados para formação do novo Estatuto Processual Civil vislumbraram a necessidade de outorga e reforço de poderes-deveres àquele que atua “imparcialmente no sentido de que o processo tenha marcha regular” (*i.e.*, o magistrado), para “que venham aos autos todos os elementos necessários para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade”²³.

A interpretação sistemática do Novo Código de Processo Civil parece conduzir à conclusão de que o legislador buscou sintonia fina entre “Privatismo” e “Publicismo”. À luz da hodierna noção de contraditório participativo, da vedação às decisões de *terza-via* e do dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais, vê-se calibragem talhada entre os poderes do juiz (de traços publicísticos) e a *sache der parteien* (tradução máxima da concepção privatista).

Consoante os ensinamentos da melhor doutrina, mister registrar ainda que “o acréscimo de poderes do juiz se deu justamente para combater os efeitos do liberalismo vigente no século XIX, que fazia do magistrado mero expectador do debate judiciário, indiferente às forças desiguais dos contendores e aos aspectos éticos que pudessem se fazer presentes no litígio e, principalmente, na forma de solucioná-los”²⁴ – o que afasta qualquer aspecto autoritário e, portanto, inconstitucional, do mencionado dispositivo legal.

O legislador também estabeleceu a possibilidade de realização de audiência de conciliação e de mediação antes da apresentação da resposta pelo réu, que será citado apenas para participar da audiência²⁵⁻²⁶. Assim, somente

23 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *El Neoprivatismo en el Proceso Civil*. In: *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Juan Montero Aroca (Coord.), Valência: Ed. Tirant lo Blanch, 2006, pp. 199-214.

24 JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Processo Civil Brasileiro Contemporâneo iluminado pelos Princípios Constitucionais: Rumos adotados pelo Projeto de Novo Código em tramitação no Congresso Nacional, em busca do estabelecimento do “Processo Justo”*. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *O Processo em perspectiva: jornadas brasileiras de Direito Processual – Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 197.

25 NCPC: “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”.

26 “O NCPC aposta em *meios alternativos* de resolução de controvérsias, por considerá-los mais adequados, rápidos, baratos e eficientes. Tais meios evitam a imposição de uma decisão pelo Estado-Juiz, favorecem o bom senso das partes e contribuem para a pacificação social. O NCPC não exclui da apreciação do Poder Judiciário ameaças ou lesões a direitos (art. 5º, XXXV, da CF/1988), mas estimula, sempre que possível, a solução consensual de conflitos, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, § 3º, do NCPC), porque a atividade substitutiva da jurisdição deve ser compreendida como subsidiária à resolução dos litígios pelas próprias partes neles envolvidas”. (CAMBI, Eduardo. Da Audiência de Conciliação ou de Mediação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 971).

se frustrada a tentativa de autocomposição, terá início o prazo para o oferecimento da contestação pelo réu, nos termos do artigo 335, inciso I, do NCPC²⁷.

Como se depreende, é inegável a influência do sistema da *common law* no destaque e incentivo conferidos aos meios alternativos de resolução de conflito – conhecidos como *Alternative Dispute Resolution (ADR)*²⁸ no Direito anglo-saxão – pelo NCPC, na tentativa de poupar a utilização desnecessária do maquinário judicial, o que se depreende da simples leitura do referido Diploma Legal²⁹⁻³⁰.

Da mesma forma, merece atenção o espaço adquirido pela arbitragem no Novo Código de Processo Civil, que, em atenção ao disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, referenda possibilidade de as partes optarem por buscar a solução do conflito por meio da instauração de procedimento arbitral³¹, regulada pela Lei 9.307/1996.

Ainda em busca da efetiva prestação jurisdicional, o NCPC inovou ao admitir e depurar os negócios jurídicos processuais³², os quais têm por objeto o próprio processo, inspirado nos direitos francês (*contrat de procédure*), inglês e norte-americano (*case management system*)³³.

27 NCPC: “Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data: I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição”.

28 “*Alternative dispute resolution (ADR) refers to a variety of processes that help parties resolve disputes without a trial. Typical ADR processes include mediation, arbitration, neutral evaluation, and collaborative law. These processes are generally confidential, less formal, and less stressful than traditional court proceedings*”. NEW YORK STATE UNIFIED COURT SYSTEM. *Alternative Dispute Resolution – What is ADR?*. Disponível em: https://www.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml. Acesso em 28/12/2017.

29 O NCPC apontou o mediador e o conciliador judicial como auxiliares da Justiça (art. 149, NCPC) e impôs não apenas ao juiz a tarefa de estimular a autocomposição entre as partes, mas também aos advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (art. 3º, § 3º, do NCPC).

30 NCPC: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...) V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”. NCPC: “Art. 334. (...) § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado”.

NCPC: “Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”.

31 NCPC: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

NCPC: “Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”.

32 “*Negócio processual* é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento. Sob esse ponto de vista, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 18ª. Salvador: JusPODIVM, 2016, pp. 380-381).

33 “O *case management system* propugna o planejamento do processo pelo juiz, com a colaboração das partes e dos advogados, definindo as suas etapas para predeterminar o seu fim, mas não exclui a legalidade do procedimento, propondo apenas regras legais menos detalhadas, que abram espaço à flexibilização...”. (GRECO, Leonardo. *Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual*. In: *Processo Civil – estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 291).

Em que pese a já existente previsão das convenções processuais no Código de 1973³⁴, o novo Estatuto Processual Civil introduziu um novo método de desenvolvimento do *iter* processual, por intermédio da cláusula geral de negociação sobre o processo³⁵, que dispõe sobre a faculdade de as partes, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, convencionarem adaptações procedimentais de acordo com seus interesses³⁶.

Como se vê cada vez mais em nosso sistema, embora a jurisdição seja titularizada pelo Estado, o interesse das partes revela-se a causa final do processo³⁷, razão pela qual, na insuficiência da Lei para acompanhar a crescente complexidade das relações sociais adequadamente e garantir o acesso à Justiça, impôs ao legislador o dever de oportunizar às partes maneiras de se adaptar o procedimento à tutela pretendida³⁸.

34 “Os negócios jurídicos de caráter processual, a despeito de incomuns, não são exatamente novidade no direito processual civil brasileiro: as hipóteses de suspensão convencional do processo (CPC/73, art. 265, II, repetido no art. 313, II, do NCPC) e de convenção acerca da distribuição do ônus da prova (respeitando os limites impostos pelo art. 333, parágrafo único, do CPC/73, e pelo art. 373, §§ 3º e 4º, do NCPC) perfazem exemplos de negócios jurídicos de caráter processual”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro. Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil – Artigo por Artigo*. 1ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 352).

35 “O art. 190, *caput*, do Novo CPC, prevê em sua *caput* a possibilidade de as partes, desde que plenamente capazes e em causa que verse sobre direito que admitam a autocomposição, estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. O novo diploma legal, seguindo tendências do direito inglês (*case management*) e francês (*contrat de procédure*), cria uma cláusula geral de negociação processual, que pode ter como objeto as situações processuais das partes e o procedimento. Diferentemente do diploma legal revogado, o Novo Código de Processo Civil passou a prever de forma expressa uma verdadeira cláusula geral de negócio jurídico processual típico, que continuam entre nós, a celebração de acordo entre as partes de forma geral, envolvendo tanto o procedimento como as suas situações processuais”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 319).

36 “Em se tratando de direito a respeito do qual se permite a autocomposição, é possível às partes a celebração de negócio jurídico processual que lhes aprouver respeitados os limites da constitucionalidade, e ordem pública da disposição de vontade. São admissíveis, entre outros, negócios jurídicos processuais que: a) estabeleçam a cronologia do procedimento (tal como ocorre já no processo arbitral) (CPC 191); b) estabeleçam a cláusula *sem recurso*, desde que bilateral, isto é, que somente haverá decisão de mérito no primeiro grau de jurisdição; c) estipulem renúncia ao direito de interpor recurso; d) dispensem determinada prova (*e.g.* pericial); e) convençiem sobre a distribuição do ônus da prova; f) eleger o foro em que deve ser processada e julgada a ação; g) estabelecer cláusula compromissória para submeter a lide à arbitragem; h) estipular a incidência, no processo, da cláusula *sobre et repete* (Carnelutti, *Sistema DPC*, v. II, n. 420, p. 78); i) renúncia ao direito de recorrer (Bunsen. *Lehrbuch CPR, Einleitung*, n. I, III, p. 8); j) determinem qual o direito aplicável à hipótese (na convenção de arbitragem é possível: escolher a lei aplicável, escolher, “*livremente*, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem” [LArb, 2º, §2], escolher-se o idioma no qual se desenvolverá o processo, conferir-se ao tribunal arbitral a possibilidade de decidir por equidade etc.); k) autorizem o juiz estatal a decidir por equidade, mesmo fora dos casos previstos em lei”. (NERY Junior, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 762-763).

37 “Satta tinha razão na preleção de 1936: o interesse das partes é causa eficiente da jurisdição civil e também a sua causa final. A justiça civil existe para atender à necessidade de tutela dos seus direitos destinatários. É claro que, ao avocar para si essa função em caráter praticamente monopolístico, o Estado realiza seus próprios objetivos políticos, talvez até mesmo o de realizar a paz social, mas principalmente o de assegurar a submissão dos cidadãos à sua ordem e à sua autoridade”. (GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, 2008, pp. 42-43).

38 “Se, respeitados certos princípios inderrogáveis, na arbitragem as partes podem ditar o procedimento a ser seguido pelos árbitros, por que não permitir que, perante os juizes profissionais, as partes possam dispor sobre o modo que consideram mais adequado de direção do seu processo, os prazos a serem observados, a escolha de comum acordo do perito a atuar na instrução ou em que a margem de flexibilidade está entregue ao poder discricionário do juiz?”. (GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coords.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). *Processo Civil. Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2005, p. 301-302).

Não obstante o Novo Código de Processo Civil tenha prestigiado a autonomia da vontade das partes no que tange aos negócios jurídicos processuais em caráter manifestamente privatista, o que decerto contribuiu para um processo mais democrático, o fez com certas ressalvas e de maneira crítica, de modo a resguardar uma atuação subsidiária do juiz. O parágrafo único do artigo 190 do NCPC, *ad exemplum*, submete a eficácia dos negócios jurídicos processuais ao crivo do Poder Judiciário³⁹, por meio do controle da validade das convenções, recusando-lhes aplicação nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Ademais, o negócio jurídico processual, por óbvio, deve estar em harmonia com as normas fundamentais do processo, dentre os quais destacam-se os princípios da boa-fé, da cooperação⁴⁰, do contraditório e da isonomia.

Outra relevantíssima inovação do NCPC, com manifesta influência do sistema anglo-saxão⁴¹, consiste na instauração de “um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau”⁴².

No afã de construir um sistema processual garantidos da duração razoável do processo e com vistas à otimização da efetiva prestação da tutela jurisdicional⁴³, o Novo Código de Processo Civil carrou para o ordenamento jurídico brasileiro o instituto dos precedentes judiciais⁴⁴, servindo de

39 “O saudoso e preclaro amigo Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, em estudo precioso, lecionara que a subsidiariedade da intervenção estatal, em qualquer área, é uma exigência de flexibilidade e de equilíbrio, que evita ‘os excessos das ingerências e as lacunas da não-ingerência’. Através da subsidiariedade da iniciativa privada, o Estado supre as fraquezas dos indivíduos, apresentando-se ‘como solução intermediária entre o Estado-providência e o Estado liberal’. Prevalecem as iniciativas da própria sociedade e o Estado, que se justifica apenas como um instrumento de efetivação do pluralismo e da autonomia social, intervém em seu benefício”. (GRECO, Leonardo. *Publicismo e Privatismo no Processo Civil*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, nº 164, out. 2008, p. 45).

40 Enunciado n. 06 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

41 “Assim como ocorre no sistema da *common law*, no qual os julgamentos só se tornam precedentes no momento em que passam a concretamente servir como fundamento de decisão de outros julgamentos. Conforme vem apontando a melhor doutrina, no Brasil foi adotada outra técnica na formação dos precedentes, já que o Novo Código de Processo Civil prevê de forma expressa e específica quais são os julgamentos que serão considerados precedentes”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, 2016, p. 1.312).

42 MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. BARROSO, Luis Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro, p. 11. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em 02/01/2017.

43 Enunciado n. 323 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

44 “Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido. Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada

demonstração da gradual convergência entre os sistemas do *civil law* e do *common law*.

O que o Novo Código de Processo Civil fez, com as cautelas necessárias, foi positivar o que já se fazia presente no cotidiano forense, a ponto de Barbosa Moreira afirmar, desde meados de 2005, que “ainda onde se repeliu, em teoria, a vinculação dos juízes aos precedentes, estes continuaram, na prática, a funcionar como pontos de referência, sobretudo quando emanados dos mais altos órgãos da Justiça”⁴⁵.

Sob esse ângulo, o Novo Código de Processo Civil efetivou com desejável técnica “a direção já seguida pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos”, com vistas a fomentar a “tendência de criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do venham decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize”⁴⁶.

Sobre o tema, o eminente Ministro e preclaro Professor Luís Roberto Barroso leciona:

“Nota-se, assim, que, a despeito da raiz romano-germânica do direito brasileiro, este parece ter efetivamente assumido, com o Novo Código de Processo Civil, o compromisso de implementar e de dar efetividade a um sistema amplo de precedentes normativos, que inclui a produção de julgados vinculantes inclusive pela segunda instância – um desafio e tanto para um ordenamento jurídico que dispõe de pouca tradição no assunto e de baixa adesão aos precedentes judiciais de um modo geral. (...) Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes

será considerada um precedente. (...) Jurisprudência, por sua vez, é o resultado de um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferidas pelos tribunais. É formada por precedentes, vinculantes e persuasivos, desde que venham sendo utilizados como razões do decidir em outros processos, e de meras decisões”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, 2016, pp. 1.297-1.298).

45 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, Jurisprudência e Precedentes: uma escalada e seus riscos. Temas de Direitos Processual – Nova Série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 300.

46 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, 2015, p. 308.

constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia. Por fim, o respeito aos precedentes possibilita que os recursos de que dispõe o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional. Se os juízes estão obrigados a observar os entendimentos já proferidos pelos tribunais, eles não consumirão seu tempo ou os recursos materiais de que dispõem para redecidir questões já apreciadas. Consequentemente, utilizarão tais recursos na solução de questões inéditas, que ainda não receberam resposta do Judiciário e que precisam ser enfrentadas. A observância dos precedentes vinculantes pelos juízes, mesmo que não concordem com eles, reduz, ainda, o trabalho dos tribunais, que não precisam reexaminar e reformar as decisões divergentes dos entendimentos que já pacificaram. Tal ambiente contribui para a redução do tempo de duração dos processos, desestimula demandas aventureiras e reduz a litigiosidade.⁴⁷

Fato é que, ao consolidar o capítulo de precedentes judiciais no *novel codex*⁴⁸, o legislador pátrio importou de maneira crítica e ponderada a “teoria geral dos precedentes” dos países de tradição anglo-saxônica, em especial dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, absorvendo conceitos e ins-

47 MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, pp. 17-18.

48 “LIVRO III – DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS – TÍTULO I – DA ORDEM DOS PROCESSOS E DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS – CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

titutos da teoria do *stare decisis* e da *doctrine of binding precedent*, de modo a possibilitar uma estruturação e aplicação adaptada às particularidades da máquina judiciária brasileira.

Deveras, estabelecendo um sistema eficiente de precedentes, oferecendo segurança e tratamento isonômico às demandas que versem sobre a mesma questão jurídica e, por conseguinte, garantindo a efetiva tutela jurisdicional, o legislador brasileiro pautou-se no procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*) quando da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, que tem por finalidade precípua a uniformização do entendimento acerca da tese jurídica, por meio da fixação de entendimentos jurisprudenciais consolidados pelos Tribunais, mercê de consagrar os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, assim como o *Musterverfahren*, consiste em uma técnica de coletivização de demandas comuns a pretensões individuais, o que permite que decisões em bloco sejam proferidas, sem desconsiderar as particularidades de cada caso⁴⁹.

A esse respeito, como sói ser em decorrência das naturais distinções entre os países sob diversos ângulos, apesar da influência alemã, não são poucas as diferenças entre o instituto do *Musterverfahren* e o IRDR brasileiro. E não poderia ser diferente, na medida em que o incidente, no diploma processual brasileiro, foi concebido para incidir de forma mais abrangente que o procedimento-padrão, não se limitando a causas específicas nem a lapsos temporais pré-determinados.

O NCPC, para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, exige o preenchimento simultâneo de dois requisitos, quais sejam, a efetiva repetição de causas que versem sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976 do NCPC). Nesse sentido, o requerente deverá demonstrar a multiplicidade de demandas semelhantes, com fundamentos de direito idênticos, que, quando analisadas por juízos distintos, poderão causar decisões divergentes, originando um cenário de desigualdade e insegurança entre os jurisdicionados.

Ademais, enquanto o instituto do *Musterverfahren* elege uma causa piloto que adequadamente represente a controvérsia, o NCPC prevê que o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente (artigo 978, parágrafo único, do NCPC).

⁴⁹ Sobre o tema: TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 2ª. Salvador: JusPODIVM, 2017.

O NCPC atribuiu, ainda, efeitos prospectivos ao incidente de resolução de demandas repetitivas, de modo que, após o trânsito em julgado da decisão, a tese fixada deverá ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos, inclusive em casos futuros, cujos pedidos englobem a questão objeto daquele, desde que tramitem nos limites da competência jurisdicional do respectivo Tribunal, visando à obtenção da tão estimada celeridade da prestação jurisdicional e à concretização dos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica.

À luz do novo processo civil brasileiro, mitigada a *summa divisio* entre *civil law* e *common law*⁵⁰ (aproximando-se visões publicísticas e privatistas), constatou-se o que José Carlos Barbosa Moreira lecionava aos seus afilhados e discípulos na Escola de Direito Processual de Copacabana: a necessidade de um processo efetivamente democrático e célere, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, a partir da incidência das garantias fundamentais processuais, revela o ideário processual de uma nação que pode ser alcançado pela técnica comparatística.

Ressoa evidente que os apontamentos realizados no presente artigo não pretenderam esgotar a gama de discussões atinentes a cada um dos temas e/ou dispositivos aqui mencionados, mas tão somente ratificar a precisão da visão científica atemporal do inesquecível Professor José Carlos Barbosa Moreira e demonstrar sua inquestionável influência na elaboração do Novo Código de Processo Civil.

Obrigado Mestre José Carlos Barbosa Moreira! Ontem, hoje e sempre; nos nossos corações, nas nossas memórias e na história do processo civil brasileiro, O seu legado jamais se apagará! ❖

50 "Costuma-se afirmar que o Brasil é o país cujo direito se estrutura de acordo com o paradigma do *civil law*, próprio da tradição jurídica romano-germânica, difundida na Europa continental. Não parece correta essa afirmação tão peremptória. O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc), de óbvia inspiração no *common law*". (DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, 2016, p. 59).

REFERÊNCIAS

AROCA, Juan Montero. *Proceso Civil e Ideología: um prefácio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2006.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Uma Proposta de Sistematização da Eficácia Temporal do Precedentes diante do Projeto de Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (Coords.). Projeto do Novo Código de Processo Civil - 2ª Série. *Estudos em Homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: JusPODIVM, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*. *Revista de Processo*, vol. 92, 1998.

_____. *Correntes e Contracorrentes no Processo Civil contemporâneo*. *Revista de Processo*, vol. 116, 2004.

_____. *El Neoprivatismo en el Proceso Civil*. In: *Proceso Civil e Ideología: um prefácio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos*, Juan Montero Aroca (Coord.), Valência: Ed. Tirant lo Blanch, 2006.

_____. *Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo. Temas de Direito Processual, 6ª série*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 55-56.

_____. *Súmula, Jurisprudência e Precedentes: uma escalada e seus riscos*. *Temas de Direitos Processual - Nova Série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939. Brasília: Senado Federal, 1939. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em 02/01/2017.

BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 28/12/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A Ética e os Personagens do Processo*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 358, 2001.

DANTAS, Bruno. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Org.). *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil - Artigo por Artigo*, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. *Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 18^a. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 4^o. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FUX, Luiz. *O Processo e o Homem - Palestra e Homenagem do Prof. Min. Luiz Fux*. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *O Processo em perspectiva: Jornadas brasileiras de Direito Processual - Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. *Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual*. In: *Processo Civil - estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Publicismo e Privatismo no Processo Civil*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n^o 164, out. 2008.

HABSCHEID, Walter J. *As Bases do Direito Processual Civil*. Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual - Gand (Bélgica) 1977. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 3, n^o 11-12, jul./dez. 1978, p. 117- 145.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Processo Civil Brasileiro Contemporâneo iluminado pelos Princípios Constitucionais: Rumos adotados pelo Projeto de Novo Código em tramitação no Congresso Nacional, em busca do estabelecimentos do "Processo Justo"*. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *O Processo em perspectiva: Jornadas brasileiras de Direito Processual - Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. BARROSO, Luis Roberto. *Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro*, p. 11. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em 02/01/2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Teoria Geral do Processo. Coleção Programa de Processo*, v. I. Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2009.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado*. In: *Proceso Civil e Ideología: um prefácio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos*, Juan Montero Aroca (Coord.), Valência: Ed. Tirant lo Blanch, 2006.

MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Bu-zaid*. *Revista de Processo*, nº 18, 2010.

NERY Junior, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16^o. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8^a. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NEW YORK STATE UNIFIED COURT SYSTEM. *Alternative Dispute Resolution - What is ADR?*. Disponível em: https://www.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml. Acesso em 28/12/2017.

TARUFFO, Michele. *Dimensiones del Precedente Judicial*. In: *Páginas sobre Justicia Civil - Proceso y Derecho*. Tradução por Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 2^a. Salvador: JusPODIVM, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Em Direção ao Common Law?*. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *O Processo em perspectiva: Jornadas brasileiras de Direito Processual - Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil - Artigo por Artigo*. 1^a. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Os Três Papéis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas

Luís Roberto Barroso

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito, Yale Law School (1989). Doutor em Direito, UERJ (1990). Visiting Scholar, Harvard Law School ((2011). Professor do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB).

ABSTRACT: O presente trabalho tem por propósito principal discutir os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Procura demonstrar que essas cortes desempenham, além do papel contramajoritário tradicionalmente a elas reconhecido pela teoria constitucional, dois outros papéis: representativo e, esporadicamente, iluminista. Embora apresente diversos exemplos da experiência constitucional dos Estados Unidos, o texto procura analisar os papéis das supremas cortes e cortes constitucionais na perspectiva de um constitucionalismo global, trabalhando com categorias que se tornaram correntes nas principais democracias do mundo.

SUMÁRIO¹: I. Introdução. II. Papéis Desempenhados pelas Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais. 1. Papel Contramajoritário. 2. Papel Representativo. 3. Papel Iluminista. III. Conclusão

¹ O presente texto consolida e expande ideias delineadas em três artigos anteriores: Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, *Revista Jurídica da Presidência* 96:5, 2010; A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 5:24, 2015; e *Reason without vote: the representative and majoritarian function of Constitutional Courts*, Thomas Bustamante e Bernardo Gonçalves Fernandes (eds), *Democratizing Constitutional Law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism*, 2016.

José Carlos Barbosa Moreira é um desses professores que mudam a vida dos seus alunos. Por muitas razões. A primeira delas, pelo conhecimento da sua matéria, o direito processual civil, tema que dominava como poucos. Em segundo lugar, pela dedicação ao ensino e aos alunos, com quem procurava desenvolver relações personalizadas, sempre com pitadas deliciosamente espirituosas. Por fim, José Carlos ensinava pelo exemplo, ensinava sendo. Tudo o que fazia era bem feito.

Fui seu aluno e, sob sua influência e em sua homenagem, fui um dos primeiros autores brasileiros a fazer o casamento do direito constitucional com o processo civil. O direito constitucional vagava errante entre a Política, a História e a Sociologia, naqueles dias do final da ditadura militar. Fui seu aluno nos anos de 1979 e 1980. A partir dali, comecei a estruturar meu pensamento constitucional em harmonia com o processo, de modo a tornar judicializáveis os direitos previstos constitucionalmente.

Além do papel decisivo na minha formação jurídica e do exemplo que era como ser humano, José Carlos foi meu amigo querido. Frequentei regularmente a casa dele e tínhamos, durante certo período, o hábito de caminharmos na praia, onde conversávamos sobre tudo. Inteligente, divertido e interessado, era um privilégio que a vida me proporcionou desfrutar da sua amizade. Que depois se estendeu aos seus filhos. Um deles, Luís Eduardo, foi meu aluno e trabalhou comigo por muitos anos. Por conta própria, e sem que eu sequer soubesse, José Carlos levou os originais de meu primeiro trabalho acadêmico de fôlego para ser publicado pela Editora Forense.

Tenho muito prazer e muita honra de participar desta obra, que homenageia um dos maiores que já passaram por aqui.

I. INTRODUÇÃO

O presente texto é uma versão reduzida e adaptada de um texto mais amplo, intitulado *Contramajoritário, representativo e iluminista: o papel das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas*, publicado no meu livro intitulado *Um outro país*, publicado no início de 2018.

II. OS PAPÉIS DESEMPENHADOS PELAS SUPREMAS CORTES E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

A missão institucional das supremas cortes e tribunais constitucionais é fazer valer a Constituição diante de ameaças oferecidas pelos outros Poderes ou mesmo por particulares. Na rotina da vida, a situação mais corriqueira se dá quando determinada lei, isto é, um ato do Poder Legislativo, é questionado em face do texto constitucional. Na grande maioria dos casos, ao exercer o controle de constitucionalidade, as cortes constitucionais mantêm a legislação impugnada, julgando improcedente o pedido. Isto se deve à primazia que a Constituição deu ao Legislativo para a tomada de decisões políticas e à deferência que os tribunais devem aos atos dos outros ramos do governo, em nome do princípio da separação de Poderes. Como consequência, uma quantidade relativamente pequena de leis é declarada inconstitucional.

É oportuna aqui a observação de que nos Estados Unidos a *judicial review* é um conceito que, como regra geral, se restringe à possibilidade de uma corte de justiça, e particularmente a Suprema Corte, declarar uma lei (ou ato do Executivo) inconstitucional. Em outros países, sobretudo os de Constituições mais analíticas, como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Brasil, a *jurisdição constitucional*, termo mais comumente utilizado, abriga um conceito mais abrangente, que inclui outros comportamentos dos tribunais, diferentes da pura invalidação de atos legislativos. Essas outras atuações alternativas dos tribunais podem incluir: (i) a aplicação direta da Constituição a determinadas situações, com atribuição de sentido a determinada cláusula constitucional;² (ii) a interpretação conforme a Constituição, técnica que importa na exclusão de determinado sentido possível de uma norma, porque incompatível com a Constituição, e na afirmação de uma interpretação alternativa, esta sim em harmonia com o texto constitucional;³ e (iii) a criação temporária de normas para sanar hipóteses conhecidas como de *inconstitucionalidade por omissão*, que ocorrem quando determinada norma constitucional depende de regulamentação por lei, mas o Legislativo se queda inerte, deixando de editá-la.⁴

2 Por exemplo: a liberdade de expressão protege a divulgação de fatos verdadeiros, não podendo ser afastada pela invocação do chamado direito ao esquecimento.

3 Por exemplo: é legítima a reserva de vaga de um percentual de cargos públicos para negros, desde que sejam aprovados em concurso público, preenchendo os requisitos mínimos estabelecidos.

4 Por exemplo: até que o Congresso aprove lei disciplinando a greve de servidores públicos, como prevê a Constituição, será ela regida pela lei que disciplina a greve no setor privado.

São três os papéis desempenhados pelas supremas cortes e tribunais constitucionais quando acolhem o pedido e interferem com atos praticados pelo Poder Legislativo. O primeiro deles é o papel *contramajoritário*, que constitui um dos temas mais estudados pela teoria constitucional dos diferentes países. Em segundo lugar, cortes constitucionais desempenham, por vezes, um papel *representativo*, atuação que é largamente ignorada pela doutrina em geral, que não parece ter se dado conta da sua existência. Por fim, e em terceiro lugar, supremas cortes e tribunais constitucionais podem exercer, em certos contextos limitados e específicos, um papel *iluminista*. Nos Estados Unidos, como a jurisdição constitucional é sempre vista em termos de *judicial review* (controle de constitucionalidade das leis), o acolhimento do pedido envolverá, como regra, a invalidação da norma e, conseqüentemente, de acordo com a terminologia usual, uma atuação *contramajoritária*. Como se verá um pouco mais à frente, este papel *contramajoritário* poderá – ou não – vir cumulado com uma dimensão *representativa* ou *iluminista*.

1. O papel *contramajoritário*

Supremas cortes e tribunais constitucionais, na maior parte dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Executivo também), podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou Parlamento. Essa possibilidade, que já havia sido aventada nos *Federalist Papers* por Alexander Hamilton,⁵ teve como primeiro marco jurisprudencial a decisão da Suprema Corte americana em *Marbury v. Madison*, julgado em 1803.⁶ Isso significa que os juizes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato *representativo* e *legitimidade democrática*. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “*dificuldade contramajoritária*”⁷.

5 V. *Federalist* n° 78: “A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law. It, therefore, belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents”.

6 5 U.S. 137 (1803).

7 A expressão se tornou clássica a partir da obra de Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16 e s. A primeira edição do livro é de 1962.

A despeito de resistências teóricas pontuais⁸, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política⁹, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos¹⁰. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias¹¹. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais. A imagem frequentemente utilizada para justificar a legitimidade da jurisdição constitucional é extraída do Canto XIV da Odisseia, de Homero: para evitar a tentação do canto das sereias, que levava as embarcações a se chocarem contra os recifes, Ulysses mandou colocar cera nos ouvidos dos marinheiros que remavam e fez-se amarrar ao mastro da embarcação¹². Sempre me fascinou o fato de que ele evitou o risco sem se privar do prazer.

Um desses valores fundamentais é o direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração¹³, isto é, a ser tratado com a mesma dignidade dos demais – o que inclui ter os seus interesses e opiniões levados em conta. A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à pró-

8 E.g., Jeremy Waldron, *The core of the case against judicial review*. *The Yale Law Journal* 115:1346, 2006; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 2000; e Larry Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, 2004.

9 A equiparação entre direitos humanos e reserva mínima de justiça é feita por Robert Alexy em diversos de seus trabalhos. V., e.g., *La institucionalización de la justicia*, 2005, p. 76.

10 Para esta visão processualista do papel da jurisdição constitucional, v. John Hart Ely, *Democracy and distrust*, 1980.

11 A expressão foi utilizada por John Stuart Mill, *On Liberty*, 1874, p. 13: “A tirania da maioria é agora geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa ser protegida (...)”.

12 V., e.g., John Elster, *Ulysses and the sirens*, 1979.

13 Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 181. A primeira edição é de 1977.

pria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política¹⁴. Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas¹⁵ é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios¹⁶ – isto é, de valores constitucionais, e não de política – e de razão pública – isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate¹⁷. Seus membros não dependem do processo eleitoral e suas decisões têm de fornecer argumentos normativos e racionais que a suportem.

Esse papel contramajoritário é normalmente exercido pelas supremas cortes com razoável parcimônia. De fato, nas situações em que não estejam em jogo direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, a corte deve ser deferente para com a liberdade de conformação do legislador e a razoável discricionariedade do administrador. Nos Estados Unidos, por exemplo, segundo dados de 2012, em pouco mais de 220 anos houve apenas 167 decisões declaratórias da inconstitucionalidade de atos do Congresso¹⁸. É interessante observar que, embora o período da Corte Warren (1953-1969) seja considerado um dos mais ativistas da história americana, diversos autores apontam para o fato de que sob a presidência de William Rehnquist (1986-2005) houve intenso ativismo de índole conservadora, tendo como protagonistas os *Justices* Antonin Scalia, indicado por Ronald Reagan, e Clarence Thomas, indicado por George W. Bush¹⁹. Seja como for, o ponto que se quer aqui destacar é que tanto

14 V. Eduardo Mendonça, *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*, tese de doutorado, UERJ, mimeografada, 2014, p. 84.

15 A expressão consta do título do livro de Antoine Garapon, *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, 1999.

16 V. Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985, p. 69-71. “O controle de constitucionalidade judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão apresentadas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político. Essa é uma transformação que não poderá jamais ser integralmente bem-sucedida apenas no âmbito do Legislativo”.

17 John Rawls, *Political liberalism*, 1996, p. 212 e s., especialmente p. 231-40. Nas suas próprias palavras: “(A razão pública) se aplica também, e de forma especial, ao Judiciário e, acima de tudo, à suprema corte, onde haja uma democracia constitucional com controle de constitucionalidade. Isso porque os Ministros têm que explicar e justificar suas decisões, baseadas na sua compreensão da Constituição e das leis e precedentes relevantes. Como os atos do Legislativo e do Executivo não precisam ser justificados dessa forma, o papel especial da Corte a torna um caso exemplar de razão pública”. Para uma crítica da visão de Rawls, v. Jeremy Waldron, *Public reason and ‘justification’ in the courtroom*, *Journal of Law, Philosophy and Culture* 1:108, 2007.

18 V. Kenneth Jost, *The Supreme Court from A to Z*, 2012, p. xx. Um número bem maior de leis estaduais e locais foi invalidado, superior a 1200, segundo o mesmo autor. Na Alemanha, apenas cerca de 5% das leis federais foram invalidadas. C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds.), *The global expansion of judicial power*, 1995, p. 308.

19 Nesse sentido, apontando o fato de que juizes conservadores também atuam proativamente, a despeito da retórica de aut contenção, v. Frank B. Cross and Stephanie A. Lindquist, *The scientific study of judicial activism*. *Minnesota Law Review* 91:1752, 2007, p. 1755: “Para alguns Ministros que professam a autocontenção, as evidências sugerem que em alguns casos sua jurisprudência coerentemente espelham a sua retórica (como o *Justice* Rehnquist). No entanto, para outros (*Justices* Scalia e Thomas), as evidências não confirmam suas posições retóricas acerca do ativismo judicial; estes Ministros não costumam demonstrar uma abordagem de autocontenção. Em verdade, nos anos mais recentes (1994-2004), o que se tem verificado é que o comportamentos dos juizes mais conservadores reflete uma orientação relativamente ativista, ainda que

nos Estados Unidos, como em outros países, a invalidação de atos emanados do Legislativo é a exceção, e não a regra.

2. O papel representativo

A democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões, o que dá a ela três dimensões: representativa, constitucional e deliberativa. A *democracia representativa* tem como elemento essencial o *voto popular* e como protagonistas institucionais o Congresso e o Presidente, eleitos por sufrágio universal. A *democracia constitucional* tem como componente nuclear o respeito aos direitos fundamentais, que devem ser garantidos inclusive contra a vontade eventual das maiorias políticas. O árbitro final das tensões entre vontade da maioria e direitos fundamentais e, portanto, protagonista institucional desta dimensão da democracia, é a Suprema Corte. Por fim, a *democracia deliberativa*²⁰ tem como seu componente essencial o oferecimento de *razões*, a discussão de ideias, a troca de argumentos. A democracia já não se limita ao momento do voto periódico, mas é feita de um debate público contínuo que deve acompanhar as decisões políticas relevantes. O protagonista da democracia deliberativa é a sociedade civil, em suas diferentes instâncias, que incluem o movimento social, imprensa, universidades, sindicatos, associações e cidadãos comuns. Embora o oferecimento de razões também possa ser associado aos Poderes Legislativo²¹ e Executivo, o fato é que eles são, essencialmente, o *locus* da vontade, da decisão política. No universo do oferecimento de razões, merecem destaque os órgãos do Poder Judiciário: a motivação e a argumentação constituem matéria prima da sua atuação e fatores de legitimação das decisões judiciais. Por isso, não deve causar estranheza que a Suprema Corte, por exceção e nunca como regra geral, funcione como intérprete do sentimento social. Em suma: o voto, embora imprescindível, não é a fonte exclusiva da democracia e, em certos casos, pode não ser suficiente para concretizá-la.

À luz do que se vem de afirmar, é fora de dúvida que o modelo tradicional de separação de Poderes, concebido no século XIX e que sobreviveu ao século XX, já não dá conta de justificar, em toda a extensão, a estrutura

em grau menor do que os liberais da Corte Warren". V. tb. Paul Gewirtz e Chad Golder, *So who are the activists?* *New York Times*, op-ed, 6 jul. 2005.

20 A ideia de democracia deliberativa tem como precursores autores como John Rawls, com sua ênfase na razão, e Jürgen Habermas, com sua ênfase na comunicação humana. Sobre democracia deliberativa, v., entre muitos, em língua inglesa, Amy Gutmann e Dennis Thompson, *Why deliberative democracy?*, 2004; em português, Cláudio Pereira de Souza Neto, *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2006.

21 V. Ana Paula de Barcellos, *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa, 2016.

e funcionamento do constitucionalismo contemporâneo. Para utilizar um lugar comum, parodiando Antonio Gramsci, vivemos um momento em que o velho já morreu e novo ainda não nasceu²². A doutrina da dificuldade contramajoritária, estudada anteriormente, assenta-se na premissa de que as decisões dos órgãos eletivos, como o Congresso Nacional, seriam sempre expressão da vontade majoritária. E que, ao revés, as decisões proferidas por uma corte suprema, cujos membros não são eleitos, jamais seriam. Qualquer estudo empírico desacreditaria as duas proposições.

Por numerosas razões, o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria²³. De fato, há muitas décadas, em todo o mundo democrático, é recorrente o discurso acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades da representação política. Da Escandinávia às Américas, um misto de ceticismo, indiferença e insatisfação assinala a relação da sociedade civil com a classe política. Nos países em que o voto não é obrigatório, os índices de abstenção revelam o desinteresse geral. Em países de voto obrigatório, um percentual muito baixo de eleitores é capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Há problemas associados (i) a falhas do sistema eleitoral e partidário, (ii) às minorias partidárias que funcionam como *veto players*²⁴, obstruindo o processamento da vontade da própria maioria parlamentar e (iii) à captura eventual por interesses especiais. A doutrina, que antes se interessava pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o déficit democrático da representação política²⁵.

Essa crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos gerou, como primeira consequência, em diferentes partes do

22 Antonio Gramsci, *Cadernos do Cárcere*, 1926-1937. Disponível, na versão em espanhol, em <http://pt.scribd.com/doc/63460598/Gramsci-Antonio-Cuadernos-de-La-Carcel-Tomo-1-OCR>: "A crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo não pode nascer. Nesse interregno, uma grande variedade de sintomas mórbidos aparecem". V. tb., entrevista do sociólogo Zigmunt Bauman, disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/24025-%60-%60o-velho-mundo-esta-morrendo-mas-o-novo-ainda-nao-nasceu-%60-%60-entrevista-com-zigmunt-bauman>.

23 Sobre o tema, v. Corinna Barret Lain, Upside-down judicial review, *The Georgetown Law Review* 101:113, 2012-2103. V. tb. Michael J. Klarman, *The majoritarian judicial review: the entrenchment problem*, *The Georgetown Law Journal* 85:49, 1996-1997.

24 *Veto players* são atores individuais ou coletivos com capacidade de parar o jogo ou impedir o avanço de uma agenda. Para um estudo aprofundado do tema, v. George Tsebelis, *Veto players: how political institutions work*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002. Em língua portuguesa, v. Pedro Abramovay, *Separação de Poderes e medidas provisórias*, 2012, p. 44 e s.

25 V. e.g., Mark A. Graber, *The countermajoritarian difficulty: from courts to constitutional order*, *Annual Review of Law and Social Science* 4:361-62 (2008). Em meu texto *Neoconstitucionalismo e institucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, *Revista de Direito Administrativo* 240:1, 2005, p. 41, escrevi: "Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação".

mundo, um fortalecimento do Poder Executivo²⁶. Nos últimos anos, porém, em muitos países, tem-se verificado uma expansão do Poder Judiciário e, notadamente, das supremas cortes. Nos Estados Unidos, esse processo teve mais visibilidade durante o período da Corte Warren, mas a verdade é que nunca refluíu inteiramente. Apenas houve uma mudança de equilíbrio entre liberais e conservadores. O ponto aqui enfatizado é que, em certos contextos, por paradoxal que pareça, cortes acabem sendo mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. Algumas razões contribuem para isso. A primeira delas é o modo como juízes são indicados. Em diversos países, a seleção se dá por concurso público, com ênfase, portanto, na qualificação técnica, sem influência política. Porém, mesmo nos Estados Unidos, onde a escolha tem uma clara dimensão política, há um mínimo de qualificação profissional que funciona como pressuposto das indicações.

Uma outra razão é a vitaliciedade, que faz com que juízes não estejam sujeitos às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral. Ademais, juízes não atuam por iniciativa própria: dependem de provocação das partes e não podem decidir além do que foi pedido. E finalmente, mas não menos importante, decisões judiciais precisam ser motivadas. Isso significa que, para serem válidas, jamais poderão ser um ato de pura vontade discricionária: a ordem jurídica impõe ao juiz de qualquer grau o dever de apresentar razões, isto é, os fundamentos e argumentos do seu raciocínio e convencimento. Convém aprofundar um pouco mais esse último ponto. Em uma visão tradicional e puramente majoritária da democracia, ela se resumiria a uma *legitimação eleitoral* do poder. Por esse critério, o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como democráticos, ao menos no momento em que se instalaram no poder e pelo período em que tiveram apoio da maioria da população. Mas a legitimidade não se mede apenas no momento da investidura, mas também pelos meios empregados no exercício do poder e os fins a que ele visa.

Cabe aqui retomar a ideia de democracia deliberativa, que se funda, precisamente, em uma *legitimação discursiva*: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as *razões* das opções feitas. Por isso se ter afirmado, anteriormente,

26 Esta concentração de poderes no Executivo se deu até mesmo em democracias tradicionais e consolidadas, do que é exemplo a Constituição da 5ª República francesa, que retirou poderes da Assembleia Nacional e transferiu para um presidente eleito. V. C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds.), *The global expansion of judicial power*, 1995, p. 519.

que a democracia contemporânea inclui votos e argumentos²⁷. Um *insight* importante nesse domínio é fornecido pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, que se refere à corte constitucional como *representante argumentativo da sociedade*. Segundo ele, a única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como uma representação popular. Pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos. O constitucionalismo democrático possui uma legitimação discursiva, que é um projeto de institucionalização da razão e da correção²⁸.

Cabe fazer duas observações adicionais. A primeira delas é de caráter terminológico. Se se admite a tese de que os órgãos representativos podem não refletir a vontade majoritária, decisão judicial que infirme um ato do Congresso pode não ser contramajoritária. O que ela será, invariavelmente, é contra legislativa, ou contra congressual ou contra parlamentar. A segunda observação é que o fato de não estarem sujeitas a certas vicissitudes que acometem os dois ramos políticos dos Poderes não é, naturalmente, garantia de que as supremas cortes se inclinarão em favor das posições majoritárias da sociedade. A verdade, no entanto, é que uma observação atenta da realidade revela que é isso mesmo o que acontece. Nos Estados Unidos, décadas de estudos empíricos demonstram o ponto²⁹.

A esse propósito, é bem de ver que algumas decisões emblemáticas da Suprema Corte americana tiveram uma dimensão claramente representativa a legitimá-las. Uma delas foi *Griswold v. Connecticut*,³⁰ proferida em 1965, que considerou inconstitucional lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos mesmo por casais casados. Ao reconhecer um *direito de privacidade* que não vinha expresso na Constituição, mas podia ser extraído das “penumbras” e “emanações” de outros direitos constitucionais, a Corte parece ter tido uma atuação que expressava o sentimento majoritário da época. Assim, embora a terminologia tradicional rotule essa decisão como contramajoritária – na medida em que invalidou uma lei estadual (o

27 Para o aprofundamento dessa discussão acerca de legitimação eleitoral e discursiva, v. Eduardo Mendonça, *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*, mimeografado, 2014, p. 64-86.

28 V. Robert Alexy, Balancing, constitutional review, and representation, *International Journal of Constitutional Law* 3:572, 2005, p. 578 e s.

29 Corinna Barrett Lain, *Upside-down judicial review*, *The Georgetown Law Review* 101:113, 2012-2103, p. 158. V. tb. Robert A. Dahl, *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*, *Journal of Public Law* 6: 279, 1957, p. 285; e Jeffrey Rosen, *The most democratic branch: how the courts serve America*, 2006, p. xii: “Longe de proteger as minorias contra a tirania das maiorias ou contrabalançar a vontade do povo, os tribunais, ao longo da maior parte da história americana, têm se inclinado por refletir a visão constitucional das maiorias”. V. tb. Robert McCloskey, *The American Supreme Court*, 1994, p. 209: “We might come closer to the truth if we said that the judges have often agreed with the main current of public sentiment because they were themselves part of that current, and not because they feared to disagree with it.”

30 381 U.S. 479 (1965)

Connecticut Comstock Act, de 1879) –, ela era, seguramente, *contra legislativa*, mas provavelmente não contramajoritária. Embora não haja dados totalmente seguros nem pesquisas de opinião do período, é possível intuir que a lei não expressava o sentimento majoritário em meados da década de 60³¹ – cenário da revolução sexual e do movimento feminista –, de modo que a decisão foi, na verdade, *representativa*.

Outro exemplo de atuação representativa da Suprema Corte americana foi a decisão em *Lawrence v. Texas*,³² de 2003, invalidando lei do Estado do Texas que criminalizava relações íntimas entre homossexuais. Ao reverter julgado anterior, no caso *Bowers v. Hardwick*,³³ o acórdão lavrado pelo *Justice* Anthony Kennedy assentou que os recorrentes tinham direito ao respeito à sua vida privada e que, sob a cláusula do devido processo legal substantivo da 14^a Emenda, tinham protegida a sua liberdade de manter relações sexuais consentidas. Embora grupos religiosos tenham expressado veemente opinião contrária,³⁴ parece fora de questão que a maioria da população americana – e mesmo, provavelmente, do próprio Estado do Texas – não considerava legítimo tratar relações homossexuais como crime. De modo que também aqui, embora rotulada de contramajoritária, a decisão do Tribunal foi mesmo é contra legislativa. Mas certamente representativa de uma maioria que, já nos anos 2000, se tornara tolerante em relação à orientação sexual das pessoas.

No Brasil, coube à jurisdição constitucional uma série de decisões apoiadas pela maioria da população que não tiveram acolhida na política majoritária. Esse foi o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da proibição de contratar cônjuge, companheiro ou parentes para o exercício de funções de confiança e de cargos públicos na estrutura do Poder Judiciário (nepotismo)³⁵, proibição que foi, posteriormente, estendida pela jurisprudência do Tribunal para os Poderes Executivo e Legislativo³⁶. Na mesma linha, a Corte declarou a inconstitucio-

31 V. Jill Lepore, *To have and to hold: reproduction, marriage, and the Constitution*. *The New Yorker Magazine*, 25 mai. 2015: “Banir contraceptivos numa época em que a esmagadora maioria dos americanos os utilizava era, evidentemente, ridículo”. (“*Banning contraception at a time when the overwhelming majority of Americans used it was, of course, ridiculous*”). A decisão em *Griswold* veio a ser estendida em *Eisenstadt v. Baird*, julgado em 1972, aos casais não casados.

32 539 U.S. 558 (2003).

33 478 U.S. 186 (1986).

34 V. Carpenter Dale, *Flagrant conduct: the story of Lawrence v. Texas: how a bedroom arrest decriminalized gay Americans*, 2012, p. 268.

35 STF, Pleno, ADC 12, rel. Min. Ayres Britto, DJe, 18.12.2009.

36 STF, Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

nalidade do financiamento privado das campanhas eleitorais, por ter verificado que, como estava estruturado, tal financiamento reforçava a influência do poder econômico sobre o resultado das eleições e distorcia o sistema representativo³⁷. Em outro caso importante, afirmou a possibilidade de prisão, após a confirmação da condenação pelo tribunal de segunda instância, mesmo quando ainda cabíveis recursos especial e extraordinário para os tribunais superiores³⁸. Os três julgados contaram com amplo apoio popular e representam mudanças que poderiam ter sido promovidas no âmbito da política majoritária, mas não foram³⁹.

A função representativa das cortes pode ser constatada também em outras ordens constitucionais. A título de ilustração, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu o direito à água como direito fundamental de todos os cidadãos colombianos. Atribuiu ao Estado o dever de assegurar seu fornecimento em quantidade e qualidade adequadas. Além disso, determinou que os cidadãos hipossuficientes fazem jus ao volume mínimo de 50 litros de água ao dia, ainda que não possam custeá-lo⁴⁰. No Quênia⁴¹, recente decisão da Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de arti-

37 STF, Pleno, ADI 4650, rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe, 24 fev. 2016.

38 STF, Pleno, HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016, DJe, 07.02.2017; ADCs 43 e 44 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.10.2016.

39 A confirmação da vedação ao nepotismo foi considerada uma “vitória da sociedade” pelo então presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=&id_noticia=2322>, acesso em 31 mar. 2017. Manifestações semelhantes foram veiculadas no portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115820>>, acesso em 31 mar. 2017. No que respeita ao financiamento privado de campanha, pesquisa de opinião demonstrou que 74% da população eram contra tal modalidade de financiamento e que 79% estavam convictos de que ele estimulava a corrupção. SOUZA, André. Datafolha: Três em cada quatro brasileiros são contra o financiamento de campanha por empresas privadas. *O Globo*, Rio de Janeiro, 06 jul. 2015. Disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/datafolha-tres-em-cada-quatro-brasileiros-sao-contra-financiamento-de-campanha-por-empresas-privadas-16672767>. Acesso em 05 ago. 2015. Por fim, a decisão que reconheceu a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória rendeu acusações ao STF de que o tribunal estaria se curvando à opinião pública. VASCONCELLOS, LUCHETE e GRILLO. Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena. *Conjur*, 17 fev. 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniao-publica-antecipar-pena>. Acesso em 21 mar. 2017.

40 O direito fundamental à água é objeto de diversas decisões proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia, tais como T-578/1992, T-140/1994, T-207/1995. A sentença T-740/2011 produz uma consolidação da matéria, relacionando tal direito aos direitos à dignidade, à vida e à saúde. No caso, a entidade prestadora do serviço de fornecimento de água potável havia suspenso o serviço em virtude do não pagamento das tarifas devidas por uma usuária. A Corte entendeu ilegítima a suspensão, por se tratar de usuária hipossuficiente, e determinou à entidade: (i) o restabelecimento do fornecimento; e (ii) a revisão das cobranças, com base na capacidade econômica da beneficiária, a fim de possibilitar o adimplemento das prestações. Em caso de impossibilidade de pagamento, a Corte estabeleceu, ainda, como mencionado acima, (iii) a obrigação da entidade de fornecer, ao menos, 50 litros de água ao dia, por pessoa, ou de disponibilizar uma fonte pública de água que assegure a mesma quantidade do recurso.

41 A Constituição do Quênia, promulgada em 2010, tem sido considerada como responsável por notáveis progressos no que diz respeito à efetivação de direitos fundamentais e combate à corrupção. O país também contou com a boa sorte de ter um *Chief Justice* transformador. Ndung'u Wainaina “Only Judiciary Can Save This Country.” *The Nairobi Law Monthly*, February 4, 2015. Available at <http://nairobiawmonthly.com/index.php/2015/02/04/only-judiciary-can-save-this-country/>

go do Código Penal que criminalizava a difamação, com pena de até dois anos de prisão⁴². A decisão foi tida como um relevante avanço na proteção da liberdade de expressão dos quenianos, já que a disposição penal era frequentemente utilizada por políticos e autoridades públicas para silenciar críticas e denúncias de corrupção veiculadas por jornalistas ou mesmo por cidadãos comuns. No Canadá, a Suprema Corte reconheceu, em 1988, o direito fundamental ao aborto, invalidando dispositivo do Código Penal que criminalizava o procedimento⁴³. Seu caráter representativo é evidenciado por pesquisas de opinião que apontavam que, já em 1982 (*i.e.*, 6 anos antes da decisão), mais de 75% da população canadense entendia que o aborto era uma questão de escolha pessoal da mulher⁴⁴.

3. O papel iluminista

Além do papel representativo, descrito no tópico anterior, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, um papel iluminista. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade⁴⁵. A abolição da escravidão ou a proteção de mulheres, negros, homossexuais, transgêneros e minorias religiosas, por exemplo, nem sempre pôde ser feita adequadamente pelos mecanismos tradicionais de canalização de reivindicações sociais. A seguir, breve justificativa do emprego do termo *iluminista* no contexto aqui retratado.

Iluminismo designa um abrangente movimento filosófico que revolucionou o mundo das ideias ao longo do século XVIII⁴⁶. As *Lumières*,

42 Corte Superior do Kenya, *Jacqueline Okanta & another v. Attorney General & 2 others* [2017] eKLR, Disponível em: <<http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/130781/>>.

43 Suprema Corte do Canadá, *Morgentaler, Smoling and Scott v. The Queen*, [1988] 1 S.C.R. 30. Disponível em: <<https://scc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1053/index.do>>.

44 Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1982/12/13/world/canadian-doctor-campaigns-for-national-abortion-clinics.html>>

45 Contra a ideia de que Cortes possam atuar como instrumento da razão, v. Steven D. Smith, *Judicial activism and "reason"*. In Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre e Steven D. Smith (eds.), *Judicial activism: an interdisciplinary approach to the American and European Experiences*, 2015, p. 30: "And thus judicial discourse, once it is detached from the mundane conventions of reading texts and precedents in accordance with their natural or commonsensical meanings, loftily aspires to be the realization of "reason" but instead ends up degenerating into a discourse of mean-spirited denigration". O texto manifesta grande inconformismo contra a decisão da Suprema Corte em *United States v. Windsor* (133 S. Ct. 1675, 2013), que considerou inconstitucional a seção do *Defense of Marriage Act (DOMA)* que limitava o casamento à união entre homem e mulher.

46 Além da *Encyclopédie*, com seus 35 volumes, coordenada por Diderot e D’Alambert e publicada entre 1751 a 1772, foram autores e obras marcantes do Iluminismo: Montesquieu, *O espírito das leis* (1748), Jean-Jacques Rousseau, *Discurso*

na França, o *Enlightment*, na Inglaterra, o *Illuminismo* na Itália ou *Aufklärung*, na Alemanha, foram o ponto culminante de um ciclo histórico iniciado com o Renascimento, no século XIV, e que teve como marcos a Reforma Protestante, a formação dos Estados nacionais, a chegada dos europeus à América e a Revolução Científica. A *razão* passa para o centro do sistema de pensamento, dissociando-se da fé e dos dogmas da teologia cristã. Nesse ambiente, cresce o ideal de conhecimento e de liberdade, com a difusão de valores como a limitação do poder, a tolerância religiosa, a existência de direitos naturais inalienáveis e o emprego do método científico, entre outros. Estava aberto o caminho para as revoluções liberais, que viriam logo adiante, e para a democracia, que viria bem mais à frente, já na virada do século XX. Historicamente, portanto, o Iluminismo é uma ideia associada à razão humanista, a direitos inalienáveis da condição humana, à tolerância, ao conhecimento científico, à separação entre Estado e religião e ao avanço da história rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas.

É nesse sentido que o termo é empregado neste tópico: o de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. Para espancar qualquer maledicência quanto a uma visão autoritária ou aristocrática da vida, Iluminismo, no presente contexto, não guarda qualquer semelhança com uma postura análoga ao *despotismo esclarecido*⁴⁷ ou aos *reis filósofos* de Platão.⁴⁸ A analogia mais próxima, eventualmente, seria com uma tradição filosófica que vem de Tomás de Aquino, Hegel e Kant de que a história é um fluxo contínuo na direção do bem e do aprimoramento da condição humana⁴⁹. A razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo

sobre a desigualdade (1754) e *O contrato social* (1762); Voltaire, *Dicionário filosófico* (1764); Immanuel Kant, *O que é Iluminismo* (1784); John Locke, *Dois tratados de governo*, (1689); David Hume, *Tratado sobre a natureza humana* (1739); Adam Smith, *A riqueza das nações* (1776) e Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas* (1764), em meio a outros.

47 A expressão se refere aos monarcas absolutos que, na segunda metade do século XVIII, procuraram incorporar ao seu governo algumas ideias advindas do Iluminismo, distinguindo-se, assim, do modelo tradicional. A ideia de contrato social começa a superar a de direito divino dos reis, mas o poder remanesceria com o monarca, que teria maior capacidade de determinar e de realizar o melhor interesse dos seus súditos. Exemplos frequentemente citados são os de Frederico, o Grande, que governou a Prússia de 1740 a 1786; Catarina II, imperatriz da Rússia de 1762 a 1796; e José II, de Habsburgo, imperador do Sacro Império Romano-Germânico. Também se inclui nesta lista o Marquês de Pombal, primeiro-ministro de Portugal de 1750 a 1777. V. o verbete *Enlightened despotism*, in *ENCYCLOPEDIA OF THE ENLIGHTENMENT* (Alan Charles Kors ed., Oxford University Press, 2005).

48 V. Platão, *A República*, 2015 (a edição original é de cerca de 380 a.C.), Livro VI. Na sociedade ideal e justa, cujo delineamento procurou traçar nesta obra, Platão defendeu a ideia de que o governo deveria ser conduzido por reis-filósofos, escolhidos com base na virtude e no conhecimento. No comentário de Fredrick Copleston, *A history of Philosophy*, v. 1, 1993, p. 230: “O princípio democrático de governo é, de acordo com Platão, absurdo: o governante deve governar em virtude do conhecimento, e este conhecimento há de ser o conhecimento da verdade”.

49 Sobre o ponto, v. o notável artigo de Paulo Barrozo, *The great alliance: history, reason, and will in modern law, Law and Contemporary Problems* 78:235, 2015, p. 257-258.

e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos. As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais.

Retomando os exemplos esboçados acima. Houve tempos, no processo de evolução social, em que (i) a escravidão era natural; (ii) mulheres eram propriedade dos maridos; (iii) negros não eram cidadãos; (iv) judeus eram hereges; (v) deficientes eram sacrificados; e (vi) homossexuais eram mortos⁵⁰. Mas a história da humanidade é a história da superação dos preconceitos, do obscurantismo, das superstições, das visões primitivas que excluem o outro, o estrangeiro, o diferente. Ao longo dos séculos, ao lado da vontade do monarca, da vontade da nação ou da vontade das maiorias, desenvolveu-se uma razão humanista que foi abrindo caminhos, iluminando a escuridão, empurrando a história. Desde a antiguidade, com Atenas, Roma e Jerusalém, o Direito “sempre foi encontrado na interseção entre história, razão e vontade”⁵¹.

Com a limitação do poder e a democratização do Estado e da sociedade, procurou-se abrigar a vontade majoritária e a razão iluminista dentro de um mesmo documento, que é a Constituição. O poder dominante, como regra geral, emana da vontade majoritária e das instituições através das quais ela se manifesta, que são o Legislativo e o Executivo. Vez por outra, no entanto, é preciso acender luzes na escuridão, submeter a vontade à razão. Nesses momentos raros, mas decisivos, as cortes constitucionais podem precisar ser os agentes da história. Não é uma missão fácil nem de sucesso garantido, como demonstram alguns exemplos da própria experiência americana.

*Brown v. Board of Education*⁵², julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1954, é o exemplo paradigmático de decisão iluminista, pelo enfrentamento aberto do racismo então dominante no Congresso e

50 Durante a Inquisição, homossexuais foram condenados à morte na fogueira. V. o verbete *Death by burning*, in *Wikipedia*, https://en.wikipedia.org/wiki/Death_by_burning: “Na Espanha, os primeiros registros de execuções pelo crime de sodomia são dos séculos 13 e 14, e é importante observar que o modo preferido de execução era a morte na fogueira”.

51 V. Paulo Barrozo, *The great alliance: history, reason, and will in modern law*, *Law and Contemporary Problems* 78:235, 2015, p. 270.

52 347 U.S. 483 (1954). O julgamento de *Brown* foi, na verdade, a reunião de cinco casos diversos, originários de diferentes estados: *Brown* propriamente dito, *Briggs v. Elliott* (ajuizado na Carolina do Sul), *Davis v. County School Board of Prince Edward County* (ajuizado na Virgínia), *Gebhart v. Belton* (ajuizado em Delaware), and *Bolling v. Sharpe* (ajuizado em Washington D.C.).

na sociedade⁵³. Em decisão unânime articulada pelo novo *Chief Justice*, Earl Warren, nomeado por Eisenhower, a Corte considerou que “havia uma intrínseca desigualdade na imposição de escolas separadas para negros e brancos” (“*separate educational facilities are inherently unequal*”), em violação à 14ª Emenda à Constituição americana, que impõe a igualdade perante a lei. A decisão enfatizou a importância da educação nas sociedades modernas e afirmou que a segregação trazia para as crianças negras “um sentimento de inferioridade quanto ao seu *status* na comunidade”. E, baseando-se em estudos de ciências sociais, concluiu que a segregação trazia significativas desvantagens psicológicas e sociais para as crianças negras⁵⁴. O caráter iluminista do julgado se manifestou na superação do senso comum majoritário – que escondia o preconceito por trás da doutrina do “separados, mas iguais”⁵⁵ – e na consequente mudança de paradigma em matéria racial, tendo funcionado como um catalisador do moderno movimento pelos direitos civis⁵⁶. As reações do *status quo* vieram de formas diversas: resistência ao cumprimento da decisão⁵⁷, a crítica política – a Corte teria agido como “uma terceira câmara legislativa”⁵⁸ e

53 A decisão envolveu a declaração de inconstitucionalidade de diversas leis e, nesse sentido, ela tem uma dimensão contramajoritária ou, mais propriamente, contra legislativa. Ademais, há autores que consideram que em meados da década de 50, já fosse majoritária na sociedade americana a posição contrária à segregação racial nas escolas. V. Corinna Barrett Lain, Upside-down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal* 101:113, 2012, p. 121-22, com remissão a Michael J. Klarman, Cass R. Sunstein e Jack Balkin. Isso faria com que *Brown* fosse uma decisão *representativa*, na categorização proposta neste trabalho. O argumento é questionável, sendo certo que, à época, leis de 17 estados previam a segregação racial, enquanto 16 a proibiam. Além disso, em primeiro grau de jurisdição, os autores das cinco ações foram derrotados. Em apelação, o Tribunal de Delaware assegurou o direito de 11 crianças frequentarem escolas juntamente com brancos. E o de Kansas reconheceu que a segregação produzia consequências negativas para as crianças negras. V. Jesse Greerspan, *10 Things You Should Know About Brown v. Board of Education*, May 16, 2014, in HISTORY.COM, disponível em <http://www.history.com/news/10-things-you-should-know-about-brown-v-board-of-education>. Seja como for, mesmo que a posição fosse de fato majoritária, ela não tinha como superar o bloqueio dos Senadores do sul a qualquer legislação federal nesse sentido. Gordon Silverstein, *Law's Allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*, 2009, p. 270-1.

54 Na nota de rodapé n. 11, a decisão cita os seguintes estudos: K.B. Clark, *Effect of Prejudice and Discrimination on Personality Development (Mid-century White House Conference on Children and Youth, 1950)*; Wüster e Kotinsky, *Personality in the Making (1952)*, c. VI; Deutscher e Chein, *The Psychological Effects of Enforced Segregation A Survey of Social Science Opinion*, 26 *J. Psychol.* 259 (1948); Chein, *What are the Psychological Effects of Segregation Under Conditions of Equal Facilities?*, 3 *Int. J. Opinion and Attitude Res.* 229 (1949); Brameld, *Educational Costs, in Discrimination and National Welfare (MacIver, ed., 1949)*, 44-48; Frazier, *The Negro in the United States (1949)*, 674-681. *And see generally Myrdal, An American Dilemma (1944)*.

55 *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

56 *V. Brown v. Board of Education, Leadership Conference on Civil and Human Rights*: “The *Brown* case served as a catalyst for the modern civil rights movement, inspiring education reform everywhere and forming the legal means of challenging segregation in all areas of society”. In <http://www.civilrights.org/education/brown/?>, acesso em 17 jan. 2017.

57 A decisão não explicitou o modo como seria executada para por fim à segregação racial nas escolas públicas. No ano seguinte, em um julgamento conhecido como *Brown II* (*Brown v. Board of Education* 349 U.S. 294 (1955)), a Suprema Corte delegou às cortes distritais a missão de dar cumprimento à decisão da Suprema Corte, cunhando a expressão que se tornaria célebre (e problemática): “com toda a velocidade recomendável” (“*with all deliberate speed*”). *Deliberate* também pode ser traduzido para o português como cauteloso.

58 Learned Hand, *The Bill of Rights* (Atheneum 1977), 1958, p. 55. V. tb. Michael Klarman, *The Supreme Court, 2012 Term - Comment: Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality*, 127 *Harv. L. Rev.* 127, 143 (2013).

a crítica doutrinária: *Brown* não teria observado “princípios neutros” de interpretação constitucional⁵⁹.

Outras importantes decisões da Suprema Corte americana podem ser consideradas iluministas na acepção aqui utilizada. *Loving v. Virginia*⁶⁰, julgado em 1967, considerou inconstitucional lei que interditava os casamentos entre pessoas brancas e negras. A decisão, também unânime, reverteu o precedente firmado em *Pace v. Alabama*⁶¹, de 1883. Desde os tempos coloniais, diversos estados possuíam leis anti miscigenação. Em 1967, quando da decisão em *Loving*, todos os 16 estados do sul tinham leis com esse conteúdo⁶². É possível, embora não absolutamente certo, que a maioria da população americana fosse contrária a tais leis, o que transformaria a decisão em representativa, no âmbito nacional, embora iluminista em relação aos estados do sul, por impor, heteronomamente, uma concepção de igualdade diversa da que haviam praticado até então. Cabe lembrar, uma vez mais, que o termo iluminista está sendo empregado para identificar decisão que não corresponde à vontade do Congresso nem ao sentimento majoritário da sociedade, mas ainda assim é vista como correta, justa e legítima. Alguém poderá perguntar: e quem certifica o caráter iluminista da decisão? Por vezes, os próprios contemporâneos vivem um processo de tomada de consciência após a sua prolação, captando o espírito do tempo (*Zeitgeist*). Quando isso não ocorre, cabe à história documentar se foi iluminismo ou, ao contrário, um descompasso histórico.

Duas últimas decisões aqui apontadas como iluministas apresentam as complexidades dos temas associados a convicções religiosas. Em relação a elas, a palavra iluminismo chega mais perto das suas origens históricas.

59 Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. *Harvard Law Review* 73:1, 1959, p. 34: “Dada uma situação em que o Estado precisa escolher entre negar a integração àqueles indivíduos que a desejam ou impô-la àqueles que querem evitá-la, é possível sustentar, com base em princípios neutros, que a Constituição exige que a reivindicação dos que querem a integração deve prevalecer?”.

60 388 U.S. 1 (1967).

61 106 U.S. 583 (1883).

62 O acórdão de *Loving v. Virginia* consignou, em sua nota de rodapé n. 5: “After the initiation of this litigation, Maryland repealed its prohibitions against interracial marriage, Md.Laws 1967, c. 6, leaving Virginia and 15 other States with statutes outlawing interracial marriage: Alabama, Ala.Const., Art. 4, § 102, Ala.Code, Tit. 14, § 360 (1958); Arkansas, Ark. Stat. Ann. § 55-104 (1947); Delaware, Del.Code Ann., Tit. 13, § 101 (1953); Florida, Fla.Const., Art. 16, § 24, Fla.Stat. § 741.11 (1965); Georgia, Ga.Code Ann. § 53-106 (1961); Kentucky, Ky.Rev.Stat. Ann. § 402.020 (Supp. 1966); Louisiana, La.Rev.Stat. § 14:79 (1950); Mississippi, Miss.Const., Art. 14, § 263, Miss.Code Ann. § 459 (1956); Missouri, Mo.Rev.Stat. § 451.020 (Supp. 1966); North Carolina, N.C.Const., Art. XIV, § 8, N.C.Gen.Stat. § 14-181 (1953); Oklahoma, Okla.Stat., Tit. 43, § 12 (Supp. 1965); South Carolina, S.C.Const., Art. 3, § 33, S.C.Code Ann. § 20-7 (1962); Tennessee, Tenn.Const., Art. 11, § 14, Tenn.Code Ann. § 36-402 (1955); Texas, Tex.Pen.Code, Art. 492 (1952); West Virginia, W.Va.Code Ann. § 4697 (1961)”.

Em *Roe v. Wade*⁶³, julgado em 1973, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, afirmou o direito de uma mulher praticar aborto no primeiro trimestre de gravidez, com total autonomia, fundada no direito de privacidade. Posteriormente, em *Planned Parenthood v. Casey*⁶⁴ (1992), o critério do primeiro trimestre foi substituído pelo da viabilidade fetal, mantendo-se, todavia, a essência do que foi decidido em *Roe*. A decisão é celebrada por muitos, em todo o mundo, como a afirmação de uma série de direitos fundamentais da mulher, incluindo sua autonomia, seus direitos sexuais e reprodutivos e a igualdade de gênero. Não obstante isso, a sociedade americana, em grande parte por impulso religioso, continua agudamente dividida entre os grupos pró-escolha e pró-vida⁶⁵. Há autores que afirmam que a decisão da Suprema Corte teria interrompido o debate e a tendência que se delineava a favor do reconhecimento do direito ao aborto, provocando a reação social (*backlash*) dos segmentos derrotados⁶⁶. Talvez. Mas aplica-se aqui a frase inspirada de Martin Luther King Jr, de que “é sempre a hora certa de fazer a coisa certa”⁶⁷.

Em *Obergefell v. Hodges*, decidido em 2015, a Suprema Corte julgou que o casamento é um direito fundamental que não pode ser negado a casais do mesmo sexo e que os estados devem reconhecer como legítimos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados em outros estados. Por 5 votos a 4, a maioria dos Ministros entendeu tratar-se de um direito garantido pelas cláusulas do devido processo legal e da igualdade inscritas na 14ª Emenda à Constituição. A decisão foi o ponto culminante de uma longa história de superação do preconceito e da discriminação contra homossexuais, que atravessou os tempos. Na própria Suprema Corte houve

63 410 U.S. 113 (1973).

64 505 U.S. 833 (1992).

65 De acordo com pesquisas realizadas pelo Gallup, de 1995 a 2008, a maioria dos americanos se manifestou em favor do direito de escolha. De 2009 a 2014, ocorreu uma inversão, com a prevalência dos que opinaram em favor da posição pró-vida. V. Lydia Saad, “More Americans ‘Pro-Life’ Than ‘Pro-Choice’ For First Time”. In: <http://www.gallup.com/poll/118399/More-Americans-Pro-Life-Than-Pro-Choice-First-Time.aspx>. Em 2015, ainda segundo o Gallup, o número dos que defendem a posição em favor do direito de escolha voltou a prevalecer. V. Lydia Saad, “Americans Choose ‘Pro-Choice’ For First Time in Seven Years”. In: <http://www.gallup.com/poll/183434/americans-choose-pro-choice-first-time-seven-years.aspx>.

66 Cass R. Sunstein, Three Civil Rights Fallacies. *California Law Review* 79:751, 1991, p. 766: “By 1973, however, state legislatures were moving firmly to expand legal access to abortion, and it is likely that a broad guarantee of access would have been available even without *Roe*. (...) [T]he decision may well have created the Moral Majority, helped defeat the equal rights amendment, and undermined the women’s movement by spurring opposition and demobilizing potential adherents”. Sobre o tema, v. tb. Robert Post e Reva Siegel, *Roe* rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 42:373, 2007.

67 Martin Luther King Jr., *The Future of Integration*. Palestra apresentada em Oberlin, 22 out. 1964. No original: “*The time is always right to do what’s right*”.

marcos anteriores, aqui já citados, como *Bowers v. Hardwick*⁶⁸, que considerou legítima a criminalização de relações íntimas entre pessoas do mesmo sexo, e *Lawrence v. Texas*⁶⁹, que superou este entendimento, afirmando o direito de casais homossexuais à liberdade e à privacidade, com base na cláusula do devido processo legal da 14ª Emenda à Constituição. Em seu voto em nome da maioria, o Justice Anthony Kennedy exaltou a “transcendente importância do casamento” e sua “centralidade para a condição humana”. Merece registro a crítica severa e exaltada do falecido Justice Antonin Scalia, acusando a maioria de fazer uma “revisão constitucional”, criar liberdades que a Constituição e suas emendas não mencionam e “roubar do povo (...) a liberdade de se autogovernar”. *Obergefell* representa um contundente embate entre iluminismo e originalismo. De acordo com algumas pesquisas, uma apertada maioria da população apoiava o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁷⁰, significando que a decisão da Suprema Corte, em verdade, poderia ser considerada representativa, ainda que contra legislativa.

A verdade, porém, é que mesmo decisões iluministas, capazes de superar bloqueios institucionais e empurrar a história, precisam ser seguidas de um esforço de persuasão, de convencimento racional. Os derrotados nos processos judiciais que envolvam questões políticas não devem ter os seus sentimentos e preocupações ignorados ou desprezados. Portanto, os vencedores, sem arrogância, devem continuar a expor com boa-fé, racionalidade e transparência suas motivações. Devem procurar ganhar, politicamente, o que obtiveram em juízo⁷¹. Já houve avanços iluministas conduzidos pelos tribunais que não prevaleceram, derrotados por convicções arraigadas no sentimento social. Foi o que se passou, por exemplo, em relação à pena de morte. Em *Furman v. Georgia*⁷², julgado em 1972, a Supre-

68 478 U.S. 186 (1986).

69 539 U.S. 558 (2003).

70 V. Justin McCarthy, U.S. Support for Gay Marriage Stable After High Court Ruling. In: <http://www.gallup.com/poll/184217/support-gay-marriage-stable-high-court-ruling.aspx>, 17 jul. 2015. A pesquisa realizada pelo Gallup, em que se baseia a matéria, aponta um percentual de apoio de 58%. Pesquisa da Associated Press exibiu índices mais apertados: 42% a favor e 40% contra. Curiosamente, quando perguntados, na mesma pesquisa, se apoiavam ou não a decisão da Suprema Corte, 39% disseram-se a favor e 41% contra. V. David Crary e Emily Swanson, AP Poll: Sharp Divisions After High Court Backs Gay Marriage. In: <http://www.lgbtqnation.com/2015/07/ap-poll-sharp-divisions-after-high-court-backs-gay-marriage/>, 19 jul. 2015.

71 Gordon Silverstein, *Law's Allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*, 2009, p. 268: “O uso mais efetivo para as decisões judiciais é quando elas funcionam como um ariete, quebrando barreiras políticas e institucionais. Mas a omissão em dar continuidade ao debate sobre o tema, utilizando a arte política da persuasão, coloca esses ganhos em risco se – e quase inevitavelmente, quando – o Judiciário mudar, novos juízes assumirem e novas correntes de interpretação ou novas preferências judiciais emergirem”.

72 408 U.S. 238 (1972).

ma Corte considerou inconstitucional a pena de morte, tal como aplicada em 39 Estados da Federação⁷³. O fundamento principal era o descritório nas decisões dos júris e o impacto desproporcional sobre as minorias. Em 1976, no entanto, a maioria dos Estados havia aprovado novas leis sobre pena de morte, contornando o julgado da Suprema Corte. Em *Gregg v. Georgia*⁷⁴, a Suprema Corte terminou por reconhecer a validade da nova versão da legislação penal daquele Estado.

O constitucionalismo é produto de um conjunto de fatores históricos que incluem o contratualismo, o iluminismo e o liberalismo. Supremas Cortes de Estados democráticos devem atuar com fidelidade aos valores subjacentes a esses movimentos políticos e filosóficos que conformaram a condição humana na modernidade, assim como suas instituições. Porém, a realização da justiça, como qualquer empreendimento sob o céu, está sujeita a falhas humanas e a acidentes. Por vezes, em lugar de conter a violência, ser instrumento da razão e assegurar direitos fundamentais, tribunais podem eventualmente fracassar no cumprimento de seus propósitos. Na história americana, pelo menos duas decisões são fortes candidatas a símbolo das trevas, e não das luzes. A primeira foi *Dred Scott v. Sandford*⁷⁵, de 1857, em que a Suprema Corte afirmou que negros não eram cidadãos americanos e, conseqüentemente, não tinham legitimidade para estar em júízo postulando a própria liberdade. A decisão é considerada, historicamente, o pior momento da Suprema Corte⁷⁶. Também merece figurar do lado escuro do constitucionalismo americano a decisão em *Korematsu v. United States*⁷⁷, julgado em 1944, quando a Suprema Corte validou o ato do Executivo que confinava pessoas de origem japonesa, inclusive cidadãos americanos, em campos de internação (e encarceramento). A decisão, que afetou 120.000 pessoas⁷⁸,

73 Para um estudo da questão, v. Corinna Barrett Lain, *Upside-down judicial review*, (January 12, 2012). Disponível no sítio Social Science Research Network - SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1984060> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984060>, p. 12 e s.

74 428 U.S. 153 (1976).

75 60 U.S. 393 (1857).

76 Robert A. Burt, *What was wrong with Dred Scott, what's right about Brown*. *Washington and Lee Law Review* 42:1, 1985, p. 1 e 13: "No Supreme Court decision has been more consistently reviled than *Dred Scott v. Sandford*. Other decisions have been attacked, even virulently, by both contemporary and later critics; (...) But of all the repudiated decisions, *Dred Scott* carries the deepest stigma. (...) *Dred Scott* may have proven the Supreme Court's unreliability as a wise guide, as a moral arbiter, for a troubled nation".

77 323 U.S. 214 (1944).

78 Evan Bernick, "Answering the Supreme Court's Critics: The Court Should Do More, Not Less to Enforce the Constitution". *The Huffington Post*, 23 out. 2015. Disponível em: http://www.huffingtonpost.com/evan-bernick/answering-the-supreme-cou_b_8371148.html. Acesso em 18 jan. 2016.

é generalizadamente criticada⁷⁹, tendo sido referida como “uma mancha na jurisprudência americana”⁸⁰.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal proferiu diversas decisões que podem ser consideradas iluministas no sentido exposto acima. A Corte, por exemplo, reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas, com base no direito à não discriminação em razão do sexo e na proteção constitucional conferida à família⁸¹. Em 2016, julgou inconstitucional norma que regulava a vaquejada, antiga manifestação cultural do nordeste do país em que uma dupla de vaqueiros, montada a cavalos, busca derrubar o touro em uma área demarcada. Apesar da popularidade da prática, o Tribunal entendeu que ela ensejava tratamento cruel de animais vedado pela Constituição Federal⁸². Mais recentemente, a Corte declarou a inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, com base nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em seu direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade⁸³. No que tange a tais casos, evidências indicam que o Tribunal decidiu em desacordo com a visão dominante na população e no Legislativo, marcadamente conservador⁸⁴.

O papel iluminista também se manifesta em diversos casos paradigmáticos decididos por cortes estrangeiras. No famoso caso Lüth⁸⁵, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu a possibilidade de reinterpretar normas infraconstitucionais de direito privado, à luz dos valores expressos

79 Noah Feldman. “Why Korematsu Is Not a Precedent”. *The New York Times*, 18 nov. 2016. Disponível em: https://www.nytimes.com/2016/11/21/opinion/why-korematsu-is-not-a-precedent.html?_r=0. Acesso em 18 jan. 2016.

80 V. Carl Takei, “The incarceration of Japanese Americans in World War II Does Not Provide a Legal Cover for Muslim Registry”. *Los Angeles Times*, 27 nov. 2016. Disponível em: <http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-takei-constitutionality-of-japanese-internment-20161127-story.html>. Acesso em 18 jan. 2016.

81 STF, Pleno, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, DJe, 14.10.2011.

82 STF, Pleno, ADI 4983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.2016. Lamentavelmente, uma Emenda Constitucional foi aprovada posteriormente à decisão, com vistas a superá-la, procurando legítimar a prática considerada cruel pelo STF. V. Emenda Constitucional 96, promulgada em 6 jun 2017.

83 STF, Primeira Turma, HC 124.306, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 29.11.2016.

84 Quanto às uniões homoafetivas, pesquisa do IBOPE indicou que 55% da população eram contra seu reconhecimento (Ibope: 55% da população é contra união civil gay. *Revista Época*, 28 jul. 2011, disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI252815-15228,00.html>>; A decisão a respeito da vaquejada foi objeto de emenda constitucional com o propósito de assegurar a continuidade da prática. A emenda foi aprovada no Senado e seguiu para apreciação da Câmara dos Deputados (disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/127262>, acesso em: 27 mar. 2017). Por fim, a declaração de inconstitucionalidade da criminalização do aborto no primeiro trimestre de votação motivou protestos de parlamentares e provocou a constituição de comissão na Câmara dos Deputados para buscar reverter a decisão do STF (ROSSI, Marina. Câmara faz ofensiva para rever decisão do Supremo sobre aborto: Na mesma noite em que o STF determina que aborto até o terceiro mês não é crime, deputados instalam comissão para rever a decisão. *El País*. Brasil. 2 dez. 2016; disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/30/politica/1480517402_133088.html>, acesso em: 27 mar. 2017). acesso em 27 mar. 2017).

85 BVerfGE 7, 198, Lüth-Urteil, j. 15.01.1958.

pelos direitos fundamentais⁸⁶. A decisão foi considerada o marco inicial do processo de constitucionalização do direito, e possibilitou, na Alemanha, uma verdadeira revolução no direito civil⁸⁷. Contudo, sua relevância era possivelmente difícil de ser acessada, à época, pela população em geral⁸⁸. Em 1995, em sua primeira grande decisão, e ainda sob a Constituição interina que regeu a transição no país, a recém criada Suprema Corte da África do Sul aboliu a pena de morte, pondo fim a uma prática de décadas de execução de criminosos condenados por crimes graves, em sua grande maioria negros.⁸⁹ Diferentemente do que se possa imaginar, a decisão foi contrária a boa parte da população, havendo, ainda hoje, partidos e grupos organizados formados por brancos e negros em favor do retorno da pena capital. Em 2014, em um caso que se tornou bastante famoso devido ao seu ineditismo, a Suprema Corte da Índia reconheceu aos transgêneros o direito à auto identificação de seu sexo como masculino, feminino ou “terceiro gênero”.⁹⁰ Também ordenou que o governo tome medidas para promover a conscientização da população e promova políticas que facilitem o acesso de transgêneros a empregos e instituições de ensino.

Antes de concluir, é pertinente uma última reflexão. Foi dito que cortes constitucionais podem desempenhar três papéis: contramajoritário, representativo e iluminista. Isso não quer significar que suas decisões sejam sempre acertadas e revestidas de uma legitimação *a priori*. Se o Tribunal for contramajoritário quando deveria ter sido deferente, sua linha de conduta não será defensável. Se ele se arvorar em ser representativo quando não haja omissão do Congresso em atender determinada demanda social, sua ingerência será imprópria. Ou se ele pretender desempenhar um papel iluminista fora das situações excepcionais em que deva, por exceção, se imbuir da função de agente da história, não haverá como absolver seu comportamento.

86 QUINT, Peter E. *Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory*. *Maryland Law Review*, v. 48, n. 2, 1989, p. 247-290.

87 Barroso, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

88 No caso, Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, defendeu, com base no direito constitucional à liberdade de expressão, a legitimidade da convocação de um boicote a um filme dirigido por um cineasta nazista. O cineasta e seus parceiros comerciais, por sua vez, alegavam que o Código Civil Alemão vedava a medida. Na oportunidade em que o caso foi decidido pelo Tribunal Constitucional Federal, o filme já havia sido veiculado e fora um sucesso de bilheteria, de modo que, neste aspecto prático, a decisão tinha baixa repercussão pública. V. COLLINGS, Justin. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, p. 57-62; NOACK, Frank. *Veit Harlan: The Life and Work of a Nazi Filmmaker*. Lexington: The University Press of Kentucky, 2016.

89 *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995].

90 *National Legal Services Authority v. Union of India*, 2014

Além disso, cada um dos papéis pode padecer do vício da desmedida ou do excesso: o papel contramajoritário pode degenerar em excesso de intervenção no espaço da política, dando lugar a uma indesejável ditadura do Judiciário; o papel representativo pode desandar em populismo judicial, que é tão ruim quanto qualquer outro; e a função iluminista tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, atrasa a história.

Felizmente, sociedades democráticas e abertas, com liberdade de expressão, debate público e consciência crítica, costumam ter mecanismos eficientes para evitar esses males. Para que não haja dúvida: sem armas nem a chave do cofre, legitimado apenas por sua autoridade moral, se embaralhar seus papéis ou se os exercer atrabiliariamente, qualquer Tribunal caminhará para o seu ocaso político. Quem quiser se debruçar sobre um *case* de prestígio mal exercido, de capital político malbaratado, basta olhar o que se passou com as Forças Armadas no Brasil de 1964 a 1985. E quantos anos no sereno e com comportamento exemplar têm sido necessários para a recuperação da própria imagem.

V. CONCLUSÃO

O presente ensaio procurou explorar alguns temas relevantes e recorrentes do direito constitucional contemporâneo, dentro de um cenário de intensa circulação mundial de ideias, inúmeras publicações específicas e de sucessivos encontros internacionais envolvendo acadêmicos e juízes constitucionais de diferentes países. Cultiva-se, crescentemente, a imagem de um constitucionalismo global. Para evitar ilusões, deve-se registrar, desde logo, que ele não corresponde à criação de uma ordem jurídica única, com órgãos supranacionais destinados a fazê-la cumprir. Essa é uma ambição fora de alcance na quadra atual. Mais realisticamente, constitucionalismo global se traduz na existência de um patrimônio comum de valores, conceitos e instituições que aproximam os países democráticos, criando uma gramática, uma semântica e um conjunto de propósitos comuns.

As democracias contemporâneas são feitas de votos, direitos e razões. Juízes e tribunais, como regra, não dependem de votos, mas vivem da proteção de direitos e do oferecimento de razões. Nesse ambiente, Supremas Cortes e Cortes Constitucionais desempenham três grandes papéis: contramajoritário, quando invalidam atos dos Poderes eleitos; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas;

e iluminista, quando promovem avanços civilizatórios independentemente das maiorias políticas circunstanciais. Essa última competência, como intuitivo, deve ser exercida em momentos excepcionais e com grande cautela, pelo risco autoritário que envolve. Mas a proteção de negros, mulheres, homossexuais e minorias em geral não pode mesmo depender de votação majoritária ou pesquisa de opinião.

Por fim, mesmo nos países em que uma Corte dá a última palavra sobre a interpretação da Constituição e a constitucionalidade das leis, tal fato não a transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional deve funcionar como uma etapa da interlocução mais ampla com o legislador e com a esfera pública, sem suprimir ou oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes. ❖

Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira por Ocasão da sua Aposentadoria na UERJ

Discurso proferido pelo prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro por ocasião da aposentadoria do prof. José Carlos Barbosa Moreira na Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ.

“Discursos, convém que sejam poucos, se possível, que sejam bons; em qualquer caso, que sejam breves”. Esta foi a advertência do Professor José Carlos Barbosa Moreira no discurso proferido para a sua última turma de bacharelados da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 1996. Prometo cumprir, pelo menos, a advertência final sobre a brevidade.

Fui escolhido para falar em nome de todos os ex-alunos do Professor José Carlos, por dois motivos: o primeiro, em decorrência de erro inescusável de meus pares na indicação da pessoa; o segundo, pelo fato de ser ex-aluno da primeira turma, a de 1972, que o Professor acompanhou e à qual emprestou o seu nome. Falo, portanto, como o mais velho.

Aliás, que ninguém me ouça, sempre existiu uma certa rivalidade *in bonam partem* entre as diversas turmas do Professor José Carlos, cada qual a se proclamar como a preferida e a melhor. Sempre que instado por alunos desta ou daquela turma, o mestre respondia com um sorriso enigmático: “Existem muitas moradas na casa do pai!”

Não pretendo fazer um discurso elaborado, intelectual, profundo em filosofia e muito menos técnico, com citações diversas de autores estrangeiros, como poderia convir a uma cerimônia própria de uma academia inglesa; os dados da biografia do Professor – quando fez a primeira comunhão, se foi crismado – também não serão considerados, por absoluta falta de relevância jurídica. Pretendo imprimir neste discurso a mesma marca, a mesma linha que o Professor José Carlos imprimiu na sua vida como Professor: a da simplicidade, mesmo sendo grande, e a do amor pelos seus alunos.

Quero falar de coisas que são comuns a quase todos os seus alunos e, certamente, a todos que aqui estão hoje – da admiração, do carinho, da amizade, da influência que ele exerceu em nossas vidas.

Quero falar do Professor José Carlos Barbosa Moreira.

Lá nos idos de 1968/69, na antiga UEG, então Universidade do Estado da Guanabara, no casarão do Catete, um dia, ao sair de uma aula, passando pelo corredor do 2º andar, parei em frente ao salão nobre para ouvir a defesa da tese de um jovem. Um jovem um tanto quanto folgado e muito atrevido, que ficava todo o tempo rebatendo com veemência a arguição da Banca. Parecia estar brigando e ao mesmo tempo ensinando aos velhinhos. Desculpem a expressão “velhinhos”, mas foi exatamente o que me passou naquele momento e marcou muito a minha vida, pelo enfrentamento, pela didática, pela ironia, e ao mesmo tempo pela elegância do examinando. Foi aí que, pela primeira vez, vi, sem saber ainda o seu nome, o Professor José Carlos Barbosa Moreira, que defendia tese para livre docência, intitulada “O Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Cíveis”.

Mais tarde, aquele mesmo Professor começou a dar aulas para a nossa turma, no ano de 1971, e as surpresas foram inúmeras. Seria lugar comum dizer que as salas de aula ficavam lotadas e na antiga UEG eram 300 alunos, 150 pela manhã e mais de 150 à noite. Pois alunos de outras turmas, àquela época, já corriam para assistir às aulas do mestre que despontava.

Existem passagens interessantes daquela época que marcam a dimensão do Professor, sua preocupação, eu diria até obsessiva com os seus alunos – vez por outra, para não atrasar as suas aulas, em decorrência do trânsito, estacionava seu carro bem longe da faculdade e vinha em passos acelerados, para não perder um minuto sequer daquele convívio, daquela comunhão. Outra passagem pitoresca que o Professor sequer lembra, mas eu lembro bem, pois tentei fazer experiência semelhante e que foi malsucedida, ocorreu na turma da noite, quando a luz faltou. O Professor continuou a sua aula com o absoluto silêncio e a atenção da turma, quando o normal seria o que aconteceu com a minha turma: uma absoluta algazarra, só contida depois de algum tempo.

Cada turma tem a sua história, as suas lembranças. Quem não se recorda das figuras que o Professor José Carlos usava para ilustrar as suas aulas? Em 1972, a fábula da Bela Adormecida no Bosque servia de base à compreensão do recurso intitulado “o agravo no auto do processo”, parente mais velho do que hoje conhecemos como o agravo retido. Para explicar o

efeito devolutivo do recurso de apelação, com a devida vênia, o Professor, à época, usava as curvas da Claudia Cardinale. Para quem não a conheceu, foi realmente uma mulher muito interessante. Hoje nós teríamos que invocar uma figura mais moderna, sob pena de usando aquela personagem de então desestimular por completo o interesse dos alunos quanto ao aprendizado do efeito devolutivo do recurso de apelação.

Mas o legado do mestre não foi só a didática, o conhecimento da técnica processual. Muitas foram as lições de vida, de solidariedade, de respeito pelos seus alunos.

O Professor, desde sua primeira turma, sabia o nome de todos os seus alunos. Ele dizia ser “impossível uma relação afetiva entre seres inominados”. Daí o esforço que ele fazia para identificar cada aluno, guardando o nome de todos nós e até hoje na memória e no coração.

No coração, porque todos nós temos alguma coisa que fazemos de melhor. Se fala muito “no melhor lado de uma pessoa” – aqueles feitos que praticamos de modo mais espontâneo, mais rico, com maior amor. Tenho absoluta certeza, sem medo de errar, que a melhor parte do Professor José Carlos ele deu para os seus alunos, para as suas turmas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

É certo que o Professor José Carlos foi advogado brilhante, Procurador do Estado ímpar, magistrado incomparável que aliava a técnica a serviço dos fins sociais e políticos que informam o exercício da função jurisdicional. A Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, a qual o Professor José Carlos presidia, era considerada a vitrine do Tribunal. Falo não por ouvir dizer, mas como testemunha, por ter tido o privilégio de trabalhar com o Professor, tanto na Procuradoria Geral do Estado como no Tribunal de Justiça.

As obras do Professor – sua produção acadêmica – fruto do seu magistério, são conhecidas, certamente, de todos nós. Mas não podemos deixar de mencionar os seus Comentários ao Código de Processo Civil; O Novo Processo Civil Brasileiro; O Litisconsórcio Unitário; as suas teses de docência e titularidade; o seu Direito Aplicado – uma seleção de belíssimos acórdãos. Os ensaios, com um único volume escrito em 1971, e os Temas de Direito Processual Civil, todos com estudos que são verdadeiras pérolas, como: Questões Prejudiciais e Questões Preliminares (1965); O Litisconsórcio e seu Duplo Regime (1968); A Ação Popular no Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados Interesses Difusos (1977); Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados

(1977); Processo Civil e Direito à Preservação da Intimidade (1980); Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos (1983); A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo (1984); Tendências na execução de Sentença e Ordens Judiciais (1985); Problemas Relativos a Litígios Internacionais (1992), e mais recentemente, Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo (1995) e A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas (1996).

Todas essas obras servem de guia, de ponto de partida, orientação para todos os cultores do direito processual civil no Brasil e mesmo no exterior.

Sobre escritos do Professor José Carlos, especialmente sobre os Temas de Direito Processual, as palavras do amigo Sérgio Bermudes dizem tudo:

“... Nenhum de nós conseguirá alçar-se às alturas onde paira, dominante, esse jurista perfeito, convertido, pelo talento, pela aplicação e pela produção intelectual, em mestre e guia de todos. BARBOSA MOREIRA desfruta, na comunidade jurídica nacional, do raro privilégio do acatamento unânime. É sua palavra definitiva, cuja autoridade não se desafia, nem se discute porque se sabe fundada no mais amplo conhecimento, na investigação minuciosa, demonstrada neste livro, como em todos da sua lavra, pelas notas opulentas, reveladoras do que há de bom e atual na doutrina e na jurisprudência hodiernas de todo o mundo...”

Mas era em sala de aula que o Professor se transformava. Suas lições, verdadeiras obras de arte, ofuscavam todo o resto. Não seria exagero afirmar tratar-se de uma graça divina e não de um esforço humano.

Ele conseguiu e consegue até hoje, apesar da distância, manter um grande número de alunos em permanente contato. Um vínculo, como se afirma, que transcende o plano da comunicação para o de uma verdadeira comunhão.

O Professor José Carlos foi muito além de um Professor que passa e repassa conhecimentos; fez, citando uma expressão que ele gosta de utilizar, a cabeça de muitos.

Só na UERJ, além de quase todos os Professores do Departamento de Direito Processual serem ex-alunos do Mestre, outros tantos ministram aulas em disciplinas diversas.

O Professor conseguiu alcançar o que eu considero pleno na vida de um Mestre: servir de imagem, de referência, despertar vocações, mesmo àqueles que a tinham em pequena escala.

O embrião da escola processual de Copacabana, composta nas suas origens por dois únicos personagens, o Professor José Carlos e seu mestre Luiz Machado Guimarães, germinou e deu frutos, fez discípulos.

Não pode haver glória maior para um mestre do que a de ver e a de assistir os seus discípulos a passar aqueles ensinamentos que com tanto desprendimento e amor incutiu-lhes.

Nós, seus alunos e discípulos, levamos e guardamos, como dizia o grande Milton Nascimento, “debaixo de sete chaves, dentro do coração”, essa melhor parte do mestre e a dividimos com os nossos alunos, que se incorporaram também a essa grande família espiritual. O Professor e D^a Gilka têm netos espirituais, alunos de seus alunos, que hoje lecionam na nossa Faculdade e nas várias outras espalhadas pelo Brasil afora.

Não foi por acaso que tudo isso aconteceu. O Mestre cumpriu a promessa que fez sucessivamente às suas diversas turmas, desde 1972, “de que a partida, a formatura não representava um fim, mas sim um novo começo”. Na formatura da última turma – 1996, voltava ao tema dizendo a seus alunos: “não se livrarão de mim com tamanha facilidade. Hão de consentir – como, para meu imenso júbilo, vêm consentindo tantos e tantos bacharéis de anos anteriores – que eu os acompanhe mais um pouco, o máximo que prouver a Deus, se nem sempre com os olhos, pelo menos sempre no coração”.

E assim tem acontecido com grande parte de seus ex-alunos. Os que tiveram e os que têm o privilégio de conviver não só com o mestre, mas também com D^a Gilka, que adotou com imenso carinho e com amizade sincera, que transcende e supera o plano técnico-jurídico, os filhos espirituais do Professor José Carlos. A ela o nosso reconhecimento, admiração, carinho e gratidão.

É comum ver o Professor José Carlos e D^a Gilka participando de festividades diversas que envolvem seus ex-alunos: casamentos, aniversários e jantares comemorativos.

Não foram poucos aqueles que de uma forma ou de outra tiveram a ajuda espontânea e sem alarde, o carinho, a mão do Professor, seja na vida profissional, seja em outras situações do dia a dia.

O Professor fez discípulos, alcançou a afeição de todos os seus alunos e cultivou, juntamente com D^a Gilka, a amizade de muitos, tantos quantos era possível. Essas situações, que o Professor considera verdadeiros dons, graças, foram recolhidas por ele – são estas as suas palavras – “com a alma em alvoroço e guardada entre os troféus mais caros da sua vida espiritual, como gema de preço inestimável”.

Uma das poucas discordâncias que temos – falo por todos, penso –, é com o fundamento que o Professor utilizou para aposentar-se. Dizia o mestre: “eis que é chegada a oportunidade de passar da intenção ao ato. Os cantores devem ter a sabedoria de sair de cena antes de começarem a desafinar nos agudos; os jogadores de futebol, a de pendurar as chuteiras antes de começarem a perder, sucessivamente, cobranças de pênaltis. Também para os professores existe um momento apropriado, que seria pouco sábio passar em brancas nuvens. Não parece nada invejável a sorte de quem, tendo podido retirar-se enquanto ouvia lamentar a partida como prematura, cometa a suprema imprudência de demorar-se, correndo o risco de ouvir, com o andar do tempo, outra espécie de lamentações.”

Se quanto a esse fundamento discordamos, por outro lado, reconhecemos que o Professor pode dar por cumprida, pelo menos no dia a dia da UERJ, a sua missão, com folga e com crédito.

Agora o Professor pode cumprir uma série de compromissos no exterior e no Brasil, que eram relegados a um plano secundário, diante de seu compromisso acadêmico na UERJ.

Nós, seus alunos, temos que admitir que é hora de permitir a democratização do Professor, dividi-lo com outros tantos, que não tiveram o privilégio de tê-lo como Professor exclusivo por anos a fio.

Em razão da nossa comunhão com o Professor, nos orgulhamos de suas vitórias, dos títulos que alcançou, dos cursos e das conferências que a todo tempo está ministrando no exterior. Do mesmo modo, Professor, que o Sr. se realiza e vibra com os feitos dos seus alunos, eles se rejubilam com a sua fama. É como se uma parte de nós estivesse presente junto com o senhor neste momento. Seus feitos também são nossos.

Sei como foi dura essa sua decisão de aposentar-se, e as saudades que tem das salas de aula, onde, de acordo com as suas palavras, “transcorreram muitas das horas mais felizes de sua vida”.

Mas uma coisa é certa: aqui estamos nós e continuaremos sempre juntos, aqui e acolá, se nem sempre com os olhos, pelo menos sempre no coração.

Juntos, conseguimos, todos, superar distâncias e prioridades. Conjugamos o verbo amar na sua acepção mais pura.

Esta reunião de alunos de todas as suas turmas representa um testemunho dessa verdade tão bem sintetizada na poesia de Carlos Drummond de Andrade:

Além da terra, além do céu,
no trampolim do sem fim das estrelas
no rastro dos astros
na magnólia das nebulosas
Além, muito além do sistema solar,
até onde alcançam o pensamento e o coração
vamos conjugar
o verbo fundamental, essencial,
o verbo transcendente, acima das gramáticas
e do medo e da moeda e da política
o verbo sempreamar
o verbo pluriamar
razão de ser e de viver.”

Não quero que este discurso seja de tristeza, mas sim de emoção, de alegria por estarmos juntos, e quero encerrá-lo falando para o casal, agora em nome de todos, da própria Faculdade de Direito – alunos, funcionários e professores –, do mesmo modo e com as mesmas palavras que o Professor utilizou quando se despediu de sua primeira turma, da minha turma de 1972:

“Ides agora dispersar-vos; mas só fisicamente é que nos vamos, em certa medida, separar. As marcas impressas em vós e em nós pela comunhão a que me referi, essas já se incorporam ao próprio ser de cada qual, e desafiam tempo e distância. Juntos, mercê de Deus, fizemos algo de belo, e, como cantava o poeta: *A thing of beauty is a joy forever*. Despeçamo-nos, pois, em alegria. Parti: algo de nós vos acompanha, muito de vós fica conosco. Parti. Sede Felizes. ❖

Outubro de 1997

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Limites Objetivos da Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil

Humberto Theodoro Júnior

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, da International Association of Procedural Law e da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Doutor em Direito. Advogado.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Coisa julgada e defesa do réu. 3. Razão de decidir e coisa julgada material. 4. O regime das questões prejudiciais no CPC/2015. 5. Limites objetivos da coisa julgada segundo o CPC/2015. 6. Motivos da sentença não são alcançados pela coisa julgada, segundo antiga doutrina. 7. Distinção entre motivo e *ratio decidendi*. 8. Revisão do mito de que só o dispositivo da sentença passa em julgado. 9. Coisa julgada e questão prejudicial, na passagem do CPC/1973 para o CPC/2015. 10. Uma visão atualizadíssima da teoria da necessária estabilidade das decisões judiciais de mérito. 11. Tendência do direito comparado e a posição do novo CPC. 11.1. Processo civil espanhol. 11.2. Processo civil da Federação Russa. 11.3. Processo civil português. 11.4. Processo civil italiano. 11.5. Processo civil alemão. 12. Síntese.

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido em torno do conceito da coisa julgada material, tema que o direito positivo brasileiro sintetiza, em termos prático e claros, no art. 502 do CPC/2015:

“Denomina-se coisa julgada material a *autoridade* que torna *imutável e indiscutível* a decisão de mérito *não mais sujeita a recurso*” (g.n.)

Com isso, torna-se certo que, entre nós, não mais se discute sobre ser ou não a *res iudicata* um efeito da decisão judicial. É ela, para nosso direito processual, uma *qualidade* do julgado, que o torna imutável e indiscutível – no mesmo processo ou em futuras causas entre as mesmas partes, em torno da mesma questão – aquilo que restou assentado em decisão de mérito contra a qual não mais caiba recurso algum.

O que remanesce problemático é, de certa forma, a delimitação do alcance prático da indiscutibilidade e imutabilidade do decisório passado em julgado.

O novo Código inovou no tratamento dos limites objetivos da coisa julgada, principalmente por ter incluído em tais limites a resolução da *questão prejudicial*, independentemente do manejo da antiga *ação declaratória incidental* (art. 503, § 1^a). É a partir dessa inovação normativa que se impõe um reexame da doutrina nacional historicamente construída sobre direito positivo, muito diferente do que veio a ser implantado pelo Código de 2015. É o que intentaremos fazer no presente ensaio.

Dois temas relevantes constituirão objeto de nossa preocupação: (*i*) a exclusão outrora feita da fundamentação da sentença do alcance da coisa julgada, que deveria se restringir a proteger apenas a resposta ao pedido do autor (dispositivo da sentença); e (*ii*) a irrelevância da defesa do demandado na delimitação da *res iudicata*, pelo mesmo motivo, ou seja, por se limitar a uma simples resistência ao pedido do autor, este sim configurador do objeto do processo resolvido no dispositivo da sentença.

2. COISA JULGADA E DEFESA DO RÉU

Prevalecia em nossa doutrina prática tradicional a identificação do objeto do processo com o *pedido* do autor, manifestado na petição inicial. A decisão de mérito, nessa perspectiva, seria a resposta judicial àquele pedido. O réu, ao contestar a ação, não ampliaria o objeto litigioso (a não ser quando usasse a reconvenção), visto que não formularia pedido, limitando-se a resistir ao pedido do autor, ficando sua pretensão restrita ao pleito de improcedência da pretensão do adversário.

Essa visão, todavia, está ultrapassada, se se atenta ao sistema do novo CPC. Se a coisa julgada deve incidir sobre a *questão principal* e a *questão*

prejudicial, como deixa claro o CPC/2015 (art. 503, *caput*, e § 1^a), o que se torna relevante na espécie são as *questões* deduzidas em juízo, em torno da resolução a ser dada ao objeto do processo (não importando quem as tenha suscitado). Se a autoridade da decisão de mérito abarca os pontos controvertidos (questões principais) relacionados com a pretensão de direito material formulada pelo autor, não se pode deixar de incluir entre tais questões aquelas que o réu, em sua defesa, invoca com base em fatos jurídicos novos, não para negar o *fato constitutivo básico* trazido pelo autor para fundamentar seu pedido, mas para afastar, *in concreto*, as consequências jurídico-materiais por este pretendidas na propositura da demanda.

É, *v.g.*, o caso da prescrição, da decadência, do pagamento, da compensação, e de qualquer defesa indireta de mérito. A resolução do mérito da causa, tomada a partir do acolhimento ou rejeição dessa modalidade de defesa, não pode deixar de ser vista como solução de *questão principal*, ou, pelo menos de *questão prejudicial*, conforme o caso. E assim sendo, a força de *coisa julgada material* haverá de manifestar-se tanto em face do autor como do réu, pouco importando que a questão resolvida tenha sido provocada por uma ou outra parte. O certo é que a controvérsia se pôs em juízo envolvendo tema relevante integrante do objeto litigioso e, de tal sorte, teria figurado como *tema decisivo* para o acolhimento ou a rejeição do pedido identificador do objeto do processo, ou seja, do seu mérito.

O direito de ação, como direito subjetivo público, autônomo e abstrato, que visa à tutela jurisdicional do Estado, não cabe apenas ao autor. Assim, como este o exercita por meio da petição inicial, o réu, da mesma forma, também o faz mediante contestação; pois, tanto no ataque do primeiro como na defesa do segundo, o que se busca é uma só coisa: a providência oficial que há de pôr fim à lide, mediante aplicação da vontade concreta da lei à situação controvertida.

Daí a lição de COUTURE de que o direito de defesa em juízo se afigura como um direito paralelo à ação manipulada pelo autor. Pode-se dizer, com o grande mestre, que é a ação do réu. “O autor pede justiça reclamando algo contra o demandado e este pede justiça solicitando a repulsa da demanda”.¹

1 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 55, p. 91. Para o novo Código de Processo Civil francês, a ação cabe tanto ao autor como ao réu. Para o autor é o direito de ser ouvido em juízo acerca de uma pretensão, a fim de que o juiz a reconheça procedente ou improcedente. Para o demandado, é o direito de discutir a procedência da mesma pretensão (art. 300) – NCPC, art. 336.

Como observa DIDIER JÚNIOR, a tendência doutrinária atual é no sentido de incluir no *objeto litigioso* tanto o *pedido* como a *causa de pedir*. Nesse sentido, para se reconhecer que ocorre a coisa julgada, oponível a uma nova demanda, a lei exige a identidade de pedido e de causa de pedir entre as duas causas (CPC/2015, art. 337, VII e §§ 1º a 4º). A partir dessa ótica, o processualista conclui, com acerto, que o réu participa na formação do objeto litigioso não só quando propõe uma demanda nova contra o autor, em situação de promovente de resposta reconvenicional ou de pedido contraposto. Também o faz sempre que na contestação exerce, em face do autor, um *contradireito*, como exemplificativamente se dá nos casos de compensação e direito de retenção. Ao praticar defesa desse teor, “o réu acrescenta ao processo a afirmação de um direito que *comporá o objeto litigioso* da decisão”. Ou seja, o juiz – no plano da coisa julgada material – decidirá sobre a existência deste contradireito como uma *questão principal*².

Conclui DIDIER JÚNIOR [e com ele nos pomos afinados] que:

“O objeto litigioso, nesse caso, passa a ser o conjunto das afirmações de existência de um direito feitas pelo autor e pelo réu. Resumidamente, no caso em que o réu exerce um contradireito, o *mérito do processo* é a soma de dois binômios, que pode expressar-se da seguinte maneira: afirmação do direito feita pelo demandante (*pedido + causa de pedir*) + afirmação do contradireito feita pelo demandando (*pedido relativo à exceção substancial + causa dessa exceção substancial*)”³.

Donde a inquestionável dedução: “a decisão do juiz sobre a afirmação de contradireito, por se tratar de decisão sobre o mérito da causa, torna-se indiscutível pela *coisa julgada material*”⁴ (g.n.).

3. RAZÃO DE DECIDIR E COISA JULGADA MATERIAL

No passado, quando se construiu a teoria de que a coisa julgada se limitava à solução do pedido constante do dispositivo da sentença, um dos

2 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015. In: MOUZALAS, Rinaldo, et al (coords.). *Improcedência*, v. 4 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 66-67.

3 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op. cit.*, p. 67.

4 *Idem, ibidem*. O autor se apoia, entre outras, nas lições de Mortara e Denti. Registra, ainda, que Heitor Sica, na interpretação do direito brasileiro, tem uma visão mais ampla da participação do réu na formação do objeto da coisa julgada, uma vez que considera a contestação, em qualquer caso, uma verdadeira *ação declaratória* proposta pelo réu, que haverá de ser examinada pelo juiz “como *questão principal*” (SICA, Heitor. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 245).

argumentos históricos invocados para justificar a exclusão, de seus limites objetivos, dos fundamentos do decisório, foi buscado justamente na ação declaratória incidental. Ou seja: quando nossa lei quis autorizar a formação de coisa julgada sobre as razões da sentença, ela exigiu que a matéria se apresentasse como *objeto de pedido da parte*. Só assim o tema seria inserido no alcance da *resposta ao pedido* lançada no *dispositivo* da sentença, alcançando, por isso, autoridade de *coisa julgada*. Em outros termos, as razões da sentença ordinariamente não fariam coisa julgada pela inexistência de pedido da parte de declaração a seu respeito.

Escrevendo ao tempo do CPC/1973, observava ANTÔNIO DO PASSO CABRAL que “a ação declaratória incidental mantém a tradição da disciplina da coisa julgada de só tornar imutável o conteúdo da sentença em torno das questões cujo julgamento tenha sido expressamente pedido pelas partes. Assim, a exigência da declaratória incidental mantém-se fiel à proximidade entre estabilidade da decisão e a vontade dos litigantes, e até por isso foi lembrada como um fator histórico que indicava a rejeição, pelo ordenamento positivo, da vinculatividade das razões da sentença”⁵.

Agora, nosso direito positivo adotou uma diametral mudança de posição. O CPC/2015, a um só tempo, afirma que a força de lei da sentença transitada em julgado opera “nos limites da questão principal expressamente decidida” (art. 503, *caput*), e, ainda, textualmente aduz que, sem necessidade de ação declaratória incidental, a resolução da questão prejudicial, decidida incidentalmente, tem a mesma força da solução da questão principal (art. 503, § 1º).

Além do mais, a solução da questão incidental deixou de ser relacionada entre as matérias excluídas da autoridade da *res iudicata* (art. 504). Nesse terreno figuram atualmente apenas os motivos da decisão e a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença (incisos I e II do art. 504).

4. O REGIME DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS NO CPC/2015

O Código de 1973 excluía da coisa julgada “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo” (art. 469, III). O Código novo segue rumo diametralmente oposto, ou seja, a coisa julgada pode abranger a resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente, desde que observados os requisitos do § 1º do art. 503, ressaltando-se

5 CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2013, p. 90-91.

eles o contraditório prévio e efetivo, assim como a competência do juízo *ratione materiae* e *ratione personae* para resolvê-la.

Para efeito de ser alcançada pela coisa julgada, *prejudicial* “é aquela questão relativa à outra relação ou estado que se apresenta como mero antecedente lógico da relação controvertida (à qual não diz diretamente respeito, mas sobre a qual vai influir), mas que poderia, por si só, ser objeto de um processo separado”.⁶

Por não dizerem respeito diretamente à lide (entendida esta como retratada no *pedido*), situam-se as questões prejudiciais como antecedentes lógicos da conclusão da sentença. E por não pertencerem imediatamente ao litígio deduzido em juízo pela petição inicial, dispunha o CPC de 1973 que o *dispositivo da sentença* (declaração que transita em julgado) não abrange a solução das questões prejudiciais; seriam apreciadas apenas como *motivos* do julgamento, razão pela qual não tinham tais questões condição de ser incluídas na área acobertada pela *res iudicata*.

O sistema do Código anterior conduzia à seguinte conclusão: no tocante à lide, “exerce o juiz o *iudicium*, poder principal de sua função jurisdicional, enquanto que, em relação à prejudicial, tão só a *cognitio*, poder implícito no de jurisdição. O juiz conhece da prejudicial e a resolve, sem vincular as partes, imutavelmente, a essa decisão, a qual só produz efeitos no processo em que foi proferida”.⁷ Portanto, “a decisão da questão prejudicial, feita *incidenter tantum*, possui eficácia limitada à preclusão, no sentido de se impedir que a mesma questão seja suscitada novamente no mesmo processo. Fora desse processo, pode essa questão ser novamente debatida, porque absolutamente não se lhe estendeu a coisa julgada”.⁸

A solução da questão prejudicial, contudo, poderia, excepcionalmente, apresentar a eficácia de coisa julgada quando a parte interessada – autor ou réu – requeresse a declaração incidental a que aludiam os arts. 5º, 325 e 470 do CPC de 1973, porque então a lide teria sido ampliada para englobá-la, também, como uma de suas questões internas.

O novo Código alterou o tratamento da questão prejudicial. Não há mais ação declaratória incidental. O que era tratado naquela extinta ação passa a ser uma pura alegação no curso do processo e se resolve na sentença, juntamente com o mérito da ação, por nele influir necessariamente. Assim,

6 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil*. São Paulo: Ed. J. Bushatsky, 1974, p. 49; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas Bookseller, 1997, v. III, n. 548, p. 55.

7 MARQUES, José Frederico. *Instituições e direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. V, n. 1.097, p. 57.

8 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 52.

o objeto litigioso é ampliado, incidentalmente, sem depender da propositura da antiga ação declaratória incidental.

Nessa esteira, o Código novo optou por entendimento bem diferente daquele que a lei anterior seguia. A coisa julgada doravante recobrirá também a questão prejudicial, decidida *expressa e incidentalmente* no processo, sem depender de propositura de ação declaratória incidente. Mas, para que isso aconteça, o § 1º do art. 503 estabelece três requisitos:

(a) da resolução da questão prejudicial deve depender o julgamento do mérito⁹ (inciso I);

(b) a seu respeito deve ter havido contraditório prévio e efetivo (requisito que exclui a revelia dos casos em que a solução de questão incidental surgida ulteriormente ao pedido possa sujeitar-se à regra do art. 503, § 1º)¹⁰ (inciso II); e

(c) o juízo deve ter competência em razão da matéria e da pessoa para resolver a prejudicial como questão principal¹¹ (inciso III).

A política que orientou o novo CPC foi a de facilitar a inclusão da questão prejudicial no alcance da coisa julgada, a partir de um critério de economia processual, “para que os jurisdicionados (e o Estado judicante) obtenham o máximo resultado possível em determinado processo”.¹²

5. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA SEGUNDO O CPC/2015

“A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida” (CPC/2015, art. 503).¹³ O processo é o meio utilizado pelo Estado para compor os litígios, dando aplicação ao direito objetivo frente a uma situação contenciosa.¹⁴

⁹ A solução da questão dita prejudicial só será capaz de fazer coisa julgada quando for *imprescindível* para a resolução da *questão principal* (objeto litigioso do processo), não quando for apenas elemento esclarecedor da convicção do julgador.

¹⁰ A revelia do demandado, embora não vede que questão prejudicial seja apreciada pelo juiz, impede que sobre ela se estabeleça a coisa julgada. Isto porque um dos requisitos impostos pelo § 1º do art. 503 para que a extensão da coisa julgada ocorra sobre a questão prejudicial incidentalmente surgida no processo é a observância do “contraditório efetivo”. E tal não acontece no caso de revelia, em que o juiz decide a causa, sem que o réu tenha realmente participado do debate processual. Portanto, a questão prejudicial, que não tenha figurado como objeto de declaração na inicial, será avaliada pelo juiz, diante do revel, como *motivo* de decisão e não como tema de *mérito*, ficando por isso fora do alcance da coisa julgada (art. 504, I).

¹¹ No campo da motivação da sentença o juiz pode, incidentalmente, apreciar questão cuja solução definitiva pertença à competência absoluta de outro órgão judicial. Por exemplo, o juiz do trabalho pode reconhecer a filiação de herdeiro do trabalhador morto, para acolher reclamação de créditos trabalhistas devidas pelo ex-empregador. Esse reconhecimento funcionará como fundamento do julgamento de mérito, na esfera laboral. Não impedirá, porém, que numa investigação de paternidade na justiça civil, a mesma filiação seja discutida e até negada.

¹² BLOCH, Francisco dos Santos Dias. Coisa julgada e questão prejudicial no novo CPC. In: AURELLI, Arlete Inês et al (coords.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem à Thereza Alvim*. São Paulo: RT, 2014, p. 736.

¹³ Duas deduções são autorizadas pelo art. 503: (i) não só as sentenças, mas também as decisões interlocutórias podem produzir a coisa julgada; e (ii) a lide pode ser resolvida no todo ou em parte pela decisão que passa em julgado.

¹⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, n. 1.

Lide ou litígio – na qualidade de objeto do processo – é o conflito de interesses a ser solucionado pelo juiz. As partes em dissídio invocam razões para justificar a pretensão de uma e a resistência da outra, criando dúvidas sobre elas, que dão origem às *questões*. Questões, portanto, são os pontos controvertidos envolvendo os fatos e as regras jurídicas debatidas entre as partes.

A lide pode ser posta em juízo por todas ou por apenas algumas de suas questões, e sendo múltiplas as questões, não há empecilho a que as soluções de algumas ocorram em decisões distintas (v.g.: questões que permitam imediato julgamento cumuladas com outras que reclamem instrução probatória – art. 356, II; recursos que impugnem a sentença apenas parcialmente – arts. 1.002 e 1.008). Alguém, por exemplo, que tem título translático de domínio e posse *ad usucapionem*, com referência ao mesmo bem, pode defender seu direito demonstrando o primeiro ou a segunda, ou ambos. Se a postulação de prestação jurisdicional se referir apenas ao título translático ou apenas à usucapião, a lide será a mesma: pretensão de reconhecimento do domínio. Mas as questões, *i.e.*, os pontos de fato e de direito em que controvertem as partes,¹⁵ serão diversas. Cumuladas questões múltiplas e autônomas num só processo, surgirá, como já previsto, a possibilidade de julgamentos parciais da lide em decisões distintas.

Quando o processo abrange todas as questões que integram a lide, diz-se que há processo *integral*; quando se refere tão só a uma ou algumas das questões existentes entre as partes, fala-se em processo *parcial*.¹⁶ Essa totalidade ou parcialidade refere-se à *lide pré-processual*, ou seja, ao conflito jurídico existente entre as partes anteriormente à instauração do processo. Uma vez, porém, formado o processo, a *lide* é uma só e se confundirá com o seu *objeto*, de modo que a *lide processual* é aquela que se deduziu em juízo, pouco importando se compreende, ou não, todas as questões existentes entre os litigantes. O provimento jurisdicional versará sobre as questões trazidas a julgamento *in concreto* e sobre a solução que lhe for dada recairá a coisa julgada material (art. 503). Isto não impede que as questões formadoras do objeto do processo sejam decididas e formem a *res iudicata* em momentos processuais diferentes. Nem sempre haverá uma *sentença única*, embora essa seja a regra geral.

15 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, n. 684, p. 83.

16 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, 1973, v I, n. 273, p. 410.

Casos de julgamento parcial da lide, lembrados por FREDERICO MARQUES, são os da sentença condenatória genérica, em que o *quantum debeat* será resolvido em outro momento do processo (o de liquidação da sentença), e o da sentença que julga procedente a ação de prestação de contas, ficando os haveres para serem apurados e julgados na segunda fase do processo.¹⁷ É ainda o do recurso parcial, que leva à apreciação do tribunal apenas uma ou algumas das questões de mérito enfrentadas pelo julgamento do primeiro grau de jurisdição.

É pela sentença que o Estado dita a solução visada pelo processo, isto é, compõe a lide, resolvendo as questões propostas pelos interessados. “O que individualiza a lide, objetivamente, são o pedido e a *causa petendi*, isto é, o pedido e o fato constitutivo que fundamenta a pretensão”.¹⁸ Decidindo a lide, a sentença acolhe ou rejeita o pedido do autor, pois é ela, na feliz expressão de AMARAL SANTOS, nada mais do que “a resposta do juiz ao pedido do autor”.¹⁹ Logo, “a sentença faz coisa julgada sobre o pedido”²⁰ e só se circunscreve aos limites da lide e das questões principais expressamente decididas (art. 503).²¹

Assim, se o herdeiro legítimo também contemplado em testamento reivindica a herança apenas invocando a disposição testamentária (uma questão) e perde a demanda, não estará inibido pela *res iudicata* de propor outra ação baseada na vocação hereditária legítima (outra questão ainda não decidida).

Objetivamente a coisa julgada reclama reprodução, entre as mesmas partes e em outra ação, do pedido e da causa de pedir de ação anteriormente decidida pelo mérito (art. 337, §§ 1º e 2º).²² A exceção de coisa julgada, todavia, para ser acolhida não exige que se verifique total identidade das questões tratadas nas duas causas. Basta que algumas delas coincidam. A *res iudicata* pode ser total ou parcial. Se todas as questões são idênticas, a segunda ação será inviável e o processo se extinguirá sem apreciação do mérito (art. 485, V). Se a coincidência for parcial e o objeto da nova ação for menor, também

17 MARQUES, Jose Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. III, nº 686, p. 237.

18 *Idem, ibidem*.

19 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.*, III, n. 685.

20 LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. III, n. 441.

21 “A coisa julgada, tal qual definida em lei, abrangerá unicamente as questões expressamente decididas, assim consideradas as que estiverem expressamente referidas na parte dispositiva da sentença” (STJ, REsp 77.129/SP, Rel. Min. De-mócrito Reinaldo, ac. 04.11.1996, RSTJ 94/57). “É cediço que é o dispositivo da sentença que faz coisa julgada material, abarcando o pedido e a causa de pedir, tal qual expressos na petição inicial e adotados na fundamentação do *decisum*, compoendo a *res iudicata*” (STJ, 1ª Seção, Rcl 4.421/DF, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 23.02.2011, DJe 15.04.2011).

22 CPC/1973, art. 301, §§ 1º e 2º.

ocorrerá a extinção do processo, como no caso anterior. Quando, porém, o objeto da segunda causa contiver questões novas, apenas quanto a estas haverá julgamento de mérito, devendo incidir a barreira da *res iudicata* para impedir a reapreciação da lide em tudo aquilo já definitivamente julgado. De maneira alguma a nova sentença poderá negar ou reduzir o que antes se acobertara da imutabilidade da coisa julgada. O assentado na sentença anterior será o pressuposto ou o ponto de partida para o enfrentamento das questões novas. Enfim, da resposta jurisdicional dada ao pedido, a sentença, após a coisa julgada, cria ou estabiliza uma *situação jurídica substancial* entre as partes, e é essa situação jurídica que se revestirá da indiscutibilidade e imutabilidade de que cogita o art. 502, e que se identifica pelos limites da lide e das questões de mérito decididas, como determina o art. 503.

6. MOTIVOS DA SENTENÇA NÃO SÃO ALCANÇADOS PELA COISA JULGADA, SEGUNDO ANTIGA DOCTRINA

Sabe-se que a sentença se compõe de três partes: o relatório, a motivação e a decisão ou dispositivo. A *res iudicata* não envolve a sentença como um todo, pois não se inclui na coisa julgada “a atividade desenvolvida pelo julgador para preparar e justificar a decisão”.²³ Na verdade, “só o comando concreto pronunciado pelo juiz torna-se imutável” por força da coisa julgada,²⁴ segundo arraigada (mas, superada) tradição da doutrina processual.

Entre nós, há mais de século já ensinava Paula Batista que “a coisa julgada restringir-se-á à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus objetivos”.²⁵

O Código vigente, porém, dispõe expressamente apenas que “não fazem coisa julgada *os motivos*, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (CPC/2015, art. 504, I).²⁶

23 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milão, 1962, n. 16, p. 41; STJ, REsp 36.807-3/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 15.08.1994, RSTJ 73/270; STJ, REsp 27.490-8/MG, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 11.05.1993, DJU 14.06.1993, p. 11.783; STJ, REsp 31.161/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 20.05.1997, DJU 04.08.1997, p. 34.775; STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1.165.635/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 06.09.2011, DJe 13.09.2011.

24 *Idem, ibidem*, STF, RE 117.600/MG, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 18.12.1990, RTJ 133/1.311; STJ, 1ª T., REsp 875.635/MG, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 16.10.2008, DJe 03.11.2008.

25 *Apud* AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.*, III, n. 686. No julgamento de um mandado de segurança, decidiu o STF que, se há contradição entre os fundamentos e a conclusão do voto do relator, “a coisa julgada recai sobre o dispositivo ou conclusão do acórdão, no caso concessivo da segurança impetrada” (Rec. Man. Seg. 7.007, Rel. Min. Amaral Santos, RTJ 56/223). No mesmo sentido: “A coisa julgada restringe-se à parte dispositiva da sentença” (TJRS, Ap. 597.026.681-5, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, ac. 21.08.1997, RJTJRS 186/254). Também o TJDF decidiu que “um *considerando* de sentença, fora do eixo da questão, fora da contenda, não poderá constituir coisa julgada para impedir apreciação em ação própria da questão em debate” (Apel. 41.687, Rel. Des. Omar Dutra, *Jurisprudência Mineira*, 14/242). Ainda nesse sentido: STJ, 4ª T., AgRg no Ag 1.219.679/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 02.12.2010, DJe 09.12.2010.

26 CPC/1973, art. 469, I.

Assim, chegou-se a consolidar na vigência dos Códigos anteriores que entre *os motivos* que não transitam em julgado se incluiria a *causa de pedir* (fato jurídico invocado pelo autor para sustentar sua pretensão). Com isso, defendia-se que a rejeição de uma ação reivindicatória por falta de prova do domínio do autor jamais poderia ter autoridade de coisa julgada quanto a ser ou não o réu o verdadeiro proprietário; pelo que “se o antigo autor tornar-se depois possuidor da mesma coisa, e o antigo réu quiser, a seu turno, propor reivindicação, este não poderá valer-se do primeiro julgamento; mas está rigorosamente obrigado a provar o seu direito de propriedade”.²⁷ Da mesma forma, “a sentença que decidir que o devedor é obrigado a pagar juros de certa dívida, cujo montante é simplesmente enunciado, não tem força de coisa julgada quanto ao montante dessa mesma dívida”.²⁸

Consagrava-se a tese de que os *puros motivos*, ainda que relevantes para fixação do dispositivo da sentença, limitavam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciavam em sua interpretação, mas não se recobriam do manto de intangibilidade que é próprio da *res iudicata*. O julgamento, que se tornava imutável e indiscutível, era a resposta dada ao pedido do autor, não o “porquê” dessa resposta.

O juiz, para julgar, exerceria processualmente dois tipos de atividades: (i) a *cognição* a respeito de tudo que, no plano lógico, fosse necessário para chegar a uma conclusão a respeito do pedido; e (ii) a *decisão*, a qual, por sua vez, envolveria a relação jurídica material controvertida e redundaria na declaração final de acolhimento ou rejeição do pedido formulado em torno da citada relação. Era na *decisão* que se situava a autoridade da *res iudicata*, tornando imutável e indiscutível o que aí se declarasse.²⁹

27 PAULA BATISTA, Francisco de. *Compêndio de teoria e prática do processo civil Comparado com o Comercial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1901, § 185, p. 250.

28 PAULA BATISTA, Francisco de. *Op. cit., loc. cit.* Nesse sentido, decidiu o TJSP que “a sentença proferida em embargos de terceiro, considerando duvidoso o domínio do embargante, não faz coisa julgada para efeito de impedir a ação reivindicatória ajuizada pelo mesmo embargante” (Ag. 106.919, Rel. Des. Cardoso Filho, *Revista Forense* 203/164). Também o Superior Tribunal de Justiça julgou que “a sentença proferida em executivo fiscal não faz coisa julgada quanto à legitimidade, em tese, da cobrança de certo tributo, quando esta cobrança é pertinente a processos diferentes e a exercícios também diversos” (STJ, REsp 36.807-3/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 15.08.1994, *RSTJ* 73/270). “A sentença vale pelo ‘decisum’; é ele que colhe a situação lamentada pelo autor na demanda inicial e é somente ele que tende a tornar-se imutável” (STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1.165.635/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 06.09.2011, *DJe* 13.09.2011).

29 “O juiz, enquanto razão, não representa o Estado; representa-o enquanto lhe afirma a vontade. As razões de decidir preparam, em operação lógica, a conclusão a que vai chegar o juiz no ato de declarar a vontade da lei” (STF, RE 94.530, 1ª Turma, Rel. Min. Buzaid, ac. 21.05.1982, *RTJ* 103/759). “A coisa julgada, tal qual definida em lei, abrangerá unicamente as questões expressamente decididas” (STJ, REsp 77.129/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 04.11.1996, *RSTJ* 94/57). “São, pois, as pretensões formuladas e respectivas causa de pedir (questões litigiosas) julgadas pelo Judiciário (questões decididas) que se revestirão da eficácia da imutabilidade e indiscutibilidade de que trata o art. 468 do CPC” (STJ, 1ª Seção, Rel. 4.421/DF, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 23.02.2011, *DJe* 15.04.2011).

Advertia-se, contudo, que, se o fundamento fosse tão precípua que, abstraindo-se dele, o julgamento seria outro, faria ele praticamente parte do dispositivo da sentença. Às vezes, no trato da *causa petendi*, reconhecia-se que o juiz pudesse chegar a solucionar verdadeira questão com imediata e inegável influência na resolução da lide. Em tais casos, mesmo fora do espaço físico do dispositivo da sentença, teria sido julgada parte do mérito da causa, e o pronunciamento revestir-se-ia da autoridade de coisa julgada.³⁰

7. DISTINÇÃO ENTRE MOTIVO E *RATIO DECIDENDI*

Uma corrente exegetica, formada nos primeiros tempos de vigência do Código de 1973, esboçou uma distinção entre *motivos* e *razões* da decisão.³¹ Argumentava-se que, ao fundamentar uma decisão, o juiz recorre à análise dos acontecimentos que provocaram a eclosão da lide (*atos jurídicos* litigiosos) e a outros que apenas servem como argumentos para convencimento (*atos simples*, úteis à busca da verdade).

À luz de tal distinção, a invocação do fato jurídico básico pelo juiz seria a *razão de decidir*, que integraria a solução do pedido lançada no dispositivo da sentença e, assim, alcançaria, também, a força de *res iudicata*.³² Já os fatos simples, aqueles que apenas servem à formação da convicção do julgador, seriam os *motivos* da sentença que não se incluiriam na área de incidência da coisa julgada.

Essa interpretação não foi, entretanto, a que mereceu a consagração da maioria na doutrina e jurisprudência, enquanto vigorou o CPC/1973. Em matéria de motivação da sentença, para os efeitos de exclusão da coisa julgada, a tese que prevaleceu foi a de que a lei realmente não distinguia entre fatos jurídicos e fatos simples. Todos, uma vez utilizados na argumentação do juiz, seriam *motivos* e não *objeto* do *judicium* e, por isso, não seriam abrangidos pela autoridade de coisa julgada. As *razões* (ou fundamentos) da sentença desempenhariam, de fato, importante papel na compreensão do

30 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1974, p. 91. A parte dispositiva que transita em julgado deve ser entendida em “sentido substancial, e não formalista, de modo que abranja não só a parte final da sentença, como também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes” (STJ, 1ª T., REsp 900.561/SP, Rel. Min. Denise Arruda, ac. 24.06.2008, *DJe* 01.08.2008).

31 “Embora os motivos do julgamento não se revistam da condição de imutabilidade e indiscutibilidade, muitas vezes esses motivos nada mais são que questões levantadas pelas partes e decididas, sobre as quais incide a preclusão máxima (STJ, REsp 63.654/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 24.10.1995, *DJU* 20.11.1995, p. 39.603).

32 CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. III, p. 181. Deve-se ter como *objetivo* da coisa julgada o *pedido* (relação jurídica material litigiosa e questões invocadas na petição inicial) e como *motivos* os fatos examinados, para responder ao pedido, inclusive as questões jurídicas novas acrescentadas em razão da defesa do réu, que não se incluem no campo do *judicium*, a não ser quando requerida a declaração incidental.

dispositivo. Principalmente na interpretação dos limites objetivos da coisa julgada sempre se teria de reportar aos fatos jurídicos figurantes nos motivos do decisório. A influência desses motivos, entretanto, não ultrapassaria o âmbito da *situação jurídica* identificada no pedido e resolvida pelo dispositivo da sentença. Não poderia dela se desprender para assumir uma autonomia no plano próprio da coisa julgada material.

Mesmo, pois, a *causa petendi*, configuradora de questão enfrentada e dirimida pela sentença, só faria coisa julgada em conjunto com o pedido, ou seja, como elemento da situação jurídica definida pelo dispositivo. Não seria possível, por isso, isolar o *fundamento*, para, em contexto diverso do que foi objeto da decisão judicial, atribuir-lhe a indiscutibilidade própria da *res iudicata*. Em outros termos: o fato jurídico que servira de motivo para a sentença só não poderia ser novamente discutido em juízo se a nova pretensão conduzisse a um resultado que anulasse, reduzisse ou modificasse a situação jurídica acobertada pela sentença passada em julgado.

Se, todavia, o mesmo fundamento fosse invocado, em processo superveniente, para sustentar pedido diverso do anteriormente decidido, não se depararia com o embaraço da *res iudicata*, de maneira que o novo julgamento poderia até mesmo interpretar a antiga *causa petendi* de maneira diferente. É nesse sentido que se deveria, nessa velha concepção, entender o papel importante desempenhado pela causa de pedir e pela motivação da sentença, como instrumento apenas influente na compreensão do alcance da coisa julgada, mas não como objeto mesmo da *res iudicata*.³³

Portanto, para que a causa de decidir deixasse de ser motivo e fosse inserida no alcance da coisa julgada, seria preciso que fosse objeto de *pedido expresso de declaração*, pois só assim se transformaria em objeto do acerto judicial (mérito) a ser definido pela resposta da sentença ao pedido. E uma vez tornada objeto da pretensão, *i.e.*, objeto da demanda, sua definição, aí sim, alcançaria a autoridade da coisa julgada.³⁴

33 “Coisa julgada – Limites objetivos. A imutabilidade própria de coisa julgada alcança o pedido com a respectiva causa de pedir. Não esta última isoladamente, pena de violação do disposto no art. 469, I, do CPC [NCPC, art. 504, I]” (STJ, 3ª T., REsp 11.315/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 31.08.1992, RSTJ 37/413. No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp 20.754/MS, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 25.06.1996, RSTJ 92/179-180). Não se pode atribuir isoladamente à *causa petendi* a autoridade de *res iudicata* pela simples razão de que “para que se caracterize a coisa julgada, é necessária a identidade de três elementos, quais sejam, as partes, o pedido e a causa de pedir” (STJ, 3ª T., EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no Ag 999.324/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 17.05.2011, DJe 25.05.2011).

34 Convém lembrar que uma outra orientação tem sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal, quando se trata da coisa julgada formada nas ações de controle concentrado da constitucionalidade. Nesses casos, a jurisprudência daquela Corte é no sentido de que a eficácia do julgado transcende o caso singular decidido, de modo que o efeito vinculante é *erga omnes* e atinge também a *motivação* do julgamento, não ficando restrito ao seu *dispositivo*. Daí o cabimento da reclamação, em defesa da *tese constitucional* reconhecida nas *razões de decidir*; “contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese

8. REVISÃO DO MITO DE QUE SÓ O DISPOSITIVO DA SENTENÇA PASSA EM JULGADO

Para definir o alcance da indiscutibilidade gerada pela coisa julgada, a concepção atual do instituto não tem como subsistente a velha teoria de CHIOVENDA, segundo a qual a parte da sentença que passa em julgado seria apenas o seu *dispositivo*. Nessa ótica, os motivos e fundamentos da conclusão do decisório ficariam fora da coisa julgada.³⁵ Entretanto, a correlação que se tem de fazer é entre o *objeto do processo* e o *pronunciamento* que a sentença efetuou para solucioná-lo. Dentro do processo uma situação jurídica litigiosa reclamou o acerto judicial, de maneira que é esse acerto que, em nome da segurança jurídica, se sujeitará à força ou autoridade da *res iudicata*.

Em termos práticos, o que deve ser pesquisado é aquilo, dentro do pronunciamento judicial, que tem de ser conservado imutável para que “não perca autoridade o que restou decidido”, como adverte JORDI NIEVA-FENOLL. Explica o autor que é preciso apurar, no bojo do processo findo, quais são as questões decididas que “conferem *estabilidade* à sentença” (g.n.). O processo só cumprirá sua função de lograr a composição definitiva do litígio se proporcionar garantia de permanência à solução de tais questões. Então, para apurar qual parte do decisório adquiriu a indiscutibilidade própria da *res iudicata*, “é necessário determinar quais pronunciamentos exigem *estabilidade para não comprometer o valor do processo já concluído*”³⁶ (g.n.).

A operação, com esse objetivo, é singelíssima, muito mais prática e casuística do que a luta infundável e pouco frutífera da doutrina antiga e desgastada na busca da teorização complexa e da dogmatização sempre problemática, como tem ocorrido de longa data na tentativa de uma definição científica e geral dos limites objetivos da coisa julgada.

Afinal, segundo as origens remotas do instituto, sempre se explicou a coisa julgada pela simples finalidade de vetar, em nome da segurança jurídica, a renovação do julgamento de uma causa já definitivamente decidida.

constitucional consagrada pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua” (STF, Pleno, Rel. 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, ac. 01.10.2003, DJU 21.05.2003, p. 33; Rel. 2.363/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, ac. 23.10.2003, RSTJ, v. 193, p. 513.). Isto é, a coisa julgada será ofendida, ainda que a lei declarada inconstitucional não tenha sido o fundamento do ato impugnado. Prevalecerá a eficácia do julgado mesmo que apenas a tese adotada pelo STF esteja sendo questionada.

35 “O objeto do julgado é a conclusão *última* do raciocínio do juiz, e não as premissas; o último e imediato resultado da decisão, e não a série de fatos, das relações ou dos estados jurídicos que, no espírito do juiz, constituíram os pressupostos de tal resultado” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, n. 129, p. 411).

36 NIEVA-FENOLL, Jordi. La cosa giudicata: la fine de un mito. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano 2014, n° 4, Milano: Giuffrè, p. 1375.

Ora, julgar uma causa, em seu mérito, consiste justamente em resolver as questões que integram o objeto do processo (*o objeto litigioso*). Por isso, o artigo 503 do CPC/2015, na perspectiva de delimitar a coisa julgada, afirma que a sentença de mérito “tem força de lei nos limites da *questão principal* expressamente decidida”. E o art. 505, em seguida, aduz que “nenhum juiz decidirá novamente as *questões* já decididas relativas à mesma lide”.

Na verdade, não é o *pedido* que o juiz decide direta e unicamente, como aparentemente se deduz do *dispositivo de uma sentença*. Ali só se chega por meio da resolução de todas as *questões* relevantes do litígio, de maneira que o dispositivo não é mais que a resultante necessária de *todas as decisões das questões* que compõem o *objeto litigioso*.

O provimento judicial de mérito é, em suma, o conjunto indissociável de todas as questões resolvidas que motivaram a resposta jurisdicional à demanda enunciada no dispositivo da sentença. Se estas questões não se estabilizarem juntamente com a resposta-síntese, jamais se logrará conferir segurança à *situação jurídica* discutida e solucionada no provimento. É por isso que a doutrina processual mais evoluída de nossos dias vê como alcançada pela segurança jurídica proporcionada pela coisa julgada não esta ou aquela parte da sentença, mas toda a situação jurídica material objeto do acerto contido no provimento definitivo de mérito. Não pode, em tal perspectiva, permanecer fora da autoridade da *res iudicata* a solução da questão principal (*i.e.* a *causa de pedir*, seja a invocada pelo autor, seja a que fundamenta a resistência do réu).

De tal sorte, toda resolução de questão qualificada como principal feita pela decisão de mérito assume força de lei (art. 503) entre as partes, tornando-se no devido tempo *imutável e indiscutível* (art. 502), e, por consequência, impedirá que qualquer juiz volte a *rejulga-la* (art. 505), entre os mesmos litigantes (art. 506).

9. COISA JULGADA E QUESTÃO PREJUDICIAL, NA PASSAGEM DO CPC/1973 PARA O CPC/2015

No regime do CPC/1973, a questão prejudicial enfrentada como pressuposto da resolução do mérito da causa figurava no plano dos motivos ou argumentos insuscetíveis de serem acobertados pela coisa julgada material (art. 469, III). Apenas quando proposta por meio de ação declaratória incidental (art. 5º) é que a pretensão nela fundada se deslocaria do plano da *motivação* para o da *decisão de mérito*, de modo que o pedido declaratório a

seu respeito ampliaria o objeto do processo, fazendo com que sua resolução passasse a figurar no *dispositivo* da sentença, da mesma forma que acontecia com o pedido originário do autor formulado na petição inicial. Assim, como objeto de *pedido*, a declaração a respeito da *questão prejudicial* se tornava parte integrante da *coisa julgada material* (art. 470).

Outro é o sistema do CPC/2015, visto que agora a força de lei atribuída à sentença de mérito tornada imutável e indiscutível pela autoridade da coisa julgada material (art. 502) se estende à resolução de questão prejudicial, sem depender de ação declaratória incidental. Basta que tenha sido *decidida expressa e incidentalmente no processo*, com observância dos condicionamentos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503.

Com isto, ao estender a coisa julgada à questão prejudicial, independentemente de pedido de declaração incidental formulado pela parte, o CPC/2015 (art. 503, § 1ª) tornou *questão principal*, para efeito de estabelecimento dos limites objetivos da *res iudicata*, todas as questões de mérito cuja solução tenha sido lógica e juridicamente necessária para resolução do objeto litigioso do processo. Existe em tal sistemática questão principal formulada através do *pedido* da parte e questão tornada principal pela *necessidade lógica* de enfrentamento pelo julgador, na obra de construir a sentença de mérito (resolução do objeto litigioso deduzido pela parte). Não é mais possível, portanto, continuar defendendo a tese de que a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença passada em julgado se restringe ao seu *dispositivo*, não alcançando as questões trazidas como *fundamento do pedido*, se sobre elas a parte não houver requerido a declaração judicial. Toda *questão substancial* a que se subordinou a solução do mérito da causa, com ou sem pedido da parte, entende-se alcançada pela coisa julgada, se sem sua integração não for possível manter-se a situação estabelecida pela sentença para a composição definitiva do *objeto litigioso* do processo³⁷.

37 O objetivo da inovação do § 1º do art. 503 do CPC/2015 foi justamente “o de coibir a contradição lógica tornada possível pelo sistema anterior, impedindo que uma determinada questão, originariamente discutida em um processo como prejudicial, possa ser rediscutida e decidida diferentemente em ações futuras (...). Assim, a alteração dos limites objetivos teria por finalidade impedir a existência de decisões conflitantes sobre uma mesma situação concreta”. Um contrato considerado válido, quando se questionou a cobrança de juros, por exemplo, não pode futuramente ser declarado inválido, quando se cobrar a prestação principal (MINAMI, M. Y.; PEIXOTO, Ravi. Da questão prejudicial incidental constitucionais no STF e o novo regime de coisa julgada. *Revista de Processo*, v. 263, p. 86, São Paulo, jan/2017).

10. UMA VISÃO ATUALIZADÍSSIMA DA TEORIA DA NECESSÁRIA ESTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS DE MÉRITO

A extensão da coisa julgada aos fundamentos da decisão de mérito justifica-se, segundo CABRAL à luz da teoria da *estabilidade* dos provimentos jurisdicionais, que conduz à política de evitar dois ou mais *juízos divergentes sobre a mesma matéria*. Nesse sentido, valoriza-se “o entendimento de que a principal função da estabilidade é a proibição de contradição (*Widerspruchsverbot*), tese defendida por BLOMEYER na linha do que já propusera WACH muitos anos antes”³⁸.

Acrescenta a lição que, em tal perspectiva, “forte na necessidade de harmonia entre julgamentos, o que importa não é a unidade de declaração, mas a *impossibilidade de pronúncias incompatíveis* entre dois ou mais debates”. Donde extrai a seguinte conclusão:

“Assim, vemos um ambiente seguro para sustentar a vinculatividade das questões prévias, em nome da coerência e consistência do sistema judiciário, evitando o descrédito que poderia transparecer ao jurisdicionado pela solução da mesma questão em várias maneiras contraditórias entre si.

Além disso, a proibição de contradição ou afastamento revela uma função sistêmica da fundamentação das decisões, que se reflete não apenas para a solução daquele caso concreto, mas para a simplificação dos custos, do tempo e da energia gastos nos procedimentos decisórios posteriores, assumindo assim papel importante também em garantir segurança no tráfego jurídico. (...)

Por outro lado, a proibição de contradição também fala em nome da segurança. Com efeito, quanto mais as questões prévias forem vinculativas (e não apenas a questão principal decidida no dispositivo), mais o tráfego jurídico será seguro pela *previsibilidade* e pela *continuidade* tendencial das posições estáveis”³⁹ (g.n).

³⁸ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 397.

³⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 398-399.

11. TENDÊNCIA DO DIREITO COMPARADO E A POSIÇÃO DO NOVO CPC

A tese outrora dominante entre nós de que não se poderia isolar a *causa petendi* para reconhecer coisa julgada sobre ela, fora de sua intervinculação com o pedido respondido pelo dispositivo da sentença, não é a que tem prevalecido no direito comparado nos últimos tempos, nem é a que merece ser prestigiada diante do regime implantado pelo nosso novo Código de Processo Civil, principalmente se levarmos em conta o reconhecimento expresso de que a resolução da questão prejudicial, por si só, tornou-se passível de transitar em julgado (CPC/2015, art. 503, § 1º).

Com efeito, se a legislação atual aboliu a necessidade de ação declaratória incidental para que a decisão sobre a *questão prejudicial* se revista da autoridade da coisa julgada, é óbvio que não há mais como justificar, lógica e juridicamente, que a *questão principal* (i.e., a *causa de pedir*) continue sendo tratada como simples *motivo* insuscetível de ter a respectiva solução colocada no terreno da indiscutibilidade e imutabilidade próprias do julgamento definitivo do litígio.

Se até a *questão nova* agregada incidentalmente ao processo, por interferir na apreciação do pedido, não deve ser vista como questão estranha ao acertamento do mérito da causa, para efeito de ser alcançada pela autoridade da coisa julgada, impossível e incongruente seria continuar defendendo que a solução dada à *relação jurídica litigiosa* (objeto *principal* do litígio) não tem aptidão para ultrapassar a condição de mero *motivo* da sentença de mérito. Urge, pois, inserir essa relação jurídica (i.e., a *causa de pedir*) entre as questões solucionadas pela sentença no ato de julgar o mérito da causa e reconhecer que, por isso mesmo, como objeto da questão principal, a declaração a seu respeito não pode deixar de qualificar-se como imutável e indiscutível, uma vez esgotada a possibilidade de impugnação recursal, nos moldes dos arts. 502 e 503.

Não é, dentro do sistema atual, o pedido de declaração que torna a relação jurídica material litigiosa objeto do acertamento efetuado na sentença de mérito; é, isto sim, a circunstância de se apresentar ela como uma *questão* (ponto controvertido) que a insere no plano das questões decididas para se definir a composição judicial do litígio deduzido em juízo por meio do processo. Se, para responder ao pedido do autor e às objeções do réu, o juiz teve de reconhecer ou negar a relação jurídica material controvertida (*causa petendi*), é lógico e irrecusável que houve solução judicial de *questão*

principal, sobre a qual a autoridade da coisa julgada haverá de recair. É, aliás, a própria lei que afirma incidir a força de lei do julgamento do mérito “nos limites da questão principal expressamente decidida” (art. 503, *caput*).

Ressalte-se que o novo CPC foi coerente e inovador, tratando harmonicamente o regime do julgamento da *questão principal* (mérito) e o da *questão prejudicial*, incidentalmente suscitada e resolvida. Dispôs, com efeito, não só que a força de lei atribuída à sentença de mérito se aplica à solução da *questão principal* (art. 503, *caput*), mas também à da *questão prejudicial* “decidida, expressa e incidentalmente no processo” (art. 503, § 1º). Pouco importa, portanto, que as questões cuja apreciação seja necessária para o julgamento do mérito se apresentem como *principais* ou *incidentais*. Em qualquer situação que a solução da questão figurar como requisito lógico-jurídico da resolução do objeto litigioso (*meritum causae*), e sua discussão e apreciação observarem os requisitos da competência e do contraditório, a formação da *res iudicata* será inevitável.

Essa ampliação do espectro objetivo da coisa julgada, levada a cabo pelo CPC de 2015, corresponde à preocupação do legislador com um sistema que permita a cada processo ter o “maior rendimento possível” (exposição de motivos do Anteprojeto do NCCP). Donde a conclusão de que “estender a coisa julgada à motivação [*i.e.*, às questões de mérito resolvidas pela sentença] proporcionará simplesmente maior aproveitamento do conteúdo da decisão, sem modificar a essência da atividade jurisdicional a ser desenvolvida”.⁴⁰

A tônica dos Códigos estrangeiros mais recentes acentua essa nova visão, que enxerga a relação jurídica básica da controvérsia como objeto que se mostra alcançável pela autoridade da coisa julgada, uma vez irrecorrível a sentença de mérito a seu respeito. Logo, se a *causa petendi* envolve a relação jurídica material controvertida, não é preciso que se use uma ação declaratória a seu respeito para que a coisa julgada sobre ela se forme. Bastará que essa relação tenha sido tratada e reconhecida como *questão decidida* para se chegar ao dispositivo da sentença de mérito. Essa tese é a que adotam os Códigos europeus mais modernos, a exemplo do CPC português de 2013, cujo art. 619º, nº 1, estatui que, “transitada em julgado a sentença ou o despacho saneador que decida o mérito da causa, a decisão sobre a *relação material controvertida* fica a ter força obrigatória dentro do processo e fora dele ...”.

40 LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79; cf. também DE LUCCA, Rodrigo Ramina. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 252, p. 87, fev/2016.

Registre-se, por fim, que o novo CPC brasileiro, superando as incertezas do regime da *res iudicata* do Código anterior, deu mais um importante passo na política de aproximação ao processo adotado tradicionalmente pelos países do *common law*, onde prevalece uma *severa disciplina da coisa julgada*, a ponto de incluir “até mesmo a sua extensão a causas de pedir não propostas, mas relacionadas ao mesmo ato ilícito (mesmo *tort*)”.⁴¹ Com isso, o sistema do *common law* visa a prevenir “a multiplicidade de processos, ônus sucumbenciais, morosidade e abuso de processo contra o réu”,⁴² exigindo que as partes apresentem a julgamento pela Corte Judicial “a integralidade de seu caso”, sobre o qual se estabelecerá a coisa julgada, de maneira a vedar a repositura de novas demandas decorrentes de omissão negligente dos interessados acerca de arguições relevantes ligadas a questões relacionadas ao mesmo caso.⁴³

11.1 Processo civil espanhol

Na atual *Ley de Enjuiciamiento Civil* (CPC espanhol, de 2000) está previsto que os efeitos da coisa julgada abarcam os fatos e os fundamentos jurídicos arguidos em um litígio e até mesmo os não alegados, se fossem passíveis de alegação no processo, para solução da causa (art. 400).

11.2 Processo civil da Federação Russa

O novo Código de Processo Civil de 2003 da Federação Russa, sobre o tema, dispõe que, “depois que a sentença passa em julgado, as partes e seus sucessores não podem propor uma nova demanda para fazer valer um mesmo direito e tampouco contestar em outro processo os *feitos e relações jurídicas* que com aquela foram certificados” (art. 209, 2). Como se vê, na legislação russa recente, a coisa julgada se estende sobre as relações jurídicas que foram acertadas pela sentença.

11.3 Processo civil português

Na mesma linha, o moderníssimo Código de Processo Civil de Portugal, editado em 2013, dispõe que a coisa julgada material incide “sobre a relação material controvertida” (art. 619º).

41 DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *Op. cit.*, p. 88.

42 DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *Op. cit.*, p. 89.

43 DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *Op. cit.*, p. 88.

11.4 Processo civil italiano

Na Itália, não por meio de reforma legislativa, mas por via de exegese jurisprudencial, vem sendo construída uma noção de coisa julgada material muito mais ampla que a admitida pela doutrina tradicional. Assim é que para a jurisprudência italiana mais recente, o objeto do processo, sobre o qual recai a coisa julgada, não mais se resume no *petitum*, já que nele se incluem, também, as razões de fato e de direito que sustentam a resolução do pedido. Não é, então, a resposta ao pedido o único elemento do decisório que se torna imutável e indiscutível entre as partes, por efeito da coisa julgada.

VIRGINIA PETRELLA, analisando essa evolução pretoriana, cita vários arestos dos tribunais italianos, principalmente da Corte de Cassação, em que teria sido proclamado que “a autoridade da coisa julgada se estende a todas as situações, ainda que implícitas, que constituam, para a decisão final, pontos necessariamente alcançados pelo arco lógico da decisão, representando o pressuposto indispensável da solução acolhida, inclusive as situações em torno de fato”.⁴⁴

Esse posicionamento jurisprudencial, segundo a mesma autora, tem sido adotado em numerosos casos nos quais os processos guardam conexão com os anteriores, mesmo tendo uns e outros por objeto direitos distintos. Assim, por exemplo, tem sido decidido que

“Sempre que dois processos entre as mesmas partes tenham por objeto um mesmo negócio ou relação jurídica, e um deles tenha sido definido por sentença passada em julgado, o acertamento já realizado em torno da situação jurídica a respeito da qual a resolução de uma questão de fato ou de direito tenha incidido sobre um ponto fundamental comum a ambas as causas e que haja constituído a premissa lógica da decisão contida no dispositivo da sentença passada em julgado, preclui o reexame do ponto definido e resolvido, *ainda que o processo subsequente tenha finalidade diversa daquela que constituiu o escopo e o petitum do primeiro*” (tradução livre).⁴⁵

Basta que o fato histórico fundamental ensejador do litígio seja comum a diversos processos para que a solução definitiva de um deles tenha

44 PETRELLA, Virginia. *Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile. Studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: G. Giappichelli, 2008, v. I, p. 424.

45 PETRELLA, Virginia. *Op. cit.*, p. 424.

de prevalecer como coisa julgada entre as mesmas partes, pouco importando que diferentes sejam os pedidos formulados em cada um deles. O acerto sobre o fato fundamental comum não deve ser renovado. É o que se passa em face de uma só relação negocial duradoura acerca da qual surgiram entre as partes sucessivas demandas. Numa se discutiu, *v.g.*, a validade do contrato para solucionar o pedido de cumprimento de uma determinada prestação; noutra reclamou-se a satisfação de outra obrigação gerada pelo mesmo negócio jurídico. Embora diversos os pedidos, todos se fundam no mesmo contrato. Por isso, na segunda causa não é mais lícito discutir a validade do contrato, se isto já foi acertado pela sentença anterior.

Não se pode arguir a diversidade de pedidos em tais casos, nem se pode invocar que a coisa julgada não incide sobre os motivos da sentença. Para a corrente majoritária da Corte de Cassação italiana transitam em julgado tanto o acerto final dado ao pedido como o fato histórico definido para solucionar o pedido.

Diversamente do que entre nós está assentado na jurisprudência do STJ, formada no regime do CPC de 1973, para a Corte de Cassação italiana, transitam em julgado, com autonomia, tanto o *petitum* como a *causa petendi*. Ou seja: nessa ótica, o fato jurídico causal não é visto mais apenas como critério de interpretação do dispositivo da sentença, é também encarado como objeto do acerto definitivo operado com força de coisa julgada.⁴⁶

Numa época em que a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito transforma em garantia fundamental a efetividade de um processo de duração razoável e de estrutura voltada para a economia processual (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), a postura da jurisprudência italiana parece mais afinada com as metas do “processo justo” do que a tradicional, cuja conformação se construiu mais à luz do dogmatismo do que da busca de resultados práticos sensíveis à política moderna de tutela jurisdicional facilitada e eficiente.

46 Dois exemplos extraídos de arestos da cassação italiana: um determinado fato ilícito foi utilizado para pretender, em embargos à execução, a nulidade do título exequendo, e foi rejeitado por sentença. Numa segunda demanda a mesma parte pretendeu perdas e danos, pelo mesmo fato que antes fora invocado nos embargos à execução. Aplicou-se, para rejeitar a segunda demanda, a coisa julgada sobre o fato jurídico fundamental de ambas as causas, tratando-se como irrelevante a diversidade de pedidos. Outro exemplo: na primeira causa, entre vizinhos, travou-se disputa visando o fechamento de uma janela, tendo sido discutida a propriedade do autor; na segunda, as mesmas partes, enfrentaram a pretensão de reduzir as dimensões do acesso de luz de um dos prédios. A Corte de Cassação entendeu que estava preclusa a questão em torno da propriedade, já decidida no primeiro processo, sem embargo da diversidade de pedidos formulados nos dois processos (PETRELLA, Virginia. *Op. cit.*, p. 425).

Os argumentos que na doutrina italiana ainda resistem à posição da jurisprudência apegam-se a que o direito de ação não teria sido concebido como destinado à tutela da verdade dos fatos, mas apenas dos direitos subjetivos. No entanto, o que a nova dimensão da *res iudicata* assume não é a de simplesmente atribuir indiscutibilidade ao decidido sobre o fundamento fático da sentença, mas a de reconhecer que o fato jurídico certificado seja havido como objeto do processo e, por isso, seja incluído nos limites da coisa julgada. É o acertamento não de qualquer fato apreciado em juízo que se incluirá na área da *res iudicata*, mas apenas daquele que assume em qualquer disputa a qualidade de fonte de algum direito subjetivo, ou seja, aquele qualificado pela Corte de Cassação como *fundamental* no acertamento do direito subjetivo objeto do processo em que a sentença transitou em julgado. É o chamado *fato principal* (aquele que foi relevante na individuação do objeto de um processo)⁴⁷ que deve suportar o efeito preclusivo e, assim, ser impedido de voltar à discussão judicial em outro processo, ainda que de *petitum* diverso, mas cuja causa de pedir tenha origem no mesmo fato histórico acertado, em caráter principal, no feito anterior.

REMO CAPONI e ANDREA PROTO PISANI, por exemplo, dão como certo o posicionamento da jurisprudência italiana que, para efeito da coisa julgada externa (material), amplia o objeto do decisório para alcançar a hipótese da *prejudicialidade lógica*, independentemente de formulação de declaratória incidental, nos casos de relação jurídica complexa⁴⁸ a qual vem a ser deduzida em juízo de maneira fracionada. Por exemplo: a pretensão ao aluguel tem como pressuposto lógico necessário a relação locatícia, de modo que a sentença, passada em julgado, de condenação ao aluguel de um determinado período, põe em relevo a existência e validade da locação.⁴⁹ Esse pressuposto da sentença não pode ser ignorado em posterior demanda originada do mesmo contrato.

Pelo menos nas relações complexas derivadas de um só contrato, CAPONI e PROTO PISANI estão acordes com a posição jurisprudencial, no sentido de que o objeto do processo e da coisa julgada não pode ficar limitado à pretensão deduzida em juízo, sob risco de, em sucessivas deman-

47 Para identificação de uma causa (ou ação), o direito brasileiro utiliza três elementos: as partes, o pedido e a causa de pedir (CPC/73, art. 301, § 2º; NCPC, art. 337, § 2º. São todos eles levados em conta pela atual jurisprudência da Corte de Cassação italiana, para identificar, também, os limites da coisa julgada.

48 Por relação jurídica complexa entende-se aquela da qual se podem extrair diversas pretensões em diferentes momentos.

49 CAPONI, Remo; PISANI, Andrea Proto. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, n. 24, p. 82.

das em torno de outras prestações derivadas do mesmo contrato, chegar-se a uma grave contradição lógica de julgamento. Acertada a existência do contrato para justificar a condenação ao pagamento de uma prestação, não seria lógico e aceitável negar tal relação jurídica complexa, quando outra prestação dele derivada viesse a ser exigida em outro processo entre as mesmas partes.⁵⁰

Enfim, o que transita em julgado, para a jurisprudência italiana, a exemplo do que se passa nos Códigos da Espanha, Portugal e Rússia, é algo mais do que a resposta da sentença ao pedido do autor, é, também, a relação jurídica básica da controvérsia, ou seja, aquela que forma a *causa petendi* e, portanto, exprime a *ratio decidendi* que conduziu à conclusão do julgamento.

A valorização da coisa julgada ampla, abarcando o acertamento em torno do pedido e da causa de pedir (relação jurídica material básica), tem sido acolhida com maior tranquilidade que no passado, a partir da constatação de que se harmoniza melhor com a moderna leitura constitucional do processo justo, que há de ser aquele de duração razoável, de tramitação célere e de resultados efetivos.⁵¹

11.5 Processo civil alemão

Acerca da extensão da coisa julgada aos fundamentos da sentença (*causa petendi*), duas correntes se formaram na Alemanha no século XX: (i) a de SCHWAB, seguida também no Brasil, ao tempo do Código de 1973, a qual reduzia o objeto do processo ao *pedido*, de modo que o recurso à *causa de pedir* só se prestava ao esclarecimento, no caso de dúvida, sobre qual o alcance da *res iudicata*⁵²; e (ii) a de HABSCHEID, segundo a qual, se a *causa petendi* é elemento essencial da demanda, “não poderia ser compreendida apenas como método interpretativo do pedido. Ao contrário, deveria ser incorporada ao *objeto do processo*”⁵³ (g.n.).

Informa CABRAL que a lição de HABSCHEID – a de que a coisa julgada abrange também aspectos relevantes da *causa de pedir* que sejam *necessários ou decisivos* para a compreensão do objeto do processo (*pedido*

50 CAPONI, Remo; PISANI, Andrea Proto. *Lineamenti cit.*, n. 25, p. 83. Diante de um só contrato – esclarecem os autores referidos – que, por exemplo, “acertado o direito do vendedor ao pagamento do preço, não se pode sucessivamente negar o direito do comprador à entrega da coisa ao argumento de não existir o contrato de compra e venda” (*op. cit., loc. cit.*).

51 PETRELLA, Virginia. *Op. cit.*, p. 435.

52 SCHWAB, Karl Heinz. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. München: C.H. Beck, 1954, p. 139, 151, 183-185; *apud* CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada, cit.*, p. 87.

53 HABSCHEID, Walter J. *L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XXXV, II, 1980, p. 461; *apud* CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada, cit.*, p. 88.

e *causa de pedir*) – é a doutrina que prevalece modernamente tanto na Alemanha como na Áustria⁵⁴.

12. SÍNTESE

No processo civil moderno, os fatos e a certificação da verdade a seu respeito não podem simples e aprioristicamente ser ignorados no estabelecimento dos limites objetivos da coisa julgada. Embora no plano das abstrações teóricas seja possível isolar o fato e o direito, no mundo concreto do processo fato algum é apreciado sem conotação com seu reflexo no direito, e direito algum entra em cogitação sem inteirar-se com seu suporte fático. Portanto, para o processo – segundo a doutrina moderna, a que se filia JÚLIO LANES –, “pensar o fato implica pensar o direito” e “pensar o direito depende do fato pensado”. Logo, “para que um ganhe sentido, é necessário o outro”. Fato e direito, em tal perspectiva, inserem-se numa relação circular de completa e recíproca implicação. E se assim é, “um sem o outro, nada diz para o processo”.⁵⁵

Daí a conclusão de que, por corresponder a uma artificialidade, não se pode continuar isolando a *causa petendi* (na sua dupla abrangência de fato e de direito) do alcance da autoridade da coisa julgada, que sabidamente deve recair sobre o *objeto litigioso*. Isto porque o objeto litigioso em torno do qual gira a resolução judicial não se restringe apenas à questão de direito, mas indissolúvelmente “é constituído pela *causa de pedir*, pela *defesa indireta* [do réu] e pelo *pedido* [do autor]”.⁵⁶ É assim que se deve ter como vitoriosa no processo civil de nosso tempo a tese de que a coisa julgada abrange não só a resposta contida no dispositivo da sentença, mas se estende à relação jurídica material básica acertada em função das questões solucionadas para compor a situação jurídica controvertida. Esse é o entendimento que se impõe diante da sistemática observada pelo novo Código de Processo Civil brasileiro em matéria de coisa julgada.

Em outros termos, o sistema moderno de conceituação da coisa julgada não se apega restritivamente ao dispositivo da sentença, como no passado se defendia em nome do *princípio dispositivo*: o juiz, na ótica da velha e

54 CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 88. Observa o autor que, mesmo fora da Alemanha, “hoje em dia se sustenta aqui e ali, que o *objeto do processo* compreende uma relação simbiótica entre pedido e causa de pedir, e por isso, a *indiscutibilidade* deve estender-se a certos pontos da *causa petendi*” (g.n.) (*Op. cit.*, *loc. cit.*).

55 LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, p. 211.

56 LANES, Júlio Cesar Goulart. *Op. cit.*, *loc. cit.*

ultrapassada doutrina, somente na resposta ao pedido resolvia o mérito da demanda, e, por isso, era nessa resposta que se assentava a *coisa julgada*. A evolução e racionalização do instituto, no entanto, resultaram na convicção de que “restringir a coisa julgada em virtude do princípio dispositivo ou da liberdade das partes obviamente não tem sentido. Afinal, são as próprias partes que controvertem a questão em juízo, tornando-a capaz de ser decidida com força de coisa julgada”⁵⁷.

O que, portanto, fez o CPC/2015 – na esteira da mais atual tendência do direito comparado – foi deslocar o limite objetivo da coisa julgada do dispositivo da sentença para a solução das questões jurídicas controvertidas entre as partes e na qual se apoia a conclusão do decisório de mérito⁵⁸. ❖

57 MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 76, p. 07, Porto Alegre, jan-fev/2017. Observa o autor que “não há motivo para fingir não ver que a possibilidade de voltar a discutir e decidir questão já decidida representa a admissão de que o juiz só exerce poder – ou realmente decide – quando julga o pedido. Isso obviamente não tem racionalidade” (*Op. cit., loc. cit.*).

58 Lembra Marinoni que “a questão só ficará revestida pela coisa julgada se dela depender o julgamento do mérito. Vale dizer: a questão ficará acobertada pela coisa julgada apenas se o julgamento do pedido exigir a sua resolução incidental” (*Op. cit., p. 9*). Por isso, o art. 503 o CPC/2015 exige que tenha havido contraditório sobre a questão prejudicial e exclui a ocorrência de coisa julgada sobre dita questão quando o processo é julgado à revelia do demandado (MARINONI. *Op. cit., p. 23*). É de se ressaltar, contudo, que a revelia do demandado não exclui da *res iudicata a causa de pedir* que, no aforamento da demanda, tenha figurado como o fundamento do pedido deduzido em juízo (objeto litigioso) e que tenha sido resolvido como questão principal pela sentença de mérito.

Limites Objetivos da Coisa Julgada no Código de Processo Civil de 2015

Alexandre Freitas Câmara

Doutor em Direito Processual (PUCMINAS). Desembargador no TJRJ. Professor Emérito de direito processual civil da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Presidente do Instituto Carioca de Processo Civil. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os limites objetivos da coisa julgada no CPC/73. 3. Os limites objetivos da coisa julgada no CPC/2015: coisa julgada sobre a resolução da questão prejudicial. 3.1. Os conceitos de ponto, questão e causa prejudicial. 3.2. A coisa julgada sobre a resolução de questões prejudiciais suscitadas incidentalmente: requisitos. 4. À guisa de conclusão: a resolução da prejudicial que é apta a fazer coisa julgada se dá na fundamentação ou no dispositivo da decisão? 5. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada. Limites objetivos. Questão prejudicial.

KEYWORDS: *Res iudicata. Claim preclusion. Issue preclusion.*

RESUMO: O texto, escrito em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, analisa a profunda modificação operada no direito brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015, que passou a prever a formação de coisa julgada sobre a resolução de questão prejudicial, desde que presentes certos requisitos.

ABSTRACT: The paper, written in honor of Professor José Carlos Barbosa Moreira, analyses the deep modification of Brazilian law caused by the 2015

Civil Procedure Code, that innovates when rules the issue preclusion, which will exist if certain conditions are present.

1. INTRODUÇÃO.

O Código de Processo Civil de 2015 inova grandemente em relação ao Código de Processo Civil de 1973 no que diz respeito aos limites objetivos da coisa julgada. Tal inovação, impõe registrar, está diretamente ligada à abolição da “ação declaratória incidental”, que o Código anterior implantou no ordenamento jurídico brasileiro. O que se pretende examinar neste pequeno ensaio é o modo como a matéria vem agora tratada, sendo certo que a exata compreensão do ponto impõe que sejam feitas breves considerações sobre o mesmo no CPC de 1973.

Não posso, porém, iniciar o trabalho sem registrar que este artigo foi escrito em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira, o maior processualista que conheci. Toda e qualquer homenagem que a ele se faça será pequena diante da grandiosidade de sua obra e de sua inesquecível figura humana. Optei por tratar aqui de temas que sempre estiveram presentes na sua obra: a coisa julgada e a prejudicialidade. Pretendo, assim, sem o brilho do Mestre, mostrar que os assuntos sobre os quais ele se debruçou – e foram muitos – são extremamente atuais e devem sempre ser revisitados. Fica aqui, pois, mais esta sincera, emocionada e saudosa homenagem àquele que tanto me inspirou nos estudos e na prática do direito processual civil.

2. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO CPC/73

No CPC de 1973 estabeleceu-se, de forma expressa, que a fundamentação da sentença não seria alcançada pela autoridade de coisa julgada material. Dito de outro modo, apenas a parte dispositiva da sentença transita em julgado. Este é ponto que, à luz da doutrina concebida sob a égide deste diploma legislativo, pode ser considerado pacífico.¹

Assim sendo (e nos expressos termos do tautológico art. 469 do CPC de 1973), não são alcançados pela coisa julgada “os motivos” da sentença, “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença” e a resolução “da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

A limitação da coisa julgada à parte conclusiva da sentença, excluída de seus limites objetivos a fundamentação do pronunciamento judicial,

¹ Desnecessário alongar as citações. Sobre o ponto, por todos, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed., 1994, p. 437.

sempre contou com o apoio da mais autorizada doutrina processual. Assim, por exemplo, na doutrina italiana, isso se encontra afirmado desde o mais clássico dos autores, Chiovenda.²

Por conta disso é que, na mais autorizada doutrina, sustenta-se que a resolução da questão prejudicial não é alcançada pela autoridade de coisa julgada material, salvo no caso de ter sido formulada uma expressa demanda com esse objeto ou se assim o determinar expressamente a lei.³

Pois no regime do Código de Processo Civil de 1973 a resolução da questão prejudicial não podia ser alcançada pela autoridade de coisa julgada, salvo no caso de haver sido formulada, por qualquer das partes, uma demanda neste sentido, a que se deu, tradicionalmente, o nome de “ação declaratória incidental”.

Por conta disso, o art. 5º do CPC de 1973 expressamente estabeleceu que “se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença”. Sendo certo que, por força do disposto no art. 469, III, daquele diploma, não fazia coisa julgada “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”, tal regra era excepcionada pelo que estabelecia o art. 470 do mesmo código: “Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”.

Fica claro, então, pela leitura dos dispositivos mencionados, que sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a resolução da questão prejudicial – que, via de regra, se dá na fundamentação da sentença – não era alcançada pela *authoritas rei iudicatae*, e só se afastava essa limitação se alguma das partes tivesse demandado uma declaração incidental. Nesse caso, o que era mera *questão prejudicial* terá se tornado uma *causa prejudicial*, a exigir a prolação de uma decisão, que seria encontrada no dispositivo da sentença, já que proferida *principaliter*.⁴ E assim, a decisão proferida sobre a causa prejudicial alcançava a autoridade de coisa julgada material.

2 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 3ª ed., 1923, p. 917.

3 Assim, por exemplo, VERDE, Giovanni. *Il nuovo processo di cognizione*. Nápoles: Jovene, 1995, p. 226.

4 Impende, aqui, fazer um esclarecimento: nada do que aqui se examina, nem à luz do CPC/1973, nem sob a ótica do CPC/2015, diz respeito àqueles casos em que tenha havido cumulação originária de demandas e entre elas haja relação de prejudicialidade (como se daria, por exemplo, em um caso em que se cumulassem as demandas de reconhecimento de paternidade e de alimentos, ou as de desconstituição de um contrato de compra e venda e de reintegração na posse do imóvel). É que nesses casos há, desde a instauração do processo, um pedido de julgamento *principaliter* da demanda que versa sobre a causa prejudicial, o que faz com que, evidentemente, sua resolução seja alcançada pela autoridade de coisa julgada.

Vale registrar, neste ponto, que, por força do que expressamente estabelece o já citado art. 470, tal decisão *principaliter* acerca da causa prejudicial só poderia ser proferida se a demanda de declaração incidental tivesse sido dirigida a juízo competente em razão da matéria (o que decorre da óbvia constatação de que a decisão proferida por juízo absolutamente incompetente é viciada – como expressamente afirmava o art. 113, § 2º, do Código Buzaid – e podia, se transitasse em julgado, ser impugnada e desconstituída por “ação rescisória”, na forma do art. 485, II, do mesmo diploma).

3. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO CPC/2015: COISA JULGADA SOBRE A RESOLUÇÃO DA QUESTÃO PREJUDICIAL.

O Código de Processo Civil de 2015, porém, afasta-se desse regime. É que há, nesse Código, uma mudança de orientação. A resolução da questão prejudicial passa a ser alcançada pela autoridade de coisa julgada não mais por força da manifestação de vontade de alguma das partes, que teria ajuizado sua demanda de declaração incidente, mas por força de lei.

O exame da matéria no CPC vigente se faz a partir do que estabelece seu art. 503 (que corresponde, com alterações, ao que consta do art. 468 do CPC de 1973), o qual estabelece que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”. E o § 1º desse mesmo artigo fixa que “[o] disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo”, se alguns requisitos estiverem presentes.

Fica exposto, então, que a *auctoritas rei iudicatæ* passa a alcançar não só a decisão proferida pelo órgão jurisdicional em resposta ao pedido formulado pelo demandante mas também a resolução de questão prejudicial.⁵

Tenha-se claro, porém, um ponto: continua válida a afirmação segundo a qual o dispositivo da decisão é alcançado pela coisa julgada (ou, como frequentemente se diz, “o dispositivo faz coisa julgada”). É, aliás, o que resulta da interpretação do *caput* do art. 503 do CPC vigente, segundo o qual “a decisão” (ou seja, o dispositivo, que é o elemento do pronunciamento judicial que tem conteúdo decisório e, portanto, é a *decisão*) tem “força de lei” (expressão que corresponde à tradução literal do vocábulo alemão *Re-*

⁵ Consequência disso tudo é que o art. 504 do CPC/2015, que corresponde ao art. 469 do CPC/1973, não reproduz o que consta do inciso III desse último dispositivo, segundo o qual – como visto anteriormente – a resolução de questão prejudicial que se desse incidentalmente não seria alcançada pela coisa julgada. É que, no sistema vigente, a resolução de questão prejudicial se dará, sempre que preenchidos os requisitos legais, *principaliter*.

chtskraft, que literalmente traduzido significa, exatamente, força de lei, e é empregado no Direito alemão para designar a coisa julgada).

O regime, como se vê, é substancialmente alterado. Afinal, não só a decisão acerca da pretensão deduzida pela parte é alcançada pela coisa julgada, mas também – e desde que preenchidos certos requisitos – a resolução de questão prejudicial suscitada incidentalmente, sem que em relação a ela tenha sido formulado qualquer pedido. Impõe-se, porém, analisar o que consta do Código de Processo Civil de 2015, de modo a se poder perceber exatamente quando os limites da coisa julgada realmente abarcarão o que se tiver pronunciado acerca das relações que guardem, com o objeto principal do processo, alguma relação de prejudicialidade.

3.1. Os Conceitos de Ponto, Questão e Causa Prejudicial

Para compreender-se exatamente o sistema vigente, impõe-se também, buscar definir o que sejam três conceitos que são sempre manipulados quando se fala sobre esse tema: *ponto*, *questão* e *causa*.

Impende afirmar, em primeiro lugar, que *prejudicialidade* é uma relação entre dois postulados, de modo que a solução dada a um deles tem o poder de influir na solução do segundo. Assim, por exemplo, sempre que para solucionar o postulado B tenha o juiz de determinar antes a solução do postulado A, e esta influa na resolução daquele, será possível afirmar que entre A e B existe uma relação de prejudicialidade, em que A é prejudicial e B é prejudicado.

Pense-se, por exemplo, na relação que existe entre saber-se se Pedro é ou não o pai de Maria e a solução que se tenha de dar a uma demanda de alimentos proposta por esta em face daquele. Ora, caso se verifique que entre eles não existe a relação de paternidade, logicamente não será possível condenar Pedro a prestar alimentos a Maria.

A prejudicialidade pode ser característica de um *ponto*, de uma *questão* ou de uma *causa*.

Ponto, como ensina importante monografista, “é o fundamento de uma afirmação referente ao mérito, ao processo ou à ação”.⁶ Em outras palavras, *ponto* é qualquer afirmação, de fato ou de direito, que tenha sido feita no processo. Assim, por exemplo (e utilizando o exemplo anterior), se Maria afirma que Pedro é seu pai e, com base nesta afirmação, postula sua condenação a lhe pagar alimentos, tem-se na paternidade um *ponto prejudicial*.

⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1988, p. 57.

Questão, na lição do jurista que originariamente refletiu acerca dessa categoria, é “a dúvida acerca de uma razão”.⁷ Dito de outro modo, pode-se afirmar que *questão* é todo ponto controvertido, de fato ou de direito. Assim, e sempre usando o mesmo exemplo, se Pedro contesta a paternidade afirmada por Maria, ter-se-á uma *questão prejudicial*.

Pode, então, acontecer de um ponto ser dotado dessa característica chamada *prejudicialidade*. Tornando-se ele controvertido, ter-se-á uma *questão prejudicial*. Tudo isso, porém, ocorre dentro de um processo instaurado, cujo objeto é distinto desse ponto ou questão prejudicial. Pode ocorrer, porém, de a questão prejudicial ser suscitada em outro processo em caráter principal.⁸ Pois nesse processo, no qual se buscará resolver *principaliter* a questão que, para o primeiro processo era prejudicial, se desenvolverá o que se pode chamar de *causa prejudicial*.⁹ É o que vai acontecer, então, se houver sido instaurado, *e.g.*, um processo cujo objeto seja uma pretensão declaratória de paternidade deduzida por Maria em face de Pedro, enquanto em outro processo pede ela a condenação de seu suposto pai a pagar alimentos. Nesse caso, aquele primeiro processo veicula a *causa prejudicial*, enquanto neste segundo processo se terá a *causa prejudicada*.

Os pontos prejudiciais, por não serem controvertidos, não são objeto de resolução judicial. Assim, toda a relação entre prejudicialidade e coisa julgada se restringe às questões e às causas prejudiciais.

Ocorre que, como evidente, na causa prejudicial haverá uma resolução *principaliter* acerca do que é prejudicial. Desse modo, inegavelmente se terá de reconhecer a formação, *in casu*, da coisa julgada material. Assim, e sempre usando o mesmo exemplo, julgado procedente o pedido de declaração de paternidade formulado por Maria em face de Pedro, essa declaração de paternidade será alcançada pela *auctoritas rei iudicatae* (e não poderá ser objeto de qualquer discussão no processo da causa prejudicada, no qual não será possível negar-se aquela paternidade, sob pena de ofender-se a coisa julgada formada no primeiro processo).

Por tais razões, fica o problema restrito a saber-se como se dá a relação entre a solução de uma questão prejudicial, resolvida *incidenter tantum*, e a coisa julgada que se forme nesse processo em que tal resolução ocorreu.

7 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, vol. I. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997, p. 36.

8 Volte-se aqui a afirmar que no caso de a prejudicial ter sido suscitada no mesmo processo como causa principal, sua solução fará coisa julgada – como sempre fez –, mas essa é hipótese estranha ao objeto deste estudo.

9 SCARANCA, *Prejudicialidade*, cit., p. 60.

3.2. A Coisa Julgada sobre a Resolução de Questões Prejudiciais Suscitadas Incidentalmente: Requisitos

No direito brasileiro, como se viu anteriormente, a resolução *incidenter tantum* de questões prejudiciais nunca foi alcançada pela autoridade de coisa julgada.

É preciso – para facilitar o curso da exposição – afirmar aqui que o problema de que ora se cuida só se põe se a questão prejudicada é de mérito. É que pode haver algum caso em que uma questão seja prejudicial a outra estranha ao mérito (em outros termos, pode a questão prejudicada ser meramente processual). É o que se dá, por exemplo, quando, para saber-se se uma pessoa é realmente o representante legal de uma pessoa jurídica que é parte em um processo, torna-se necessário resolver se foi ou não válida sua eleição. Nesse caso, a questão prejudicada diz respeito à capacidade processual da parte e, pois, é estranha ao *meritum causæ*. Sendo certo que a resolução de questões processuais jamais poderia ser alcançada pela coisa julgada material, seria absurdo sequer cogitar-se de ser alcançada pela autoridade de coisa julgada a resolução, *incidenter tantum*, dessa questão prejudicial.¹⁰ Não é por outra razão, aliás, que o inciso I do art. 503, § 1º, do CPC/2015 expressamente afirma que a solução da prejudicial só fará coisa julgada se “dessa resolução depender o julgamento do mérito”.

Havendo de resolver-se em caráter incidental uma questão prejudicial que subordina a resolução de uma questão de mérito, porém, torna-se necessário saber se a autoridade de coisa julgada ficará limitada à decisão sobre o mérito ou se alcançará também o que se diga sobre aquela questão prévia. E – perdoe-se a insistência – no direito brasileiro sempre se negou tal extensão (ressalvada apenas a possibilidade de alguma das partes formular demanda declaratória incidental, mas, nesse caso, a solução da questão prejudicial se dá *principaliter*).

Assim já era ao tempo do Código de Processo Civil de 1939.¹¹ E assim foi também, como já demonstrado, sob o império do CPC de 1973.¹²

10 Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese. Rio de Janeiro, 1967, p. 126.

11 Vale registrar que, àquela época, este tema era tremendamente controvertido. Sempre pareceu melhor, porém, considerar-se que a coisa julgada não alcançava a resolução *incidenter tantum* das questões prejudiciais. Nesse sentido pronunciou-se o mais importante monografista do tema entre nós: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 114. No mesmo sentido, sob a égide do Código de 1939, LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*, vol. III. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 2ª ed., 1948, p. 128 (onde se lê que “se o autor ou o réu pretendem que um pressuposto da sentença também entre para o domínio da coisa julgada, deverão no libelo, na contestação ou em reconvenção fazer tais pedidos”).

12 Aqui sem qualquer controvérsia digna de nota, dados os expressos termos do art. 469, III. Sobre o ponto, por todos, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 51ª ed., 2010, p. 550.

Pois o Código de Processo Civil de 2015 rompeu inteiramente com essa tradição. Não há previsão expressa da “ação declaratória incidental” (que não é mencionada no texto normativo),¹³ estendendo-se os limites objetivos da coisa julgada à solução das questões prejudiciais.

É preciso ter claro que o CPC/2015 claramente limita a extensão objetiva da coisa julgada à resolução de questões prejudiciais ao mérito (o que se afirma com base no já mencionado art. 503, § 1º, I). Assim, por exemplo, se em um processo cujo objeto seja uma pretensão a receber alimentos, tiver surgido controvérsia sobre a paternidade, a solução dessa questão também ficará coberta pela autoridade de coisa julgada (desde que presentes os requisitos exigidos por lei, dos quais se tratará adiante).

Dois considerações, porém, se impõem. A primeira é que – ao contrário do que pode parecer – a solução legal não implica afirmar-se que a coisa julgada alcançará também a fundamentação da sentença (ou uma parte dela). O que o CPC/2015 na verdade estabelece é que, tendo surgido no processo uma questão prejudicial ao mérito, a resolução da mesma passa a integrar, por força de lei, o objeto do processo, devendo a mesma ser resolvida *principaliter*. Ter-se-á, pois, aí, uma questão que, por força de lei, integra o objeto do processo independentemente de pedido (como se dá com relação à inclusão, na condenação, de correção monetária ou juros moratórios legais). Há quem fale, em casos assim, em “pedido implícito”.¹⁴ Essa, com todas as vênias devidas, não parece a melhor terminologia. Nesses casos, a meu ver, não se deve considerar que o pedido tenha sido feito implicitamente, mas que a matéria integra o objeto do processo independentemente de pedido.

Assim, é de se reconhecer que, no sistema projetado, haverá uma resolução *principaliter* das questões prejudiciais, independentemente de se ter formulado pedido nesse sentido. E, proferida a resolução *principaliter* da questão prejudicial, esta será alcançada pela autoridade de coisa julgada material.

De outro lado, impende considerar que é requisito dessa extensão objetiva da coisa julgada que o juízo seja competente em razão da matéria e da pessoa. Pense-se, por exemplo, em um processo trabalhista movido por uma empregada doméstica em face de um casal. Os demandados tornam controvérsia no processo a própria existência da entidade familiar, querendo

13 Não é este o local para enfrentar-se uma outra questão: se ainda seria admissível a propositura de “ação declaratória incidental”, não obstante o silêncio normativo, ou se a ausência de sua previsão teria feito desaparecer o instituto do ordenamento brasileiro. A questão, porém, é relevante e merece ser enfrentada.

14 Entre outros, usa essa terminologia CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 8ª ed., 1998, p. 209.

um deles demonstrar que não tem qualquer responsabilidade por eventuais direitos trabalhistas da reclamante por ser apenas um namorado da outra reclamada, enquanto esta afirma que eles formavam uma entidade familiar (dessas conhecidas como “uniões estáveis”), sendo, pois, de ambos a responsabilidade pelos eventuais débitos trabalhistas. O Juiz do Trabalho terá de verificar se os reclamados formavam ou não uma entidade familiar ao tempo em que a reclamante trabalhava como doméstica, a fim de verificar se serão ou não condenados ambos os demandados. O que o juízo trabalhista afirmar na sentença acerca da entidade familiar, porém, não será alcançado pela autoridade de coisa julgada.

Outros exemplos poderiam ser figurados. Cogite-se, e.g., de em um juízo cível instaurar-se processo cujo objeto é a declaração da titularidade da propriedade de um imóvel, em que surja discussão sobre questão prejudicial consistente em saber se é ou não nulo um registro civil (em um caso no qual a competência *ratione materiæ* para conhecer dessa matéria seja de um juízo especializado em registros públicos, como se dá na comarca do Rio de Janeiro). Em casos assim, a afirmação feita pelo juízo absolutamente incompetente acerca da validade do registro não poderá alcançar a coisa julgada material.

A exigência desse requisito, aliás, é perfeitamente compatível com o que consta do art. 42 do CPC/2015. Diz esse dispositivo que “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”. Fica claro, então, que um órgão jurisdicional só pode decidir “nos limites de sua competência”. Ora, sendo certo que as questões prejudiciais ao mérito que surjam no processo passarão a integrar o objeto deste, devendo ser resolvidas *principaliter*, não tenho dúvida em afirmar que tal decisão só poderá ser proferida “nos limites de sua (*do órgão jurisdicional*) competência”. Assim, em casos como o anteriormente figurado, não poderia mesmo o juízo trabalhista decidir com força de coisa julgada sobre a existência ou não da entidade familiar, nem poderia o juízo cível declarar, com força de coisa julgada, se um registro civil é válido ou nulo.

Além de limitar a formação de coisa julgada material à resolução de questão que seja prejudicial ao mérito e aos casos em que o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para sua solução, a lei processual estabelece mais uma exigência (art. 503, § 1º, II): que sobre a prejudicial tenha havido “contraditório prévio e efetivo”, além de afastar sua incidência em casos de revelia.

Fica claro, então, pela leitura do dispositivo legal, que, no caso de ter sido revel o demandado, não se poderá cogitar da formação de coisa julgada sobre a resolução da questão prejudicial, ainda que todos os demais requisitos estejam presentes. Normalmente se pensará, então, em afirmar que se o réu não tiver oferecido contestação, estará desde logo excluída a formação da coisa julgada sobre a resolução de questão prejudicial. Além dessa hipótese (evidente) de aplicação do disposto na lei, há outro interessante caso de aplicação dessa regra: pense-se em um processo no qual o réu tenha regularmente contestado. Antes da prolação de sentença, porém, se verifica sua incapacidade processual ou irregularidade de representação. Nesse caso, deverá o processo ser suspenso, fixado prazo razoável para sanação do vício. Pois se a regularização não acontecer, o réu “será considerado revel” (art. 76, § 1º, II, do CPC), o que significa dizer que, daí por diante, será ele tratado como um réu revel. Resulta daí que, nesse caso, a resolução da questão prejudicial não poderá ser alcançada pela coisa julgada.

Não basta, porém, que o réu não seja revel. É preciso que tenha havido contraditório “prévio e efetivo” sobre a prejudicial. Em outros termos, é preciso que a questão prejudicial tenha sido debatida de forma prévia à prolação da decisão, e de modo absolutamente completo, exauriente, para que se legitime a formação da coisa julgada sobre sua resolução.

Além disso, e nos precisos termos do § 2º do art. 503, não haverá coisa julgada sobre a resolução da questão prejudicial “se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”. Assim é que, por exemplo, não poderá haver formação de coisa julgada sobre a resolução de questão prejudicial nos processos que tramitam perante Juizados Especiais, nos quais há intensa limitação probatória. Do mesmo modo, o processo do mandado de segurança, em que só se admite a produção de prova documental pré-constituída, é incompatível com a formação de coisa julgada sobre a resolução da questão prejudicial. Também está afastada a formação da coisa julgada sobre a resolução de questão prejudicial nos casos em que o juízo não está autorizado a exercer cognição exauriente sobre a matéria. É o que se dá, por exemplo, nos processos possessórios, em que não se pode discutir propriedade. Pois nesse tipo de processo o que o juízo eventualmente afirme acerca da titularidade do domínio não será alcançado pela coisa julgada.

Há, porém, que se enfrentar uma questão relevante acerca desse § 2º do art. 503: haveria vedação à formação da coisa julgada nos casos em que

a limitação probatória não resultasse da lei, mas de uma decisão judicial? Basta pensar no caso em que alguma das partes tenha expressamente requerido a produção de uma prova que diz respeito tão somente à resolução da questão prejudicial, tendo o juízo indeferido essa prova. Tenho para mim que nesse caso estará excluída a formação da coisa julgada sobre a resolução da questão prejudicial, dado que a limitação probatória resultante da decisão judicial terá limitado a cognição acerca da matéria, que não terá, por isso, sido exauriente.¹⁵

Em síntese: a solução dada à questão prejudicial fará coisa julgada quando, cumulativamente: (i) tratar-se de questão prejudicial ao mérito do processo; (ii) a seu respeito tenha havido contraditório prévio e efetivo; (iii) o réu não seja revel; (iv) o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal; (v) não existir no processo restrição probatória; (vi) não haver no processo limitações à cognição que impeçam sua análise.

4. À GUIA DE CONCLUSÃO: A RESOLUÇÃO DA PREJUDICIAL QUE É APTA A FAZER COISA JULGADA SE DÁ NA FUNDAMENTAÇÃO OU NO DISPOSITIVO DA DECISÃO?

Fica, então, uma última questão: presentes os requisitos da formação da coisa julgada sobre a resolução da prejudicial, será correto afirmar que uma parte da fundamentação da sentença fará coisa julgada?¹⁶ Ou se deve considerar que nesse caso a resolução da questão prejudicial deverá se dar na parte dispositivo da sentença?¹⁷

Pois não tenho dúvida em afirmar que nesse caso a resolução da questão prejudicial deve se dar no dispositivo da sentença. E isso por alguns fundamentos.

Em primeiro lugar, é preciso considerar que o art. 504 é expresso em afirmar que a fundamentação da decisão não faz coisa julgada. Além disso, o § 1º do art. 503 estabelece que a resolução da questão prejudicial fará coisa julgada nos casos ali previstos, mas o faz determinando que se aplique a tal resolução “o disposto no *caput*”. Pois é o *caput* do art. 503 que estabelece

15 Assim me manifestei em CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Gen-Atlas, 4ª ed., 2018, pág. 306.

16 Como parece ter entendido MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC: que coisa julgada é essa?* In: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-que-coisa-julgada-e-essa-16022015>, acesso em 31/01/2018.

17 Como entende TALAMINI, Eduardo. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. In: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235860,101048-Questoes+prejudiciais+e+coisa+julgada>, acesso em 31/01/2018.

que a coisa julgada se forma sobre a parte dispositiva da decisão. Assim, deve-se considerar que, por força da própria lei processual, a resolução da questão prejudicial apta a fazer coisa julgada deverá dar-se no dispositivo, e não na fundamentação do pronunciamento jurisdicional.

Há, porém, uma outra questão a considerar: a atribuição da autoridade de coisa julgada à resolução da prejudicial tem uma evidente finalidade: evitar que, já julgada a questão prejudicial, venha a instaurar-se novo processo para debate acerca da questão prejudicial. Basta pensar, por exemplo, no caso de se ter julgado demanda de alimentos em que tenha sido afirmado, na resolução da questão prejudicial, que entre as partes existe uma relação de parentesco sobre a qual existe controvérsia. Pois não se formando a coisa julgada sobre a resolução dessa prejudicial, será em tese possível instaurar-se posteriormente outro processo no qual a mesma matéria será debatida (e seria perfeitamente possível imaginar que nesse caso poderia o juiz do segundo processo afirmar, sem violar a coisa julgada – que no caso não existe – que as partes não têm qualquer parentesco). A formação da coisa julgada sobre a resolução da questão prejudicial tem por fim, pois, evitar esse segundo processo. Ocorre que, na hipótese de se solucionar a prejudicial na fundamentação, poderá surgir controvérsia sobre se tal resolução fez ou não coisa julgada. E nesse caso poderá instaurar-se novo processo para discutir-se aquela questão, quando então as partes inevitavelmente discutirão se a resolução da questão prejudicial fez ou não coisa julgada no processo anterior. E caberá ao juiz do segundo processo decidir se a resolução da questão prejudicial no primeiro processo fez coisa julgada. Isso parece, para dizer o mínimo, contrário ao princípio da eficiência, que é norma fundamental do processo civil (CPC, art. 8º).

Penso, então, que deve haver contraditório prévio à decisão sobre a questão prejudicial, de modo a permitir que as partes debatam sobre estarem ou não presentes os requisitos para a formação da coisa julgada. Ao juiz, então, caberá – se reputar tais requisitos presentes – decidir a matéria na parte dispositiva de seu pronunciamento. E contra tal decisão caberá recurso, no qual será possível às partes discutir se os requisitos para a formação da coisa julgada estão ou não presentes. Assim será possível que no próprio processo em que a questão prejudicial é resolvida se afirme categoricamente se sua resolução foi ou não alcançada pela coisa julgada.

Conclua-se, pois, dizendo que o sistema de formação da coisa julgada sobre a resolução de questões prejudiciais pode ser extremamente proveito-

so, evitando a instauração de processos sobre matérias que já poderão estar resolvidas em processo anterior. Haverá, porém, a necessidade de que os profissionais que atuam no processo, especialmente advogados e magistrados, fiquem atentos ao ponto, sob pena de haver formação de coisa julgada sem que as partes tenham sequer levado em consideração tal possibilidade. ❖

5. REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos - *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese. Rio de Janeiro, 1967.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim - *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 8ª ed., 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas - *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Gen-Atlas, 4ª ed., 2018.

CARNELUTTI, Francesco - *Instituciones del proceso civil*, vol. I. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe - *Principii di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 3ª ed., 1923.

FERNANDES, Antonio Scarance - *Prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1988.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo - *Direito processual civil brasileiro*, vol. III. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 2ª ed., 1948.

MACHADO, Marcelo Pacheco - *Novo CPC: que coisa julgada é essa?*
In: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-que-coisa-julgada-e-essa-16022015>, acesso em 31/01/2018..

SANTOS, Moacyr Amaral - *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed., 1994.

TALAMINI, Eduardo - *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *In:* <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235860,101048-Questoes+prejudiciais+e+coisa+julgada>, acesso em 31/01/2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto - *Curso de direito processual civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 51ª ed., 2010.

VERDE, Giovanni - *Il nuovo processo di cognizione*. Nápoles: Jovene, 1995.

Coações Indiretas na Execução Pecuniária

Leonardo Greco

Professor titular aposentado de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro

1 – ANTECEDENTES E ESTADO DA ARTE

Abandonados os meios de coerção pessoal do primitivo direito romano, o direito ocidental evoluiu na Antiguidade e na Idade Média no sentido da natureza essencialmente sub-rogoratória da execução pecuniária.

É clássica a lição de Chiovenda¹ de que os meios sub-rogoratórios, que visam conseguir para o credor o bem a que tem direito independentemente da participação e, portanto, da vontade do obrigado, são os naturalmente cabíveis para a satisfação dos créditos pecuniários.

Os meios de coação indireta que tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com participação do obrigado ou de terceiros, como as multas, o arresto pessoal, os sequestros, somente poderiam admitir-se em virtude de uma norma expressa de lei, pois, em princípio, encontrariam óbice na liberdade individual e na propriedade privada, garantidas na Constituição.

Vou excluir desde logo da presente análise específica as medidas instrutórias ou probatórias, como a inspeção de locais, a quebra de sigilos bancário e fiscal, as medidas conservatórias de provas, a prestação de informações pelo executado e por terceiros e a questão da superação ou não do suposto privilégio à não autoincriminação, embora possa mencioná-las eventualmente.

Seguindo o mesmo entendimento, inclusive quanto à necessidade de previsão legal para as coações indiretas, José Alberto dos Reis² fazia duas interessantes observações para o objeto da nossa reflexão: a primeira, de que as últimas, as coações, constituem uma espécie intermediária entre a sanção executiva e a pena; a segunda, de que o Estado na execução deve primeiro

1 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I, tradução de J. Guimarães Menegale. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1965. P. 287-291.

2 REIS, José Alberto dos. **Processo de execução**. Vol. 1º. 3ª ed. Coimbra Editora. 1985. P. 24-35.

fazer uso dos meios sub-rogatórios, porque geralmente por meio deles consegue a eliminação do estado de fato contrário ao direito. Se o devedor tem bens acessíveis capazes de, transformados em dinheiro, satisfazer o credor, esta deve ser a via normal da execução.

Também Carnelutti³ assinalava que as medidas coercitivas contra o obrigado são um *tertium genus*, intermédio entre a execução e a pena. Têm a estrutura da pena, enquanto atingem um bem do obrigado diverso daquele que constitui objeto da obrigação violada; mas, ao contrário, têm em comum com a execução a função, enquanto agem com o fim de obter a efetiva satisfação do interesse de quem tem o direito à efetiva subordinação do interesse de quem tem a obrigação.

A origem das coações indiretas no direito moderno se encontra nos remédios da *equity* do direito inglês e posteriormente norte-americano, principalmente nas *injunctions*⁴.

Como informa Neil Andrews⁵, as cortes modelaram a *injunction* para induzir as partes recalcitrantes a satisfazerem seus deveres legais. Os poderes do *contempt of court* por quebra da *injunction* são severos: multa, prisão, apreensão de bens pessoais e sociais. Um dos seus objetivos é assegurar que a justiça substancial seja alcançada sem ser perturbada por cínicas táticas obstrutivas, como dissipação de bens, destruição de provas ou evasivas pessoais da jurisdição.

No direito norte-americano, Friedenthal, Kane e Miller lecionam que as coações indiretas se encontram no âmbito dos *provisional remedies*, ou seja, da tutela provisória, em que as regras federais em geral recorrem ao direito de cada Estado, mesmo nas causas perante cortes federais⁶. A medida mais comum é o *attachment* ou arresto, usado para prevenir o risco de eventual dissipação de bens pelo devedor.

No direito francês, Roger Perrot⁷ denominou a essas novas técnicas para aperfeiçoar a eficácia da execução pecuniária de *coerção por dissuasão*,

3 CARNELUTTI, Francesco. *Processo di Esecuzione*, Vol I. Padova: CEDAM. 1932. P. 7-8.

4 FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel Diritto Italiano*. Milano: Giuffrè. 1974.

5 ANDREWS, Neil. *Injunctions in support of civil proceedings and arbitration*. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 319.

6 FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay. MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 4^o ed. St. Paul: Thomson -West. 2005. P. 734. No mesmo sentido, MURRAY, Peter. *Provisional measures in U.S. Civil Justice*. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 229.

7 PERROT, Roger. *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*. In *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM. 1996. P. 658 e ss; PERROT, Roger. *L'astreinte à la française*. In *Melanges Jacques van Compernelle*. Bruxelles: ed. Bruylant. 2004. p. 487-499.

que incluem as *astreintes*, e refletiram na lei de 1991 que estabeleceu o princípio de que “o credor tem a livre escolha das medidas destinadas a assegurar a execução ou a conservação do próprio crédito”, o que lhe permite escolher na penhora o bem que lhe seja mais conveniente, mesmo que seja o mais prejudicial para o devedor, com a esperança de que o prejuízo da escolha incite o devedor a não retardar o pagamento do que deve. Em 1990 a Corte de Cassação passou a admitir as *astreintes* na execução de obrigações pecuniárias. Mais o devedor atrasa, mais a dívida aumenta⁸.

Na Espanha, no âmbito das medidas cautelares, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* (art. 727-7) admite a ordem judicial de cessação provisória de atividade, de abstenção temporária de uma conduta, de proibição temporária de interrupção ou de cessação de uma prestação.

Também o princípio 8º dos Princípios do Processo Civil Transnacional, aprovados em 2004 pelo American Law Institute e pela UNIDROIT, a título de tutela provisória e conservativa, determina que o tribunal pode concedê-la para assegurar a eficácia da decisão, para proteger ou disciplinar a situação presente.

No âmbito do Conselho da Europa, que inclui os 47 países daquele Continente, a Recomendação n. 17, de 2003, do Comitê de Ministros, em matéria de execução das decisões judiciais, propõe que os procedimentos executivos prevejam medidas para dissuadir ou impedir os abusos de procedimento⁹.

Mas, ao contrário, há um grupo de países que resiste à expansão das coações indiretas na execução pecuniária. Assim, na Alemanha elas são geralmente inadmissíveis¹⁰.

No direito português, a única coação indireta é a chamada sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829º-A do Código Civil, que consiste no acréscimo de 5% aos juros devidos¹¹.

O código italiano, inclusive após a reforma de 2015 (art. 614 *bis*), insiste em não admitir meios de coação indireta na execução pecuniária¹². Segundo Enzo Vullo, o ordenamento italiano não tem um sistema adequado

8 COUCHEZ, Gerard. LEBEAU, Daniel. **Voies d'exécution**. 11ª ed. Paris: Sirey. 2013. P. 3-4.

9 CHARDON, Mathieu. How to implement common standards of enforcement law? In VAN RHEE, C.H. UZELAC, A. (eds). **Enforcement and Enforceability – tradition and reform**. Antwerp: ed. Intersentia. 2010. P. 114.

10 BURNS, Alexander. Provisional measures in european civil procedure laws. In STÜRNER, ROLF. KAWANO, Masanori (eds). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 189.

11 SILVA, João Calvão. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 2ª ed. Coimbra editora. 1995. P. 452-458; FREITAS, José Lebre. **A ação executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013**. 6ª ed. Coimbra editora. 2014. P. 23.

12 CARRATTA, Antonio. **Codice di procedura civile ragionato**. 5ª ed. Roma: Nel diritto editore. 2017. P.804-805.

de execução indireta, o que constitui um grave vazio normativo que vulnera a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos. Proto Pisani teria chegado a sugerir sanções criminais para garantir a atuação das decisões condenatórias. Há algumas poucas exceções na legislação do consumidor, de propriedade industrial e no Estatuto dos Trabalhadores, em geral multas restritas ao descumprimento de obrigações de fazer¹³.

Na jurisdição administrativa, entretanto, lei de 2015 modificou o artigo 114 do Código de Processo Administrativo para estender a *astreinte*, estabelecida “em medida semelhante aos juros legais” no chamado *giudizio di ottemperanza*, ou seja, no cumprimento de decisão judicial que tenha por objeto o pagamento de importâncias em dinheiro¹⁴.

Em todos os ordenamentos que autorizam o emprego de meios executivos de coação indireta, seja em obrigações de fazer, não fazer, entrega de coisa, seja em obrigações pecuniárias, surgiram preocupações com os limites que devam ter essas medidas na invasão às esferas de liberdade pessoal e patrimonial do executado.

Já Frignani, no célebre estudo de 1974 sobre a *injunction* inglesa e a inibitória italiana¹⁵, apontava que aquela não deveria ser concedida quando pudesse trazer resultados iníquos e injustos; que a *injunction* tem caráter de subsidiariedade, no sentido de que não é um meio de tutela apropriado quando houver na lei um remédio adequado e acessível; que não pode constranger o executado, nem ser excessivamente severa; que a decisão sobre a sua concessão pondere os interesses em jogo, considerando o *periculum in mora* inverso. A determinação concreta da medida é variável, devendo o juiz adotar a mais adequada ao caso concreto, resguardada a sua função tipicamente preventiva, não reparatória ou ressarcitória. Atualmente, no direito inglês, essas medidas devem ter instrumentalidade direta, salvo a indisponibilidade genérica dos bens móveis do executado, que podem ser preventivamente arrecadados pelo agente de execução (*sheriffs* ou *bailiffs*) por meio do *writ of control* (ex *writ of fieri facias*)¹⁶.

13 VULLO, Enzo. L'esecuzione indireta tra Italia, Francia e Unione Europea. In **Rivista di diritto processuale**. Ano LIX. Padova: CEDAM. 2004. P. 729-731.

14 VINCRE, Simonetta. Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015. In **Rivista di diritto processuale**. Ano LXXII. Padova: CEDAM. 2017. 381-382.

15 FRIGNANI, Aldo. Ob. cit. p. 38-39.

16 ANDREWS, Neil. The system of enforcement of Civil Judgements in England. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 15-17.

Desde 1975 existe a *Mareva injunction*, atualmente conhecida como *freezing injunction*¹⁷, cuja concessão exige não só a prova de que, sem ela, o requerente não obterá a satisfação do seu crédito, mas também de que o executado esteja garantido por contra-cautela ou de que o risco de que não venha a ser ressarcido seja suplantado claramente pelo risco da injustiça para o requerente se a ordem não for deferida¹⁸.

Também as *charging orders*, que bloqueiam negócios do devedor com terceiros, resultam de uma avaliação da situação do devedor, para evitar riscos maiores como a insolvência e para não prejudicar outros credores¹⁹.

No direito norte-americano, os autores já citados (Friedenthal, Kane e Miller e Peter Murray) lecionam que antes de utilizar medidas desse tipo, o juiz deve ouvir o executado, como consequência da garantia constitucional do devido processo legal.

Segundo a lei do Estado de Nova Iorque, o *attachment* somente é admitido em casos de presumível dissipação ou ocultação de bens pelo executado em benefício de vítima de crime ou de execução de sentença transitada em julgado. Na Califórnia, é restrito às transações comerciais e a corte deve recusá-lo se for opressivo ou puder causar ao executado um dano irreparável, sendo frequente a exigência de caução como contra-cautela para a sua concessão. A exigência de caução também se apresenta nas *Federal Rules of Civil Procedure* (Regra 65, c) em relação às chamadas *restraining orders*, se a sua aplicação for onerosa ou nociva ao executado.

Na França, Perrot leciona²⁰ que a técnica da *coerção por dissuasão* pode ser abusiva, violando a dignidade do devedor, o respeito da sua vida de negócios ou até a ordem pública, sendo difícil estabelecer *a priori* esses limites. O artigo 22 da lei de 1991 estabelece que o juiz da execução pode revogar as medidas inúteis ou abusivas e condenar o credor ao ressarcimento dos danos em caso de abuso da penhora, como, por exemplo, quando a efetua com a intenção de prejudicar o devedor ou com fim vexatório.

Também as cláusulas penais em contratos podem ser consideradas abusivas por atentado à ordem pública, como em certas relações de consu-

17 ANDREWS, Neil. Injunctions in support of civil proceedings and arbitration. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 319.

18 V. no mesmo sentido MARTIN, Jill E. *Modern equity*. 18ª ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters. 2009. P. 873.

19 ANDREWS, Neil e TURNER, Robert. The system of enforcement of civil judgements in England. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 130-131.

20 PERROT, Roger. La coercizione per dissuasione nel diritto francese. In *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM. 1996. P. 658 e ss.

mo, ou por abuso de posição dominante. E conclui (p. 674): por trás de toda execução se delinea uma prova de força da qual o juiz deve poder permanecer como o árbitro supremo.

A Corte Europeia de Direitos Humanos que, desde o caso *Hornsby v. Grécia* (1997), reconhece a execução como componente essencial do direito de acesso à Justiça e da garantia da efetividade do processo, tem proclamado que o direito à execução não é absoluto, podendo sofrer limitações²¹. Assim, a limitação a direitos do executado não é compatível com o artigo 6º, § 1º, da Convenção Europeia se ela não persegue um objetivo legítimo e se ela não tem uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo a alcançar.

Também a Corte de Justiça da União Europeia tem proclamado em diversos julgados, desde 1992 (*Reichert v. Dresdner Bank*), que medidas conservativas provisórias devem ter uma conexão necessária com o procedimento e a substância do caso a que servem.

A preocupação com a proteção da propriedade ou do patrimônio do executado (objeto do Protocolo n. 1 à Convenção) tem sido usada para reconhecer limitações ou exceções à incidência da execução sobre bens do devedor ou de terceiros, para evitar execuções excessivas ou infundadas, provendo aos injustamente atingidos de livrar-se desses meios de coação.

Segundo Burkhard Hess²², professor em Heidelberg e hoje diretor do Instituto Max Planck de Luxemburgo, os modernos sistemas de execução transformaram os seus agentes em mediadores entre credores e devedores, não mais como simples cobradores de dívidas. Nessa perspectiva, a execução deve prevenir a exclusão social dos devedores e evitar a sua falência.

Na Finlândia, a execução deve proteger tanto os interesses dos credores quanto dos devedores. Estes não precisam de advogado, porque as autoridades da execução têm o dever de considerar os seus direitos *ex officio*, especialmente para que eles não sofram mais do que o necessário para que o julgamento seja executado de modo justo²³.

Alexander Burns, professor em Freiburg, tratando da tutela provisória na Europa, informa que, embora em alguns países, como a Inglaterra e a

21 TROCKER, Nicolò. The right of effective enforcement of civil judgements and orders. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 34-35.

22 HESS, Burkhard. Different Enforcement Structures. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 63.

23 ERVO, Laura. Enforcement in Finland – some special views. In STÜRNER, Rolf. KAWANO, Masanori (eds.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 78-79.

França, o sistema jurídico admita *mandatory injunctions*, elas são de uso excepcional, encontrando muita resistência dos tribunais ou submetendo-se, onde existem, a pré-requisitos estritos²⁴.

Na Espanha, onde as coações indiretas são tratadas na tutela provisória, os artigos 746 e 747 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* criaram uma caução substitutória de qualquer medida cautelar, desde que seja ela suficiente, a juízo do tribunal, para assegurar o cumprimento da sentença. Para concedê-la o tribunal considerará, entre outras circunstâncias, “a aparência jurídica favorável que possa apresentar a posição do demandado” e levará em conta se a medida cautelar haveria de restringir ou dificultar a atividade patrimonial ou econômica do demandado de modo grave e desproporcionado em relação à garantia que a medida representaria para o solicitante.

Michele Taruffo²⁵, em obra comparativa sobre o abuso de direitos processuais, denuncia o mau uso de regras que aparentemente permitem certas medidas, mas cuja aplicação deveria ser antecedida do emprego de um mínimo cuidado razoável. E proclama que o poder discricionário do juiz conferido pela lei pode parecer estrito ou amplo, mas não pode significar arbítrio. A adoção de medidas judiciais discricionárias significa que elas não são ditadas exclusivamente pela lei. Diferentes critérios devem ser adotados: não só legal/ilegal, mas também justo/injusto (*fair/unfair*), boa-fé/má-fé, prejudicial/não prejudicial, correto/incorrecto, útil/inútil, fraudulento/honesto etc., considerando a natureza e a estrutura das normas processuais na percepção do modo como essas regras afetam o atual comportamento das pessoas envolvidas. A norma é agora percebida como uma diretriz (*guideline*) para concretas e mais ou menos discricionárias escolhas, mais do que como uma regra imperativa de aplicação automática. Uma norma é abusivamente aplicada não só quando é formalmente violada, mas também quando é utilizada com objetivos impróprios.

Segundo o Autor, outra perspectiva que se impõe na aplicação da lei, que é amplamente reconhecida pela doutrina (Hess, Hazard) é a de que muitos direitos processuais estão estritamente vinculados à eficácia de garantias constitucionais fundamentais, como o acesso à justiça, o direito de ação e a efetividade da tutela jurisdicional, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Mas essas garantias não legitimam medidas abusivas, inadequadas ou injustas e na execução os abusos são particularmente frequentes e relevantes.

24 BURNS, Alexander. Provisional measures in european civil procedure laws. In STÜRNER, ROLF KAWANO, Masanori (eds.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: ed. Mohr Siebeck. 2011. P. 189.

25 TARUFFO, Michele. General Report. In TARUFFO, Michele et alii. **Abuse of procedural rights, comparative standards of procedural fairness**. The Hague: Kluwer Law International. 1999. P. 8-18.

2 - A DOCTRINA BRASILEIRA ANTERIOR AO CÓDIGO DE 2015

Considero desnecessária a retrospectiva da evolução do direito positivo brasileiro a respeito do tema das coações indiretas, por todos conhecida, desde o Código de 1939 (arts. 999 e 1.005), passando pela redação original do Código de 1973, no seu artigo 287, que admitia *astreintes* nas execuções de prestações de fazer ou não fazer; pelo Código do Consumidor e pela expansão dessas medidas a outros tipos de providências, posteriormente estendidas às obrigações de entrega de coisa; até chegar ao Código de 2015 que, no seu artigo 139, inciso IV, deu mais um passo adiante para aplicá-las às ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Referindo-se aos dispositivos do Código de 1939 que tratavam da execução das obrigações de fazer e não fazer, Liebman, nas aulas sobre execução que ministrou em 1945 na Faculdade de Direito de São Paulo, justificava as medidas coativas, que então se limitavam à multa pecuniária, como o único meio “para procurar satisfazer o credor em forma específica”²⁶, já sinalizando para a subsidiariedade e excepcionalidade da sua aplicação.

Igualmente Barbosa Moreira²⁷, referindo-se em 1986 à tendência crescente de utilização das *astreintes*, acentuava que não havia razão para a sua utilização, se o credor pudesse obter por outro meio a satisfação específica do seu direito, e que deveria ser manejada com flexibilidade e com alguma discricção pelo juiz, na busca do equilíbrio entre a efetividade da execução e a necessidade de não onerar o devedor além da medida razoável.

No estudo de 2004 em que examinei a evolução da tutela específica em relação às prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, saudando-a como uma exigência da efetividade da execução²⁸, acentuei que, apesar de tal mecanismo instituir técnicas que visam a assegurar a mais ampla satisfação do credor, a escolha, todavia, dos meios de coação não consegue ultrapassar certos limites naturais, como a destruição ou a perda da coisa na execução para entrega de coisa (CPC, art.627), a resistência inflexível do devedor ao cumprimento de prestações de fazer personalísimas e a irreversibilidade fática da violação de obrigação de não fazer.

Outras vezes é o próprio ordenamento jurídico que impõe limites à plena efetivação da tutela específica, como o respeito à dignidade humana do devedor (Constituição, artigo 1º, inciso III).

²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 1980. P. 32.

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In *Temas de Direito Processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva. 1989. P. 237-238.

²⁸ GRECO, Leonardo. Tutela jurisdicional específica. In *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 23. São Paulo: ed. Dialética. 2005. P. 70-84.

Esses limites evidenciam, de um lado, que não está ao alcance do Judiciário revogar as leis da natureza e, de outro, que há valores humanitários tão elevados ou mais elevados do que a integral satisfação do credor, que não deve ser um objetivo a ser perseguido a qualquer preço.

Se nem todas essas situações impedem a execução ou o cumprimento da sentença, em realidade elas condicionam ou restringem a utilização dos meios de que ela pode fazer uso, dificultando a obtenção do resultado pretendido pelo credor. Mesmo os meios sub-rogatórios não podem ofender direitos da personalidade e outros direitos indisponíveis.

No mesmo estudo, repudiei a utilização da ameaça de sanção criminal como meio de coação indireta, não só por falta à época de previsão legal, no sentido de falta de tipicidade específica, mas também porque, inexistindo relação de subordinação entre o credor e o devedor, não constitui desobediência deixar este último de submeter-se voluntariamente ao interesse daquele²⁹. O descumprimento da ordem judicial constituirá crime apenas nas hipóteses de expressa cominação legal específica, como, por exemplo, no crime de abandono material decorrente do inadimplemento de pensão alimentícia (Código Penal, art. 244) ou se o destinatário, sendo funcionário público, deixar dolosamente de atender a ordem por interesse ou sentimento pessoal, caso em que poderá incorrer nas penas do crime de prevaricação.

Quanto à utilização desses meios de coação em face do Estado e dos seus agentes, critiquei a timidez que frequentemente inibe os juízes de adotar e mandar cumprir determinados atos, decorrente de uma errônea compreensão do princípio constitucional da separação de poderes. Apontei também a pouca força intimidativa da imposição de multas pecuniárias ao Estado em razão do regime de precatórios, exceto nos juizados especiais, e aos seus agentes, em razão da sua definição como crédito público, com base no artigo 14 do Código de 1973, reproduzido no artigo 77 do Código de 2015.

Na 5ª edição da *Execução Civi*^{B0}, em 1997, Cândido Dinamarco já ressaltava a importância da humanização da execução e que a busca da sua efetividade, correspondente à ideia instrumentalista, se manifestava mediante o repúdio a preconceitos tradicionais.

29 V. o meu *O Processo de Execução*, vol.2, p. 499 e ss.

30 Ob. cit. P. 309.

Na linha dessa diretriz³¹, Dinamarco apontava que, tradicionalmente, as medidas de coerção eram extraordinárias, mas “...as Reformas do Código de Processo Civil foram responsáveis pelo alargamento do emprego de medidas de pressão psicológica”, ... apresentando “um severíssimo apelo às medidas destinadas a induzir o obrigado a adimplir”. “Os meios de pressão psicológica são particularmente eficientes e capazes de proporcionar ao credor mais rapidamente a satisfação de seu direito, mediante a retirada da resistência do obrigado”³².

Aludindo à nova disposição constante da parte final do novo inciso V do artigo 14 do Código de 1973 (não criar embaraços à efetivação de proventos judiciais, de natureza antecipatória ou final), introduzida pela Lei n. 10.358/2001, o citado autor sustentou então que, em interpretação razoabilíssima, devesse ela ser aplicada às obrigações pecuniárias, sujeitando-se a todas as consequências daí decorrentes, no sentido de que o executado que resiste injustificadamente à execução fique sujeito à imposição cumulativa de uma multa em favor do exequente por ato atentatório à dignidade da justiça e de outra a ser recolhida aos cofres públicos³³.

Na *Nova Era do Processo Civil*³⁴ lecionava Dinamarco que a execução deve pautar-se por duas balizas fundamentais antagônicas, mas necessariamente harmoniosas, que são (a) a do respeito à integridade patrimonial do executado, sacrificando-o o mínimo possível, e (b) a do empenho a ser feito para a plena realização do direito do exequente... Ao juiz impõe-se, caso a caso, a busca da linha de equilíbrio entre essas duas balizas, para não frustrar o direito do credor nem sacrificar o patrimônio do devedor além do razoável e necessário. A execução perdeu o primitivo caráter punitivo de infâmia.

Na *Execução Civil*, referindo-se ao artigo 620 do Código de 1973, correspondente ao artigo 805 do Código de 2015, que estabelece o princípio da menor onerosidade da execução para o devedor, Dinamarco afirma que “é em nome dos valores humanos e éticos alojados à base do sistema executivo que a lei busca o adequado equilíbrio entre os interesses das partes em conflito, para que a execução seja tão eficiente quanto possível, com o menor sacrifício possível ao patrimônio do devedor”³⁵.

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. P. 49-50 e 512.

32 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros. 1995. P. 241.

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. P. 293-298.

34 Ob. e loc. citis.

35 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 1997. P. 307-316.

Da generosa regra desse dispositivo – prossegue Dinamarco -, que tem muitas aplicações específicas no corpo da própria lei, é preciso extrair toda a riqueza de seu conteúdo a todo momento e com muita frequência na prática do processo executivo, sob pena de receber o executado um tratamento incompatível com o espírito de justiça que há de presidir toda a vida dos direitos e obrigações.

O processo, diz ele, não é mais uma técnica autossuficiente. Superada a fase autonomista da história do direito processual, a doutrina “soube abrir o sistema, em primeiro lugar aos influxos constitucionalistas e à teoria geral; e, com isso, vieram as preocupações de ordem social, a que se somam as de caráter eminentemente político”. “Não se trata de desprocessualizar a ordem jurídica...O que precisa é desmitificar regras, critérios, princípios e o próprio sistema”, pois “...o processo bem estruturado na lei e conduzido racionalmente pelo juiz cômico dos objetivos preestabelecidos é o melhor penhor da segurança dos litigantes”.

Para a compreensão das novas exigências de convivência democrática que desaguam no processo, é necessária uma mudança de mentalidade, para que o juiz e o jurista andem de mãos dadas, “rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo”³⁶.

Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como o canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que tais valores contêm no momento presente. “O juiz que não assuma esta postura perde esta noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça”³⁷.

Guilherme Rizzo Amaral³⁸, comentando a possibilidade de utilização de *astreintes* na execução de prestações pecuniárias, já defendida à época por alguma doutrina, aponta o conflito permanente entre efetividade e segurança. Às esferas valorativas de celeridade, economia processual, simplicidade, aproveitamento dos atos processuais e busca da tutela específica, se contrapõem a previsibilidade, a confiança legítima do cidadão, a estabilidade das situações jurídicas, a busca pela verdade e o respeito à lei.

³⁶ Ob. cit. P. 317-320.

³⁷ **A instrumentalidade do processo**. P. 347-348.

³⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. P. 121-127.

3 – A DOCTRINA BRASILEIRA APÓS O CÓDIGO DE 2015

Na 8ª edição do volume I das *Instituições*, já em 2016³⁹, Dinamarco observa que o Código de 2015 enveredou pela linha do processo de resultados, como corolário da eficiência e da efetividade, efetividade esta que determinou a extensão das pressões psicológicas às execuções pecuniárias⁴⁰.

Mas, ao avanço da efetividade, contrapõe-se o substrato ético e democrático que deve inspirar o processo judicial. Esse perfil democrático é assegurado pela cláusula genérica do devido processo legal, que tem uma função organizatória⁴¹, impondo a busca do equilíbrio entre as posições do credor e do devedor na execução.

Entretanto, as recentes reflexões da doutrina a respeito do inciso IV do artigo 139 do novo Código são fortemente influenciadas pela ideia de que a atipicidade dos meios executórios, mesmo na execução pecuniária, é uma consequência necessária do dever processual de efetivação.

Assim, Fernando Gajardoni preconiza que, diante do risco de violação desse dever, compete ao juiz proceder à advertência a que se refere o artigo 77, § 1º, seguindo-se, em caso de continuar a resistência, a aplicação das sanções criminais e civis ao litigante ímprobo, nestas incluídas a multa de até 20% do valor da causa (§ 2º) e a adoção das medidas previstas no artigo 139, inciso IV, entre as quais exemplifica: *astreintes*, bloqueio de bens móveis e imóveis, de direitos e de ativos financeiros, restrição de direitos e prolação de decisões substitutivas da declaração de vontade⁴².

Próximo desse entendimento, Elias Marques de Medeiros Neto⁴³ defende a atipicidade dos meios executivos com base nos princípios da eficiência e da efetividade, nos casos em que a lei não fez escolhas expressas quanto aos mecanismos de efetivação das decisões judiciais ou quando as escolhas existentes se mostrem, no caso concreto, insuficientes porque desconformes ao modelo constitucional do processo civil. Apesar dessa posição, sugere

39 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 198-199.

40 Ob. cit. P. 437.

41 DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 75.

42 GAJARDONI, Fernando. Comentário ao artigo ao artigo 139. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca. DELLORE, Luiz. ROQUE, Andre Vasconcelos. OLIVEIRA JR. Zulmar Duarte de. *Teoria Geral do Processo - Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral*. São Paulo: Forense. 2015. P. 458.

43 MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil: a atipicidade dos meios executivos. In JATAHY, Carlos Roberto. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida. AYOUN, Luís Roberto (coords.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: FGV Editora. 2016. P. 115-129.

que na sua adoção o juiz aplique os princípios da cooperação, da proporcionalidade e da razoabilidade, invocando decisão do Supremo Tribunal de Justiça português de 2012, que proclamou que “os princípios que regem o processo civil, nomeadamente os da igualdade e da cooperação, fazem com que o processo judicial em curso se transforme numa comunidade de trabalho”. Esclarece também que, na adoção dessas medidas, as partes devem ser previamente alertadas e o juiz deve motivar a sua decisão.

Daniel Baggio Maciel⁴⁴ explica que o inciso IV do artigo 139 encerra uma cláusula geral que defere ao juiz o poder-dever para determinar medidas de apoio tendentes a assegurar o cumprimento de ordem judicial, independentemente do objeto da ação processual. Mas ressalva que as providências devem ser adequadas para assegurar o cumprimento do comando judicial, proporcionais à finalidade por ele perseguida, não exceder o estritamente necessário para a tutela do direito a ser efetivado e produzir o menor gravame possível ao sujeito que as experimentar.

Já Araken de Assis⁴⁵ manifesta preferência pela tipicidade dos meios executórios. A aplicação de meios indeterminados exige a ponderação de valores em jogo e a estruturação de postulados normativos, construção trabalhosa e artificial, pouco condizente com as reais condições de trabalho do juiz brasileiro. A tipicidade é simples reflexo do indisponível direito processual fundamental ao devido processo legal.

Alexandre Freitas Câmara⁴⁶ também considera que as medidas de coação indireta são subsidiárias e dependem da observância do princípio do contraditório. Não são uma punição ao devedor inadimplente, mas, apenas, mecanismos destinados a viabilizar a satisfação do credor. Considera inaceitáveis a apreensão de passaporte ou a suspensão da inscrição do devedor no CPF, que impediriam a pessoa de trabalhar ou de praticar atos corriqueiros da vida cotidiana.

Já Marcelo Abelha Rodrigues⁴⁷ assinala que o devido processo legal exige equilíbrio na execução. A ponderação e a razoabilidade são critérios insuperáveis na sua busca, o que está claro nas premissas principiológicas do novo Código. Proclama que o direito brasileiro adota hoje o princípio da atipicidade do meio executivo e sustenta que o artigo 139, inciso IV, per-

44 MACIEL, Daniel Baggio. Comentário ao artigo 139. In ALVIM, Angélica Arruda. ASSIS, Araken. ALVIM, Eduardo Arruda. LEITE, George Salomão (coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva. 2016. P. 214.

45 ASSIS, Araken de. **Manual da execução**, 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. P.194-195.

46 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2016. P. 110.

47 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual da Execução Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 7-9, 39-44 e 61-62.

mite a cumulação de meios executivos. A escolha do juiz deve ser adequada à hipótese, devidamente fundamentada, e observar o artigo 805, ou seja, inclinar-se sempre pela via menos onerosa para o devedor.

Marcelo Abelha Rodrigues ressalva, por outro lado⁴⁸, que a atipicidade é tão somente dos meios necessários para cumprimento das ordens judiciais, e não das medidas sancionatórias ou punitivas pelos descumprimentos, embaraços e indignidades cometidas pelo executado cafajuste. O juiz não pode inventar uma medida punitiva atípica. Sanção depende sempre de previsão legal.

Descendo a algumas situações concretas, o autor sustenta que a apreensão de passaporte ou da Carteira Nacional de Habilitação, a vedação de utilização da TV a cabo e a proibição de frequentar estádios, são penalidades processuais que dependem de previsão legal. Para que essas medidas coercitivas sejam legítimas, é preciso que atuem como instrumento necessário, adequado, proporcional ou razoável para a obtenção de uma conduta que leve ao cumprimento da ordem judicial.

Já Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁴⁹ defendem que na execução por quantia certa a atipicidade é subsidiária e que os critérios para a fixação da medida executiva atípica são a observância dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição do excesso e dos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução, não sendo possíveis, em princípio, em atendimento a esses critérios, a retenção de carteira de motorista ou de passaporte ou o cancelamento de cartões de crédito do executado, como forma de pressioná-lo ao pagamento integral de dívida pecuniária. Também não consideram admissível o corte de energia elétrica de prédio público por falta de relação meio/fim. A medida há de ser adequada para atingir o resultado buscado, deve causar a menor restrição possível ao executado e deve ponderar as vantagens e desvantagens para ambas as partes. A escolha deve ser fundamentada, observado o contraditório, ainda que diferido, ressalvada a existência de negócio processual válido em sentido diverso.

No processo de execução por quantia certa de título extrajudicial a multa seria medida atípica. Entretanto, no cumprimento de sentença, ela seria inaplicável pela proibição do excesso, eis que o artigo 523, § 1º já prevê multa pecuniária

48 RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajuste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? In **Migalhas**. 5 de outubro de 2016.

49 DIDIER JR., Fredie et alii. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 5 – Execução. 7ª. ed. Salvador: Juspodivm. 2017. P. 106-125.

se o devedor intimado para pagamento não o efetuar no prazo de quinze dias. Cabem, no entanto, como meio coativo para impor o cumprimento de deveres processuais, a indicação dos bens, a exibição da prova da propriedade ou da certidão de ônus reais, pois o artigo 774, inciso V, comina a sua violação, nesses casos, como atos atentatórios à dignidade da justiça. Os autores também descartam a possibilidade de prisão civil como medida atípica.

Eduardo Talamini⁵⁰ observa que o progresso tecnológico e a globalização das relações sociais e econômicas conferem ainda maior relevância aos meios de coerção, que não podem ser vistos como um poder ilimitado. De plano, repudia qualquer medida que o ordenamento jurídico vede, como a prisão civil. Ressalta que a proporcionalidade e a razoabilidade, “norteiam toda a atuação estatal” e, em consequência, explica que as providências executórias devem guardar relação de adequação com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior do que o necessário, tal como preconizado pelo artigo 805.

Eduardo Talamini observa que é da essência do instrumento coercitivo certa desproporção entre o bem atingido pela sanção e o bem tutelado. Para ser eficaz, a coerção deve impor ao réu um sacrifício maior do que o cumprimento da obrigação, uma ameaça efetiva, apta a induzi-lo a esse cumprimento.

Entretanto, a coação indireta tem de guardar relação de instrumentalidade ou de adequação com a prestação devida, como já foi reconhecido pelo STF nos enunciados números 70, 323 e 547 da sua jurisprudência predominante⁵¹. O meio coativo não é simplesmente um castigo. Também não é admissível que a medida atinja injustamente a esfera jurídica de terceiros.

Qualquer coação indireta, ainda que prevista em lei, depende do respeito ao devido processo legal. O contraditório prévio somente pode ser afastado em caso de extrema urgência. Entretanto, se a medida atinge indiscriminadamente terceiros, nem mesmo o contraditório entre as partes bastaria para satisfazer o devido processo legal.

A invocação do interesse coletivo nem sempre pode sobrepor-se à liberdade individual, como por exemplo à liberdade de comunicação, direito fundamental de todos os usuários de um serviço.

50 TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In CABRAL, Antonio do Passo. PACHELLI, Eugênio. CRUZ, Rogério Schietti (coords.). **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm. 2016. P. 381-399.

51 Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

É preciso demonstrar que medidas menos gravosas seriam ineficientes, o que exige, a par da criatividade, maior responsabilidade por parte do juiz.

José Rogério Cruz e Tucci⁵² também leciona que a atividade executiva deve desenvolver-se à luz do devido processo legal, proporcionando ao obrigado, de forma incisiva, clara e expressa, as garantias da ampla defesa. Medidas atípicas restritivas de direitos, como a apreensão de passaporte ou de carteira de motorista e o cancelamento de cartões de crédito, podem ser adotadas, desde que esgotados os meios legalmente previstos, observado o contraditório, respeitadas a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade entre o meio imposto e o valor jurídico que se pretende proteger, a menor onerosidade e a consistente fundamentação.

4 - TENTATIVA DE EQUACIONAMENTO DA QUESTÃO

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini⁵³ observam, com precisão, que o devido processo legal exige que a atuação jurisdicional respeite os valores constitucionais processuais e substanciais, impondo “a configuração normativa e a realização prática de um processo razoável à luz dos direitos e garantias fundamentais”, repudiadas as soluções caprichosas e desarrazoadas, ainda que aparentemente amparadas em texto legal. Devem ser ponderados os valores constitucionais envolvidos, de modo a se adotar a solução mais consentânea possível com a ordem constitucional.

Os chamados novos direitos, conforme Michele Taruffo⁵⁴, tornam mais complexa a tutela executiva. As coações processuais não são mais suficientemente eficazes, diante dos artifícios que a vida negocial moderna propicia aos devedores para esquivarem-se do cumprimento de suas obrigações. A desumanização e o utilitarismo característicos da sociedade desenfreada e massificadamente consumista, estimulados pelo vertiginoso progresso tecnológico, fragilizaram valores morais e costumes sociais incorporados há milênios à civilização ocidental.

A execução precisa de fato fornecer instrumentos eficazes, adaptados à realidade das relações negociais da nossa época, para todas as situações jurídicas tuteláveis, sem descuidar do respeito à dignidade humana e ao direito

52 TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade. In **Consultor Jurídico**. 27 de setembro de 2016.

53 WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**. Vol. 1. Teoria Geral do Processo. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. P. 76.

54 TARUFFO, Michele, A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparatísticos. In **Revista de Processo**, ano 15, n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990. p. 72.

do devedor de que o pagamento da sua dívida não lhe cause prejuízo maior do que aquele que é estritamente necessário para satisfazer o credor.

O poder de coerção, típico da execução, abrange intervenções na esfera da vida privada das pessoas, que se desdobram nos poderes de apreensão, expropriação e administração. No exercício do poder de administração, o juiz ou o agente de execução substitui temporariamente o devedor no gerenciamento da sua vida privada, praticando atos ditados preponderantemente por critérios de conveniência e oportunidade e não de estrita legalidade.

O Código de 2015, no artigo 139, inciso IV, incluiu nos poderes do juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Ou seja, há atos executórios que o juiz pode determinar independentemente de previsão legal, de acordo com as exigências do caso concreto, desde que necessários⁵⁵, pertinentes, adequados e eficazes para cumprir a finalidade de efetivar a ordem judicial. Podem ser atos instrutórios ou atos de garantia, como a indisponibilidade dos bens do executado, com o bloqueio de ativos financeiros para identificar os seus bens e impedir a sua evasão. Quando prevista em lei, como na execução fiscal, a indisponibilidade é, ao mesmo tempo, um meio de pressão psicológica e um meio sub-rogatório para a identificação dos bens do executado. Ainda assim, se frustrada a sua função sub-rogatória pelo fracasso na localização dos bens, remanesce a sua função de meio de coação indireta, sujeita a todos os requisitos que as justificam, como a proporcionalidade. O prolongamento da sua eficácia pode arruinar o executado, excedendo de muito a expectativa de recebimento do crédito em favor do exequente.

Todavia, as coações indiretas não podem simplesmente criar castigos, desconfortos ou prejuízos para o destinatário, sem que o juiz verifique em concreto a sua absoluta necessidade, não existindo outro meio menos gravoso para o executado, bem como a indissociável relação de conexão instrumental com o cumprimento da prestação ou da ordem judicial. Algumas coações indiretas com aparente caráter punitivo de mero castigo, mas na verdade pressões psicológicas indutivas de condutas futuras, estão expressamente previstas na lei, como as *astreintes* na tutela específica de prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, o protesto e a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes, na execução pecuniária.

55 MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In **Temas de Direito Processual**. 4ª série. São Paulo: Saraiva. 1989. P. 237-238. Idem. In Revista de Processo n. 41.

Mas é preciso não confundir as coações indiretas com as sanções à litigância de má-fé ou com os atos atentatórios à dignidade da justiça, de índole eminentemente punitiva. O caráter sancionador das medidas para induzir o cumprimento de deveres processuais exige tipicidade, sob a égide dos dispositivos que as contemplam, relativos à litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da justiça. As coações indiretas, ao contrário, são predispostas para que a intimidação sobre a vontade do devedor por elas gerada o motive a satisfazer a prestação, independentemente da adoção dos meios sub-rogatórios do respectivo procedimento legal. Podem ser atípicas, mas devem respeitar determinados pressupostos.

Conforme se observa da pesquisa que sustenta a nossa reflexão, as coações indiretas, especialmente na execução pecuniária, guardam estreita similitude com a tutela provisória de urgência cautelar e, muitas vezes, constituem essencialmente medidas cautelares, revestidas de todas as características destas, a saber a provisoriedade, a instrumentalidade, a revogabilidade, a fungibilidade e a cognição sumária, conforme apontei em outros trabalhos, ressalvada apenas a inércia, porque, quanto a esta, instaurada a execução, dispõe o juiz do poder de determinar de ofício as medidas executórias mais adequadas⁵⁶.

O emprego dessas medidas deve revestir-se de *excepcionalidade*, porque se o legislador instituiu um procedimento específico para alcançar por meios sub-rogatórios o cumprimento das decisões judiciais, esse procedimento deve ser prioritariamente observado, como imperativo da confiança legítima e da segurança jurídica, somente podendo ser substituído pela adoção de medidas de coação indireta, se impossível, ou excessivamente onerosa a satisfação da prestação pelos meios sub-rogatórios ordinários. Essa prioridade do meio legalmente previsto as torna subsidiárias, ou seja, sua aplicação depende da ineficácia do meio sub-rogatório legalmente previsto. É o que pode chamar-se de requisito da *necessidade* da medida de coação indireta, pois sem ela o exequente não receberá o seu crédito. Se pudesse recebê-lo pelo meio sub-rogatório legalmente previsto, não caberia a imposição da medida de coação indireta. Embora não tenham caráter punitivo, a resistência do executado em colaborar com a justiça na utilização dos meios sub-rogatórios pode servir de indício da necessidade das coações indiretas. Não se pode falar, portanto, especialmente na execução pecuniária, de modo

56 V. GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Vol. II. Processo de Conhecimento. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. P. 351-371. Idem. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Desvendando o novo CPC**. 3ª ed. ampliada. Porto Alegre: 2017. P. 215-241.

irrestrito, em atipicidade dos meios executórios, mas em relativa atipicidade subsidiária e excepcional desses meios. O dever processual de efetivação, que encontraria suporte no artigo 77, não legitima o emprego de coações indiretas na execução pecuniária, quando o meio sub-rogatório legalmente previsto é apto a alcançar a satisfação do exequente.

Por outro lado, a adoção dessas medidas, em qualquer caso, deve revestir-se de proporcionalidade e razoabilidade, como igualmente exposto por Talamini⁵⁷. A *razoabilidade* diz respeito, de um lado, à sua adequação e presumível eficácia para propiciar o cumprimento da prestação pela conexão instrumental entre a medida adotada e a prestação que visa a implementar. De outro lado, a razoabilidade diz respeito também à observância dos limites naturais e jurídicos de qualquer execução, tais como o respeito à ordem pública — que não se confunde com o interesse público e que, a meu ver, apesar da sua inevitável indeterminação, abrange os princípios jurídicos, públicos e privados, políticos, morais e econômicos indispensáveis e informadores das instituições jurídicas e essencialmente coincidentes com os princípios gerais de direito —, ao respeito à dignidade humana e ao mínimo existencial do executado, aos seus direitos da personalidade, como a honra, o pudor, ao núcleo mais restrito da sua privacidade⁵⁸ ou de dispor sobre si mesmo, à sua liberdade de locomoção, de exercício de trabalho ou profissão ou de qualquer outra atividade lícita, dentro da sua esfera de liberdade pessoal, não podendo desvirtuar-se em simples castigos vexatórios ou criadores de constrangimento insuportável, já que há valores humanitários tão elevados ou mais elevados que a integral satisfação do credor, que não deve ser um objetivo a ser perseguido a qualquer preço.

Na execução pecuniária, parece-me evidente a impossibilidade material ou jurídica do emprego de coações indiretas, se o devedor não tem bens que possam responder pela dívida. É diferente, se existem indícios de ocultação de bens, em que temporariamente tais coações podem ser impostas, na expectativa de que induzam o devedor a revelar a sua existência e localização, devendo essas medidas, entretanto, ser revogadas se se revelarem totalmente ineficazes.

57 TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio. CRUZ, Rogério Schietti (coords). **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm. 2016. P. 382.

58 V. GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Vol. II. Processo de Conhecimento. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. P. 138-142

A razoabilidade exclui igualmente qualquer medida que seja expressamente proibida pelo legislador⁵⁹, como a prisão civil do executado, a apreensão ou a proibição de utilização de bem impenhorável.

A *proporcionalidade*, por seu lado, também exige equilíbrio entre o meio processual de coerção imposto ao executado e o valor jurídico que se pretende proteger em benefício do exequente⁶⁰, ou seja, o recebimento do crédito pelo exequente deve ter valor maior do que o interesse do devedor atingido pela coação. Talamini admite⁶¹, sem a minha adesão, certa desproporção entre o bem atingido pela coação e o valor da prestação, caso contrário o meio coercitivo seria ineficaz, mas não pode ser de tal monta que torne mais vantajosa para o exequente a fruição do resultado do meio coercitivo do que a da prestação legalmente devida. O meio de coação indireta não é um meio de satisfação do exequente, mas de pressão psicológica sobre a vontade do executado. Se dele resultar alguma fruição para o exequente, como no caso da multa, esta não substituirá a prestação devida, mas a ela se somará. O resultado legítimo da imposição do meio coercitivo é a prestação devida, não a fruição do próprio meio coercitivo, que pode ser inevitável, mas não é o objetivo da execução.

A proporcionalidade exige respeito à menor onerosidade para o executado do meio executório a que fique sujeito (art. 805), o que impõe, numa avaliação fundamentada embora discricionária pelo juiz, a sua comparação com outros meios disponíveis sob esse prisma.

A proporcionalidade exige a avaliação *in concreto* do impacto que a medida preconizada terá na esfera jurídica e fática do executado, tal como a avaliação do chamado *periculum in mora* inverso na apreciação da medida cautelar, devendo ser repelidas medidas coativas abusivas que gerem para o executado, sob qualquer ponto de vista, um prejuízo sensivelmente maior do que o que sofreria com o pagamento da dívida. O direito do exequente não autoriza o emprego de medidas abusivas, seja em desrespeito à razoabilidade, seja em desrespeito à proporcionalidade. O exequente que intencionalmente a elas der causa, deverá responder pelos danos que causarem ao executado. Como sustentei alhures, na contra-mão da doutrina dominante no Brasil, essa responsabilidade não é objetiva, dependendo da comprovação de dolo ou culpa⁶².

59 DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm. 2017. P. 131.

60 TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade. In **Consultor Jurídico**. 27 de setembro de 2016.

61 Ob. cit. P. 384.

62 GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Volume 2. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. P. 48-57.

A proporcionalidade exige ainda que, ao conceder a coação indireta, o juiz considere a imposição ao exequente de caução ou outra medida de contra-cautela, tal como previsto nos artigos 300, § 1º, e 301 do Código de 2015, quando houver risco de dano irreparável ou indícios de excesso da medida, salvo se o risco de que o executado não venha a ser ressarcido seja acentuadamente menor do que o risco da não satisfação do exequente, caso a ordem não seja deferida pela ausência de contra-cautela.

Em qualquer caso, há sempre um risco objetivo de que o exame da proporcionalidade se transforme em investidura que o juiz se auto-outorgue de julgar por equidade, o que ameaça a segurança jurídica e igualmente todo o edifício frágil das fontes do direito⁶³. Por isso, coações indiretas, mesmo as legalmente previstas, devem ser excepcionais.

Também, como garantia democrática, a concessão dessas medidas deve submeter-se ao *devido processo legal*, como método de organização da busca do tratamento equilibrado e igualitário dos interesses das partes em conflito na execução, o que significa que, salvo insuperável urgência, devem ser antecedidas da intimação do executado para, em prazo razoável, cumprir a prestação devida ou indicar os meios sub-rogatórios adequados ao seu cumprimento, com a advertência de que a sua omissão poderá ter como consequência a aplicação de determinada ou determinadas coações indiretas, sobre as quais deve ter, salvo comprovada urgência, concreta possibilidade de se pronunciar (art. 9ª), para que lhe seja oferecida a ampla oportunidade de questionar a verificação de todos os pressupostos acima indicados, em igualdade de condições com o adversário. Caso a urgência imponha a adoção da medida sem a audiência prévia, o contraditório deverá ser assegurado logo após a concessão, devendo o juiz, em face das razões expostas, reexaminar imediatamente a decisão concessiva.

A eventual incidência de coações indiretas sobre direitos ou interesses de terceiros deve impor igualmente a prévia audiência destes, desde que materialmente possível.

Dentro dos limites acima aqui expostos, em qualquer execução, mesmo a que tenha por objeto prestação pecuniária, pode o juiz adotar medidas de coação indireta. Algumas delas estão previstas na própria lei processual, como o protesto e a inclusão do nome do devedor em cadastro de inadimplentes. Outras, como as *astreintes*, legalmente previstas para as execuções

63 PUIG, Pascal. L'excès de proportionnalité. In *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris: Dalloz. Janeiro-março de 2016. P. 71.

de prestações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, mas não para as execuções pecuniárias, podem ser adotadas subsidiária e excepcionalmente, com fundamento no inciso IV do artigo 139. Por outro lado, não são legítimas medidas coercitivas, ainda que previstas em lei, que sejam determinadas pelo juiz de ofício ou após a audiência das partes, sem que este tenha verificado *in concreto* a ocorrência de todos os pressupostos acima expostos: necessidade, adequação, conexão instrumental específica, proporcionalidade, razoabilidade, subsidiariedade, excepcionalidade, devido processo legal, aferição e proteção do *periculum in mora* inverso.

Quanto ao protesto e à negativação, estes não atingem apenas o patrimônio, mas também a honra, a reputação e o crédito do devedor dos quais depende o exercício regular do direito ao trabalho ou ao desempenho de atividade lícita, componentes do mínimo existencial do executado. Somente devem ser impostos se houver rigorosa adequação como meio eficaz de induzir o devedor a cumprir a prestação, bem como dos demais requisitos aqui enumerados, sem prejuízo ao livre exercício do seu trabalho ou de atividade lícita. Ainda que promovidos extrajudicialmente, como previsto no artigo 517 do Código e em diversa legislação, essas medidas estão sujeitas ao controle judicial para verificação dos pressupostos acima expostos que as legitimariam, como a necessidade, a adequação, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Mas o inciso IV do artigo 139 não autoriza, especialmente nas execuções de prestações pecuniárias, qualquer tipo de medida de coação indireta sem a comprovada concorrência de todos os pressupostos acima enunciados, como em certos estudos e decisões judiciais tem sido cogitado: apreensão de carteira de motorista e de passaporte, suspensão de inscrição do executado no CPF do Ministério da Fazenda, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de participar de licitações, intervenção judicial na empresa, imposição de propaganda contra si mesmo. Tal se dá por falta da necessária instrumentalidade, ou porque as medidas violam a dignidade humana, os direitos da personalidade ou outros direitos fundamentais, ou ainda porque são incompatíveis com a livre iniciativa ou com a liberdade de exercício de trabalho ou profissão.

São coerentes com as premissas aqui fixadas os enunciados ns. 70, 323 e 547 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, assim como o n. 560 da Súmula do STJ, a saber:

70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

560: A decretação da indisponibilidade de bens e direitos, na forma do art. 185-A do CTN, pressupõe o exaurimento das diligências na busca por bens penhoráveis, o qual fica caracterizado quando infrutíferos o pedido de constrição sobre ativos financeiros e a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado, ao Denatran ou Detran.

A complexidade de que se reveste a concessão dessas coações indiretas impõe que, não obstante a sua atipicidade e relativa discricionariedade, a verificação de todos os seus pressupostos transpareça clara e especificamente da fundamentação da decisão que a conceder, consideradas as circunstâncias do caso concreto. O chamado dever de efetivação constitui um conceito indeterminado, cuja aplicação impõe ao juiz fundamentação concreta e consistente, de acordo com o artigo 489, § 1º, inciso II, do Código de 2015, evitando que o poder discricionário na sua aplicação e na escolha dos meios se transforme em arbitrariedade. A fundamentação não pode limitar-se ao exame dos aspectos jurídicos da questão, mas, como acima observado, deve avaliar o seu impacto econômico e social, assim como todo o substrato ético e democrático que deve inspirar o próprio processo judicial

Devem ser repudiadas como abusivas as práticas de certos tribunais de inclusão automática em cadastros de inadimplentes de todos os executados, sem qualquer verificação da ocorrência dos pressupostos que a justifiquem.

Não vejo óbice, entretanto, à cumulação de coações indiretas, respeitada eventual escolha do próprio legislador quanto ao meio coativo incidente (p. ex., a multa de 10% do valor da dívida na omissão de pagamento no prazo de 15 dias da intimação), observada a proibição do excesso, essencial à proporcionalidade. Certos Didier Jr. *et alii* no sentido de que no cumprimento de sentença desse tipo de prestações não cabe qualquer outra *astreinte*, além da legalmente prevista, aqui mencionada, em respeito à proibição do excesso⁶⁴.

Quanto à imposição de coações indiretas na execução pecuniária contra a Fazenda Pública, não vejo razão para descartá-la, observados igualmente

64 DIDIER JR., Fredie et alii. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 5 – Execução. 7ª. ed. Salvador: Juspodivm. 2017. P. 106-125.

te os pressupostos acima expostos. Como acentuado por Talamini, não pode haver interesse público que se oponha ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva do direito do adversário, que inclui a eficácia da atividade executória⁶⁵. A multa moratória do artigo 523, § 1º, está excluída pelo disposto no artigo 534, § 2º. *Prima facie*, entretanto, não é de excluir-se a aplicação de multa ou de qualquer outra medida de caráter coativo, com fundamento no artigo 139, inciso IV. Há de ponderar-se, entretanto, que as multas são em geral ineficazes, porque o seu cumprimento dependerá em geral de precatório. Na presidência do tribunal, o sequestro é a medida constitucionalmente prevista (art. 100, § 6º, com a redação da Emenda Constitucional n. 62/2009) que, na verdade, ultrapassa o limite de uma providência de mera coação indireta para ser sub-rogatória e satisfativa. Restaria a possibilidade de multa coativa nas execuções pecuniárias não sujeitas a precatório.

São de excluir-se também coações indiretas que inibam a regular continuidade de serviços públicos e atividades do Estado, como o corte de energia elétrica. Quanto aos serviços públicos, a sua descontinuidade prejudica indiscriminadamente toda a coletividade dos usuários, inteiramente alheios à relação jurídica entre credor e devedor. E quanto às demais atividades do Estado, embora anacrônica a invocação de uma absoluta supremacia do interesse público sobre o direito individual do credor, parece-me completamente desproporcional, como meio de coação em execução pecuniária, a suspensão ou qualquer outra inibição ao regular funcionamento de qualquer órgão público.

Também não me parece correta a opinião de Edilton Meireles⁶⁶, no sentido de que a multa e outros meios de coação indireta podem ser impostos ao agente público responsável pelo cumprimento do precatório ou da requisição de pequeno valor, pois este está sujeito a sanções por ato atentatório à dignidade da justiça, na forma e limites estabelecidos no *caput* e parágrafos do artigo 77. Não se trata de meio de coação indireta em benefício da efetivação do direito do credor. Como sanções pela prática de ato ilícito, dependem de previsão legal. Restrições de direitos do agente público, sem previsão legal, não são aplicáveis.

Humberto Theodoro Júnior entende⁶⁷ que se a decisão a ser cumprida tiver caráter mandamental, no sentido de que, além de impor uma

65 CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública*. Curitiba: ed. Juruá. 2014. P. 37-138.

66 MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015, In *Revista de Processo*. Ano 40, n. 247. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. P. 236-242.

67 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. P.421.

determinada prestação, sujeite o destinatário da ordem a uma determinada conduta, incorrerá o agente público, em caso de descumprimento, em crime de desobediência ou resistência (Código Penal, artigos 329 e 330). Reafirmo aqui a opinião que já manifestara na vigência do Código anterior, segundo a qual não só por falta de tipicidade específica, mas também porque, inexistindo relação de subordinação entre o credor e o devedor, ainda que este seja o Estado, não constitui desobediência deixar este último de submeter-se voluntariamente ao interesse daquele⁶⁸. O descumprimento da ordem judicial constituirá crime apenas nas hipóteses de expressa cominação legal específica, como, por exemplo, no crime de abandono material decorrente do inadimplemento de pensão alimentícia (Código Penal, art. 244) ou se o destinatário, sendo funcionário público, deixar dolosamente de atender a ordem por interesse ou sentimento pessoal, caso em que poderá incorrer nas penas do crime de prevaricação.

Questão espinhosa é a que diz respeito à possibilidade de dispensa de alguns dos pressupostos aqui examinados ou de determinados meios de coação indireta por convenções processuais ou por ato unilateral do exequente. Quanto a esta, admite-a o artigo 775 do NCPC, cabendo ao juiz indeferi-la apenas se a dispensa prejudicar o direito material indisponível do exequente ou a sua efetiva tutela. Quanto à dispensa por ato convencional das partes, já tive oportunidade de examinar esta questão em outro estudo, cuja última versão se encontra difundida no sítio *academia.edu*⁶⁹. Ali observei que o juiz deve exercer o controle da legalidade de qualquer convenção processual para verificar, entre outros requisitos: se a sua celebração se deu por partes plenamente capazes e conscientes de suas possíveis consequências; se foram respeitados o equilíbrio entre as partes e a paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e se foi preservada a observância dos princípios e garantias fundamentais do processo e da ordem pública processual. Se a convenção interferir no exercício de prerrogativas do juiz, como as de direção e impulso do processo e de escolha dos meios executórios, a escolha convencional do meio de coação indireta deverá ser repudiada, não só se inviabilizar a tutela executória, mas, ainda, se não houver motivo razoável que justifique a sua aceitação convencional por qualquer

68 GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Volume 2. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. P. 499 e ss.

69 GRECO, Leonardo. A contratualização do processo e os chamados negócios jurídicos processuais. Disponível em <https://www.academia.edu/>.

das partes ou se houver prova de que aquela prejudica interesse de terceiro ou caracteriza fraude à lei.

Tudo isso mostra como é importante a lição de Dinamarco, corroborada por Burkhard Hess, no sentido de que o juiz da execução deva deixar de ser um mero cobrador de dívidas para tornar-se um mediador, colocando-se como “o canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que (os) contém no momento presente. O juiz que não assuma esta postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça”⁷⁰.

Concluo, assinalando, como já tenho feito em outras ocasiões, que a mensagem mais vigorosa que o novo Código transmite, especialmente aos juízes, é que, para a sua maior eficácia, a função jurisdicional não pode mais ser exercida burocraticamente. O dever de cooperação, a boa-fé, a audiência prévia das partes sobre quaisquer questões, a fundamentação consistente de todos os pronunciamentos judiciais, entre outras diretrizes, constroem o perfil de juízes democráticos, transparentes, tolerantes e ao mesmo tempo corajosos, solidários, minimamente formalistas, humildes como costumam ser os sábios, sempre dispostos a aprender com o diálogo enriquecedor da convivência humana e conscientes da sua responsabilidade social.

Para isso é preciso romper rotinas viciadas e melhorar o desempenho qualitativo não só dos juízes, mas também dos advogados, dos quais aqueles dependem.

O artigo 139, inciso IV, do novo Código se insere numa concepção contemporânea de gestão cooperativa do processo e de democracia deliberativa nas relações Estado-cidadão, cujo sucesso pressupõe fundamentalmente o esforço dos principais protagonistas do processo e do apoio da doutrina, que deve lançar luzes para que aqueles possam desempenhar adequadamente as suas funções. ❖

⁷⁰ A instrumentalidade do processo. P. 347-348.

Recorribilidade das Decisões Interlocutórias no Novo Código de Processo Civil: uma opção infeliz do legislador

Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes
Desembargador do TJERJ

Na sociedade moderna em que vivemos, na qual a noção de tempo sofreu sensível alteração, não surpreende que o Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/2015, já esteja prestes a completar dois meses de sua vigência.

O Código de Processo Civil em vigor, como toda obra humana, apresenta suas virtudes e imperfeições, as quais somente vão ganhando corpo mais visível à medida que as suas regras são lançadas na realidade judiciária e experimentadas na imensa multiplicidade de processos que trafegam cotidianamente nas mesas de trabalho dos órgãos judiciais.

E, na mesma proporção, começam a surgir novos questionamentos, derivados de recentes dúvidas de interpretação acerca do alcance ou da melhor interpretação das diversas regras jurídicas que foram dispostas na lei processual em vigor.

Infelizmente, nesse caminhar sob a égide do novo Código de Processo Civil, diante de questões controvertidas que começam a despontar, não mais poderemos nos guiar à luz das lições precisas do mestre José Carlos Barbosa Moreira, que nos deixou há pouco tempo. Trata-se de lacuna irreparável, deixada pelo maior processualista civil do nosso país e um dos maiores do mundo. Enfim, sem dúvida nenhuma, a missão dos intérpretes e aplicadores das novas regras processuais tornou-se sobremodo mais árdua.

A vida é feita de partidas e chegadas, a demonstrar sua relativa efemeridade. E o mesmo podemos falar das leis processuais, voltadas a desempenhar, em determinado tempo e espaço, o papel de encontrar as melhores e mais eficientes formas de se alcançar a prestação jurisdicional e atender aos anseios da sociedade.

O Código de Processo Civil ab-rogado, ao longo de suas décadas de vigência, passou por várias reformas parciais, algumas de conotação bem profunda, como, por exemplo, a ampliação do cabimento das medidas de antecipação da tutela ou o sincretismo das medidas judiciais com a desnecessidade de processos distintos para cada espécie de providência jurisdicional (conhecimento, execução e cautelar).

E, decerto, o Código de Processo Civil atual deverá passar pelo mesmo processo de reavaliação, mais cedo ou mais tarde, tendo em vista o caráter instrumental de suas normas, as quais, em última análise, têm o compromisso de tornar o sistema processual cada vez mais eficiente, ágil e apto à sua finalidade de bem realizar o direito material dos jurisdicionados e consentâneo com as novas demandas sociais.

A nosso sentir, já se faz necessária a revisão da opção legislativa quanto à disciplina relativa ao sistema da recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na primeira instância. Não parece que, aqui, o legislador tenha feito uma aposta acertada.

Não há dúvida de que a matéria sob enfoque, no tocante à recorribilidade das decisões interlocutórias, envolve interesses antagônicos, cujas soluções tendem ora a um lado, ora a outro, de modo a tornar mais difícil a opção legislativa.

Veja-se a lição de Barbosa Moreira:

“O problema de política legislativa. (...)

Num processo de estrutura verdadeiramente concentrada, é natural que se restrinja o elenco dos recursos cabíveis contra as decisões de primeira instância, podendo chegar-se até a consagração de um recurso único, através do qual se leve ao conhecimento do órgão superior toda a matéria (de mérito, ou estranha a ele) apreciada pelo juiz *a quo*. Não é desse tipo, contudo, a estrutura do nosso processo de conhecimento, que se apresenta geralmente dividido em fases distintas (...). As variadíssimas questões com que se defronta o órgão judicial, no exercício de sua atividade cognitiva, não são resolvidas em bloco, mas pouco a pouco, através de sucessivas filtragens.

Daí o problema delicado que se põe ao legislador, quanto à impugnabilidade das decisões que vão sendo proferidas ao longo do feito. Há duas soluções radicais, diametralmente opostas:

uma consiste em negar a possibilidade de impugnar-se qualquer interlocutória, reservada ao recurso que couber contra a decisão final a função de acumular em si todas as impugnações, seja qual for a matéria sobre que versem; outra, em tornar desde logo recorríveis as interlocutórias, cada uma de *per sí*, de modo que a revisão pelo juízo superior se faça também paulatinamente, questão por questão, à semelhança do que ocorre na primeira instância, e à proporção que o processo vai atravessando, nesta, as suas diferentes fases.

Ambos os regimes têm suas vantagens e desvantagens. O primeiro decerto evita as perturbações, delongas e despesas que a reiterada interposição de recursos, com o conseqüente processamento, geralmente acarreta para a marcha do feito; o segundo abre margem a esse grave inconveniente, mas, em compensação, enseja a correção rápida de erros suscetíveis, em certos casos, de causar danos que já não poderiam ser reparados, ou que dificilmente o seriam, se se tivesse de aguardar o término do procedimento de primeiro grau para denunciá-los. (...)”

(Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, Forense, 14^a ed., 2008, pag. 486)

Como podemos extrair das precisas e sempre atuais colocações de Barbosa Moreira, o regime da unirrecorribilidade traz a vantagem precípua de eliminar os procedimentos recursais que seriam gerados mediante várias impugnações em separado, ao longo do processo de conhecimento, evitando eventuais perturbações em sua marcha.

De outro lado, o sistema da impugnabilidade em separado permite que as questões que vão sendo resolvidas no curso do processo possam ser, desde logo, reexaminadas pelo órgão superior, evitando que a decisão a ser proferida na instância revisora venha acarretar a inutilidade do que vier a ser praticado na instância de origem. Inclusive, considerada a possibilidade de ser atribuído ao recurso efeito suspensivo, impedindo que o procedimento evolua enquanto não solucionada aquela questão antecedente, cujo desfecho possa influir decisivamente no percurso a ser seguido a partir de então.

Traz também a vantagem de evitar que diversas questões decididas no passado sejam ressuscitadas na interposição do recurso cabível contra a decisão final, tornando mais amplo e complexo o seu exame, inclusive com

a possibilidade de vir abarcar questões em cuja solução as partes nem tinham mais tanto interesse.

E, ainda mais relevante, o regime da recorribilidade em separado importa na preclusão das matérias decididas na instância de origem e que não tenham sido oportunamente impugnadas.

Razão pela qual o Mestre já advertia:

“Daí porque o alvitre de forjar um recurso de estrutura singular, de utilização fácil e barata, com a finalidade precípua de marcar as interlocutórias proferidas sobre matéria que não devesse ficar preclusa, mas que, por não exigir revisão imediata, pudesse aguardar o advento da decisão final, para só então submeter-se, junto com a matéria apreciada por esta, à censura do órgão *ad quem*. Tal a ideia inspiradora do agravo no auto do processo”

(*Op. cit. pag. 487*)

A verdade é que, nesse terreno, a disciplina recursal sob a vigência do Código de Processo Civil ab-rogado havia conseguido alcançar, após longo período de maturação, o melhor ponto de equilíbrio nessa equação.

O Código de Processo Civil de 1973 apostou no sistema da recorribilidade em separado das decisões interlocutórias proferidas no primeiro grau de jurisdição e se manteve fiel a ele. Ou seja, as decisões interlocutórias seriam passíveis de impugnação mediante o recurso de agravo (variando o regime de sua interposição), sob pena de preclusão.

E, nessa evolução, deixando para trás o vetusto sistema da interposição de agravo de instrumento ainda na primeira instância, tivemos o grande salto de qualidade com a interposição do agravo de instrumento na segunda instância, de forma quase imediata, tornando desnecessária a utilização, para esse fim, de meio impugnativo paralelo a inaugurar nova relação processual (*in casu*, o mandado de segurança).

E alcançamos o estágio final do sistema em que o cabimento do agravo de instrumento ficou restrito às hipóteses de sua necessidade ou de sua grande conveniência. Para as demais hipóteses, caberia à parte impugnar as decisões interlocutórias mediante recurso simples e não oneroso (agravo retido nos autos), permitindo a retratação do juízo de origem, sob pena de sobrevir a preclusão acerca da matéria decidida.

Eis as principais regras dessa disciplina adotada pelo Código de Processo Civil de 1973 ao final de sua vigência, que guardam relação direta com o estudo em foco:

“Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)

Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo.”

“Art. 524. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos: (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)”

“Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa; (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)

III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)”

A título de comparação, temos convivido por vários anos com a opção legislativa em sentido diverso, no âmbito dos Juizados Especiais cíveis, em que se preferiu o sistema da unirecorribilidade, no qual todas as decisões proferidas na primeira instância, diante de seu procedimento célere e concentrado, seriam passíveis de impugnação mediante um único recurso, cabível diante da sentença (o recurso inominado, previsto no artigo 41 da Lei 9.099/95).

Aliás, forçoso reconhecer que o sistema da unirecorribilidade nos Juizados Especiais cíveis não vem funcionando de forma satisfatória, à risca do que se extrai do procedimento desenhado na própria Lei 9.099/95. Isto é, a disciplina legal, na sua literalidade, não prevê o cabimento de medidas provisórias *ab initio*, partindo-se da premissa de que o órgão judicial somente irá tomar conhecimento da demanda e da defesa na própria audiência de instrução e julgamento, ao final da qual irá proferir sua sentença.

Porém, tendo se consolidado o entendimento, há muito tempo, quanto ao cabimento de medidas de urgência no âmbito do sistema dos Juizados Especiais cíveis, tornou-se necessária a utilização de alguma forma de impugnação em separado das decisões proferidas *in limine litis*. E, na ausência de previsão legal de recurso cabível na hipótese, generalizou-se a utilização do mandado de segurança.

Cabe registrar, a nosso ver, que a necessidade de utilização de ação autônoma de impugnação de decisão interlocutória, como o mandado de segurança, a deflagrar nova relação processual, denota a ineficiência do sistema processual desenhado pelo legislador. Mais harmônico e eficiente será o sistema em que as decisões proferidas pelos órgãos judiciais, de caráter final ou interlocutório, sejam passíveis de impugnação no âmbito da mesma relação processual, por meio de recursos aptos a ensejar, com prestabilidade, a revisão da matéria decidida.

Em outras palavras, mesmo no procedimento célere e concentrado desenhado pela Lei 9.099/95, que embasou a opção pelo regime de unirecorribilidade no âmbito dos Juizados Especiais cíveis, a admissão de medidas urgentes, deferidas pelo órgão judicial antes da audiência de instrução e julgamento, acaba por comprometer a higidez do sistema, exigindo-se a utilização de outro meio de impugnação das decisões judiciais.

Daí porque talvez possa ser repensada, em futura atualização das leis que regem o sistema dos Juizados Especiais cíveis, a disciplina relativa à impugnação recursal das decisões interlocutórias proferidas em caráter de urgência e, também, no curso do procedimento executivo e que causem imediata restrição ou onerosidade à parte. Seria bastante conveniente, de *lege ferenda*, a criação de recurso voltado a levar ao conhecimento das turmas recursais a imediata apreciação de questões, cuja solução não comportaria adequadamente aguardar pela futura prolação da sentença e interposição de recurso inominado. E, nesse caminho, tornaria desnecessária a utilização anômala do mandado de segurança para esse fim.

Voltando ao nosso Código de Processo Civil em vigor, o que se verifica é a adoção de política legislativa nova, tendo-se optado por consagrar, como regra, o sistema da unirrrecorribilidade das decisões interlocutórias, deixando o cabimento do agravo de instrumento para situações excepcionalmente previstas no artigo 1.015.

“Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.”

Assim, de *lege lata*, em caráter geral e residual, as decisões interlocutórias não abarcadas no artigo 1.015 somente serão impugnadas por ocasião da interposição do recurso de apelação, não se operando até então a preclusão acerca da matéria decidida. É o que dispõe a disciplina do artigo 1.009.

“Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

§ 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrarem capítulo da sentença.”

Assim, continua cabível o regime da recorribilidade em separado das decisões interlocutórias por meio de agravo de instrumento apenas nas hipóteses elencadas no artigo 1.015.

Desde logo sobressaem as desvantagens na opção pelo sistema da unirrecorribilidade, com o afastamento da preclusão da matéria decidida ao longo do processo e permitindo a sobrevivência dessas questões que, quando não impugnadas em separado pelo regime anterior, estariam ordinariamente sepultadas. No sistema em aplicação, torna-se mais complexo o exame da apelação, abarcando questões que já poderiam estar superadas no curso do processo e, inclusive, trazendo o risco de inutilidade de diversos atos processuais subsequentes, como na hipótese de se acolher uma questão intermediária que acabe por levar à anulação da sentença e dos atos processuais anteriores.

A opção atual de deixar para o futuro recurso de apelação o exame das mais variadas questões decididas em caráter interlocutório, mais traduz a *descansada indagação quanto à razão de se fazer hoje aquilo que se pode deixar para amanhã...*

Acrescente-se, de outro lado, a difícil tarefa legislativa de antever quais são as hipóteses que melhor justificariam a quebra do sistema da unirrecorribilidade. E o legislador procurou dela desincumbir-se com a apresentação do rol previsto no artigo 1.015.

Dificuldade que já se mostra absolutamente perceptível. São vários os exemplos que levam às seguintes perplexidades. Questão atinente à competência do órgão julgador, cuja solução pode importar na anulação da sentença

objeto da apelação e no retrocesso da marcha processual, cujos novos rumos caberão ao órgão judicial competente. Questão atinente à elevação do valor da causa e ao recolhimento de taxa judiciária em valor elevado, cuja discussão em sede de apelação pressupõe que a parte autora não tenha feito o recolhimento e o processo tenha sido extinto; ou que a parte tenha sido obrigada a realizar o recolhimento de valores elevados aos cofres públicos. Por fim, semelhante questão relativa ao valor dos honorários periciais, cujo montante arbitrado pelo órgão judicial, se feito em caráter exorbitante, poderá tornar impossível o imediato custeio da prova técnica, ficando essa matéria pendente do que vier a ser decidido no futuro, quando do julgamento da apelação.

Não surpreende que já comece a ganhar contornos mais nítidos a tendência de se relativizar o quadro desenhado pelo legislador de forma fechada.

Não tem jeito. A realidade prática tem uma força invencível até mesmo sobre literal opção legislativa, exigindo-se, quando não a sua revogação, a adoção de linhas interpretativas que restaurem a eficiência do sistema.

Veja-se que, em recente julgado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento a recurso especial e adotou o entendimento de ser cabível o agravo de instrumento para impugnar decisão proferida em matéria de competência do órgão judicial da primeira instância (REsp nº 1679909/RS – Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 14/11/2017. Proclamação Final de Julgamento: A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.)

Claro que a solução do problema pela via jurisprudencial está longe de ser o melhor caminho. Aliás, quando assim se faz, por necessidade, há uma forte tendência de se bagunçar o sistema esquematizado na lei. Pensemos na possibilidade de extensão do regime da recorribilidade em separado das decisões interlocutórias para outras hipóteses em que a imediata apreciação da matéria seja recomendável. Haveria preclusão se não for interposto o agravo de instrumento? Exemplificando: se admitirmos o agravo de instrumento contra decisão que indefere a realização de uma prova tida como importante para a instrução complementar da causa, a ausência de sua interposição impediria o seu exame na forma do artigo 1.009, § 1º? A preclusão, nesses casos, passaria pelo exame hipotético da conveniência do uso do agravo de instrumento? Ou passaríamos a trabalhar com o regime em que não há preclusão? A parte interessada pode impugnar em separado a decisão interlocutória sempre que a mesma estiver prevista no artigo 1.015 ou quando lhe for conveniente. Mas se não vier

a interpor o recurso de agravo (fora das hipóteses do artigo 1.015), não haverá preclusão e ponto final.

Nada melhor, enfim, que se faça uma nova avaliação do sistema da recorribilidade em separado das decisões interlocutórias no âmbito do próprio Poder Legislativo.

As adaptações feitas ao sistema legal tendem a fazer com que o mesmo passe a funcionar sem a necessária harmonia. Tal como uma peça não original e improvisada no funcionamento do motor de um veículo...

Por último, a indagação. Valeu a pena a opção legislativa? Obtivemos a prometida redução do número de agravos de instrumento, cuja elevada quantidade estaria a comprometer o trabalho realizado pelos órgãos da instância revisora, além de atrapalhar – em alguma medida – o desenvolvimento do processo na primeira instância (com informação de interposição do recurso, eventuais informações requisitadas etc.)?

Ou, na verdade, a modificação legislativa não disse a que veio?

Não pode ser deixada de lado a importante constatação de que, desde a reformas setoriais do Código de Processo Civil ab-rogado e passando pela elaboração de um novo Código de Processo Civil, a principal preocupação do legislador tem sido a de tornar o processo judicial instrumento mais ágil e eficiente para a solução dos milhares, milhões em verdade, de litígios submetidos à apreciação judicial.

Como bem observa o mestre Barbosa Moreira:

“A onda de reformas do nosso processo civil a partir de 1992 visou sobretudo, como é notório, a matérias cuja disciplina se considerava insatisfatória pelo ângulo prático. Passou à margem de defeitos de outra natureza, apontados pela doutrina na legislação processual, ou só de leve os roçou. O que se pretendeu foi, antes de mais nada, simplificar o mecanismo procedimental, desburocratizá-lo, eliminando formalidades supérfluas, aplanando terrenos excessivamente acidentados, abrindo caminhos mais breves e desimpedidos no rumo da prestação jurisdicional.”

(Reformas Processuais. Temas de Direito Processual, Sétima Série. Editora Saraiva, 2011, pag. 01)

Tratando-se, pois, de mudanças com enfoque nas vantagens práticas que as novas regras processuais podem proporcionar, nada mais importante

do que verificar, em concreto, se as mesmas estão atingindo o seu objetivo. Decerto, a atual opção legislativa sobre o melhor regime de impugnação em separado das decisões interlocutórias não veio ao mundo para dissipar qualquer controvérsia existente nos meios científicos a seu respeito. O seu propósito foi o de escolher, em termos de resultados mais vantajosos, a utilização de um regime em detrimento do outro.

Então, passados alguns anos de vigência do atual Código de Processo Civil, precisamos verificar se as vantagens práticas prometidas estão sendo alcançadas.

Os números obtidos até agora no âmbito do nosso Tribunal de Justiça reforçam a necessidade de melhor avaliação legislativa acerca da adoção, como regra, do sistema da unirrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Vejam os números fornecidos pelo Departamento de Apoio ao 2º Grau de Jurisdição - DGJUR/DEJUR do Tribunal de Justiça:

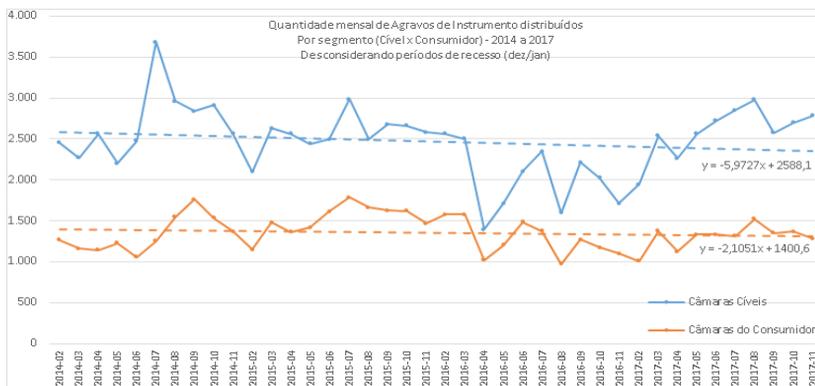
Quantidade de agravos de instrumento distribuídos, por ano

Ano	Câmaras Cíveis	Câmaras do Consumidor	Total Geral
2014	31.099	15.468	46.567
2015	29.479	17.282	46.761
2016	22.527	14.240	36.767
2017	28.518	14.537	43.055
Total Geral	111.623	61.527	173.150

Média de agravos de instrumento que cada Câmara recebe por dia.

Ano	Câmaras Cíveis	Câmaras do Consumidor
2014	6	14
2015	6	15
2016	5	13
2017	6	13
Média geral	6	14

Repetimos o gráfico anterior, excluindo meses atípicos (dezembro/janeiro de todos os anos), perfazendo 40 períodos. Diante desse conjunto de amostras, a tendência foi de redução de 9,2% nas Câmaras Cíveis Comuns e 6,0% nas Câmaras do Consumidor:



Fonte: Sistema eJUD, Estatística de Distribuição, por OJ e data.

Na extração, contabilizamos apenas a última distribuição em cada agravo de instrumento e desconsideramos distribuições canceladas.

Enfim, os números nos mostram uma tímida diminuição no número global de agravos de instrumento interpostos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Incapaz de justificar qualquer alteração no modelo processual alcançado em seu último estágio evolutivo, no qual as decisões interlocutórias estavam sujeitas à impugnação em separado, sob pena de preclusão, mediante, em regra, a utilização de recurso simples e não oneroso (agravo retido nos autos) ou, em casos de urgência ou forte conveniência, do agravo de instrumento.

E os números acima reproduzidos tendem a sofrer viés de alta, no tocante ao número de interposição de agravos de instrumento, caso venha a prevalecer a linha jurisprudencial no sentido de se emprestar maior liberdade de interpretação nas hipóteses de cabimento previstas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil (tal como assinalado no julgamento paradigmático no âmbito do Superior Tribunal de Justiça *supra* referido).

Portanto, os dados colhidos até o momento demonstram e exigem a humildade necessária para se reconhecer que a novidade não justificou o seu preço. Tínhamos um sistema recursal que fora aperfeiçoado através dos tempos, alcançando excelente base de equilíbrio, em que o agravo de instrumento seria sempre cabível quando necessária ou útil a imediata revisão da matéria decidida em caráter intermediário. Foras dessas hipóteses funcionaria, muito bem, o agravo retido nos autos (recurso interposto por

simples petição e sem custas de preparo). E a ausência de recurso (agravo de instrumento ou retido) importaria, de ordinário, na preclusão da matéria decidida na primeira instância.

Enfim, podemos até esperar o passar de mais um ou dois anos, colhendo-se novos dados objetivos em relação à pretendida diminuição no número de agravos de instrumento interpostos nos Tribunais. Ainda assim, diante do que já se projeta nesse campo, estou plenamente convicto de que a opção materializada no novo Código de Processo Civil não foi de maior felicidade. As vantagens do sistema anterior mostram-se superiores ao cenário atual. Esperemos que o legislador processual, que tem revelado sua preocupação nas últimas décadas com a evolução do nosso sistema judicial em termos de sua maior eficiência, possa dedicar parte de seu tempo para estudar novamente esse ponto e coligir dados dos mais diversos Tribunais do nosso país, visando a formar o seu convencimento sobre a solução que melhor resolva a equação *custo-benefício* da impugnabilidade das decisões interlocutórias proferidas na primeira instância.

E como dizia o Mestre, enfatizando a necessidade de se fazer um levantamento objetivo da situação, antes de se propor medidas para melhorar o serviço do Juísta, e ser, por isso, tachado de “*por demais teórico*”:

“Eis por que não creio que muitos se deixem comover pela sugestão de que primeiro se apurem os efeitos concretos das reformas processuais já levadas a cabo, e só depois se cuide de promover outras, por mais bem-intencionadas que sejam. Poderia ocorrer, atrevo-me a imaginar, que chegássemos a conclusões divergentes, num ou noutro ponto, daquilo que nossa expectativa apontara, ou daquilo que insinuam nossas impressões. Expectativas nem sempre resistem ao teste da realidade, e impressões às vezes nada mais são do que desejos pessoais projetados no mundo exterior. Mas não intimida o risco de continuar a ser relegado à casta dos “por demais teóricos”. Peço até licença para dizer, com o poeta; “*et s’il n’en reste qu’un, je serai celui-là*”.

(Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 06) ❖

Elementos da Demanda, Correlação e Contraditório

José Roberto dos Santos Bedaque

Doutor e Professor Titular da Usp

Em 16.8.98, logo após o encerramento das Jornadas de Brasília, recebi mensagem do saudoso José Carlos. Guardo-a até hoje. Seu conteúdo representou um dos maiores incentivos ao então jovem e inexperiente professor. Não podemos mais vê-lo, mas suas ideias não nos deixam esquecê-lo. Dizem não haver pessoas insubstituíveis. Eu discordo!

1. IDENTIFICAÇÃO DA DEMANDA: RELEVÂNCIA

A garantia a todos conferida, de provocar a atividade jurisdicional do Estado e obter acesso ao devido processo constitucional, constitui mecanismo destinado a superar a inércia da jurisdição.

Essa atividade estatal não atua de ofício. Em razão de regra de natureza infraconstitucional (CPC, arts. 2º), seu exercício depende da provocação da parte interessada. Submete-se ao que a doutrina denomina princípio da demanda.¹

A inércia da jurisdição gera a imprescindibilidade da demanda para retirá-la desse estado. A ação, vista por esse ângulo, identifica-se muito mais com ônus do que com direito. Não se trata aqui de examinar o fenômeno da garantia de acesso ao Poder Judiciário, mas sim da necessidade de a atividade jurisdicional do Estado ser retirada da inércia, mediante provocação da parte a quem interessa o exercício dessa função.

O poder conferido a todos de acesso à Justiça tem natureza constitucional. O princípio da demanda, contraposto à inércia da jurisdição, é mecanismo inerente à técnica processual e está assegurado pela Constituição (art. 5º, inciso XXXV).

¹ Sobre a distinção entre princípio da demanda e princípio dispositivo, cf. Bedaque, Poderes instrutórios, pp. 94/105. Para Dinamarco, não se trata, a rigor, de princípio, mas de regra técnica do processo, pois “não têm o caráter de generalidade de que são dotados os princípios político-constitucionais, pois referem-se apenas a algum setor do direito e da ciência processuais e não ao processo civil como um todo” (Instituições de direito processual, ..., § 85). Sobre a distinção entre princípios e regras, v. Edilson Pereira de Farias, Colisão de direito..., pp. 23 e ss.)

Essa garantia, todavia, não configura óbice à atuação de ofício. Assim, eventual previsão legal sobre a possibilidade de o exercício da jurisdição verificar-se sem manifestação do titular de interesse para o qual se destina a tutela não ofenderia norma constitucional, pois a regra da inércia está prevista exclusivamente na legislação ordinária.

Em síntese, a garantia da ação ou da inafastabilidade é constitucional, não a regra técnica da inércia. Não se admite é o legislador ordinário opor óbices ao acesso à Justiça.² Mas nada impede, por questões de política legislativa ou conveniência, seja desconsiderada a regra da inércia, permitindo-se ao juiz, em determinadas situações, dar início ao processo sem provocação da parte.³

De qualquer modo, também em face de regras infraconstitucionais, provocada a atividade jurisdicional, a resposta deve ater-se aos limites da demanda (partes, causa de pedir e pedido). Trata-se do princípio da correlação, da congruência ou da adstrição (CPC/2015, arts. 141, 490 e 492).

À luz desses dispositivos, portanto, está o juiz objetivamente limitado aos elementos da demanda deduzidos na inicial. O pedido formulado e os motivos apresentados pelo autor representam o âmbito de atuação do julgador. Não pode ele omitir-se quanto a alguma pretensão, conceder mais ou coisa diversa da pretendida, nem apresentar razões diferentes daquelas expostas. Se o fizer, dar-se-á o fenômeno do julgamento *citra, ultra* ou *extra petita*, o que poderá implicar a nulidade da respectiva sentença.⁴

Tais regras decorrem diretamente do princípio da demanda e da inércia da jurisdição. Se ao juiz fosse permitido conceder mais do que fora pedido ou fundamentar a decisão com razões diversas das deduzidas na inicial, estar-se-ia possibilitando a tutela jurisdicional de ofício. Tudo o que excede os limites objetivos da demanda implica atuação sem provocação.

2 A constitucionalidade da regra sobre cláusula compromissória, mediante a qual os tratantes comprometem-se a submeter à arbitragem eventuais litígios (Lei n. 9.307, de 23.9.96, art. 4.º), chegou a ser questionada no Supremo Tribunal Federal (SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence), mas a alegação foi rejeitada, pois, no entender da Corte, a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Daí serem constitucionais também os artigos 6º, p.u., 7º e §§.

3 Essa conclusão não pode ser aplicada ao processo penal, cujo início, ao menos quanto às ações penais públicas, depende da iniciativa do Ministério Público (CF, art. 129, inc. I). Nessa medida, em princípio, impossível a concessão de tutela jurisdicional penal de ofício.

4 Em diversas oportunidades, ao relatar recurso de apelação, anulei a sentença porque não observada a regra da correlação, com violação ao contraditório (Ap. 818.034-7, Juá, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 6.2.2001, v.u.; Ap. 927.001-9, SP, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 21.11.2000, v.u.). Também já reconheci a nulidade apenas de um dos capítulos da decisão, porque concedida tutela não pleiteada adequadamente (Ap. 822.770-7, São Paulo, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 29.5.2001, v.u.).

Verifica-se, pois, a importância da correta identificação dos elementos objetivos da demanda (causa de pedir e pedido), com base nos quais o julgador resolve a crise de direito material, concedendo ou denegando a tutela jurisdicional pleiteada.

Além do mais, são eles fundamentais para a solução de várias questões processuais, como coisa julgada, litispendência, conexão e continência.

Os elementos objetivos da demanda, como afirmado, são a causa de pedir e o pedido. Caracterizá-los mediante a compreensão de seu conteúdo é fundamental.

2. IDENTIFICAÇÃO DA DEMANDA: CAUSA DE PEDIR

Entre os problemas suscitados pela doutrina em relação à identificação da demanda, talvez o mais complexo diga respeito à causa de pedir. Trata-se do objeto principal deste estudo.

Ao descrevê-la, o autor faz referência a determinada situação fática e a qualifica juridicamente. Surge então a primeira controvérsia, que seja, se esse elemento objetivo da ação caracteriza-se apenas pelos fatos deduzidos na inicial ou se a relevância maior recai sobre o resultado da subsunção deles a determinada categoria jurídica. Tal divergência é representada pelas teorias da substanciação e da individuação.

Aliás, também não há consenso a respeito da configuração do próprio objeto do processo: causa de pedir e pedido para uns, somente pedido para outros. Mas certamente não constitui simplesmente ato ou fato, mas direito, cuja identificação é essencial à regularidade da inicial e da sentença. Essa operação, visando à inserção da matéria fática no plano jurídico, depende, evidentemente, das especificidades do direito material.⁵

Quem formula o pedido de tutela jurisdicional invoca determinados fatos da vida, supostamente amparados por regras substanciais. Em face dessa pretensa subsunção, busca-se o reconhecimento de um direito. A descrição desse fenômeno é apresentada aqui de forma simples, com o objetivo apenas de tornar possível sua compreensão. Não se desconhece a complexidade das situações a partir das quais alguém pretende ostentar a condição de titular de um direito. Na maioria das vezes, invoca-se um conjunto de regras existentes no ordenamento jurídico, cuja compreensão depende da interpretação a ser feita pelo julgador, a quem compete extrair o significado desses dispositivos e formular a norma. Esse trabalho compreende também

5 Cfr. Comoglio, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 314 e ss.

o exame de princípios gerais de direito, enunciados de jurisprudência e, eventualmente, costumes. Concluído o processo hermenêutico, verificar-se-á se os fatos subsumem-se ao comando normativo.

Há entendimento segundo o qual o objeto do processo é composto da totalidade desses elementos. Toda a matéria relativa à relação jurídica substancial e objeto de cognição pelo julgador integraria o objeto do processo. Mas, como visto, há divergência, pois para parcela da doutrina, tal categoria processual corresponde apenas ao pedido formulado pelo autor.⁶

O tema tem interesse não só teórico, pois a solução irá produzir reflexos profundos em determinados institutos processuais, como nos limites objetivos da coisa julgada material, representada pela impossibilidade de o juiz, em futuro processo, desconhecer ou limitar o âmbito do direito reconhecido em julgamento anterior.

Assim, por exemplo, as questões de fato, de direito ou prejudiciais, deduzidas ou dedutíveis, se estranhas aos limites objetivos da coisa julgada, podem ser apresentadas em outro processo; não há preclusão. Mas a alegação é inadmissível se a finalidade for a obtenção de resultado diverso daquele pertinente ao objeto do primeiro processo. Trata-se da eficácia preclusiva da coisa julgada, fenômeno diverso daquele caracterizado pela imutabilidade da sentença (coisa julgada), mas com ele conexo (CPC2015, art. 508).

O julgamento anterior não pode ser posto em discussão em futura demanda, mediante dedução de questões relevante ao seu objeto, já deduzidas ou dedutíveis.

Além desse reflexo no instituto da coisa julgada, a identificação da demanda repercute ainda na conexão e na continência, fenômenos em razão dos quais pode haver modificação de competência. Também o reconhecimento da litispendência depende da verificação dos elementos da ação.

Embora óbvia a observação, convém insistir nela: o problema aqui versado revela o intenso nexos entre o processo e o direito material. Elementos da ação consistem em dados da relação jurídica material utilizados pelo processo para individuar a demanda proposta. Utilíssima a perfeita compreensão desses elementos, pois a partir deles são resolvidos vários dos problemas processuais. O critério para determinação do objeto material do processo e identificação da demanda é fator

⁶ Todas essas questões foram analisadas por José Rogério Cruz e Tucci, na obra *A causa petendi* no processo civil, o mais completo trabalho sobre o tema na doutrina brasileira (São Paulo, RT, 2ª ed.).

fundamental para a solução de questões atinentes a vários institutos desse ramo do Direito.⁷

Relembrando: identifica-se a ação pelas partes, pela causa de pedir e pelo objeto. Nessa análise, deve o processualista, necessariamente, voltar os olhos para a relação substancial, pois é lá que se encontram tais elementos.

A *causa petendi* é representada pelo fato constitutivo do vínculo jurídico, bem como pelo fato afirmado pelo autor que torna necessária a intervenção jurisdicional. Tais acontecimentos dão origem a uma relação jurídica e, possivelmente, a um direito substancial. Tudo isso da ótica do autor.⁸ Trata-se de elemento essencial da demanda, pois estabelece o nexo entre a tutela jurisdicional pleiteada pelo autor e o suposto direito afirmado. A proteção ao interesse será concedida se a situação material estiver amparada pelo ordenamento jurídico.

O exame desses dados só pode ser feito à luz da realidade jurídico-material apontada na inicial ou na reconvenção.⁹

A descrição da demanda, com todos os seus elementos constitutivos, deve constar da inicial (art. 319, II, III e IV) ou da reconvenção¹⁰ e, ao menos em princípio, não pode ser alterada após a respectiva estabilização (art. 329).¹¹

3. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO

Entre as regras técnicas adotadas no sistema processual civil brasileiro, uma das mais relevantes é a da correlação, adstrição ou congruência, segun-

7 Cf. José Rogério Cruz e Tucci, A denominada "situação substancial" como objeto do processo na obra de Fazzalari. Scritti on onore de Elio Fazzalari, vol. 2, Milano: Giuffrè, 1993, p.271. Já no direito romano, a causa de pedir, o pedido e as partes prestavam-se para a individualização da *eadem res* (Cf. José Rogério Cruz e Tucci, A *causa petendi*, p. 36.). Hoje, muito embora a teoria da tríplice identidade seja insuficiente para resolver todos os problemas decorrentes do confronto entre duas ou mais ações, não se pode negar sua importância. Diante dessas situações excepcionais, a teoria dos três *eadem*, embora não constitua critério absoluto, deve ser aceita como "boa hipótese de trabalho" (José Rogério Cruz e Tucci, op. ult. cit., p. 169).

8 Segundo afirma Milton Paulo Carvalho, são "elementos da *causa petendi* o fato (causa remota) e o fundamento jurídico (causa próxima). A causa remota compreende tanto o fato constitutivo do vínculo quanto o fato particular, ou seja, o fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor, que vem a constituir o interesse de agir. A causa próxima compõe-se da relação jurídica que vincula autor e réu (chamaremos de direito constitutivo) mais o direito particular (*diritto singolo*) invocado pelo autor como causador do efeito pretendido (cfr. Do pedido no processo civil, p. 94).

9 Importante destacar a existência de controvérsia doutrinária a respeito dos elementos necessários à identificação da causa de pedir: devem ser descritos os fatos constitutivos da pretensão do autor ou basta a referência à relação jurídica substancial com base em que determinada tutela jurisdicional é pleiteada? (cfr. a respeito, Milton Paulo de Carvalho, Do pedido ..., p. 77 e 81; Botelho de Mesquita, A causa petendi ..., p. 185; Fazzalari, Note in tema, p. 118).

10 Embora omisso o legislador, o pedido reconvenicional deve atender ao disposto no art. 319, naquilo que couber (cfr. Felipe Scripes Wladek, Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, obra coletiva, São Paulo, RT, 2ª ed., p. 991)

11 "A regra da eventualidade, impondo um sistema rígido de preclusões, constitui, em última análise, pressuposto da teoria da substanciação, ao exigir a exposição simultânea, na petição inicial, dos fatos que fazem emergir a pretensão do demandante (*causa petendi* remota) e do enquadramento da situação concreta, narrada *in status assertivis*, ou seja, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela (*causa petendi* próxima)" (José Rogério Cruz e Tucci, A regra da eventualidade ..., p. 42).

do a qual a sentença deve ater-se aos elementos objetivos da demanda, tal como deduzidos na inicial ou acrescentados oportunamente (arts. 319, 321 e 329). Deve o juiz examinar por completo a causa de pedir e o pedido; por outro lado, não pode extrapolar o âmbito fixado por esses elementos.

Submetida a atividade jurisdicional ao princípio da demanda (art. 2º), eventual julgamento fora dos limites do pedido ou da causa de pedir implicaria, na medida em que não examinada toda a extensão da demanda ou considerados aspectos não mencionados pelas partes, decisão *citra, ultra* ou *extra petita* (CPC/2015, arts. 141 e 492).

Leitura do art. 141 sem o devido cuidado pode levar a conclusão falsa, segundo a qual existe sempre a possibilidade de o julgador levar em conta qualquer matéria cognoscível *ex officio*, embora não suscitada pelas partes.

Esse entendimento, se adotado com a amplitude sugerida, seria incompatível com o sistema processual. Vejamos por quê.

Se o réu deixa de deduzir objeção processual ou material, defesas passíveis de conhecimento pelo juiz, mesmo se não invocadas, a omissão revela-se irrelevante. Identificado o óbice processual ou substancial, pode o juiz examiná-lo e, se for o caso, reconhecê-lo.

Isso não significa, entretanto, esteja ele autorizado a decidir com fundamento em causa de pedir não invocada na inicial, ainda que relacionado a matéria de ordem pública.

Não obstante questões dessa natureza - como nulidades absolutas por exemplo - sejam cognoscíveis *ex officio* pelo julgador, inadmissível considerá-las para efeito de acolhimento de uma pretensão, se não integrem os limites objetivos da demanda. Esta não comporta ampliação por iniciativa do juiz.

Assim, por exemplo, admissível a rejeição de pedido fundado em contrato se o juiz vislumbrar a existência de incapacidade absoluta de um dos contratantes, mesmo se não invocada na defesa. Trata-se de nulidade absoluta, cognoscível de ofício. Decisão nesse sentido não vai de encontro à regra da correlação. Mas ele não pode declarar nulo esse mesmo contrato, por incapacidade absoluta, em demanda que versa sobre sua anulabilidade, com fundamento em vício de vontade. Aliás, nesse caso, o julgamento seria *extra petita* não só porque examinada causa de pedir diversa daquela deduzida na inicial, mas também em razão de ser diferente o pedido formulado.¹²

12 Já decidi nesse sentido: Apel. n. 761.741-2, Pirassununga, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 04.05.99, m.v.; Apel. n. 759.507-9, Bariri, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 23.02.99, v.u.; Emb. Inf. n. 785.213-5/01, São Paulo, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 10.12.98, v.u.

Na mesma medida em que ao juiz é vedado conceder ao autor mais do que fora pedido, também não pode deixar de examinar fundamentos e pretensões expressamente formulados, pois tal omissão configuraria julgamento *citra petita*, ou seja, aquém dos limites objetivos da demanda. É preciso cuidado para não confundir esse vício da sentença com a procedência parcial, após o exame de todos os elementos da ação.

Tais vícios podem ser corrigidos em embargos de declaração ou em apelação. Se a sentença é *ultra petita*, basta que o tribunal faça a devida adequação. Julgamento *extra petita* é nulo, não havendo alternativa à anulação do ato.¹³

Já a decisão *citra petita* não necessita ser anulada. Violado o princípio da correlação, pode o autor apelar, visando ao reconhecimento desse vício. Provido o recurso, não parece aconselhável nem admissível a anulação total da sentença, inclusive quanto ao capítulo válido, no qual fora concedida ao autor parcela do pedido. Aliás, se não houver recurso do réu, ele tornou-se imutável pela coisa julgada. Restaria ao Tribunal determinar novo julgamento no juízo *a quo*, mas apenas em relação ao pedido ainda não examinado oportunamente.

As considerações desenvolvidas até agora são essenciais à correta compreensão dos dispositivos, em razão dos quais o juiz está impedido de proferir decisão, sem observância dos limites propostos pelas partes, fixados na inicial e no pedido reconvenicional. Como já visto, referem-se especialmente aos elementos da demanda, quais sejam, partes, pedido e causa de pedir, isto é, elementos subjetivos e objetivos.

13 Em diversas oportunidades, ao relatar recurso de apelação, anulei a sentença porque não atendida a regra da correlação, com violação ao contraditório. Reproduzo trecho de decisão em que abordados vários aspectos relacionados à adstrição: “Registre-se, inicialmente, que a causa petendi da demanda limita-se à falta de habilitação do filho dos apelados. A apelante não descreveu qualquer outro fato que pudesse indicar culpa do referido motociclista. Da leitura da inicial, somente se extrai que o acidente ocorreu em cruzamento e que os pais são responsáveis por ilícitos praticados pelos filhos. Nada mais existe a respeito de eventual imprudência ou negligência do condutor da moto. A mera falta de habilitação não é suficiente para configurar culpa civil (RT 616/176; Apel. n. 795.031-6, Santos, 1ª TACSP, 12ª Câm., j. 4.4.00, n.u.; cfr. Apel. n. 601.459-9, Itú, 1ª TACSP, 12ª Câm., j. 17.8.95, n.u.; Apel. n. 636.715-1, Prua Grande, 1ª TACSP, 12ª Câm. Extr., j. 10.3.97; Apel. n. 583.628-4, SP, 1ª TACSP, 12ª Câm. Esp. Jan/95, j. 10.1.95). Diante desse quadro, já se justificava a improcedência do pedido, visto que outros fatos constitutivos de eventual direito à indenização não poderiam ser examinados, sob pena de caracterizar-se julgamento *extra petita*; o que implica nulidade do pronunciamento judicial, por violação à regra da adstrição ou da congruência (cfr. CPC, arts. 128, 459 e 460; v. tb. Milton Paulo de Carvalho, Do pedido no processo civil, Sérgio Fabris Editor, 1992, p. 176; Teresa Arruda Alvim, Nulidades da sentença, RT, 3ª ed., p. 189; Apel. n. 807.984-5, Osasco, 1ª TACSP, 12ª Câm., j. 20.6.00, n.u.; Apel. n. 638.848-3, Bebedouro, 1ª TACSP, 12ª Câm., j. 28.04.98, n.u.; Apel. n. 724.393-6, SP, 1ª TACSP, 12ª Câm. Extr., j. 13.11.97, n.u.; Apel. n. 709.678-8, SP, 1ª TACSP, 12ª Câm., j. 12.06.97, n.u.; Apel. n. 630.536-6, SP, 1ª TACSP, 12ª Câm., j. 10.08.95; Apel. n. 587.149-4, Araçatuba, 1ª TACSP, 12ª Câm., j. 11.05.95; Apel. n. 530.822-5, SP, 1ª TACSP, 12ª Câm., j. 02.02.95). Essa irregularidade gera nulidade da decisão, principalmente em situação como a dos autos, em que eventual conduta culposa não foi objeto do contraditório em 1º grau (cfr. José Rogério Cruz e Tucci, A causa petendi no processo civil, RT, 1993, pp. 133/134; EInf. n. 785.213-5/01, São Paulo, 1ª TACSP, 12ª Câm., j. 10.12.98, n.u.; Apel. n. 782.247-9, SP, 1ª TACSP, 12ª Câm. Esp. Jul/98, j. 20.08.98, n.u.; Apel. n. 683.638-2, SP, 1ª TACSP, 12ª Câm. Esp. Jan/97, j. 18.02.97, n.u.; Apel. n. 524.118-9, Sorocaba, 1ª TACSP, 4ª Câm., j. 06.04.94). Em última análise, o exame de pedido novo no julgamento violaria o próprio princípio da demanda (CPC, arts. 2º e 262), do qual decorrem os limites da sentença (cfr. Celso Agrícola Barbi, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, tomo I, Forense, 1ª ed., p. 31; Apel. n. 659.276-7, SP, 1ª TACSP, 12ª Câm., j. 12.03.98, n.u.; Apel. n. 630.598-6, Tupã, 1ª TACSP, 12ª Câm., j. 10.08.95, n.u.)” V. tb. Apel. n. 811.535-1, Mogi Guaçu, 1ª TACSP, 12ª Câm., j. 10.10.2000, n.u.

Tendo em vista as limitações deste trabalho, repito, limitei-me ao exame de alguns aspectos relativos à *causa petendi*, especialmente em razão das divergências quanto à sua configuração e a repercussão da controvérsia na aplicação do princípio da correlação. Daí por que pareceu-me conveniente a apresentação de algumas ideias sobre a relevância do tema, com a advertência segundo a qual só haverá observância dos limites propostos pelas partes se o juiz, ao julgar, mantiver-se adstrito ao pedido e à causa de pedir.

Concluindo, se a decisão não observar esses limites, por não exaurir seu conteúdo ou por extrapolá-lo, configurar-se-á julgamento *citra*, *ultra* ou *extra petita*, causa de possível nulidade do ato decisório. Nessa medida, não pode o juiz examinar apenas parte da causa de pedir ou do pedido, bem como acolher a pretensão do autor ou do reconvinte com fundamento em causa de pedir diversa da apontada. Também é-lhe vedado conceder mais do que fora pleiteado, tutela jurisdicional diversa da pretendida ou bem da vida diferente daquele indicado.

4. RAZÃO DE SER DA REGRA DA CORRELAÇÃO: O CONTRADITÓRIO

Reflexão sobre as razões determinantes da vedação ao julgamento *ultra* ou *extra petita* revela a existência de intenso nexos entre a regra da correlação e o princípio do contraditório.

Embora imposta pela lei ordinária, não pela Constituição, adstrição do julgamento aos limites objetivos do pedido encontra fundamento nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. O motivo pelo qual o legislador processual não permite ao juiz decidir fora dos parâmetros fixados pelo autor ou pelo reconvinte, a partir da estabilização da demanda, é exatamente preservar a integridade desses princípios.

Se o ponto de fato, ou em certos casos até mesmo a matéria de direito, não suscitado pelo autor, mas percebido de ofício pelo juiz, não se tornou questão,¹⁴ impossível levá-lo em consideração na sentença, pois a seu respeito o contraditório não se efetivou.

Não obstante à base da adstrição estejam também aspectos concernentes à técnica processual, como a necessidade de estabilização da demanda

14 Sobre as noções de ponto, como afirmação incontroversa, e questão, como ponto controvertido, cf. Carnelutti, *Instituciones...* vol. I, p. 36 e ss. V. tb. Dinamarco, para quem ponto é “aquele fundamento da demanda ou da defesa, que haja permanecido incontroverso durante o processo, sem que as partes tenham levantado discussão a respeito (e sem que o juiz tenha, de ofício, posto em dúvida o fundamento); discordes as partes, porém, isto é, havendo contestação de algum ponto por uma delas (ou, ainda, havendo o juiz suscitado a dúvida), o ponto se erige em questão” (*Fundamentos ...* p. 189).

mediante preclusões, evitando retorno a situações consolidadas e possibilitando o desenvolvimento do processo, o contraditório constitui, sem dúvida, o principal motivo do limite imposto pelo sistema processual. A finalidade é evitar que a parte seja surpreendida com julgamento realizado à luz de fundamentos ou pretensões não submetidos ao debate, à ampla defesa.

Mas pode ocorrer que, embora indevidamente, com violação às regras técnicas sobre preclusão e estabilização da demanda, elemento objetivo seja introduzido no processo após o momento próprio.

Considerada a razão maior da vedação – garantir a efetividade do contraditório – podemos estabelecer a seguinte premissa: se a matéria fática ou jurídica for submetida ao contraditório e à ampla defesa, concedendo-se às partes todas as oportunidades para produzir prova a respeito, o vício concernente à técnica processual, apesar de manifesto, não constituirá óbice à participação dos sujeitos do processo, pois assegurada a possibilidade de transformar eventuais pontos em questões e de demonstrar as afirmações antagônicas. Em última análise, efetivaram-se as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, fundamentos principais da exigência processual.

Nessa medida, o vício decorrente da violação de regra técnica, segundo a qual o julgamento deve observar os limites da demanda pode ser relevado. Isso porque restou preservado o escopo desejado pelo legislador ao enunciá-la.

A exposição minuciosa dos fatos e a formulação precisa da pretensão permitem à parte contrária saber como direcionar a defesa, seja ela direta ou indireta, processual ou de mérito.¹⁵

O que mais importa, pois, é a submissão da causa de pedir e do pedido ao devido processo constitucional, ainda que deduzidos indevidamente, ou seja, sem observância das exigências legais concernentes à estabilização da demanda.

Há quem sustente, talvez com certa dose de exagero, que a regra da congruência encontra-se em crise e tende a desaparecer do sistema, substituída por fórmula genérica, possibilitando ao juiz considerar fatos não narrados na inicial.¹⁶

¹⁵ Com a peculiar acuidade, José Carlos Barbosa Moreira identificou o nexo entre a proibição do julgamento *extra* ou *ultra petita* e a garantia constitucional do contraditório. Este princípio constitucional constitui a base da regra da correlação (cfr. *Correlação entre pedido e sentença*, p. 209).

¹⁶ Jairo Parra Quijano, por exemplo, sustenta inexistir razão para rejeitar-se a demanda apenas porque não invocado adequadamente o fato provado e submetido ao contraditório: “Este princípio hay que ductilizarlo, claro que sin violar el derecho de contradicción, por ejemplo se alga: la filiación extramatrimonial, con sustento en las relaciones sexuales por la época de la concepción, pero se prueba, inclusive, por própria confesión del demandado, la posesión notoria del estado de hijo por el tempo exigido por la ley, no hay razón válida de ningún tipo para negar la declaratoria con sustento que esa

Tal solução revela-se inadequada, porque elimina completamente importante mecanismo técnico destinado a preservar a efetividade do contraditório. Além disso, outras razões, ligadas mais à técnica e destinadas a evitar contramarchas do processo, também informam a regra da adstrição.

Preferível, portanto, conservá-la, interpretando-a, todavia, em conformidade com os princípios informativos do sistema das nulidades processuais. Nessa linha, nem sempre a não observância da regra implicará vício insanável. É o que se pretende demonstrar.

A correlação, é preciso deixar claro, não pode ser considerada dogma inafastável. O próprio legislador admite, em casos específicos, sejam ultrapassados os limites objetivos da demanda.

Hipótese mais evidente de julgamento *ultra petita* expressamente admitido pelo sistema é, sem dúvida, a tutela condenatória versando pensão alimentícia, em demanda com pedido exclusivamente declaratório de reconhecimento de paternidade (Lei 8.560, de 29.12.92, art. 7º).

Apesar de derogada a própria regra da inércia, prevista no Código de Processo Civil, permanece íntegro o princípio do contraditório, cuja observância é imprescindível à legitimidade da tutela.

Assim, a condenação ao pagamento de alimentos, embora não pleiteada na inicial, pode ser concedida desde que precedida de contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, IV).

Essa é a única conclusão possível, sob pena de o dispositivo em questão configurar violação ao devido processo constitucional.

Daí porque eventual transgressão às regras da correlação entre a demanda e o julgamento somente deve ser considerada como fator de nulidade se impedir a realização plena do contraditório. Caso isso não ocorra, a atipicidade do ato processual torna-se irrelevante, pois não obsta sejam alcançados os objetivos visados pela técnica – assegurar o contraditório e a ampla defesa –, embora não observado o modelo legal. Essa conclusão representa, em última análise, aplicação da regra da instrumentalidade das formas.

A sentença *ultra* ou *extra petita* configura ofensa à inércia da jurisdição, pois, quanto à parte do pedido ou da causa de pedir não incluída na demanda inicial, o juiz age de ofício. Ainda assim, trata-se de nulidade sanável se, analisada à luz do contraditório, nenhum prejuízo concreto for detectado.¹⁷

causa no se alegó, porque ello significa negar el derecho sustancial y concebir el proceso como 'una libre competición individual'" (El futuro del proceso civil, p. 462).

¹⁷ Necessário atentar para a ressalva feita na nota n. 3.

Em princípio, as regras da adstrição ou da correlação da sentença ao pedido estão relacionadas fundamentalmente à matéria fática. Isso porque a correta aplicação do direito é função do juiz, que sequer está vinculado ao direito invocado pelas partes.¹⁸

Para identificação de eventual ofensa à adstrição, merece destaque a distinção entre fatos essenciais e secundários, pois somente aqueles compõem a causa de pedir e são alcançados pela regra da adstrição.¹⁹ Os demais podem ser levados em conta pelo julgador, ainda que não invocados.²⁰

5. CORRELAÇÃO E MATÉRIA DE DIREITO

É incontroversa a afirmação segundo a qual o juiz não está adstrito ao fundamento legal invocado pelas partes. Para acolher ou rejeitar a demanda, pode adotar dispositivos legais diversos daqueles deduzidos na inicial.

Embora nada diga o legislador, parece ser admissível adotar essa premissa também em relação à denominada causa de pedir próxima, ou seja, a qualificação jurídica atribuída aos fatos (causa de pedir remota).

A causa de pedir é constituída pelo conjunto de fatos e de elementos de direito, cuja verificação, ao ver do autor, justifica a tutela jurisdicional pleiteada. Trata-se das razões fático-jurídicas sobre as quais se funda o pedido. São os fatos jurídicos alegados como fundamento do direito substancial, cujo reconhecimento se pretende. Afirma-se, pois, ser a *causa petendi* constituída por fatos juridicamente qualificados. A tutela jurisdicional será concedida se houver identidade entre o suposto fático descrito em abstrato na norma e aquele relatado concretamente.²¹

Os fatos dizem respeito à relação jurídica material, não só os constitutivos, mas também aqueles contrários ao direito, cuja verificação torna necessária a tutela jurisdicional.²²

¹⁸ Sobre a aplicação da regra, cfr. Francisco Javier Ezquinaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y aplicación, pp. 41 e ss.

¹⁹ Fala-se também em fatos essenciais, instrumentais e complementares. Só os primeiros integram a causa de pedir e sua falta não pode ser suprida. Os instrumentais indiciam os essenciais e os complementares integram causa de pedir complexa. A construção é de Miguel Teixeira de Souza, que apresenta o seguinte exemplo: em ação de divórcio fundada em adultério, o fato constitutivo da violação dos deveres conjugais é essencial; o comprometimento da vida em comum é complementar; o fato de o adúltero ter passado fim de semana com terceiro em hotel é instrumental, pois serve como prova indiciária do essencial (cf. Aspectos do novo processo civil português, p. 178-179). Sobre fato essencial e secundário, v. tb. José Rogério Cruz e Tucci, A causa petendi ..., p. 153-154).

²⁰ Como bem pondera Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, a “formação do material fático da causa deixou de constituir tarefa exclusiva das partes. Muito embora deva ela contribuir com os fatos essenciais, constitutivos da *causa petendi*, não se mostra recomendável proibir a apreciação dos fatos secundários pelo juiz, dos quais poderá, direta ou indiretamente, extrair a existência ou modo de ser do fato-principal, seja porque constem dos autos por serem notórios, ou pertencerem à experiência comum”. Invoca o saudoso processualista o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil como fundamento legal de sua conclusão (cf. Garantia do contraditório, p. 140). V. tb. Luigi Paolo Comoglio, Giudice, p. 5.

²¹ Cfr. Francisco Javier Ezquinaga Ganuzas, ob. Cit., pp. 64/65 e 87.

²² Segundo José Rogério Cruz e Tucci, o fato constitutivo da relação substancial, de onde o autor extrai sua pretensão, é

A matéria exclusivamente fática constitui a causa de pedir remota. Já a qualificação jurídica dos fatos, a *causa petendi* próxima.²³

Não obstante o legislador exija a indicação na inicial do fundamento jurídico do pedido, considerando essencial, portanto, a causa de pedir próxima (CPC, art. 319, III), doutrina e jurisprudência acabam por aproximar esse elemento da denominada fundamentação legal. Como consequência, reconhece-se a possibilidade de o juiz alterar a fundamentação jurídica, sem que isso implique modificação da causa de pedir. Aplica-se a regra *iura novit curia*, pois o limite à atividade do julgador estaria restrito à matéria fática.²⁴

Admitida tal premissa, toma-se difícil, senão inócua, a distinção entre fundamento jurídico e fundamento legal. A matéria fática seria, portanto, o dado fundamental à caracterização da causa de pedir. Ocorre que, para seleção dos fatos da vida, com base em que se pretende determinada consequência jurídica, é necessário levar em conta a descrição fática feita abstratamente pelo legislador. Somente aqueles previstos na norma, tal como entendidos pelo juiz, são relevantes.

É extremamente complexa a exata configuração da causa de pedir próxima, pois a separação entre fato e direito nem sempre pode ser feita com facilidade.

denominado pela doutrina de doutrina de causa ativa, ao passo que o fato do réu contrário ao direito seria a causa passiva (*A causa petendi*, p. 154; no mesmo sentido, com menção a vários autores, Milton Paulo de Carvalho, Do pedido..., p. 94).

23 A distinção entre fato e fundamento jurídico, bem como entre este último e fundamento legal não se revela muito clara na doutrina. Segundo Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, a causa de pedir é representada por fato qualificados juridicamente: “Es decir, se alegan hechos puestos en relación con una norma jurídica cuyo supuesto de hecho, a juicio de quien los invoca, los contempla en abstracto. El motivo de hacerlo así es que se pretende que, probada la identidad entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo, se produzca la consecuencia jurídica prevista en abstracto en esa norma para todos los casos que entren en ese supuesto de hecho” (*“Iura novit curia” y aplicación*, p. 64). Em outra oportunidade, o autor identifica qualificação jurídica com a subsunção dos fatos concretos à descrição fática feita em abstrato pela norma jurídica (ob. Cit., p. 72 e nota 16). Para José Rogério Cruz e Tucci, da exposição da causa de pedir remota infere-se a relação fático-jurídica existente entre as partes. O enquadramento da situação concreta, narrada *in status assertionis*, à previsão abstrata contida no ordenamento jurídico, do que decorre sua juridicidade, configuraria a causa de pedir próxima ou geral, operação que, a seu ver, não se confunde com a indicação do dispositivo legal pertinente, função conferida ao juiz (*A causa petendi*, p. 155.) Milton Paulo de Carvalho, após afirmar que o fundamento jurídico decorre da conjugação da causa remota com a pretensão formulada, conclui que esse elemento “constitui a valoração, a relevância que o fato tem para o direito, a estimação de que tal fato decorre o efeito jurídico pretendido (...) importa é distinguir, ainda que, por dedução, o liame jurídico entre o fato, como causa, e o pedido, como efeito” (Do pedido, pp. 94/95).

24 Por todos, v. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi*, pp. 160 e ss. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, após caracterizar a qualificação jurídica como a relação entre os fatos e a norma jurídica em que, ao ver de que pede, encontra-se o suposto fático abstrato, conclui que: En virtud precisamente de los poderes del Juez expresados en el aforismo *iura novit curia*, éste es completamente libre para elegir las normas jurídicas que, a su juicio, sirven de guía para la resolución del litigio, así como para efectuar el razonamiento jurídico que estime más adecuado, sin que en ninguno de los dos aspectos esté vinculado por lo que hayan manifestado las partes y, en consecuencia, sin que su sentencia incurra en vicio de incongruencia” (*Iura novit curia*, p. 64). Mais adiante, afirma que, em razão do princípio *iura novit curia*, não está o juiz vinculado à qualificação jurídica feita pelas partes, mas apenas aos fatos alegados, os quais condiciona a escolha da norma jurídica a ser aplicada (op. cit. p. 84). Pelo que se verifica, segundo essa construção, o juiz estaria vinculado tão somente aos fatos, a partir dos quais ele irá identificar a norma aplicável (v. tb. p. 85).

Na verdade, a regra legal acaba sendo critério de seleção dos fatos pertinentes ao caso, pois apenas os que compõem a descrição abstrata do legislador integrarão a causa de pedir. Essa seleção já implica a valoração jurídica e a consequente qualificação atribuída aos fatos. Na medida em que a visão jurídica da matéria fática importa em subsunção desta à norma, difícil senão impossível distinguir fundamento jurídico de fundamento legal.²⁵

Assim, parece-me mais simples construir a ideia de *causa petendi* nos seguintes termos: ao formular o pedido de tutela jurisdicional, o autor atribui aos fatos por ele narrados aptidão para produzir determinados efeitos jurídicos. Observados esses limites objetivos, ou seja, o fato e a respectiva eficácia jurídica, pode o juiz aplicar regra diversa da invocada e até mesmo invocar outra qualificação jurídica para justificar sua conclusão.

Nessa linha, a relevância dos fundamentos jurídico e legal está relacionada às consequências pretendidas pelo autor. Se o fundamento fático subsumir-se a causa de pedir próxima (fundamento jurídico) diversa daquela descrita na inicial, sem alteração no efeito prático buscado, está o juiz autorizado a conceder a respectiva tutela jurisdicional. Ao descrever o fato e pleitear o efeito jurídico a ele inerente, caberá ao juiz extrair o fundamento jurídico e legal a seu ver corretos, independentemente da indicação feita pelo autor ou até mesmo de eventual omissão a respeito.

Admitida essa premissa, a causa próxima é determinada pelo pedido. Senão, vejamos. Afirmo ter sido enganado pelo réu e, em consequência, acabei realizando determinado negócio, mas não o faria se conhecesse a realidade. Fui induzido em erro, portanto, pelos artifícios empregados por ele. Em razão disso, quero a anulação do ato. Esse efeito constitui o bem da vida a que, a meu ver, faço jus. Trata-se do denominado pedido mediato, a ser obtido mediante tutela desconstitutiva (pedido imediato). Devo invocar como fundamento jurídico (causa de pedir próxima) a figura do dolo. Mas se, equivocadamente, atribuir a esses fatos o nome de vício de vontade diverso – erro, por exemplo – nada impede o juiz de acolher o pedido, apesar de a descrição fática subsumir-se a outra regra abstrata.

Assim, conceber o fundamento jurídico simplesmente como a consequência pretendida significa identificá-lo com pedido mediato. Melhor considerar esse aspecto da *causa petendi* como a qualificação jurídica dos

25 Cfr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, "*Tura1 novit curia*" y aplicación, p. 78/80. Em seguida, observa o autor que o interrelacionamento entre os fatos do caso e a descrição fática contida na norma são revelados pela operação destinada à qualificação jurídica dos primeiros, para sua subsunção à regra legal: "Esta operación consiste em determinar si los hechos del caso coinciden con los definidos em el supuesto de hecho normativo" (op. cit., p. 81).

fatos. De qualquer modo, essa controvérsia tem interesse muito mais teórico, pois, na maioria das vezes, a correta indicação do fundamento jurídico é tão irrelevante quanto a indicação do dispositivo legal, não obstante o disposto no art. 319, III.

Percebe-se, pois, não ser tão simples e clara a distinção entre fato, fundamento jurídico e fundamento legal. O mais importante, a meu ver, consiste na extensão à causa de pedir próxima à liberdade conferida ao julgador, quanto à identificação da norma jurídica aplicável.

Essa conclusão não afasta, todavia, a necessidade de compatibilização com o princípio do contraditório. Não podem as partes ser surpreendidas com a incidência de regra ou fundamento jurídico não cogitado.

6. CORRELAÇÃO E MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO

Ao examinar os elementos dos autos, pode o juiz identificar determinados aspectos da relação jurídica processual ou material não suscitados pelas partes, mas passíveis de cognição *ex officio*: a maioria dos pressupostos processuais, condições da ação e nulidades absolutas, no plano processual; prescrição e decadência, pagamento, nulidades do ato jurídico, no âmbito substancial. O exame dessa matéria não depende de provocação das partes (NCPC, arts. 278, parágrafo único, 330, 332, § 1º, 337, § 5º CC, arts. 168, parágrafo único e 210).

Tais dispositivos, todavia, também devem ser examinados à luz da garantia constitucional do contraditório. Não obstante esse poder assegurado ao juiz pelo legislador ordinário, ele deve exercê-lo em conformidade com o postulado segundo o qual a todos é assegurada a ampla defesa.

Nessa medida, o exame de ofício de matéria de ordem pública, inclusive de natureza processual, deve ser precedido de plena participação das partes. Embora possa o juiz dela conhecer independentemente de provocação, deve, antes de proferir decisão a respeito, submetê-la ao debate.²⁶

26 Na reforma do Código de Processo Civil italiano, realizada em 1990, o art. 183, § 3º, em sua nova redação, repete, na verdade, o disposto no antigo § 2º. Determina ao juiz a indicação, na audiência destinada à discussão da causa, dos aspectos *rilevabili d'ufficio*. Esse dispositivo foi objeto de intensa polêmica na doutrina, envolvendo o fenômeno da *terza via di decisione*. Essa questão não foi objeto de tratamento pelo legislador de 1990, que não tomou posição a respeito, não obstante a existência de regras específicas em outros países. O § 278, 3, da ZPO, impede o juiz de decidir sobre questões de direito não submetidas ao prévio contraditório das partes. No mesmo sentido, a regra do art. 16 do novo Código de Processo Civil francês. A omissão de norma semelhante no Código italiano é criticada pela doutrina (cfr. Bruno Caponi, *Commento ai decreto-legge 21 giugno 1995*, p. 774). No direito brasileiro anterior também inexistia previsão expressa a respeito. O entendimento doutrinário, praticamente unânime, admitia a possibilidade de o juiz conhecer de ofício de determinada matéria, independentemente de prévia manifestação das partes. Tal conclusão sempre me pareceu equivocada, especialmente à luz das regras constitucionais sobre o contraditório e a ampla defesa, pois a participação constitui um dos elementos fundamentais desses princípios. E participar, segundo lição de Dinamarco, significa preparar o julgamento, influenciando no espírito do juiz (cf. Fundamentos, p. 95).

A efetiva participação dos sujeitos parciais do processo integra a ideia de contraditório. Isso significa deva ser afastado qualquer óbice ao exercício da defesa, entendida esta como garantia real de influência no resultado do processo. Os direitos constitucionais de ação e de defesa não são estáticos. Manifestam-se durante todo o procedimento, como conjunto de atividades dinâmicas, realizadas com o intuito de influir na formação do convencimento do julgador.²⁷

Contraditório nada mais é do que o conjunto de atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo, destinadas a, mediante efetivo diálogo, alcançar o resultado mais justo possível. A participação de todos os sujeitos, especialmente das partes, é fundamental para conferir legitimidade à tutela, pois significa que a elas foi assegurado o poder de influir no convencimento do juiz.

Qualquer decisão judicial fundamentada em convicções decorrentes de elementos não submetidos ao debate frustra a efetividade do contraditório, reduzindo injustificadamente o conteúdo da garantia constitucional.

A consagração, pelo modelo processual-constitucional, do contraditório impede o juiz de tomar qualquer decisão, sem ouvir as partes a respeito de questões a serem abordadas na decisão.²⁸

Nessa medida, não se concebe contraditório real e efetivo sem que as partes possam participar da formação do convencimento do juiz, mesmo em relação à matéria cognoscível de ofício. O debate anterior à decisão é fundamental para conferir eficácia ao princípio.

Para tanto, deve ser abandonada a ideia do juiz como mero árbitro ao transformá-lo em verdadeiro condutor dos rumos do processo, garantindo às partes a adequação do instrumento.²⁹

Toda essa preocupação está voltada à preservação do contraditório real, ou seja, aquele em razão do qual o juiz tem o dever de proporcionar às partes condições de participação efetiva na elaboração do julgamento, influenciando no resultado.³⁰

²⁷ Cfr. Comoglio, *Contraddittorio (principio del)*, p. 7.

²⁸ Ao interpretar regra análoga da Constituição italiana, Comoglio confere-lhe significado imperativo para o juiz, “imponendogli di provocare, anche di sua iniziativa, l’estensione dei contraddittorio a tutte le questioni rilevabili d’ufficio (preliminare o pregiudiziali, di fatto o di diritto), le quali siano tecnicamente idonee a condizionare in misura decisiva l’esito del giudizio” (*Commentario della Costituzione*, p. 24).

²⁹ Com bem observa Comoglio s’imponga definitivamente la concezione del giudice garante (in luogo di quella, ormai superata, del giudice-arbitro), a tutela, de un’egualianza reale fra le parti in lite ed a presidio dell’effettività dei loro diritti processuali” (*Contraddittorio*, p. 26).

³⁰ Em outras palavras, deve o juiz assegurar “la parità delle armi fra i soggetti in lite” (Comoglio, *Giurisdizione e processo*

A conclusão aplica-se inclusive às questões de ordem pública, pois deve haver correspondência absoluta entre o âmbito do diálogo desenvolvido entre os sujeitos do processo e o conteúdo da decisão final. Sem isso, inexistente aquele mínimo indispensável ao direito de defesa, que se identifica com a possibilidade concreta de as partes influírem na formação do convencimento do juiz.³¹

Mesmo a liberdade na aplicação da regra jurídica deve ser examinada à luz do contraditório. O brocardo *iura novit curia* significa a possibilidade de o juiz valer-se de norma não invocada pelas partes, desde que atendidos os limites quanto ao pedido e à causa de pedir. Isso não significa, todavia, desnecessidade de prévia manifestação das partes a respeito, mesmo porque muitas vezes o enquadramento jurídico do fato implica consequências jamais imaginadas pelas partes. Justificável, portanto, a preocupação com a efetividade do contraditório, inclusive quanto à matéria cognoscível de ofício. Basta lembrar das relações de consumo, cujos efeitos, inclusive no âmbito processual, são profundamente diversos daqueles decorrentes de situações regradas pelo direito das obrigações.³²

Em boa hora, o NCPD acolheu tais ponderações, inserindo diversos dispositivos em que o prévio contraditório é necessário sempre, mesmo se a matéria a ser levada em conta na decisão for cognoscível de ofício (cfr., entre outros, arts. 9º, 10, 487, parágrafo único). ❖

nel quadro..., p. 1.071). O contraditório representa, em última análise, a igualdade substancial das partes no processo. Embora tenha a mesma função do direito de ação - assegurar o pleno acesso ao Poder Judiciário-, não visa à produção de efeitos externos. O escopo do contraditório é garantir internamente "a tutte le parti un'equivalente possibilità di incidere sulla formazione della decisione giurisdizionale (senza riguardo a quel che debba poi essere, in concreto, l'esito del giudizio) (Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni*, p. 69).

31 Cfr. Comoglio, *Contraddittorio*, p. 26-27. Com bastante clareza, conclui ele que admitir determinada solução sem a prévia manifestação das partes, mesmo aquelas cujo exame de ofício é possível, importa conferir significado ilusório ao direito de defesa. Para que o contraditório seja pleno e efetivo, deve realizar-se antes da decisão, sob pena de nulidade. Trata-se de exigência de um processo justo e leal, sem surpresas para os participantes.

32 Adequada a lição de Carlos Alberto Ávaro de Oliveira: "Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio em homenagem ao princípio do contraditório. A hipótese não se exhibe rara porque frequentes os empecilhos enfrentados pelo operador do direito, nem sempre de fácil solução, dificuldade geralmente agravada pela posição necessariamente parcializada do litigante, a contribuir para empecer visão clara a respeito dos rumos futuros do processo. Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça. O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso (Garantia do contraditório, p. 143). No mesmo sentido, Francisco Javier Esquiaga Ganuzas, "*Iura novit curia*", pp. 31/36.

O Interesse de Agir como Pressuposto Processual¹

Adroaldo Furtado Fabrício

Professor Titular de Direito Processual Civil na UFRGS e na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law. Desembargador jubilado e ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Advogado em Porto Alegre.

SUMÁRIO - 1. Considerações preliminares. 2. A doutrina processual brasileira predominante. 3. Pedidos, requerimentos e decisões. 4. Condições da ação: generalidades. 5. Possibilidade jurídica, *legitimatío ad causam* e mérito. 6. Necessidade e utilidade da prestação jurisdicional. 7. O interesse e a adequação do provimento pretendido. 8. O interesse processual no quadro das condições da ação. 9. Hipótese: o interesse de agir como questão de mérito. 10. O interesse de agir como pressuposto processual.

RESUMO - A doutrina nacional majoritária trata as condições da ação como tema diverso do mérito, distinguindo a carência de ação da sua improcedência. Sem questionar essa opção, discute-se aqui a inclusão nessa categoria do interesse processual, cujo conceito e configuração parecem melhor adequar-se à categoria dos pressupostos processuais.

PALAVRAS-CHAVE - Interesse de agir; condições da ação; carência de ação, mérito da causa.

ABSTRACT - The majority national doctrine treats the conditions of the action as a different theme of the merit, distinguishing the lack of action of its dismissal. Without questioning this option, it is discussed here the inclusion in this category of procedural interest, whose concept and configuration seem best suited to the category of procedural presuppositions.

¹ Especialmente escrito para homenagem póstuma a José Carlos Barbosa Moreira.

KEY WORDS - Interest in acting; conditions of action; lack of action, merit of the case.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Tenho repetidas vezes manifestado meu convencimento de que as chamadas condições da ação (ou, no mínimo, duas da trindade clássica – possibilidade jurídica do pedido e legitimação à causa) são substancialmente questões de mérito, a ele pertencendo e sendo dele inseparáveis.² Quando, por falta de alguma delas, decide-se pela inviabilidade da pretensão manifestada, a doutrina majoritária identifica nisso a chamada carência de ação, isto é, a inexistência dela, coisa que se tem por diversa da sua improcedência e também da decisão sobre questão processual. Não haveria dano maior à teoria do processo nem à prática judiciária em manter essa distinção, não fosse pelas decorrências que daí são extraídas: em caso de carência, (a) a decisão não produz coisa julgada material e, pois, (b) o caminho continua livre para a renovação da demanda. Nessa senda, de erro em erro, acrescentou-se (como implicação necessária) que (c) o ato decisório em tal caso proferido não é de jurisdição – o que levou a perplexidades ainda maiores e insolúveis: como explicar e classificar esses provimentos estatais; o que exercitou o malsucedido autor, se ação não havia? Continua sem resposta, a meu sentir, a indagação de um dos nossos maiores processualistas – cuja voz, no particular, está longe de ser isolada:

“Basta apresentar a mesma crítica que se fez à teoria civilista e à teoria de Chiovenda, com ligeiras modificações: quando o juiz, depois de ter sido desenvolvida larga atividade jurisdicional, conclui que o autor não tem direito de ação, porque falta uma daquelas três condições, *como se explica a movimentação da máquina estatal por quem não tinha o direito de ação?*”³ O que se indaga, e a doutrina majoritária não tem alcançado responder, é a natureza da atividade que o Estado desempenhou e que o próprio demandante exerceu em face dele, no caso de se haver *decidido* (sim, decidido!), à vista da provocação do interessado, que ele não tem ação – isto é, que nenhum dos dois poderia ter atuado.

2 “Extinção do processo e mérito da causa”, in *Saneamento do Processo – Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*, p. 15, Porto Alegre, s/d [1990?]; ou in *Revista de Processo*, vol. 58, p. 7; ou in *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, vol. 6., p. 351, São Paulo, 2011; ou, ainda, em meus *Ensaio de Direito Processual*, p. 363, Rio de Janeiro, 2003.

3 CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, p.23, 10ª ed., Rio de Janeiro, 1998. Com veemência maior ou menor, também assim alguns expoentes da doutrina paulista: JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo*, p. 98, São Paulo, 2007; KAZUO WATANABE, *Da cognição no processo civil*, p. 61, São Paulo, 1987.

A exposição que se segue não representa, de modo algum, abandono dessa convicção. Para investigar a natureza do interesse de agir, inclusive no quadro e na perspectiva das condições da ação, preciso necessariamente pôr-me no ponto de vista dos que nelas acreditam. Não poderia discutir se o lobisomem pertence ou não à categoria dos fantasmas sem admitir primeiro a hipótese de que estes existam. Obviamente, estão envolvidas premissas discutíveis e que precisarei analisar e eventualmente questionar, mas, à semelhança do *juízo hipotético*⁴ que a doutrina predominante atribui ao magistrado quando delibera sobre as condições da ação, devo supor em um primeiro momento sua existência como categoria jurídica.

Anoto que o vigente Código de Processo Civil, cuidadosamente, omite referência às tais condições como categoria genérica: pode ser que o legislador, talvez ingenuamente, tenha pensado fugir à controvérsia infundável.⁵ Mas continuou a incluir entre as sentenças *terminativas* (isto é, pronunciadas sem julgamento do mérito) aquelas onde se constata ausência de legitimação ou de interesse (art. 485, VI). Na verdade, não se reduziu o vulto nem se modificou a face do problema. A polêmica que prossegue e prosseguirá é aquela mesma entabulada sob a vigência do antigo art. 267, VI, sequer atenuada pela redução das condições a duas. A recapitulação desses temas será, pois, imperiosa, inclusive com alusão ao renegado requisito da possibilidade jurídica, para permitir a visão integral da categoria em sua conformação plena.

2. A DOUTRINA PROCESSUAL BRASILEIRA PREDOMINANTE

A doutrina mais prestigiada entre os processualistas do País tem-se mantido fiel às lições de Enrico Tullio Liebman, ditadas durante sua permanência no Brasil e lapidadas mais tarde por ele próprio e por seus discípulos da chamada Escola Paulista.⁶ Os estudos brasileiros sobre o processo civil, antes dele, tratavam a disciplina como simples capítulo do Direito Civil, a ela aplicando os princípios deste e limitando-se, em geral, a uma visão de

4 A expressão, frequentemente repetida, é antiga na doutrina: *n. g.*, EMILIO BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, p. 84, 2ª ed., Roma, 1936.

5 Na Comissão de Juristas pela qual foi elaborado o anteprojeto, defendi que se deixasse de vez à doutrina toda a matéria pertinente ao tema, mas, já então e também no ponto, prevaleceu uma solução diplomática, de compromisso: sem referir o gênero, fez-se menção às duas espécies ainda reconhecidas.

6 Machado Guimarães, com referência a essa Escola, cuja denominação começava a difundir-se, disse a Barbosa Moreira, com quem caminhava na praia, que declarava fundada a Escola Processual de Copacabana. Indagado sobre quem seriam seus integrantes, respondeu: “Você e eu”. O relato é do querido Zé Carlos, que recentemente perdemos. Registro-o como sentida e saudosa homenagem aos dois eméritos juristas, cuja grandeza não excluía o bom-humor.

procedimentalismo.⁷ Liebman, antes do mais, teve o mérito de introduzir nesse panorama uma visão nova do processo e difundir as ideias e controvérsias acadêmicas em curso na Europa desde meio século antes, a que se mantivera alheia a doutrina jurídica nacional. As fontes desta, até então, pouco passavam da literatura portuguesa, por natural continuidade, e da francesa, cujo fascínio era universal e irresistível. Nenhuma das duas estava atualizada, a esse tempo, com a efervescente revisão do pensamento processual inaugurada a partir das proposições de Windscheid e Muther.⁸

Compreende-se perfeitamente que o poder de imantação das ideias de Liebman tenha impregnado de forma tão intensa e persistente a doutrina brasileira, desde seu tempo até nossos dias. Mesmo que sua passagem pelas Arcadas tenha sido relativamente breve (de 1939 a 1946), o Mestre iluminou com seu talento raro e sua clarividência de cientista os caminhos da processualística brasileira, que, se não eram virgens, jamais haviam sido percorridos com enfoque propriamente científico. Se, antes dele, existiram no Brasil processualistas, alguns de notável porte, só com ele se viria a inaugurar uma escola da especialidade, a ocupar-se de método, teoria geral e formação específica e orientada do pensamento. Um de seus mais fieis e próximos discípulos expôs essa realidade em termos de insuperável clareza e precisão, sem prejuízo da emoção de amigo e devoção de discípulo, em belíssimo artigo com o qual lhe rendeu tributo.⁹

À valia intrínseca daquela inigualável contribuição, somou-se o fato de haver a doutrina do grande processualista penetrado profundamente no Código de Processo Civil de 1973, em passagens que, mais ou menos explicitamente, a ela remetiam, inclusive nos aspectos de que ora me ocupo particularmente. O legado de Liebman, como é notório, impregnou intensa e visivelmente os conceitos legais em que muitas vezes se aventurou aquele diploma normativo, pela mão de seu discípulo Alfredo Buzaid – a quem tocou, já na qualidade de Ministro da Justiça, encaminhar ao Legislativo o

7 Ressalva necessária: a pioneira contribuição de FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA intuiu algumas das descobertas, divulgadas anos depois, dos fundadores europeus da ciência do processo. É de 1855 a primeira edição de seu *Compêndio de teoria e prática do processo civil* (cuja edição mais citada é de São Paulo, 1988). Sobre isso, cf. ALFREDO BUZOID, *Atualidades de um velho processualista*, São Paulo, 1950, fascículo sem outras indicações. (Tenho notícia de publicação desse artigo no volume *Grandes processualistas*, São Paulo, 1982, ao qual não tive acesso).

8 GIOVANNI PUGLIESE enfeixou os principais textos pertinentes no volume *Polemica intorno all'actio*, com esclarecedora introdução – Florença, 1954. Existe uma tradução castelhana de Tomás A. Banzhaf: *Bernard Windscheid; Theodor Muther, Polémica sobre la "Actio"*, Buenos Aires, 1974, mais frequentemente citada entre nós.

9 ALFREDO BUZOID, "A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro", na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 72, n. 1 (1977), p. 131 e segs. – também publicado no v. I dos *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milão, 1979.

projeto desse diploma, de cujo anteprojeto fora autor principal. Na *Exposição de Motivos* que o acompanhou, manifestou a opção arriscada pelas definições legais,¹⁰ muito frequentemente inspiradas, no caso desse Estatuto, pelos estudos do grande jurista italiano.¹¹ Essa integração, obviamente, deu maior força e permanência à presença das ideias da Escola de São Paulo nos textos do Código agora revogado, apenas o segundo de âmbito nacional, cuja vigência se alongou por mais de quarenta anos.¹²

Pesou também a diferença entre a evolução lenta e gradual dos conceitos na doutrina europeia e a abrupta translação da polêmica para a realidade brasileira, onde não se conhecera a longa transição entre a doutrina civilística da ação e a elaborada teoria dita eclética, com os estágios intermediários percorridos. No Brasil, saltamos todo o interregno de maturação e assentamento das sucessivas propostas sobre o tema; percorremos no curto espaço de uma década um caminho que a doutrina europeia precisara de quase um século para completar.¹³ Os juristas brasileiros de então, presos à tradição romanística, vendo o direito de agir como o *ius quam sibi debeatur in iudicio persequendi* de Celso, foram, sem prolegômenos, apresentados às concepções longamente decantadas alhures. A visão do edifício pronto, sem andaimes e tapumes, terá contribuído para a adesão e o encantamento dos estudiosos brasileiros. Sequer se podia ver claramente, no panorama da doutrina anterior, o discrimine entre pretensão e ação – no qual se identifica a pedra de toque da autonomia do Direito Processual em face do Substancial.¹⁴

Entre os muitos resultados dessa realidade está o de se haver fixado o conceito de *ação*, quase exclusivamente, como um direito – o direito de agir.¹⁵ Passaram a segundo plano todas as demais acepções em que o termo pode ser e efetivamente vem sendo tomado, em foco jurídico e mesmo no

10 “Exposição de Motivos”, item 8. Não arrostou o Código de 1973, é verdade, os riscos de definir diretamente *ação* e *condições da ação*, mas deu pistas e exemplificação que importam na tomada de posição muito clara quanto a esses conceitos.

11 Assim é conhecido e reconhecido, ainda que seu nascimento talvez não se tenha dado em território da Itália, que ele sempre identificou como sua pátria.

12 A doutrina constatou esse poderoso influxo: cf. OVIDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA e FÁBIO LUIZ GOMES, *Teoria geral do Processo civil*, p. 117, 4. ed. São Paulo, 2006.

13 J. I. BOTELHO DE MESQUITA Botelho de Mesquita, *Da ação civil*, p. 48, São Paulo, 1975

14 Por todos, EDUARDO J. COUTURE, *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, p. 11, 2ª ed., Buenos Aires, 1953; id., em síntese excelente, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 58, Buenos Aires, 1958.

15 Tipicamente, foi assim definida a ação: “O direito constante da lei processual civil, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fático-jurídica nela formulada, à aplicação da lei (material).” (ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 440-1, 8ª ed., São Paulo, 2003). Não é substancialmente diversa a definição que o mesmo autor oferece em seu *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 367, São Paulo, 1990. Mais sintética, mas de igual sentido, outra definição clássica: “Direito ao exercício da atividade jurisdicional, ou o poder de exigir esse exercício.” (ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA; ADA PELLEGRINI GRINOVER; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, p. 265, 13ª ed., 1997.

âmbito restrito do Direito Processual.¹⁶ Mas, inclusive para os efeitos do presente estudo, não se há de esquecer que a ação também precisa ser vista como intervenção no mundo físico para nele introduzir um dado que antes não se achava nele – conceito, aliás, mais rente ao significado da palavra em linguagem comum.¹⁷ Feitas essas necessárias ressalvas e delimitações, pode-se falar sempre de *ação*, para o efeito de estudo de suas “condições”, significando *direito de agir*, sem necessidade de nova especificação a cada momento, em homenagem à brevidade. Com efeito, há uma relação jurídica nova, diversa daquela afirmada pelo autor, que se estabelece entre ele e o Estado-juiz – e que só se resolverá com a manifestação deste, ainda que seja apenas para dizer que o pleiteante “não tem ação”.

Com efeito, “até chegar a esse resultado, o autor pôde exigir do juiz de primeira instância o despacho inicial de indeferimento, o despacho na petição de agravo, o despacho de sustentação da inicial e todos os despachos de expediente necessários à subida do recurso. Do Tribunal de Apelação e do Supremo Tribunal Federal, as decisões colegiadas confirmatórias do despacho inicial. Do pessoal do juízo, em primeira instância: a distribuição de causa, o registro, a expedição e o cumprimento do mandado, a autuação, a contagem de custas, a remessa à instância superior, etc. Na instância superior e no Supremo Tribunal Federal: recebimento, autuação, expedição de guias de preparo, recebimento de preparo, audiência de Ministério Público, passagens de autos, publicações no Diário Oficial, etc.”¹⁸

Negar a existência de ação em tal emergência implicaria necessidade de duplicar-se toda a teoria geral dessa disciplina jurídica, para explicar separadamente o processo *com ação* e o processo *sem ação*.¹⁹

16 ALESSANDRO PEKELIS indica em seu famoso verbete quinze acepções diversas, ainda que sua postura unitarista o leve a admitir só uma: “Azione (teoria moderna)”, in *Novissimo Digesto Italiano*, t. II. E há quem as identifique em número muito maior. Na doutrina brasileira moderna, muito conhecida é uma grande tripartição do conceito: ação, “ação” e *actio* (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1973, tomo I, p. 110, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1995, com atualização legislativa de Sérgio Bermudes). Cf., outrossim, EDUARDO J. COUTURE, *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, p. 11, 2ª ed., Buenos Aires, 1953.

17 Tem feio falta a percepção de que a ação processual, se é um direito (e sem dúvida é), necessariamente há de ser também uma atividade do autor: “... el problema se resuelve casi en una tautología: la acción no es más que la acción, esto es, la expresión de la actividad transcendente al sujeto, um *agere* dinámico y activo...” (FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, p. 196, Barcelona, 1980). Note-se como é difícil escapar à tautologia: nas três linhas transcritas, aparecem as palavras *acción*, *actividad* e *agere*.

18 LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL, “Pressupostos processuais e condições da ação”, em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66515/69125>, consultado em 14 de novembro de 2017. E não existia então o STJ...

19 VÍCTOR FAJEN GUILLÉN, “La acción, el derecho procesal e el derecho político”, in *Estudios de derecho procesal*, p. 64, Madri, 1955; id., em sentido semelhante, *Teoría general del derecho procesal*, p. 84, México, 1992.

3. PEDIDOS, REQUERIMENTOS E DECISÕES

É moeda corrente entre os especialistas que, por força do princípio da demanda – quase absoluto no âmbito do processo civil – ao juiz só é lícito decidir quanto ao fundo da controvérsia em correspondência a um *petitum*. A sentença de mérito outra coisa não é senão a resposta da jurisdição ao postulado pelo autor (ou reconvinte, que autor é também). Como igualmente é de saber comum, a inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore*) não diz apenas com a instauração do processo civil contencioso – sua face mais visível –, mas também e necessariamente com o conteúdo da *res iudicanda*: na medida em que se admitisse o alargamento da cognição judicial a questões fáticas não levantadas pelas partes (ainda que o órgão judicante as perceba latentes ou até patentes no debate), permitir-se-ia o julgamento de (possível) demanda não proposta. No que se refere à escolha dos conflitos a serem judicializados e dos respectivos fatos fundantes, cujo exame será submetido à jurisdição, as partes são soberanas.²⁰

Ao revés, na escolha do modo de condução dos atos processuais e na resolução das eventuais controvérsias a eles pertinentes, assim como na busca da verdade processual pela via da prova, o poder de iniciativa do juiz é amplíssimo. Ele não está jungido aos *requerimentos*. E, no uso desses poderes-deveres, cabe ao juiz não apenas decidir das postulações que lhe façam os litigantes, mas também assumir papel ativo na determinação de providências que não lhe hajam sido requeridas. De igual modo, no uso dos poderes de direção do processo, ao órgão neutro cabe a determinação de medidas necessárias à continuidade, à eficiência e à regularidade do processo (também eventualmente aptas a assumir conteúdo decisório). Em maior ou menor medida, ao juiz reserva-se o poder de estabelecer o procedimento, nas minúcias a que não pode descer a lei.²¹

O que ficou dito desde logo define uma clara bipartição da classe dos atos deliberativos do Estado-juiz: a categoria dos provimentos de mérito (no limite definido pelos litigantes) contrapostos aos que solucionam questões referentes ao próprio processo (dispensada a iniciativa das partes). Como é intuitivo, sem embargo da maior importância intrínseca dos da primeira ordem, imperioso é ponderar que a eles não se pode chegar sem passar pelos da segunda. Não se pode ir a Paris sem antes entrar-se na França. Nem se chega-

²⁰ Por todos, cf. OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Teoria Geral do Processo Civil*, p. 48-9, 3ª ed., São Paulo, 2002 – mostrando, aliás, que o princípio da demanda tem conceito mais restrito que o princípio dispositivo: a relação entre eles é de continência, não de identidade.

²¹ Cf. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, principalmente p. 185 e s., São Paulo, 1997.

rá ao caroço da fruta sem antes descascá-la. Quase sempre, a própria sentença *stricto sensu*, pela qual o procedimento se encerra, contém disposições de natureza formal, a mais dos temas de fundo – ainda que, na maior parte dos casos, aquelas guardem forma implícita.²² Pode-se representar graficamente essa realidade por dois círculos concêntricos: o exterior correspondendo aos assuntos de forma, entre eles os pressupostos processuais no sentido estrito; o central, aos de mérito.²³

Pois bem: a doutrina predominante inclui nessa figura um terceiro círculo concêntrico, a meio caminho entre o periférico e o nuclear. Trata-se, para quem nisso acredita, de uma categoria intermediária de questões, entre aquelas de forma e as de fundo, que participa um tanto de uma e de outra, mas não se pode confundir com nenhuma delas. Em uma petição inicial típica, escreve-se que o autor *pede* o bem da vida cuja disputa é o motivo da controvérsia de fundo (um pagamento, a anulação de um contrato, certa esclarecimento de uma situação jurídica duvidosa); por outro lado, *requer* a citação do demandado, a adoção de certo rito, a produção das provas indicadas ou a indicar, a procedência da ação e assim por diante. Também nesse esquema, são visíveis as duas categorias de provimentos pretendidos, as pertinentes ao próprio instrumento manejado e aquelas respeitantes à atribuição do bem jurídico em disputa. No intervalo, a concepção eclética da ação insere um outro círculo, ao identificar a categoria intermediária das condições da ação – concepção até tempos recentes pacífica na doutrina brasileira e ainda hoje majoritária.²⁴

Ditas condições seriam três, na linha da proposta inicial de Liebman e, mais remotamente, da italiana anterior:²⁵ a possibilidade jurídica do pedido, a legitimação para a causa e o interesse processual – mas, como é notório, a primeira delas vem sendo gradualmente abandonada. Isso ocorreu a partir do momento em que o próprio Liebman a desacreditou (sem maiores explicações, aliás) ao omitir toda menção a ela na terceira edição

22 Versei o tema em conferência (ora em vias de publicação) sobre os capítulos da sentença, no seminário “Presente e Futuro do Processo Civil brasileiro – homenagem a Cândido Dinamarco nos seus 80 anos”, promovido pelo IBDP em São Paulo, agosto de 2017. O próprio DINAMARCO é autor de livro excelente sobre o tema: *Capítulos de sentença*, 2ª tiragem, São Paulo, 2004.

23 Esse símile, que usei no citado artigo “Extinção do processo e mérito da causa”, é particularmente ilustrativo da visão do labor judicial em etapas sucessivas, lógicas quando não cronológicas.

24 Registrou-o JOSÉ CARLOS BABOSA MOREIRA, “Sobre os pressupostos processuais”, in *Temas do Direito Processual*, quarta série, São Paulo, 1989.

25 GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, 1º vol., p. 69, trad. J. Guimarães Menegale, 2ª ed., São Paulo, 1965 (com notas de Liebman e introdução de Buzaid) deixa perceber que já então era moeda corrente a existência de tais condições – ainda na visão diversa de um concretista. Também assim EMILIO BETTI, *Diritto Processuale Civile italiano*, p. 153 e s., 2ª ed., Roma, 1936.

de seu *Manuale*.²⁶ Ainda assim, merece referência o trinômio completo, no esforço para melhor compreender o que vem a ser essa polêmica e intrincada categoria.²⁷ Significativamente, o Código de Processo Civil de 2015 também omite referência à possibilidade jurídica, continuando a mencionar as outras duas condições em vários dispositivos (notadamente, artigos 17 e 485, inc. VI).²⁸ Considerado o trinômio, pois, há uma condição intimamente ligada a considerações de ordem objetiva (possibilidade jurídica), uma onde predomina o aspecto subjetivo (legitimação) e uma terceira para cuja apuração tanto um quanto outro dos elementos precisa ser esquadrihado (interesse processual). A esta última *condição da ação* dedicaremos atenção concentrada mais adiante.

4. CONDIÇÕES DA AÇÃO: GENERALIDADES

Vista a ação como direito autônomo (em relação ao direito material) e abstrato (sem referência a uma determinada relação jurídica concreta preexistente), de imediato se coloca um grave problema lógico – qual seja, o de trazer para o âmbito do processo, que é sucessão de atos concretos e, pois, uma entidade física, essa ideia um tanto vaga de direito subjetivo a uma prestação jurisdicional. Por outras palavras, que elaboração mental seria necessária para permitir a aplicação desse conceito ao processo como entidade concreta e viva, isto é, como sucessão de acontecimentos provocados pela vontade humana e materialmente perceptíveis?

Se a existência da ação prescinde de toda alusão a algum estado jurídico preexistente, corre-se o risco de deixar cair na inutilidade absoluta, do ponto de vista da técnica processual, a construção toda, pois o processo, que mediante ação se instaura e por via da jurisdição se haverá de resolver, precisa ter um objeto próprio que lhe dê substância (e serventia). A partir da ideia imanentista, essa dificuldade não se apresentava: a mesma relação jurídica (em regra, de Direito Material) que se vai discutir e resolver contém,

²⁶ Em nota (n. 106, p. 160-1 do vol. I) ao *Manual* de LIEBMAN por ele traduzido, DINAMARCO observa que o Mestre italiano teria sido “desencorajado” de reafirmar sua doutrina, no ponto, pela introdução no Direito peninsular do divórcio, cuja vedação dava antes o principal exemplo de impossibilidade. Não parece uma boa explicação.

²⁷ Aliás, pouco se tem atentado para o fato de que o disposto no CPC de 1973, art. 267, VI, parecia sugerir a possibilidade de *outras* condições, já que as enumerava em forma exemplificativa. Percebeu-o com agudeza WALTER EDUARDO BAETHGEN, “As condições da ação e o novo Código de Processo Civil”, na *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 9, p. 85.

²⁸ Conquanto o novo Código não use a locução, que nunca foi unanimidade entre os doutores, parece no mínimo apresada a ilação de haver ele *suprimido* as condições da ação (*vt. g.*, FREDIE DIDIER JR., “Um réquiem às condições da ação”, *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 56, disponível em https://jus.com.br/artigos/2918_acesso em 24 nov. 2017). A categoria lógico-jurídica não fora criada pelo Código de 1973 (ou por qualquer outra norma); ele apenas a recolhera da doutrina (talvez em má hora) e a consagrara.

ela própria, o germe da ação, ou é ela mesma, em determinado estágio de sua fenomenologia, a ação. A força que dinamiza a atuação em juízo é a do direito subjetivo posto em liça – “em posição de luta”, “em pé de guerra”, como diziam pitorescamente os mais antigos. Já na ótica da ação abstrata, chegou-se ao conceito pensando prescindir da cogitação quanto a preexistir ou não um direito subjetivo (pelo menos suposto) que lhe dê conteúdo.²⁹ Este só mereceria atenção com vistas à demanda, a ação *proposta*.

Daí que se precisou construir uma ponte, uma ligação com o direito material para explicar a demanda, à luz de uma teoria que dela não cogitara. Estavam os juristas em uma petição de princípio a que foram conduzidos *per tropo racionare*: segundo um pitoresco jogo de palavras que mais de uma vez se ouviu, estavam diante de uma pergunta feita pelo Direito Processual a que só o Direito Material poderia responder... (A expressão era repetidamente utilizada por Buzaid em suas conferências sobre o tema). Foi essa singular perplexidade que tornou necessário o conceito de condições da ação³⁰ e um outro, correlato e ainda mais discutível, que é o de *carência de ação* como figura diversa da sua improcedência. Que, ao fim e ao cabo, mais não faz do que reintroduzir no conceito de ação o liame de Direito Material a tanto custo evitado, donde resulta a inutilidade dos esforços por distinguir entre si as duas realidades – carência e improcedência – esforços que não chegaram a resultado satisfatório. Quando falamos de coisas deste mundo, seria impossível conceber o espírito sem que houvesse a potencialidade, ao menos, de um corpo.

Assim, sem embargo da abstração e autonomia da ação, precisava ela submeter-se, *quanto ao seu exercício* (isto é, com vistas à formulação da demanda concreta), a determinadas *condições* sem as quais ela não seria admitida e, segundo a doutrina mais radical, talvez sequer existisse. O que passou ao ensino dos juristas e à realidade da legislação, contudo, não foi a noção de condições do regular exercício do direito de ação, mas condições da ação

29 Na verdade, ainda hoje há vozes importantes a defender que a ação “material”, romana, mesmo aquela do conceito de Celso, pode ser cogitada na teoria do processo, se bem que em um plano de idéias diverso daquele ora considerado. A ação material relaciona-se com a pretensão à tutela; a processual, com a pretensão à prestação jurisdicional: cf., e. g., HUMBERTO THEODORO JR., *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 66 (item 51-b), 51ª ed., Rio de Janeiro, 2010. Sobre o tema, com notável aprofundamento e vasta bibliografia, GUILHERME RIZZO AMARAL, “A polêmica em torno da ação de direito material”, na *Revista Gênese de Direito Processual Civil*, v. 33, 2005.

30 Já circulava anteriormente na doutrina o conceito de condições da ação: n. g., GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 66, trad. J. Guimarães Menegale, 2ª ed., São Paulo, 1965 (com notas de Liebman e introdução de Buzaid); EMILIO BETTI, *Diritto Processuale Civile italiano*, p. 153 e s., 2ª ed., Roma, 1936. Mas foi a teoria eclética que as destacou e entronizou como categoria intermediária entre as questões processuais e as de mérito.

tout court.³¹ De resto, como quer que seja, essa sutileza terminológica não seria muito relevante nem na teoria do processo, nem no direito legislado brasileiro, uma vez que dela independem os mais graves problemas ligados ao perturbador conceito de carência da ação: suas ruinosas repercussões na definição dos limites da coisa julgada material e do próprio conceito de jurisdição – que, chega-se a afirmar, não se exerce em tais casos.³² Segundo a doutrina predominante, a visita que o julgador precisa fazer à relação de direito material para aferir a presença ou ausência dessas condições seria diversa daquela a ser feita para concluir pela procedência ou improcedência do pedido: aí estão a *suma* e o *sumo* da doutrina eclética. Aquela teria o objetivo de apurar se existe ação e se é caso de exercício da jurisdição.³³ Esta outra, o de orientar a decisão de mérito, no sentido de atribuir ou denegar ao autor o bem da vida por ele buscado pela via do pedido mediato – admitida aqui, a bem da simplificação e em sintonia com a doutrina majoritária, a identidade entre *mérito* e *lide*.³⁴

5. POSSIBILIDADE JURÍDICA, *LEGITIMATIO AD CAUSAM* E MÉRITO

Antes de qualquer outra dúvida suscitada pela possibilidade jurídica da demanda, uma primeira sempre inquietou a doutrina: seria mesmo logicamente possível apartar do mérito essa questão? Ainda antes: faria sentido, a respeito de qualquer objeto, indagar se ele é possível ou não, para só depois dirimir a questão de como ele é e o que é? E, sobretudo, seria razoável afirmar-se que, quando se diz que a coisa não pode ser, continua viva a ques-

31 Sempre rigoroso em questões terminológicas – como convém – JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA sugeriu a adoção daquela denominação mais extensa: *O novo processo civil brasileiro*, p. 130, 8ª ed., Rio, 1988; id., “Legitimação para agir e indeferimento da petição inicial”, *Temas de Direito Processual*, p.200 (iniciado à p.198). Mas a rejeição dessa proposta pelos puristas é explícita e enfática: *v. g.*, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p 296, São Paulo, 2001.

32 Por todos, ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manual de Direito Processual Civil*, v; I, p. 154, trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio, 1984. A convicção de não ser jurisdicional o ato extintivo vai afirmada ainda mais enfaticamente no manifesto fundamental da teoria eclética “L’azione nella teoria del processo”, in *Problemi del processo civile*, p. 46-7, Nápoles, 1962.

33 O que leva a um impasse lógico invencível: para concluir-se que o autor “carece de ação”, é preciso que ele a tenha exercitado. Segundo penso, “ao exercício regular do direito de ação basta o afirmar a existência de determinada situação concreta, regulada pelo Direito, em tese idônea a obter tutela jurisdicional.” (*A ação declaratória incidental*, p. 27, 3ª ed. Rio, 1996). Preferível, pois, denominar os polêmicos requisitos de *condições de prolação da sentença de mérito*, como sugere SERGIO BERMUDEZ, *Ensaíos e pareceres*, p.199, São Paulo, 1994.

34 FRANCESCO CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, v. IV, p. 9, Pádua, 1933, id., *Sistema di diritto processuale*, v. I, p. 40; Pádua, 1938; EMILIO BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, p. 445, 2ª ed., Roma, 1936; HUMBERTO THEODORO JR., “Presupostos processuais, condições da ação e mérito da causa”, na *Revista de Processo*, n. 17, p. 43; LIEBMAN, “O despacho saneador e o julgamento do mérito”, no vol. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1976; BUZAI, *Exposição de motivos do CPC de 1939*, n. 6 e nota 7; id., *Do agravo de petição*, p. 104, São Paulo, 1956. Em sentido diverso, questionando essa identificação, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 199, São Paulo, 1986. Talvez mais exato fosse dizer que o mérito é a parcela da lide que ingressou no processo, presente a distinção que o próprio CARNELUTTI fez entre processo parcial e integral.

tão de apurar se ela é? Algo assim como, em debate sobre haver o homem posto o pé na Lua, perguntar-se previamente, e sem responder àquela outra questão, se esse feito era ou não possível. Ora, se ele foi, era possível; se não foi, toda indagação sobre ser ou não possível cai no vazio da mais absoluta inutilidade. O impossível é aquilo que não se fez.

A imprestabilidade do conceito é patente. Concluindo-se que sim, o pedido é compatível com o sistema, mas não se afirma desde logo sua procedência, ter-se-á um fútil exercício acadêmico, a brigar com o escopo prático do processo. Se a conclusão é negativa, frustram-se o esforço e o passivo processual já acumulado e tudo retorna à estaca zero, permanecendo aberta a porta à mesma demanda. Em um e outro caso, nada se ganhou ou progrediu; ao contrário, perde-se o que já se haja feito e retorna-se à situação existente antes da formação do processo.

Argumentar-se que o exame prévio da possibilidade economizaria dispêndios talvez necessários à outra resposta seria inconclusivo: há todo um juízo de admissibilidade, com abrangência muito maior, a ser exercitado. A verificação prévia da razoabilidade da postulação (não apenas jurídica), permitindo o eventual indeferimento liminar, assim como as muitas hipóteses de julgamento sem resolução do mérito, asseguram ao julgador amplo instrumental de filtragem das demandas inviáveis. Não há razão para destacar-se desse conjunto o requisito em menção. Por que não, por exemplo, a impossibilidade material, física, que também se pode expor *prima facie*?³⁵ É arbitrário o critério que erige em condição de existência (ou mesmo de regular exercício) da ação (como direito, faculdade) um requisito de sua procedência, vale dizer, do acolhimento à pretensão.

O brilhante alvitre de restringir-se a verificação dessa condição ao pedido imediato (de prestação jurisdicional)³⁶ não soluciona o impasse. Por certo, parcela considerável das objeções que oponho ao conceito resultaria afastada. Mas, de outra banda, esse mesmo conceito, assim desfigurado, já não corresponderia ao laboriosamente construído pela doutrina anterior e, o que é mas grave, o descaracterizaria como requisito ao qual se pretende subordinar o conceito de ação. À parte essas considerações, não há como sustentar-se que a decisão declaratória da impossibilidade jurídica seja estranha ao *meritum causae* – salvo, talvez, na modalidade *atenuada* que só contempla a inviabilidade da pretensão processual. Essa negativa envolve ne-

35 Se o autor atribui sua paternidade a uma pessoa com idade igual ou muito próxima à dele próprio, expõe uma impossibilidade *fática* do seu pedido. O exemplo, magnífico, é de PONTES DE MIRANDA, *Comentários* cit., tomo I, p. 129.

36 Assim, com argumentação fortíssima, HUMBERTO THEODORO JR., *Curso* e vol. cit., p. 70.

cessariamente a afirmação de que o autor não tem razão. Mais enfaticamente até do que ocorre na sentença de improcedência, que declara a inexistência em concreto do direito subjetivo invocado pelo autor: responde-lhe o juiz que esse pedido não se poderia atender em qualquer caso ou circunstância, porque contrário ao próprio sistema. Qualquer que seja o momento processual, e sem importar a extensão e natureza do material com que trabalhou o julgador, o resultado final é de improcedência da demanda porque estabelecido o convencimento judicial da sem-razão do autor. O ser impossível o objeto da postulação é apenas um dos motivos pelos quais ela pode ser repelida.³⁷ Se dizemos ser impossível o homem ir à Lua, já fica dito que o homem não foi à Lua.

Por outro lado, se afirmada a possibilidade jurídica, sem avaliar-se ainda a procedência, nada de útil se terá adiantado. Apenas estaria excluído um dos motivos possíveis de improcedência, em exercício estéril de raciocínio. Em regra, aliás, os juízes, sabiamente, não costumam entregar-se a esse onanismo intelectual: se não é caso de improcedência *prima facie* da demanda (entre cujos fundamentos cogitáveis está a impossibilidade), com evidência então já suficiente, remetem o exame da matéria à sentença final de mérito – sua sede natural.

Outrossim, quando se julga ausente a legitimação para a causa – ativa ou passiva – o que se está afirmando, por um específico motivo, é que o autor *não tem o direito* subjetivo material que invocara, e não apenas que “carece de ação”. Se o demandante não é o titular do alegado direito, ou se ele efetivamente o tem, mas em face de outrem que não o demandado, tanto equivale a dizer que esse direito, *com a conformação a ele atribuída* pelo autor, não existe. É impertinente indagar-se, então, se alguém que não o autor está apto a exigir do réu o que aquele postula; ou se, em face de terceiro, o demandante teria algum direito. Semelhante questão não tem de ser cogitada, porque se trata de *res inter alios* e, sobretudo, porque ela não foi submetida à jurisdição. O direito a apurar-se é aquele que o autor afirma ter em face do réu; qualquer outro está fora do gradiente do juízo porque, a respeito dele, a jurisdição não foi provocada.³⁸

37 O argumento vem exposto com exemplar clareza por J. J. CALMON DE PASSOS em *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, p. 247-8, 4ª ed., Rio, 1983 (importa anotar que o tema acha-se tratado em termos algo diversos nas edições anteriores). O ilustre jurista baiano cuidara antes do assunto, manifestando a mesma opinião, na monografia *A ação no direito processual civil brasileiro*, Salvador, 1960, e no artigo “Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido”, na *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, p. 61-2, Rio de Janeiro, 1964.

38 A essa evidência parece haver-se rendido o mesmo LIEBMAN, em nota à segunda edição brasileira das *Instituições de CHIOVENDA*: “A questão da legitimação é questão de mérito e é decidida na sentença (cf. PEDRO BAPTISTA MARTINS, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, ed. Revista Forense, vol. II, pág. 248)” ao largo da qual passa silente a doutrina caudatária.

A compreensão do objeto do processo, das suas finalidades e do conteúdo mesmo da *res iudicanda* e da *res iudicata* basta a tal constatação. Se o credor (tolere-se que o chamemos assim) ou o devedor (com abuso da mesma licença) é pessoa diversa daquela que figura como parte, a única relação jurídica material cogitável, a afirmada na petição inicial, *inexiste*. Se alguma semelhante houver entre o autor e terceiro ou entre terceiro e o réu, dela não cuidará o processo e sobre seu mérito não cabe proferir julgamento. Quando se diz que essa sentença não constitui coisa julgada, isso só é verdade no respeitante à *imaginada* (mas não *julgada!*) relação de Direito Material entre uma das partes e terceiro.³⁹ Entre os contraditores, e só entre eles, como é de rigor, e com respeito ao único litígio submetido à jurisdição, o *caso julgado* formou-se, sim. Se Pedro afirmara ser credor de João, e veio-se a verificar que, se João devia, era a Paulo e não a Pedro, ou que o possível devedor deste era Mário, e não João, o que se decide e *transitará, sim, em julgado* é que João não deve a Pedro, e só.

Por isso, e porque a eventual apreciação da relação material entre a parte e terceiro se situaria no âmbito da motivação do julgado (se não for *obiter dictum*), e não no *decisum*, essa questão permanece inacessível aos efeitos do decisório. A noção dos limites objetivos da *res iudicata*, e não apenas a de seus limites subjetivos, explica essa imunidade, sem precisar-se recorrer a qualquer artifício lógico, certo que as afirmações de fato e de direito não transitam materialmente em julgado.⁴⁰

Essa questão da coisa julgada, juntamente com a da jurisdição que nesse caso se exerce ou não, constituiu uma das perdições da teoria majoritária. A suposição de não fazer *res iudicata* a “sentença de carência” liga-se diretamente à ideia equivocada de serem estranhas ao mérito as questões pertinentes às condições. É logicamente impossível separar a questão da *legitimatio ad causam* do núcleo central da demanda porque, tanto quanto este, a pertinência subjetiva da ação decorre de escrutínio da relação de Direito Material afirmada. E, mais, a conclusão pela ausência dessa condição implica negativa de existência da relação jurídico-material *na forma e nos termos* em que foi afirmada. O que significa, a salvo de toda contestação ou dúvida, a rejeição da demanda, isto é, a denegação do bem da vida a

³⁹ Com efeito, não se há de imaginar que “a demanda que o autor descreve na petição inicial pudesse ter seu mérito num segundo processo e na lide de outrem!” Precisa e definitiva a observação de OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, vol. I, p. 91, Porto Alegre, 1987.

⁴⁰ Cf., por todos, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Limites objetivos do caso julgado*, p. 79 e *passim*, Lisboa, 1968.

que aspira o autor no processo.⁴¹ Certo, e lamentavelmente, continua a dizer a lei que, em tal emergência, pode ser proposta *de novo* a ação (art. 486, combinado com o art. 485, VI), – mas sem ver que a demanda, em tal caso, será outra, uma vez alterado pelo menos um dos seus três elementos essenciais.⁴² O pedido sendo idêntico, não há de ser igual a *causa petendi* (dado algum fato superveniente) ou a identidade das partes (na hipótese de nova propositura por ou em face de outrem), quiçá a norma jurídica, se sobrevém à decisão anterior.

Também a decisão *positiva* que se profira sobre a legitimação será decisão de mérito. Não abarcará talvez *todo* o mérito (o que pode também suceder), mas é um passo que se dá no mérito. Tal como ao decidir-se sobre alguma outra preliminar de fundo (prescrição, exceção de nulidade do ato jurídico, exceção de contrato não cumprido etc.) não deixa de pertencer ao mérito pela só razão de seguirem pendentes de apreciação, na mesma ou em diversa resolução judicial, outras questões de fundo. Ao proclamar a legitimidade das partes *ad causam*, em decisório apartado ou na própria sentença final, o juiz estará operando uma das *exclusões de alternativas* em que consiste o julgamento, sendo essas alternativas tantas quantas forem as questões submetidas pelas partes, ou que ele, juiz, deva apreciar *ex vi legis*.⁴³ Em tal emergência, não ocorrerá, talvez, a chamada extinção do processo, mas certa parcela do mérito estará desde logo solucionada.

Também não é relevante, para os fins ora cogitados, se a decisão afirmativa proferida a tal respeito é ou não terminante, no sentido de poder ou não ser revista no mesmo processo. Sabemos que, se proferida antes da sentença extintiva, não é: o sistema admite que as questões preliminares atinentes às ditas condições da ação sejam apreciadas em caráter provisional, segundo o que, no momento, pareçam ser a lide e a controvérsia, para permitir a continuidade do processo, sob reserva de reexame futuro. Aliás, não é e nunca foi da praxe dos juízes, diante da alegação de carência, que não se evidencie manifesta, rejeitá-la de plano: o que em regra se faz é remeter essa resolução à sentença. Tal qual sucede com outras questões a cujo respeito se possam estabelecer as *verdades provisórias* conaturais ao processo: valor da

41 Cf. a enérgica, impecável e já antiga constatação de ALFREDO ARAÚJO LOPES DA COSTA, *Manual elementar de Direito Processual Civil*, p.39-40, 3ª ed. atualizada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio, 1982.

42 Cf., sobre o tema, a magnífica lição de MONIZ DE ARAGÃO, “Conexão e tríplice identidade”, na Revista *Ajuris*, nº 28, p. 72.

43 Essa ideia da exclusão de alternativas vem exposta com particular proficiência e clareza por CASTRO MENDES, obra cit., p. 280 e segs.

causa, competência, adequação do rito, fatos a cujo respeito se emita um juízo de probabilidade, e assim por diante.⁴⁴

6. NECESSIDADE E UTILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O requisito do interesse processual, frequentemente denominado também interesse de agir, tem sido sinteticamente definido como a necessidade e a utilidade da prestação jurisdicional perseguida, do ponto de vista do autor (ou na perspectiva do réu, quanto ao interesse em contrariar).⁴⁵ Se, como é de ciência corrente, a todos é franqueado pela norma constitucional o acesso à justiça, nem *todos* serão admitidos a apresentar em juízo *qualquer* pretensão. O próprio conceito de jurisdição desde logo exclui as demandas relativas a temas não regidos pelo Direito e aquelas desnecessárias, talvez inspiradas em simples capricho, porque o demandante já obteve o bem da vida a que ela diz respeito ou pode obtê-lo por vias menos danosas e mais econômicas. Nessa perspectiva, como em muitas outras, importa que estejamos vacinados contra a tentação do *panprocessualismo*: em regra, a solução jurisdicional não é a única possível para os conflitos, nem é mesmo a melhor ou a preferível; deve ser reservada às situações em que outros meios não estejam disponíveis ou não se revelem efetivos.⁴⁶ Tem sido essa, aliás, uma preocupação recorrente dos juristas no plano mundial.⁴⁷

De um lado, ter interesse processual, portanto, equivale a *precisar* da intervenção judicial para assegurar a tutela do alegado direito. Também nessa perspectiva, a jurisdição deve ser vista como um meio *alternativo* de solução das controvérsias jurídicas; os meios comuns (e preferenciais) envolvem a atuação direta das partes uma em face da outra, com ou sem a participação de mediadores ou de qualquer terceiro. Não tem interesse de agir aquele que pode alcançar a satisfação do seu invocado direito subjetivo por vias menos onerosas, social e economicamente, do que a disputa judicial. Essa é a *necessidade* de que se fala, não apenas para bloquear as indesejáveis demandas caprichosas ou emulatórias, mas também para im-

44 Emprego a expressão “verdades provisórias” pelo menos desde 1980 (data da primeira edição de meus *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo III), e sempre com respeito aos momentos sucessivos do processo. Nenhum compromisso, pois, com literatura mais recente, onde a locução aparece.

45 O interesse em contradizer, na verdade, decorre da simples condição de demandado, sem embargo do esforço que se faça para equipará-lo ao do autor. Cf., PEDRO BAPTISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, p. 26.

46 MAURO CAPPALLETTI, “Appunti su conciliatore e conciliazione”, na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XXXV, n. 1, Milão, 1981 – entre outros estudos do autor sobre o tema, sempre a combater o vício de reduzir o Direito ao processo.

47 MARIA MACARITA ELZONDO GASPERÍN, *Relaciones entre los jueces, partes y abogados*, relatório geral do tema no XII Congresso Mundial de Direito Processual, México, 2003. Cf., no mesmo volume, o relatório brasileiro, de minha autoria (p. 251 e s.).

pedir o desperdício de labor estatal na solução de conflitos para os quais há outros remédios eficientes.

De outra banda, é preciso que o demandante demonstre algum proveito ou vantagem a resultar presumivelmente da prestação jurisdicional e da tutela jurídica almejadas. É processualmente interessado aquele que, em tese, alcançará condição ou posição jurídica mais favorável do que a atual, por efeito da sentença que pretende obter. A jurisdição de mérito só será prestada a quem demonstre ter razoável expectativa de uma situação jurídica melhor do que a atual por efeito da sentença pretendida. É nesse sentido que se fala em *utilidade* do provimento judicial. Os dois conceitos (utilidade e necessidade) são muito próximos, a ponto de ser difícil deslindá-los.⁴⁸ Um esforço dialético enorme seria necessário para imaginar-se situação em que a parte *necessite* de alguma prestação (jurisdicional ou qualquer outra) que não lhe trará *proveito* algum.

Quem tenta essa distinção em termos práticos, cai invariavelmente em confusão entre interesse e possibilidade, e talvez em outras. Assim, ao supor-se que “se o pedido é ilícito, o autor não tem necessidade nem utilidade a extrair da pretensão de acolhimento do seu pedido”, caso em que a inicial “deverá ser indeferida por inepta”.⁴⁹ Com efeito, a ilicitude do pedido, qualquer que seja o momento ou circunstância em que a proclame o juiz, não diz com utilidade ou a necessidade da prestação jurisdicional ou da tutela jurídica: a esse nível de indagação sequer se há de chegar, quando a decisão se detém na incompatibilidade (objetiva) da pretensão com o sistema.

7. O INTERESSE E A ADEQUAÇÃO DO PROVIMENTO PRETENDIDO

Alguns processualistas ainda complementam a concepção do interesse processual na perspectiva da *adequação* do provimento jurisdicional pretendido ao objetivo colimado pela parte.⁵⁰ Não é de todo impertinente o alvitre. Mas, *modus in rebus*: se estamos falando de procedimento, o tema da adequação pertence exclusivamente à esfera do Direito Processual, e já

48 De algum modo, a utilidade da prestação jurisdicional contém em si a necessidade. Como pode haver uma sutil diferença semântica entre os dois conceitos, a doutrina em geral aponta para ambas. Há, contudo, opinião no sentido de que, para o Direito brasileiro, tanto se pode falar de necessidade quanto de utilidade, indiferentemente: MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, p. 439-40, 10ª ed., Rio de Janeiro, 2005.

49 LEONARDO GRECO (*et alii*), *Código de Processo Civil anotado*, coordenado por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e outros sob os auspícios da AASP e da OAB/Paraná, p. 684, Rio de Janeiro, 2016.

50 A principal referência é geralmente ALDO ATTARDI, *L'interesse ad agire*, principalmente p. 204, Pádua, 1955. Nessa linha, também DINAMARCO, como citado em passagens anteriores; RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE, *Condições da ação*, p. 99 e *passim*, São Paulo, 2000, com vasta documentação bibliográfica.

não se trata de uma “pergunta a ser respondida pelo Direito Material”. À parte a liberalidade das legislações de hoje, que tendem a permitir sempre a conversão do rito incorretamente escolhido, o resultado do erro que aí ocorra, e porventura não se possa corrigir, será a invalidade do processo como instrumento, considerado em concreto, não a chamada *carência de ação*. A impossibilidade de julgar-se de mérito decorrerá de um defeito ou impropriedade da ferramenta escolhida, não de um dado intrínseco do direito a ser tutelado.⁵¹ Assim, a adequação do procedimento dificilmente se poderia alinhar ao conceito corrente de condições da ação, apuráveis a partir do conteúdo da relação jurídica a ser resolvida, em regra, de Direito Material, independentemente de processo e até de litígio.⁵²

Pode ser que a ideia de adequação se ligue à espécie de tutela jurisdicional pretendida (de conhecimento, executória ou cautelar), não propriamente ao rito procedimental adotado ou proposto. Mas também nesse caso se há de constatar que a adequação da tutela postulada nenhuma relação guarda com a noção de interesse, nem com o conceito geral de condições da ação – a menos que se volte a cogitar da possibilidade jurídica do pedido, esfera em que se poderia talvez inserir o requisito. Quando o autor, sendo já detentor de um título executivo, pede a condenação do réu ao pagamento correspondente, a boa lógica indica falecer-lhe o requisito do interesse, até porque a hipótese está contida no conceito tal qual antes formulado: o autor *não necessita* do provimento judicial almejado, nem este haveria de ter para ele proveito ou utilidade alguma.⁵³ Se, ao revés, o pedido de execução é formulado por quem não tem título executivo,⁵⁴ o que falta ao seu autor não é o interesse, mas um pressuposto específico da tutela executória, posto expressamente pela lei e ditado, antes dela, pelo conceito mesmo de execução.⁵⁵

51 Corretas, quanto a isso, as observações de FREDIE DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, p. 199, 11. ed., Salvador: 2009. Cf. do mesmo autor, “Condições da ação e projeto do novo CPC”, em <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/06> - acesso em 31.12.2016 - embora discutíveis alguns dos exemplos oferecidos.

52 A identificação do procedimento, por certo, pode envolver exame superficial da pretensão de Direito Material tal como afirmada (*n. g.*, não se adotará o regime das ações possessórias se o pedido for reivindicatório); contudo, a matéria que aí se decide é inteiramente regida pelo Direito Processual, como ocorreria, *e. g.*, na proclamação da incompetência absoluta ou da litispendência – casos em que também não se dispensa a identificação da pretensão material.

53 Assim não é, porém, no direito positivo nacional vigente: o extravagante art. 785 do CPC assegura a opção pelo processo de cognição a quem disponha de título executivo. Não parece medida defensável no plano teórico nem salutar no quadro de tribunais abarrotados, mas esse estranho caminho era já apontado pela jurisprudência anterior do STJ (*n. g.*, AgRg no AREsp 197.026/DF, rel. Min. Sidnei Beneti, em 27/11/2012, com menção de precedentes).

54 Exemplo posto por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, *Teoria geral do novo processo civil*, p. 117, São Paulo, 2016. É duvidosa a compatibilidade dessa proposição com o sustentado por DINAMARCO no livro *Execução civil*, p. 405-6, 7ª ed., São Paulo, 2000.

55 O ponto ensejou acendrada dissensão entre Barbosa Moreira, integrante da Banca Examinadora, e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, quando este defendeu sua tese *Execução civil* – como notícia o último à p. 405 da 5ª ed. do livro correspondente, São Paulo, 1997.

Grosso modo, mais uma vez recairíamos na impossibilidade jurídica do pedido, condição que o próprio Liebman veio a abjurar e a cujo respeito já não cabe sequer questionar se integra o *meritum causae*: como a doutrina em geral, a legislação vigente rendeu-se à evidência.

Idêntica é a situação do que pede providência cautelar sem apontar a ocorrência de *periculum in mora*, ou sem identificar a lide a ser acautelada. Com esforço, talvez se pudesse enquadrar tais hipóteses no elástico e discutível conceito de impossibilidade jurídica do pedido, mas certamente não no de ausência de interesse processual. A providência pretendida pode corresponder a uma necessidade do autor e ter para ele uma clara utilidade prática, no sentido de que o conduziria a um estado mais favorecido, mas não lhe poderá ser deferida porque ele não cumpriu o dever ritual de motivar seu pedido. A *sentença* em tal sentido proferida será estritamente formal.

Também se têm ouvido sugestões – como já mencionado *en passant* – no sentido de haver-se incorporado à categoria do interesse o requisito da possibilidade jurídica – que teria sido assim absorvido por aquele. A tal proposta igualmente nego adesão. À parte a artificialidade do conceito, que claramente invade o de mérito, se formos cogitar da categoria tacitamente renegada mesmo por Liebman, ela dirá respeito, claramente, ao objeto material do processo, isto é, ao que há para julgar, não às pessoas em favor ou desfavor das quais se julgará, nem ao modo de sua atuação em juízo. A verificação da possibilidade esgota-se no exame da relação de direito material afirmada, sem precisar cogitar da qualidade ou do estado anímico das pessoas. Insisto: a verificação da possibilidade e a da legitimação (para demandar ou simplesmente para pretender) não precisa da existência do processo, ou sequer da presença de litígio. Ao revés, o interesse processual, resumidamente cifrado na necessidade e utilidade da prestação jurisdicional para a parte (e ainda, se isso for importante, a adequação), localiza-se basicamente na atuação individual do autor *como tal*. Ao contrário dos outros requisitos, só se pode investigar na perspectiva de um processo em concreto.⁵⁶ Reunir um e outro pressuposto sob a mesma denominação ou categoria quebranta a lógica comum e qualquer noção de sistema.

Um cuidado elementar, outrossim, é o de não se confundir o interesse processual com aquele de Direito Material, tal como o afirma a parte. Este interesse, o material, servirá, sim, à apuração da legitimidade para a

⁵⁶ O interesse substancial é aquele que se afirma contrariado; o interesse processual é o que nasce dessa contrariedade e da consequente precisão de atividade alheia para defini-lo e protegê-lo: cf. LUIZ FUX, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 177, Rio de Janeiro, 2008.

causa: interessado (vale dizer, legitimado), nesse sentido, é aquele a quem o julgamento poderá trazer posição jurídica mais favorável, em oposição à qualidade de terceiro, a saber, aquele que nada tem a ganhar ou a sofrer com a sentença projetada. A pergunta a ser respondida poderia ser *cui prodest*. Tempo houve em que a própria lei do processo incidia nessa confusão, falando, como falava o primeiro código nacional de processo civil, de “interesse econômico ou moral”. Esse é, obviamente, o interesse substancial, pertinente à afirmada relação jurídica preexistente ao processo, não à relação processual que se estabelece com a formulação da demanda.

Como foi agudamente observado pela doutrina europeia, se não houvesse nos Códigos a exigência explícita, ainda assim seria necessária, por intuitiva, a observância do requisito ora considerado – o interesse de agir – com vistas à admissibilidade da demanda. Trata-se de um imperativo de lógica comum antes de ser imposição legal.⁵⁷ Para mover o aparelho jurisdicional, é indispensável que o agente demonstre, hipoteticamente ao menos, algum proveito que a prestação dela decorrente lhe virá a acarretar. A demanda que não atender a esse imperativo, ao ativar o mecanismo estatal sem uma expectativa, sequer, de modificação para melhor do *status* jurídico do autor, será caprichosa, talvez emulativa, a configurar abuso da jurisdição.

8. O INTERESSE PROCESSUAL NO QUADRO DAS “CONDIÇÕES DA AÇÃO”

Em perspectiva ainda estritamente *liebmaniana*, importa averiguar, a bem da clareza das ideias, se é correto alinhar na mesma categoria jurídica o interesse processual e as demais condições do trinômio clássico, ou há diferença ontológica entre aquele e estas. Como é de todos sabido, a doutrina predominante até poucos anos atrás contemplava essa trilogia como homogênea,⁵⁸ sem se haver aprofundado, contudo, até que ponto os traços comuns justificam essa aproximação. Não é demais dedicar-se ao ponto atenção mais específica.

Ao contrário da possibilidade jurídica e da *legitimatío ad causam*, o interesse de agir só pode ser investigado a partir da postulação em juízo, porque é interesse *no processo*; ao revés, as outras condições poderiam ser apuradas à vista da própria relação de Direito Material, independentemente de sua processualização e até mesmo da presença de conflito. Para aquilatar-

⁵⁷ Assim, EMILIO BETTI, *Diritto Processuale Civile italiano* cit., p. 79.

⁵⁸ Há síntese excelente de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, p. 295 (n. 542).

-se da existência ou ausência daqueles requisitos, em cada caso concreto (e, tipicamente, é de casos concretos que se cuida no processo), não é preciso ter-se ou sequer imaginar-se um *actum tria personarum*: é bastante o conhecimento das posições relativas em seu estado natural de origem, aquele definido pelo Direito substancial. Não se há de ignorar, por certo, os casos em que a parte não é materialmente legítima, e ainda assim é parte no processo,⁵⁹ mas isso apenas serve a confirmar que a *legitimatío ad causam* é ordinariamente questão de mérito que, como as outras dessa classe, resolve-se apenas no julgamento.

Dada uma relação estabelecida (ainda no plano estritamente material) do tipo (1) “Ápio deve x a Bruno por haver-lhe este causado dano”, pode-se desde logo saber quem são os figurantes dela e se a ordem jurídica admite ou não, em tese, a existência desse vínculo como relevante do ponto de vista do Direito. Quando se afirma que (2) “Ápio deve x a Bruno porque Caio lhe causou dano”, ou que (3) “Ápio deve x a Bruno por não haver-lhe retribuído a saudação”, não se precisa esperar pelo processo, ou sequer pela postulação em juízo, para constatar-se que a ordem jurídica (*ainda antes da jurisdição*) não poderá dar socorro a Bruno. Tudo o que se precisa saber para concluir sobre a relevância jurídica da relação em foco e sobre a identidade dos seus figurantes está suficientemente esclarecido na própria formulação de seu conteúdo – independentemente de qualquer cogitação em torno de um eventual processo ou mesmo da existência de algum litígio ou dissenso.

Seja no caso (2), seja no (3), não é preciso esperar pelo processo, sequer pelo requerimento de sua instauração, para responder que o devedor seria outro, ou que o conflito de interesses cogitado é indiferente (ou contrário) ao Direito. Outra é a pauta lógica do interesse processual: para indagar-se de sua existência, é indispensável colocá-la *na perspectiva do processo*; mais exatamente, de um processo, de uma demanda já formulada. Só no momento em que alguém busca submeter ao exame de terceiro (juiz estatal, árbitro, o padre, o chefe, o que seja) a solução da controvérsia que se haja instaurado, será possível apurar se o partícipe necessita dessa solução e se o meio escolhido é apto a produzi-la. Bem por isso, o interesse de agir é dito *processual*, para contrastar com aquele outro (o interesse de Bruno em receber pagamento, ou o de Ápio em forrar-se a ele) cuja presença também se pode considerar ínsita no enunciado mesmo da relação jurídico-material.

59 Cf. advertência de BETTI, obra ult. cit., p 96.

Ora, por imperativo de coerência, os juristas que defendem a visão trinômica da realidade processual (processo, ação, mérito) são os primeiros a afirmar que nenhuma das condições da ação se pode confundir com a questão de fundo. Só assim se pode compreender, aliás, a própria formulação da teoria das condições. Quando se sustenta a autonomia de uma categoria intermediária entre as resoluções judiciais sobre existência e regularidade do processo e aquelas pertinentes ao litígio preexistente, parece natural situar-se o problema do interesse na primeira dessas classes. Nada, absolutamente nada liga esse problema ao *meritum causae* – ainda que, obviamente, seja necessário saber *em que consiste* o mérito no caso concreto.⁶⁰ Essa evidência aparece ainda maior quando se pensa no interesse-adequação – a saber, a aptidão teórica do meio escolhido para alcançar o fim almejado.⁶¹ Como ponderou um dos grandes pensadores do Direito Processual, a relação de adequação entre o instrumento e o fim pretendido é inquebrantável: a ferramenta usada para obter certo resultado talvez não sirva à busca de um outro. O cinzel com que se desbasta um bloco de pedra para produzir uma obra de arte é diferente da marreta usada para obter paralelepípedos e, particularizando mais, o cinzel do Aleijadinho tinha que ser diverso do utilizado pelo comum dos escultores.⁶²

9. HIPÓTESE: O INTERESSE DE AGIR COMO QUESTÃO DE MÉRITO

Tem-se manifestado na doutrina a convicção de ser igualmente integrante do mérito (tal como a possibilidade jurídica e a *legitimatío*) a questão do interesse processual. Nesse sentido, calha o argumento de que, tal qual ocorre em relação às demais condições da ação, também esta só se pode averiguar mediante exame da intimidade da relação de Direito Material, sem o qual não se poderia apurar a presença ou ausência da necessidade

60 O fato de necessitar-se considerar, ainda como hipótese, algum aspecto do mérito, não proporciona argumento contrário. Também para decidir sobre questões estrita e indisputavelmente processuais (*n.g.*, relevada a repetição, a da competência, a da eventual reunião de processos ou a do adiamento de custas) é preciso saber e ponderar um mínimo, e por vezes muito, do mérito.

61 Ao avaliar as condições da ação *in statu assertionis*, e eventualmente em momento ulterior, o juiz não dispõe ainda da ciência dos fatos que lhe será proporcionada pelo debate e pela prova; sequer conhece, no primeiro caso, o que o demandado tem a alegar. Terá de trabalhar com a hipótese de serem verdadeiras as alegações do autor: cf. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições de direito processual civil*, vol. I, p.127, 8ª ed. Rio de Janeiro, 2002. Mas também não é rara, na experiência do foro, a proclamação de “carência” quando a prova já se produziu e o processo está maduro para julgamento definitivo.

62 A metáfora é de GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, p. 24-5, 7ª ed., Rio de Janeiro, 1998. Do mesmo autor, há um brilhante desenvolvimento desse *princípio da adequação* no artigo “O Código como sistema legal de adequação do processo”, na coletânea por mim coordenada *Meios de impugnação ao julgado civil*, p. 252 e s. (iniciado à p. 251), Rio de Janeiro, 2008.

ou da utilidade em concreto da prestação jurisdicional pretendida. A fim de clarear se o demandante precisa efetivamente da prestação jurisdicional para evitar-lhe dano injusto, e se dita prestação lhe será útil na busca desse objetivo, faz-se imprescindível o exame da relação jurídica preexistente ao processo, que por ele deverá ser dirimida. Esse escrutínio poderá, de resto, envolver a necessidade de se esquadriñar variados aspectos do vínculo de Direito Material que o autor afirma existir, sem o que não se chegará a concluir sobre a necessidade e a utilidade do provimento almejado.⁶³ Mas, da leitura dessas lições, fica sempre uma percepção de diversidade, quando não de insegurança ou estranheza, quanto à identificação do mérito também no relativo ao interesse.⁶⁴

Há exemplo excelente, colhido na mais acreditada doutrina. Se um demandado por dívida de valor monetário alega ter o autor e suposto credor, em seu poder, quantia em dinheiro pertencente ao réu, com a qual poderia resolver o seu crédito mediante compensação, carecendo, pois, de interesse de agir, a investigação desse requisito envolverá uma vasta gama de questões, algumas de fundo, sem cuja resolução não se poderá apurar a presença ou ausência do interesse de agir.⁶⁵ À parte outras questões de fato e de direito, será preciso averiguar se o contrato entre as partes autoriza semelhante operação; se o valor é suficiente; se a cláusula de compensação é válida em face da proibição geral de autotutela e assim por diante. Todas essas perguntas pertencem ao Direito Material e ligam-se ineludivelmente ao mérito. E todas – e cada uma delas – devem ser dirimidas para que se possa apurar se o requisito do interesse está ou não presente.

Em tempos recentes, têm afluído aos pretórios, em quantidade impressionante, ações de prestação de contas movidas por correntistas a instituições bancárias, no fito de obter elucidação das operações relativas à respectiva conta. Os bancos defendem-se com a alegação de haverem, periodicamente, fornecido ou posto à disposição dos autores os extratos e demonstrativos de movimentação das contas, de tal sorte que os correntistas, assim informados da evolução das parcelas de débito e crédito, não neces-

63 Cf., por exemplo, FÁBIO LUIZ GOMES, *Carência de ação*, p. 73, São Paulo, 1999. O desserviço que essa locução fluida e imprecisa prestou à jurisprudência nacional foi destacado em termos ainda mais candentes no texto original do autor, tese acadêmica da qual fui examinador (em reprografia).

64 Meu próprio convencimento quanto ao tema, manifestado no já citado artigo “Extinção...” e alhures, tem sido o de que *pelo menos* a possibilidade jurídica e a legitimação à causa pertencem ao mérito. Como outros autores que, com maior autoridade, versaram o tema, nunca tive a mesma segurança quanto ao requisito do interesse.

65 O exemplo é de PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t. I, p. 125, 4ª ed., Rio, 1995, com atualização de Sergio Bermudes.

sitam da atuação judicial para obtenção dos dados pedidos. De um modo geral, tem proclamado o Superior Tribunal de Justiça a presença de interesse processual do depositante.⁶⁶ A tese em si está consolidada em súmula (n. 259-STJ), mas a solução da questão do interesse dependerá invariavelmente de pressupostos diversos, somente verificáveis caso a caso.

O exemplo ultimamente lembrado destaca algumas particularidades de veras significativas. A discussão em torno ao requisito do interesse, em concreto, pode perpassar várias instâncias, chegando às extraordinárias; as teses em confronto, de fato e de direito, são suficientemente relevantes para ensejar a admissão de recursos excepcionais; as questões debatidas a esse título chegam a prestar-se a divergências pretorianas e a votos vencidos; nem sempre a definição de teses genéricas pertinentes a essa condição da ação basta à solução das controvérsias a respeito dela. Por isso se afirma que intrincados problemas pertinentes ao interesse de agir e sua apuração envolvem realmente complexas questões de mérito e, não raro, representam *todo* o mérito a ser solucionado. Com efeito, não é raro que à questão do interesse se filie toda a controvérsia travada, particularmente nas ações de exigir contas, que se prestam particularmente a essa eventualidade.⁶⁷

10. O INTERESSE DE AGIR COMO PRESSUPOSTO PROCESSUAL

Cumpra repetir, contudo, o que afirmei linhas atrás: o fato de só se poder dirimir um determinado problema à vista de elementos do mérito não significa necessariamente que dito problema seja de mérito. Essa necessidade de exame do fundo da controvérsia é também imperativa em casos a cujo respeito sequer cabe duvidar da natureza do provimento, claramente formal. Mais uma vez, calha o exemplo da competência *ratione materiae* ou aquele outro da litispendência, a que se podem acrescentar o valor da causa, a reunião de feitos conexos, a definição do rito adequado, a necessidade da citação de terceiros e assim por diante.

De resto, a configurar-se a interesse de agir como tema pertinente ao juízo de admissibilidade da ação (e não ao mérito), melhor se haveria de acomodar entre os pressupostos processuais. É intrinsecamente processual o requisito, como se vê desde a denominação que lhe deram a doutrina e as legislações. Embora intimamente não dispense o conhecimento do mérito

66 V. g., REsp 1497831/PR, AgRg nos EDcl no AREsp 645096/GO, AgRg no AREsp 583564/PR, AgRg no AREsp 532693/SP, AgRg no AREsp 582319 PR, AgRg no AREsp 685117/SE, AgRg no Ag 1405738,RS, AgRg no AREsp 454972/PR.

67 Cf. meus *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, tomo III, p. 351, 9ª ed., Rio, 2008.

quanto aos pressupostos de verificação, como se viu, é do processo (não propriamente da ação) que decorre a necessidade de sua presença, e é com respeito ao processo que se faz a exigência. Na ação enquanto realidade preexistente ao processo – poder de desencadear o exercício da jurisdição, tal como a vê a doutrina predominante – ou como atividade do interessado frente ao órgão jurisdicional, não haveria lugar para esse requisito, cuja necessidade surge com o processo, no processo e por causa do processo. Por isso, a doutrina portuguesa (que em geral qualifica como questões de mérito as demais “condições da ação”) situa o interesse processual entre os pressupostos.⁶⁸ A questão posta, em suma, não diz respeito à ação, mas ao processo. Enquanto não se estabelece a específica relação jurídica nova, resultante da provocação do partícipe da relação de direito material, não se pode apurar a presença ou ausência do interesse processual: se não há processo, não há como discutir se alguém tem ou não interesse nele e no seu resultado.

Em regra, a lide é pressuposto do processo civil, ressalvados os casos excepcionais em que, por força de lei, o provimento judicial é o único meio possível de obtenção do bem da vida pretendido pelo autor (com exemplo clássico na anulação de casamento). Ora, se a lide precede o processo e, no comum dos casos, é pressuposto de sua formação, como realidade sociológica, o requisito do interesse está *ipso facto* satisfeito, uma vez admitido que o conceito de lide, correspondendo à fórmula original de Carnelutti, contém entre seus elementos essenciais a *resistência* de um dos interessados à pretensão do outro. Eis por que o mestre italiano, coerente com o seu sistema, em certo momento negou enfaticamente a existência dessa condição da ação, vendo nela uma inutilidade equivalente à da “quinta roda do carro”.⁶⁹ Como grande parte da doutrina posterior viria a rejeitar a teoria da lide em sua pura forma original (por ser esse um fenômeno estranho ao processo), e tendo em vista, mais, a possibilidade de processo sem lide (processo *necessário*, única fonte possível do bem pretendido), manteve o requisito do interesse processual seu lugar entre as condições da ação. Na verdade e a rigor, trata-se de um pressuposto de exercício da jurisdição de mérito, pois o Estado não prometeu prestá-la senão a quem dela necessite.⁷⁰ Não seria necessário, pois, ligá-lo ao direito de agir.⁷¹

68 Por todos, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 234. Lisboa, 1997; JOÃO LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil anotado*, p. 14, Coimbra, 1999; id., *Introdução ao processo civil*, p. 39, Coimbra, 1996.

69 FRANCESCO CARNELUTTI, “Lite e processo”, in *Studi di Diritto Processuale*, tomo III, p. 43 e segs., Pádua, 1939.

70 É sempre pertinente a observação de PIERO CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, p. 192, Buenos Aires, 1943, trad. Santiago Sentis Melendo: normalmente, a observância do direito objetivo e, portanto, a satisfação dos interesses individuais juridicamente protegidos, realiza-se sem necessidade dos meios judiciais. Como alhures ponderarei, esses meios é que constituem uma alternativa à solução *in bonis*, não o inverso.

71 LIEBMAN teve um claro vislumbre disso ao tempo em que incluía a possibilidade jurídica entre as condições da ação:

Também por isso, e não só por pertencer ao mérito, não é correto conceituar o interesse processual como condição da ação, desde que não se alinha logicamente esse conceito com os de possibilidade e legitimação.

No exemplo anteriormente formulado do débito oriundo de dano que um dos interessados haja causado ao outro (cuja lógica, no particular, é a mesma para outras relações de direito material), as questões relativas ao conteúdo objetivo dessa relação e à identidade das pessoas que nela estão envolvidas resolvem-se sem necessidade de existência, atual ou virtual, de *acta tria personarum*. É possível discutir-se nesse plano o conteúdo objetivo do vínculo substancial e a identidade dos figurantes, sem tomar-se em conta a eventualidade do processo ou mesmo a presença de um conflito. Não se pode dizer o mesmo do interesse de agir, umbilicalmente ligado, se não à existência efetiva do processo, pelo menos à virtualidade de sua instauração. Vista a suposta obrigação de indenizar do exemplo anterior, os seus sujeitos ativo e passivo (Ápio e Bruno) são conhecidos (e sabe-se de antemão que Caio não participa dela), assim como a natureza do vínculo (reparação pecuniária a ser prestada por este àquele), mas só na perspectiva do processo – existente ou cogitado – se poderá saber se ele é necessário e apto a produzir a realização de tal resultado.

Há uma instigante observação terminológica (aparentemente desimportante, mas valiosa) que permite perceber com clareza a diferença. Conquanto usadas eventualmente como sinônimas, a voz *interesse processual*, a rigor, é mais específica e mais restritiva do que a locução *interesse de agir*, posto que a atuação do interessado sobre o mundo exterior, o seu agir, também se pode desenvolver em sede extraprocessual.⁷² Na visão estritamente processual, o interesse só se pode averiguar com os olhos postos no processo concretamente considerado (atual ou projetado), desencadeado pelos pedidos e requerimentos do autor. E esse é o traço distintivo básico entre esse requisito e as demais condições da ação, cuja ocorrência se pode verificar na própria relação jurídico-material antes de sequer se imaginar que ela venha a ser objeto de postulação judicial.

Minha proposta, pois, é a de, ainda quando se admita a categoria das condições da ação, ser excluído dela o interesse de agir em juízo, que se situa melhor como pressuposto processual. Restaria indagar – e esse é um desafio

chegou a falar de “carência da jurisdição”. Talvez em tal conceito se pudesse melhor inserir o requisito do interesse de agir, que, aliás, segundo a última posição do mestre peninsular na leitura de seus seguidores, contém aquele outro requisito (cf. nota 106 de Dinamarco à edição por ele traduzida do *Manual*, p. 160-1.

⁷² NELSON NERY JR.; ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), p. 526, São Paulo, 1997.

aos mais aptos –, certo que a possibilidade jurídica é questão de mérito, se ainda seria razoável cogitar de uma categoria jurídica reduzida a um só elemento. Não parece aceitável que se continue a falar de *condições da ação* (assim, no plural) se delas restar uma só. ❖

BIBLIOGRAFIA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, 1997.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Saneamento do Processo – Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*, Porto Alegre, s/d [1990?].

AMARAL, Guilherme Rizzo. “A polêmica em torno da ação de direito material”, na *Revista Gênesis de Direito Processual Civil*, v. 33, 2005.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, 13ª ed., 1997.

ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 1 – Teoria do Processo Civil, São Paulo, 2015.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*, 8ª ed., São Paulo, 2003.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo, 1990.

ATTARDI, Aldo. *L'interesse ad agere*, Pádua, 1955.

BAETHGEN, Walter Eduardo. “As condições da ação e o novo Código de Processo Civil”, na *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 9, p. 85.

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. *Teoria Geral do Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, 2002.

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo; GOMES, Fábio Luiz, *Teoria geral do Processo civil*, 4. ed. São Paulo, 2006.

BAPTISTA DA SILVA, OVIDIO ARAÚJO. *Curso de Processo Civil*, vol. I, p. 91, Porto Alegre, 1987.

BAPTISTA MARTINS, Pedro. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939), vol. II, Rio de Janeiro, 1942.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 10ª ed., Rio de Janeiro, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Legitimação para agir e indeferimen-

- to da petição inicial”, *Temas de Direito Processual*, p.200 (iniciado à p.198).
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, p. 130, 8ª ed., Rio, 1988.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*, São Paulo, 1988.
- BABOSA MOREIRA, José Carlos. “Sobre os pressupostos processuais”, in *Temas do Direito Processual, quarta série*, São Paulo, 1989.
- BABOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas do Direito Processual, quarta série*, São Paulo, 1989.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, São Paulo, 2007.
- BERMUDES, Sergio. *Ensaio e pareceres*, São Paulo, 1994.
- BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile italiano*, 2ª ed., Roma, 1936.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Da ação civil*, São Paulo, 1975.
- BUENO VIDIGAL, Luís Eulalio de. “Pressupostos processuais e condições da ação”, em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66515/69125>, consultado em 14 de novembro de 2017.
- BUZAID, Alfredo. “A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro”, na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 72, n. 1 (1977), p. 131 e segs., também publicado no v. I dos *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milão, 1979.
- BUZAID, Alfredo. “Exposição de Motivos” do Código de Processo Civil de 1973.
- BUZAID, Alfredo. *Atualidades de um velho processualista*, São Paulo, 1950 (fascículo sem outras indicações).
- BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição*, São Paulo, 1956.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1943,.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido”, na *Revista de Direito Processual Civil*. v. 4, Rio de Janeiro, 1964.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*, Salvador, 1960,
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1983.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol. I, 8ª ed. Rio de Janeiro, 2002.

CAPPELETTI, Mauro. “Apuntes su conciliatore e conciliazione”, na *Revista Trimestral de Direito e Procedura Civil*, anno XXXV, n. 1, Milão, 1981.

CARNELUTTI, Francesco. “Lite e processo”, in *Studi di Diritto Processuale*, tomo III, p. 43 e segs., Pádua, 1939.

CARNELUTTI, Francesco. *Intituciones del nuevo proceso civil italiano*, p. 32 e s., trad. Jaime Guasp, Barcelona, 1942.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, v. IV, Pádua, 1933.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale*, v. I, Pádua, 1938.

CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*, São Paulo, 2016.

CASTRO MENDES, João de. *Limites objectivos do caso julgado*, Lisboa, 1968.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, trad. de J. Guimarães Menegale, notas de Enrico Tullio Liebman e introdução de Alfredo Buzaid, 2ª ed.. São Paulo, 1965.

COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, 2ª ed.. Buenos Aires, 1953.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Buenos Aires, 1958.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord., com outros). *Código de Processo Civil anotado*, sob os auspícios da AASP e da OAB/Paraná, Rio de Janeiro, 2016.

DIDIER JR. Fredie. “Condições da ação e projeto do novo CPC”, em <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/06> - acesso em 31.12.2016.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 11. ed., Salvador: 2009.

DIDIER JR., Fredie. “Um réquiem às condições da ação”, *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 56, disponível em <https://jus.com.br/artigos/2918>, acesso em: 24 nov. 2017.

DINAMARCO Cândido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do novo processo civil*, São Paulo, 2016.

DINAMARCO Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*, 2ª tiragem, São Paulo, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, 13ª ed., 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, 1986 (também consultada a 2ª ed., São Paulo, 1987).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, São Paulo, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, 7ª ed., São Paulo, 2000.

ELIZONDO GASPERÍN, María Macarita. *Relaciones entre los jueces, las partes y los abogados*, relatório geral do tema no XII Congresso Mundial de Direito Processual, México, 2003.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Capítulos da sentença”, conferência no seminário “Presente e Futuro do Processo Civil brasileiro – homenagem a Cândido Dinamarco nos seus 80 anos”, (IBDP, São Paulo, agosto de 2017), em vias de publicação.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção do processo e mérito da causa”, in *Saneamento do Processo – Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*, p. 15, Porto Alegre, s/d [1990?]; também na *Revista de Processo* nº 58, p. 7; ou ainda in *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, vol. 6, p. 351, São Paulo, 2011 ou *Ensaio de Direito Processual*, Rio de Janeiro, 2003.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Relações entre os juízes, partes e advogados”, relatório nacional brasileiro para o XII Congresso Mundial de Direito Processual, no volume *Relaciones entre los jueces, partes y abogados*, de María Macarita Elizondo Gasperín, México, 2003.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*, 3ª ed. Rio de Janeiro, 1996.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, tomo III, 9ª ed., Rio, 2008.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de Direito Processual*, Rio de Janeiro, 2003.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, Rio de Janeiro, 2008.

FAIREN GUILLÉN, Victor. “La acción, el derecho procesal e el derecho político”, in *Estudios de derecho procesal*, Madri, 1955.

FAIREN GUILLÉN, Victor. *Teoría general del derecho procesal*, México, 1992.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*, São Paulo, 2000.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 2008.

GOMES, Fábio Luiz; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo). *Teoria geral do Processo civil*, 4. ed. São Paulo, 2006.

GOMES, Fábio Luiz. *Carência de ação*, São Paulo, 1999 (também consultada a versão mimeografada, tese acadêmica, Porto Alegre, 1977).

GRECO, Leonardo. *Código de Processo Civil anotado*, coord. por José Rogério Cruz e Tucci e outros, sob os auspícios da AASP e da OAB/Paraná, Rio de Janeiro, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, 13ª ed., 1997.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, 7ª ed., Rio de Janeiro, 1998.

LACERDA, Galeno. “O Código como sistema legal de adequação do processo”, in *Meios de impugnação ao julgado civil*, p. 251, Rio de Janeiro, 2008.

LEBRE DE FREITAS, João. *Código de Processo Civil anotado*, Coimbra, 1999.

LEBRE DE FREITAS, João. *Introdução ao processo civil*, Coimbra, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “L’azione nella teoria del processo”, in *Problemi del processo civile*, p. 46-7, Nápoles, 1962.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “O despacho saneador e o julgamento do mérito”, no vol. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1976.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1976.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro, 1984.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Notas à segunda edição brasileira das Instituições de Direito Processual Civil* de Chiovenda, São Paulo, 1965.

LIEBMAN, *Problemi del processo civile*, Nápoles, 1962.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Manual elementar de Direito Processual Civil*, 3ª ed. atualizada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, 1982.

MACHADO GUIMARÃES, Luiz Macedo Soares. *Carência de ação – limites objetivos do recurso de apelação*, Rio de Janeiro, 1962.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 1 – Teoria do Processo Civil, São Paulo, 2015.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 1 – Teoria do Processo Civil, São Paulo, 2015.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Direu. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, 10ª ed., Rio de Janeiro, 2005.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Conexão e tríplice identidade”, na *Revista Ajuris*, n. 28. p. 72.

NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), São Paulo, 1997.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR. Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), São Paulo, 1997.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*, São Paulo, 1988.

PEKELIS, Alessandro. “Azione (teoria moderna)”, verbete no *Novissimo Digesto Italiano*, t. II, Turim, 1957-1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1973, Tomo I, 4ª ed., com atualização legislativa de Sergio Bermudes, Rio de Janeiro, 1995.

PUGLIESE, Giovanni. *Polemica intorno all’actio*, Florença, 1954.

PUGLIESE, Giovanni. *Polémica sobre la “Actio”*, trad. Thomaz A. Banzhaf, Buenos Aires, 1974.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1980.

TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, 1997.

THEODORO JR., Humberto. “Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa”, na *Revista de Processo*, n. 17, p. 43.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 51ª ed., Rio de Janeiro, 2010.

UNIVERSITÀ degli studi di Milano, Facoltà di giurisprudenza. *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milão, 1979.

WATANABE, Kazuo *Da cognição no processo civil*, São Paulo, 1987.

O Juiz Criativo e o Precedente Vinculante – Realidades Compatíveis

Teresa Arruda Alvim

Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Diretora de Relações Internacionais do IBDP. Membro Honorário da Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da International Association of Procedural Law, do Instituto Panamericano de Derecho Processual, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do IAPP e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDConst. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Revista dos Tribunais. Advogada.

SUMÁRIO: 1) O homenageado - 2) O aparente paradoxo - 3) Então, o juiz cria direito? - 4) Quando o juiz pode ser *criativo*? - 5) O que torna os casos iguais? - Casos difíceis e casos rotineiros - 6) Como uniformizar a jurisprudência em casos que não são absolutamente iguais - 7) Como compatibilizar: liberdade para decidir com necessidade de respeito a precedentes?

1) O HOMENAGEADO

Barbosa Moreira foi motivo de orgulho para a classe jurídica brasileira. Muito mais do que um processualista, que se desincumbia, com lingua-

gem precisa e elegância literária da mais alta qualidade, de tratar com profundidade de temas dogmáticos, era um pensador do processo e do direito.

Admirado e querido por todos, reverenciado no Brasil e no exterior, deixou uma lacuna que jamais será preenchida.

Com orgulho, participo desta homenagem que lhe está sendo prestada, com um texto não dogmático, que versa sobre preocupação que também foi sua.

2) O APARENTE PARADOXO

Quanto mais flexíveis são os parâmetros que orientam as decisões do juiz, maior é a relevância de que se respeitem as decisões dos Tribunais Superiores.

Já observei, em vários textos escritos anteriormente¹, que hoje as leis, em geral, estão repletas de conceitos vagos ou indeterminados, de cláusulas gerais, e a importância que se dá aos princípios jurídicos vem se acentuando visivelmente nas últimas décadas.

Portanto, a lei, pura e simplesmente, muitas vezes não garante mais automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, porque passa necessariamente pelo “filtro” dos Tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decidam casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos e que têm, de fato, o potencial de levar a decisões diferentes e desarmônicas entre si.

Hoje se considera que o Direito não é um sistema impecável e irreprensivelmente lógico. Fala-se muito mais em *racionalidade* do que em *lógica*.

Parece ser sintomática, a esse propósito, a circunstância de cada vez mais incluírem-se parâmetros de decisões ditos *fuzzy* ou “nublados” nos textos de direito posto, como uma forma de tentar absorver a complexidade do mundo real. São os conceitos vagos e as cláusulas gerais de que falamos antes. Assim como é sintomática a necessidade que vem sendo sentida na comunidade jurídica, de que os princípios jurídicos integrem, de forma cada vez mais significativa, os raciocínios de direito.

Há tempos venho sustentando estes parâmetros mais nublados ou, usando uma linguagem mais próxima ao dia a dia do operador do direito, conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos são *poros* que permitem à *realidade penetrar no direito*.

¹ Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” no Código Civil de 2002 – a função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 831, p. 59, jan./2005, também publicado na coletânea *Doctrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 3, p. 949, jun./2011.

O juiz preenche conceitos vagos – e todos os conceitos são, de certo modo e em certa medida, vagos! Até quando diz que a palavra *mãe*, que consta do texto legal, abrange (ou não) a *mãe adotiva*. O juiz decide *x* ou *y* com base no princípio da necessidade do respeito à dignidade humana. E delimita situações, no mundo empírico, em que não teria sido cumprida a *função social de um contrato*.

Justamente por isso é que, por que deve ser respeitada a *igualdade de todos perante o direito*, decisões de Tribunais Superiores devem ser respeitadas. Assim, se, de fato, esses “poros” que tem o direito permitem que o juiz exerça certa dose de liberdade para decidir um caso concreto, essa liberdade *cessa* quando os Tribunais Superiores firmam entendimento a respeito de como deva ser a decisão naquele caso: qual é a tese jurídica a ser adotada para resolver aquela específica questão.

Paradoxalmente, no entanto, justamente nesses campos em que a lei está repleta de parâmetros flexíveis e em que os princípios jurídicos são mais relevantes é que às vezes se chama de *ativismo judicial* a liberdade que tem o juiz para decidir.

É “tapar o sol com a peneira” dizer que o juiz não tem “liberdade” para decidir se, por exemplo, em certo caso concreto, teria ou não sido desrespeitada a função social que deve ter o contrato. Mas é relevante observar-se que essa liberdade não é DO JUIZ: é do *Judiciário*. Aí se compreende a importância da jurisprudência *uniforme*: o Judiciário interpreta a lei e essa interpretação há de valer *para todos*. Porque o *direito há de ser o mesmo para todos*.

É verdade que a expressão *ativismo* tem uma série de sentidos, por isso convém esclarecer em qual deles a estamos empregando. Usamos a expressão para significar que o juiz, em certas circunstâncias, exerce certa dose de criatividade quando *completa* o sentido da norma. De fato, essa expressão nasceu para designar uma das formas de interpretação/compreensão da Constituição americana, que é curta, sintética, plena de conceitos vagos, de dispositivos marcadamente abstratos e necessita de *concretização* por parte do intérprete.

Já tratei em texto anterior² do conceito de ambiente decisional para referir-me à área do direito – com seus princípios e regras – de que o juiz deve extrair sua decisão.

² Teresa Arruda Alvim Wambier. Precedentes e evolução do direito. In Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 11-95.

Parece-me que é justamente nos *ambientes decisoriais* que chamei de *frouxos* que o juiz, predominantemente, exerce liberdade criativa, à luz do *ethos* dominante (sem que se ignorem as dificuldades que tem de enfrentar), a ponto de poder gerar até mesmo a *alteração do direito*.

Uma vez alterado o direito, revela-se evidente a necessidade de que esses novos *precedentes* sejam respeitados, pois que são “o novo direito”.

3) ENTÃO O JUIZ CRIA DIREITO?

Sim, a resposta é positiva.

Mas o juiz não pode criar direito *do nada*, da sua própria cabeça, seguindo suas convicções e crenças pessoais. Afinal, vivemos num Estado Democrático de Direito, e o juiz deve decidir de acordo com a lei, interpretada pela jurisprudência, à luz da doutrina. O direito é um tripé: lei + doutrina + jurisprudência.

Mas há áreas do direito em que o juiz cria mais do que em outras.

A doutrina brasileira e os pensadores do direito, aqui, de modo geral, não atribuem grande relevância à necessidade de se estabelecerem *critérios* para se saber em que circunstâncias a *evolução* ou a *adaptação* do direito – alteração do entendimento de conceitos e teorias jurídicas, que ocorrem com o passar do tempo – deva ocorrer no plano do direito positivo, ou seja, por obra do Poder Legislativo, ou por obra do juiz.

Este tema é delicado e se tem revelado extremamente resistente ao tratamento sistemático.

Isso, porém, não pode ser um pretexto para que não seja enfrentado, ainda que as conclusões não sejam tão claras e límpidas e tampouco inteiramente seguras e confortáveis.

Mencionei há pouco um conceito relevante para orientar essa distinção: o *ambiente decisional*. O ambiente decisional é a área de direito material ou substancial, com seus princípios e regras, em que o *conflito*, submetido ao juiz, deve ser resolvido.

Oportuna a observação de Norman Marsh. Ele diz que: “Há situações em que a natureza cambiante da matéria e as questões sociais delicadas que esta envolve tornam desejável que se deixe à discricão³ do juiz a decisão, conseguindo-se obter *flexibilidade* à custa do *sacrifício da certeza*. Há, todavia, outros casos, em que a *certeza* que pode ser assegurada pelo julgamento

³ *Discretion*, em inglês, não tem o mesmo sentido técnico que tem em português. Remete à liberdade que o juiz tem, em certos casos, para decidir.

de um homem razoável, baseado em estáveis princípios jurídicos, é *mais relevante* que a possibilidade de ser obter *flexibilidade*”.⁴

Há, portanto, setores do direito em que é desejável abrir-se mão da *flexibilidade*, a favor da *segurança*, da *previsibilidade*, e outros, em que delicadas questões sociais estão envolvidas, em que é conveniente dar-se ao juiz certa margem de flexibilidade para decidir, às vezes até em detrimento dos valores segurança e previsibilidade. São essas as áreas em que o juiz pode ser mais *criativo*.

A questão que se põe é a seguinte: que áreas são essas? Quais são os critérios para distinção?

4) QUANDO O JUIZ PODE SER *CRIATIVO*?

Os critérios de distinção são, a meu ver, os *princípios basilares* de cada um dos ramos de direito material que servirão de base à decisão: este é o ambiente em que a decisão será tomada.

Esse *ambiente decisional* é que fornecerá elementos para que se saiba: se o juiz pode levar em conta peculiaridades do caso concreto ao decidir, nuances da situação, o que lhe dá certa margem de liberdade; e se o juiz pode, legitimamente levar em conta, na sua decisão, alterações sociais que o autorizam a divergir **suavemente – nunca bruscamente** – do que até então estava estabelecido.

Nesses campos mais *frouxos* é que, segundo me parece, à jurisprudência pode caber, sim, (também) o passo, talvez o primeiro passo, na evolução do direito: *transformação das regras de direito material*.

Talvez o melhor dos exemplos que tenha ocorrido no direito brasileiro seja o tratamento jurídico que se deu à *concubina*, hoje *companheira*.

Houve épocas em que, finda a união, recebia um salário mínimo por mês, pelo tempo em que tinha durado a convivência, sendo, portanto, equiparada a alguém que prestava serviços sexuais, só podendo reclamar um reconhecimento de sociedade de fato se existisse entre o casal, uma sociedade comercial⁵, ainda que não devidamente constituída.⁶ Em seguida, passou-se

4 No original: *There are situations where the changing nature of the subject matter and the delicate social issues involved make it desirable to leave the decision to the judge's discretion, flexibility being purchased at the price of some uncertainty. There are other cases where the relative certainty, which can be secured by relating the judgment of the reasonable man (...), acting on fixed principles of law, is more important than the loss of some flexibility in the law* (grifos nossos). Norman S. Marsh, *Principle and Discretion in the Judicial Process*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 68, p. 236.

5 STF, AI 12.991, Mato Grosso, Min. Lafayette de Almeida, j. 21.08.1947.

6 STF, RE 9885/SP, rel. Min. Orozimbo Nonato j. 16.04.1948.

a considerar que havia sociedade de fato entre concubinos, no concubinato puro, desde que comprovado o esforço comum.⁷ Aliás, esse entendimento resultou na promulgação da Súmula 380, em 1964, mesmo que o companheiro fosse casado.⁸ Até que a Constituição Federal introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a figura da *união estável*, havendo, subsequentemente, leis disciplinando a matéria. Na verdade, fez a lei o que os juízes já vinham fazendo: de acordo com a mudança dos costumes, a companheira já vinha sendo tratada segundo padrões decorrentes do direito fundamental à dignidade humana.

Evidentemente, nada disso poderia ou deveria ter ocorrido no direito tributário, um ambiente decisional rígido. Os tributos precisam estar previstos em lei e, via de regra, passam a ser cobrados no exercício seguinte, em razão do princípio da anterioridade. Veja-se a relevância do princípio da previsibilidade, insculpido nestas regras (arts. 150, I e III, b da CF).

De fato, questões tributárias não devem ser objeto de alteração pela via jurisprudencial. Não proporcionam margem de liberdade para que o juiz capte nuances dos casos concretos e reclamam uniformização pela vinculação *por identidade absoluta*.⁹

É relevante que se afirme, todavia, que, embora em certos ambientes decisoriais *frouxos* ou *flácidos*, como o direito de família, a uniformização seja tarefa mais delicada, *ela é, obviamente, também necessária*.

Mas, uma vez “fixada” a nova tese pela jurisprudência, *não há mais liberdade*: todas ou todos os concubinos deveriam ter a sua situação de direito material resolvida à luz da nova orientação.

Os princípios basilares que orientam o *ambiente decisional* também influem de modo determinante nas *técnicas* usadas na redação das regras positivadas são concebidas. Se o princípio que informa a interpretação do direito, naquele dado ambiente, é o da legalidade estrita, dificilmente haverá normas contendo cláusulas gerais ou pluralidade de dispositivos usando conceitos excessivamente vagos. São, via de regra, realidades que não andam juntas.

Os princípios basilares dos diversos ambientes decisoriais podem recomendar o uso de expressões com textura aberta, e isto, é claro, deve influir no espaço de *liberdade* que tem o juiz para tomar a decisão. É uma técnica

7 STJ, Resp 1.648/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 27.03.1990, DJ 16.04.1990; STJ, REsp 45.886/SP, Quarta Turma, rel. Min. Antonio Torreeão Braz, j. 25.04.1994, DJ 23.05.1994; STJ, REsp 11.660/SP, Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 01.03.1994, DJ 28.03.1994; STJ, REsp 38.657/SP, Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 22.03.1994, DJ 25.04.1994.

8 STJ, REsp 6.080/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Nilson Naves, j. 03.12.1991, DJ 17.02.1992.

9 Ver, infra, n.º 4.

que *oxigena* o direito, permitindo que nele penetrem elementos da realidade externa: sociais, éticos e até científicos.

A alteração da jurisprudência em casos assim, nos ambientes decisoriais *frouxos*, é extremamente benéfica. Deve ser, não simples *alteração* do direito, mas *evolução* do direito. É o direito se transmutando, para atender, de forma mais visível, o princípio da dignidade humana.

Situação extremamente diversa é a que ocorre quando a alteração da jurisprudência tem lugar como decorrência da “mudança de opinião” dos juízes. Essa alteração, *via de regra, é brusca*, não significa, em sentido algum, *evolução* do direito e inviabiliza de modo definitivo a uniformização, já que impossibilita a estabilização. Essa alteração de compreensão do direito decorrente de “fatores pessoais” é extremamente criticável e nociva, ainda mais porque normalmente ocorre em tribunais superiores, cuja função (*e razão de ser*) é justamente a de orientar os demais órgãos do Poder Judiciário.

Essas mudanças ocorrem, não raramente, ou quase que exclusivamente, em ambientes decisoriais cujos princípios não o permitem, como, por exemplo, o direito tributário. Várias interpretações equivalem a várias normas – onde ficam a isonomia e a previsibilidade?

5) O QUE TORNA OS CASOS IGUAIS? – CASOS DIFÍCEIS E CASOS ROTINEIROS

Ninguém põe em dúvida que “o direito deva dar a cada um o que é seu”. Assim como não há opositores à ideia de que *like cases should be treated alike*.¹⁰ As ideias formuladas nesse extremo grau ou nível de abstração não suscitam discordâncias, já que, praticamente, nada significam.¹¹

As questões realmente difíceis consistem em saber *o que é de cada um* e *o que torna os casos iguais*, de molde a levar a que devam ser tratados (= solucionados) da mesma forma.

Há técnicas de uniformização decisória que têm como pressuposto a *identidade integral* das situações: os fatos e a questão jurídica, *stricto sensu*, são absolutamente iguais. Não necessariamente o quadro fático subjacente integralmente considerado: mas, dentre os fatos, aqueles tidos como relevantes pelo direito para a incidência (ou não) da consequência sobre a qual se discute. Seriam, então, idênticos, os traços eleitos pelo legislador como essenciais à hipótese de incidência da consequência.

¹⁰ Casos iguais devem ser tratados do mesmo modo.

¹¹ Frederick Schauer. *Precedent*, in Stanford Law Review, vol. 39, Fev. 1987, p. 571-596.

É, por exemplo, o método pelo qual se agruparam os casos em que consumidores discutiam ser ou não legal a cobrança da assinatura básica, por parte das Companhias Telefônicas para julgamento de acordo com o regime dos arts. 1.036 e ss do CPC. Fatos como, por exemplo, a idade ou a profissão dos consumidores autores das ações não eram idênticos. Isto é, todavia, absolutamente irrelevante para efeitos de traçar os contornos da hipótese de incidência do direito: para se saber se a assinatura básica era (ou não) devida, pouco importam idade e profissão dos assinantes.¹²

Entretanto, há maneiras de uniformizar o entendimento dos Tribunais muito mais refinadas, em que o que há de comum nos casos nada mais é do que um núcleo pequeno, mas *fortemente significativo*, em torno dos quais podem estar *fatos completamente diferentes*. Dando um exemplo extremo, poderíamos considerar contraditórias decisões em que se tivesse concedido indenização de dez mil reais pela perda de uma perna e de cinquenta mil reais por um dedo decepado.

O direito contemporâneo abriu-se para a sociedade, de modo a englobá-la e a sua complexidade. Os *hard cases*¹³ se multiplicam. Como observamos antes, os ordenamentos jurídicos se aparelham com regras flexíveis, que contêm conceitos vagos, cláusulas gerais, e os princípios jurídicos estão cada vez mais presentes nos raciocínios jurídicos.

Esses parâmetros mais nublados, é evidente, comprometem a previsibilidade, e podem chegar a inviabilizar a forma sistemática do direito, ideia tão cara à forma de se ver o direito nos países de *civil law*. A não ser que haja obediência aos precedentes.

O único modo de uniformizar a jurisprudência em casos mais complexos, que ocorrem nos ambientes decisórios ditos antes “frouxos”, não possíveis de serem tratados de forma coletiva, por não serem *idênticos*, é adotarem-se métodos mais refinados de interpretação das decisões, de modo a extrair-lhes o *core*, como fazem os povos de *common law*.

6) COMO UNIFORMIZAR A JURISPRUDÊNCIA EM CASOS QUE NÃO SÃO ABSOLUTAMENTE IGUAIS

A ideia de que a vinculação a precedentes pode-se fazer usando o método da *identidade essencial* (e não da *identidade absoluta*), poderia ser

¹² Reclamação 4.982/SP, Primeira Seção, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 27.04.2011, DJe 04.05.2011.

¹³ Um *hard case* é um caso que deve ser resolvido à luz de regras e/ou princípios típicos de *ambientes decisórios frouxos* cuja solução não está clara na lei, ou realmente não está na lei, e deve ser “criada” pelo Judiciário, a partir de elementos do sistema jurídico. *Hard cases* podem dizer respeito a situações sociais em relação às quais esteja havendo, no plano dos fatos, uma alteração de valores e/ou comportamental.

bem ilustrada com dois casos. Um, em que um paciente do Serviço Único de Saúde pleiteia, diante do Judiciário, preferência na “fila” para transplante de órgãos, em virtude da gravidade de seu caso e outro em que o paciente pleiteia liberação da verba para um remédio caro que não consta da lista dos fornecidos pelo Estado.

A essência dos problemas mencionados é saber se o Judiciário se pode imiscuir a este ponto na atividade do executivo, correndo o risco de resolver um problema e criar outros: salva a vida daquele que pleiteou em juízo ser o primeiro da fila e causa a morte do primeiro que foi preterido; custeia o remédio não oferecido e, para isso, usa verba dos remédios comuns para gripe, que beneficiam toda a população¹⁴.

O segundo caso é o em que se nega indenização a uma parte de uma gleba de terra que está sendo desapropriada, em que o proprietário plantava psicotrópicos, pois, naquela medida, a propriedade não cumpria sua função social. Se assim se decidiu, futuramente um caso em que o proprietário mantinha pessoas em regime de trabalho escravo em gleba desapropriada deve ser resolvido da mesma maneira.

Esses casos são, evidentemente, *iguais*, no que tange ao seu *core*, à sua essência jurídica.

Saber *quando* os casos são iguais, ou determinar *quais critérios* devem fazer com que devamos considerar iguais certos casos, é um problema que se põe de forma aguda justamente quando se pensa na vinculação por *identidade essencial*. Como disse antes, esta é a forma de vinculação que deve haver em alguns casos, como, por exemplo, quando os tribunais decidem casos envolvendo padrões flexíveis de decidibilidade, como conceitos vagos, princípios jurídicos ou cláusulas gerais, em ambientes decisórios frouxos.

Trata-se de uma forma de vinculação que se aproxima consideravelmente à que se faz nos países de *common law*, quando se interpreta um precedente. Nesses países, como é sabido, o juiz *faz a lei, cria a regra*. Ora, é inescandível que quando o juiz brasileiro aplica a um caso concreto a norma que contém, por exemplo, a previsão da *função social da propriedade*, esse juiz também estará, numa certa medida *criando* direito, ao “preencher” a norma já existente com peculiaridades da situação fática subjacente à decisão.

14 Sobre o tema, já tivemos a oportunidade de nos manifestar em trabalho escrito em co-autoria com Luiz Rodrigues Wambier. *Direito processual civil*. São Paulo: RT, 2013. – (Coleção tratado jurisprudencial e doutrinário; v.1), n. 19, p. 303 e ss; v., ainda Teresa Arruda Alvim Wambier. Políticas Públicas e a ingerência do Judiciário. *ReD'AC*, ano 2, vol. 11, ago./2014, 133-146; e A uniformidade da jurisprudência como garantia do respeito à isonomia em matéria de políticas públicas. *Revista da Academia Paraense de Letras Jurídicas*. Curitiba: Juruá, n. 3, 2014, p. 143-154.

Por isso, a necessidade de que, para se preservar a igualdade, também nesses casos haja uniformização.

Mas, de fato, é um processo refinado o que leva a que se estabeleça qual a *essência* dos casos, possibilitando que sejam postos lado a lado e decidindo da mesma forma, quando os fatos não são iguais.

Quanto mais aparelhado for um sistema para reconhecer a identidade essencial entre casos, cujos fatos não sejam absolutamente idênticos, mais harmônico será o sistema e mais previsibilidade se conseguirá criar.

Para ilustrar a dificuldade de se fixarem os fatos que seriam realmente relevantes para um precedente, num caso extraído do *common law*, é oportuno o exemplo *Donoghue v. Stevenson* [1932] A. C. 532. Os fatos subjacentes a essa decisão eram os seguintes: uma viúva estava com uma amiga em um café, e esta amiga lhe comprou um *iced drink*, que lhe foi entregue pelo proprietário. Este colocou o sorvete em um copo e derramou, sobre o sorvete, o conteúdo de uma garrafa opaca de *ginger beer*. Um pouco depois disso, essa viúva despejou sobre o sorvete o que sobrava da garrafa e então viu que lá havia restos de uma cobra em decomposição. Ela levou um choque e, em seguida, teve gastroenterite. Em virtude disso, processou a *Stevenson & CO*. Argumentou-se que não havia contrato entre eles e a tal viúva (*Mrs. Donoghue*) e que eles não seriam responsáveis em relação a ela, por nenhum defeito do produto. Entretanto, a *House of Lords* considerou que a empresa deveria, sim, responder, porque teria um *duty to take a reasonable care* na preparação e no engarrafamento da bebida.¹⁵

Qual é a essência desse caso: um fabricante de bens tem o *dever* de tomar precauções para não causar danos (= *duty of care*) em relação ao consumidor último. Então, veja-se, o fato de se tratar da fabricação de bebidas, o de se tratar de garrafas opacas, de a bebida ter sido consumida em um café, todos foram desconsiderados como fatos essenciais integrantes da decisão. Ou seja, houvessem sido outros, teria sido a mesma decisão.

O quão relevante teria sido, pode-se perguntar, que alguém tivesse tido a oportunidade de inspecionar e checar a segurança para o uso, do artigo em questão? E seria relevante o fato de se tratar de um concerto e não de defeito de fabricação? Muitas dessas questões foram levantadas em

¹⁵ “Os ingleses preferem lidar com a noção de *duty* a lidar com a ideia de direitos (*rights*). E ficam mais à vontade para falar em *remedies*, do que em *rights*”. No original: *Not only has English law generally been much happier in dealing with duties than with rights, it has also, I think, clearly been happier in dealing with remedies than with rights* (P. S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law*, The Hanly Lectures, Londres, Stevens & Sons, 1987, p. 21).

casos posteriores, em que se discutiu se o precedente *Donoghue v. Stevenson* deveria ser aplicado.¹⁶

Esse precedente foi aplicado a um caso em que o autor pleiteava indenização em consequência da queda de um elevador. O proprietário do prédio tinha contratado uma empresa de engenheiros para consertar esse elevador e a queda ocorreu por que o conserto foi malfeito. A regra geral do caso *Donoghue* foi aplicada a esse caso (*Haseldine v. Daw*), embora pudesse, segundo alguns, ter havido *distinguishing*, já que os réus não eram fabricantes, mas simplesmente consertaram o elevador. Ademais, poderia ter sido feita uma inspeção, depois do conserto, o que, no caso *Donoghue* não poderia ter ocorrido, já que a garrafa era opaca.¹⁷

Felizmente, nos tribunais brasileiros, encontram-se decisões em que se reconhece haver *identidade essencial* entre casos, embora os fatos não sejam os mesmos.

Vale a pena menção e referência expressa a um julgado do TJPR em que se reconheceu identidade substancial (= mesmo *core*) nos contratos de locação de bens móveis e de compartilhamento, para efeito de incidência de ISS.

Diz-se no acórdão que “no caso em tela, a locação se refere a postes e torres, os quais se enquadram no conceito de *bens imóveis* por acessão. *Ainda assim*, porém, os fundamentos utilizados pelo Supremo para declarar a inconstitucionalidade [da incidência de ISS] sobre a locação de *bens móveis* podem ser utilizados no que refere à hipótese *sub judice*”. (Destques meus, na expressão que indica não serem idênticos os fatos subjacentes à questão jurídica a ser resolvida).¹⁸

O mesmo tipo de identidade, não *absoluta*, mas *essencial*, foi reconhecida no acórdão do STJ, que julgou o RE 1.185.685-SP (2010/0049461-6), entre as situações do *vale alimentação* e do *vale transporte*. Na ementa, diz-se que “o valor concedido pelo empregador a título de vale alimentação não se sujeita à contribuição previdenciária, mesmo nas hipóteses em que referido benefício é pago em dinheiro. (...) O STF, *em situação análoga*, concluiu pela inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre valor pago em espécie sobre o vale transporte do trabalhador, mercê de o benefício ostentar nítido caráter indenizatório. (STJ, RE 478.410-SP,

16 *What is binding in a Precedent*, Geoffrey Marshal, in *Interpreting Precedents*, coord. D. Neil MacCormick e Robert Summers, Ashgate, Dartmouth, 1997, 503 a 517, especialmente p. 505.

17 *Haseldine v. Daw* [1941] 2KB 343.

18 Incidente de declaração de inconstitucionalidade 335850-5/01, de Guarapuava, 2.^a VC – Órgão Especial – j. em 18.12.2006.

Tribunal Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 10.03.2010, DJe 14.05.2010). (Grifos meus, em expressão que indica o reconhecimento de que as situações não são absolutamente idênticas, mas substancialmente idênticas).¹⁹

Por isso, no meu entender, são absolutamente equivocadas decisões do STJ em que se afirma caberem *embargos de divergência* exclusivamente em hipóteses em que há “absoluta similitude fática” e injustificável a recusa do exame de questões ligadas a honorários advocatícios ou ao juízo de admissibilidade de recurso especial.²⁰

Mesmo os casos que envolvem fatos mais complexos, daqueles que não se repetem no plano empírico de modo idêntico, podem ser reduzidos a um grau elevado de abstração, que é justamente o que proporciona a possibilidade de uniformização.

Todos os problemas a que acima me referi positivamente não se põem quando se trata da vinculação por *identidade absoluta*. É essa espécie de vinculação que se dá, por exemplo, nos casos da aplicação dos arts. 543-B e C e 285-A do CPC/73, que correspondem aos arts. 1.036, 976 e 332, *caput*, §§ 3º e 4º, respectivamente, do NCPC. Todos os aspectos dos processos cuja tramitação é suspensa como decorrência de ter sido afetado o recurso, devem ser *idênticos*. O caso anterior, para a aplicação do art. 285-A, CPC de 1973, deve ser idêntico. E que se deve tratar de questão de direito, no sentido mais estreito que comporta a expressão: nenhuma dúvida há quanto aos fatos relevantes e há outros fatos (claro, sempre há), mas são absoluta e inteiramente irrelevantes.

É justamente o caso de se considerar ser ou não incidente o ISS sobre o *leasing*; serem ou não os aposentados de certa categoria profissional abrangidos por certo aumento; serem ou não mães adotivas abrangidas por certo benefício previdenciário concedido por lei que usa a palavra *mãe*, exclusivamente.

Nesses casos, ainda que haja fatos subjacentemente às questões que devem ser resolvidas, estes são *integralmente* absorvidos pelas expressões que os *descrevem*: leasing, ISS, aposentados... Nada há que se possa perguntar, para esclarecer: que tipo de *leasing*? Aposentados, com 70 ou 80 anos? Nada, além do que está dito, importa para a solução da controvérsia, QUE É UMA SÓ, em todos os casos.

¹⁹ STJ, REsp. 1.185.685/SP, Primeira Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17.12.2010, DJe 10.05.2011.

²⁰ STJ, AgRg nos EResp. 748.975/SP, Corte Especial, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 04.06.2008, DJe 04.08.2008.

7) COMO COMPATIBILIZAR LIBERDADE PARA DECIDIR COM NECESSIDADE DE RESPEITO A PRECEDENTES?

Em síntese, o que dissemos neste artigo foi o seguinte:

(a) É inescandível que o juiz, ao decidir, exerce, em diferentes graus, muito frequentemente, atividade de índole criativa.

(b) Deve fazê-lo à luz do *ethos* dominante - e não de seus medos, de suas convicções religiosas ou políticas etc.

(c) Via de regra, os casos que proporcionam ao juiz oportunidade de, legitimamente, exercer certa dose de liberdade, localizam-se em ambientes decisoriais frouxos: em que a *qualidade da decisão* é mais relevante do que a *segurança jurídica*.

(d) A liberdade que os sistemas de *civil law* proporciona destina-se ao JUDICIÁRIO, e não a *cada* juiz, individualmente considerado. O *legislativo* faz a lei; o *judiciário* a interpreta e a aplica.

(e) Portanto, uma vez firmada a posição das Cortes Superiores (com liberdade) devem os demais órgãos do Judiciário - e, é evidente, **TAMBÉM AS PRÓPRIAS CORTES SUPERIORES!** - respeitar a opção feita naqueles precedentes (*sem liberdade*).

(f) Quando se trata de decisões proferidas em ambientes *frouxos*, os casos quase nunca são idênticos. Há, todavia, formas de identificar a *essência* de casos, cujos fatos são diferentes, que o jurista brasileiro deve estudar. Isso se pode estudar, com grande proveito, com os autores de *common law*. ❖

A Importância do CPC para o Novo Regime de Capacidade Civil

Heloisa Helena Barboza

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentada). Advogada.

In memoriam do
Professor José Carlos Barbosa Moreira,
com minha perene gratidão.

1. A capacidade civil após o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2. As alterações do Código Civil: questões e soluções. 3. Processo de interdição: interpretação do CPC à luz do modelo social. 4. Considerações finais.

INTRODUÇÃO.

Em 03 de janeiro de 2016 entrou em vigor a Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Através do Estatuto deu-se cumprimento à obrigação de adotar todas as medidas legislativas para a realização dos direitos reconhecidos na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), bem como para modificar ou revogar as leis então vigentes que constituíssem discriminação contra pessoas com deficiência.

Dentre as diversas modificações promovidas na legislação então existente, foi alterado o regime de (in)capacidade estabelecido no Código Civil (CC), que seguia a orientação adotada no Brasil desde 1916, a despeito de

alguns temperamentos. A alteração atinge de modo profundo a Lei Civil e repercute por todo ordenamento. Muitas questões se apresentam desde então, especialmente em razão de ter sido afirmada expressamente a plena capacidade civil de todas as pessoas com deficiência, inclusive as com deficiência mental ou intelectual, para todos os atos da vida civil, compreendidos os de natureza existencial, como casar-se e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção. A incapacidade absoluta está restrita aos menores de 16 anos e a curatela das pessoas com deficiência afeta tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. O reconhecimento da plena capacidade é bem acolhido, de modo geral, quando se trata de deficiência física ou sensorial, mas causa perplexidade diante de deficiências mentais ou intelectuais graves, ao ponto de já tramitar projeto de lei propondo, de certo modo, o retorno ao regime anterior.

A vigência do EPD¹ ocorreu ainda no período de *vacatio legis* da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil (CPC), em vigor desde 18 de março de 2016², por conseguinte, quando já vigente o EPD. Tendo em vista que o CPC disciplina matéria atinente à curatela e à interdição, além de revogar alguns artigos do CC, e indispensável que seja feito o confronto de ambas as leis, com o objetivo de sua harmonização. Mais do que isso, verifica-se a possibilidade de a Lei Processual apresentar solução para algumas das complexas questões decorrentes das alterações sofridas pelo CC e, principalmente, contribuir de modo efetivo para a implementação das disposições da CDPD e do EPD.

O objetivo do presente trabalho, elaborado com base em pesquisa bibliográfica, é apresentar, em síntese e no sentido da referida harmonização, uma leitura do CPC que revela a grande importância que assume a Lei Processual para a proteção de pessoas com deficiência, bem como para o exercício eficaz de seus direitos, notadamente no caso de deficiência mental ou intelectual³.

1 A Lei 13.146/2015 foi sancionada em 06.06.2015 e publicada no DOU de 07.07.2015 (Seção 1 - 7/7/2015, p. 2 - Publicação Original) estabelecendo prazos diferenciados para a entrada em vigor de alguns de seus dispositivos, como se vê dos art. 124 e 125, e fixando o prazo geral para sua vigência de 180 (cento e oitenta) dias decorridos de sua publicação oficial, conforme art. 127. A contagem do prazo deve observar o disposto no § 1º, do art. 8º, da **Lei Complementar 95/1998, na redação dada pela Lei Complementar 171/2001, que determina seja incluída a data da publicação e a do último dia do prazo, entrando a lei em vigor no dia subsequente à sua consumação integral, vale dizer, cento e oitenta dias a partir do dia 07.07.2015 (inclusive), data da publicação acima referida, cujo termo final se deu no dia 03.01.2016.**

2 Aplicou-se, para indicação do início da vigência, o critério mencionado na nota anterior.

3 A autora reformula neste artigo seu entendimento sobre as interações CC – EPD – CPC, especialmente no que diz respeito à compatibilidade do CPC com a CDPD, apresentadas em trabalho anterior, escrito em co-autoria com Vitor Almeida, intitulado **A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: Joyceane Bezerra de Menezes. (Org.). Direitos das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 1ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 249-274.

1. A CAPACIDADE CIVIL APÓS O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

A compreensão do regime de capacidade civil introduzido no ordenamento brasileiro pelo EPD exige que a interpretação das leis por ele alteradas, especialmente o CC, seja feita à luz das diretrizes da CDPD, sob pena de perverter os altos propósitos da Convenção, em apego injustificado à orientação anterior que, em verdade, afronta a Constituição da República.

É indispensável, de início, destacar alguns dados relativos à CDPD e ao EPD, para que se dimensione adequadamente seu alcance e importância. A Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) é a primeira convenção do século XXI sobre direitos humanos e contou com a participação ativa e sem precedentes da sociedade civil⁴, em particular de organizações não governamentais e representações de pessoas com deficiência, tendo assim um processo de elaboração diferente do que é geralmente verificado em tratados sobre direitos humanos. A CDPD atende diretamente 15% da população mundial, cerca de um bilhão de pessoas⁵, que se encontram afetadas por algum tipo de deficiência.

A também denominada Convenção de Nova York, adotada em 2006, foi ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 186, de 09.07.2008, e promulgada pelo Decreto 6.949, de 25.08.2009; portanto, já se encontra formalmente incorporada, com *status* de Emenda Constitucional, ou seja, com força, hierarquia e eficácia constitucionais, ao ordenamento positivo interno do Estado brasileiro, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República. A CDPD está em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e, no plano interno, a partir de sua promulgação pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009⁶.

Elaborado com base na CDPD, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão), Lei 13.146/2015, destina-se a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania, e vem atender uma população de quase 46 milhões de

4 DHANDA, Amita. *Legal capacity in the disability rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future?* in Syracuse Journal of International Law and Commerce v. 34, n. 2, 2007, p. 429-462.

5 Dados que tomam como base as estimativas da população mundial de 2010. Relatório da Organização Mundial de Saúde (WHO) sobre pessoas com deficiência. Tradução disponível: http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf Acesso em 23.08.2017.

6 Nesse sentido é expresso o parágrafo único, do art. 1º, da Lei 13.146/2015.

peças no Brasil, o que corresponde a cerca de 24% da população brasileira⁷, as quais, até então, não contavam com normas específicas para atender sua situação de vulnerabilidade, à semelhança do que já ocorre com outras populações de vulneráveis⁸.

A maior alteração promovida pela CDPD consiste, sem dúvida, na adoção do denominado “modelo social” em relação à deficiência. Afastam-se, assim, os paradigmas que anteriormente orientavam o entendimento e as relações sociais e jurídicas mantidas com as pessoas com deficiência. Cabe lembrar que durante séculos predominou o “modelo moral” ou “modelo da prescindibilidade”, vigente desde a antiguidade. Concebido sob matriz bíblica, portanto, francamente religiosa, “o modelo moral” percebe a pessoa com deficiência como um indivíduo improdutivo, que nada tem a contribuir para a comunidade, verdadeira carga a ser arrastada pela família ou pela sociedade. A deficiência é um castigo dos deuses por uma falha moral, um pecado cometido pelos pais da pessoa com deficiência ou uma advertência quanto à proximidade de uma catástrofe.

Com o advento da Modernidade, época do predomínio do saber científico, houve a substituição da divindade pela ciência, e a deficiência passou a ser entendida como condição patológica, de natureza individual. Consagra-se o “modelo médico” ou “modelo reabilitador”, segundo o qual a pessoa com deficiência deveria ser “reparada”, para tornar-se, o quanto possível, “normal” e, assim, aproximando-se das pessoas válidas e capazes, ser produtiva. Para a ciência, as deficiências decorrem de causas naturais e biológicas, mas são situações modificáveis, havendo possibilidade de melhoramento da qualidade de vida das pessoas afetadas. Nessa perspectiva, desenvolveram-se os meios de prevenção, tratamento e reabilitação, que acabaram vinculados à compreensão de integração¹⁰ como, aliás, se vê do art. 203, IV, da Constituição brasileira.

Embora os tratamentos médicos permitissem melhor qualidade de vida e maior sobrevivência, principalmente para as crianças, fato é que, de

7 Dados sobre pessoas com algum tipo de deficiência, constantes do censo demográfico de 2010. Disponível http://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_3.pdf. Acesso 30.08.2014. Ver também Agência Brasil, 29.06.2012. Disponível em <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-06-29/pessoas-com-deficiencia-representam-24-da-populacao-brasileira-mostra-censo> - Acesso 30.08.2015

8 Sobre a proteção especial de pessoas vulneráveis, permita-se a remissão a BARBOZA, Heloisa Helena e ALMEIDA, Vitor. *A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional*. In: Gustavo Tepedino; Ana Carolina Brochado Teixeira; Vitor Almeida. (Org.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil - Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional (IV Congresso do IBDCVIL)*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, v. 1, p. 37-50.

9 PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cermi. Madrid: Cinca, 2008, p. 37.

10 PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad*, ob. cit., p. 67.

início, se voltavam para as funções que as pessoas com deficiência não podiam realizar, subestimando-se suas aptidões para trabalhar. A preocupação com as deficiências - e não com as potencialidades - das pessoas qualificava-as como inválidas, quando comparadas com as pessoas "normais". Desse modo, muitas pessoas com deficiência encontram na seguridade social ou no emprego protegido seu único meio de sobrevivência. Esse tipo de recurso seria dispensável em muitos casos se não houvesse uma conduta paternalista e discriminatória por parte da sociedade. Como observa Agustina Palacios, não obstante a assistência social, as vicissitudes do modelo anterior perderam e muitas pessoas com deficiência se tornam objeto de diversão, como única opção para sobreviver ¹¹.

Não obstante beneficiar as pessoas com deficiência, muitas foram as críticas feitas ao “modelo reabilitador”, notadamente na década de 1960, no qual havia com frequência verdadeira obstinação em “normalizar” o indivíduo. Todavia, mesmo “normalizada”, a pessoa não se livrava do estigma da deficiência e sua discriminação era mantida. Na verdade, mudanças eram promovidas na pessoa com deficiência, mas o ambiente em que vivia permanecia intacto. Assim sendo, o problema continuava sendo da pessoa com deficiência e a sociedade se mantinha inerte e imutável.

O “modelo social”, diversamente dos anteriores, identifica a deficiência não mais como um problema exclusivamente individual, mas como uma “resultante” da interação entre um impedimento de uma pessoa e uma barreira existente na sociedade. Essa “resultante” é expressamente mencionada pela CDPD, que reconhece ser a deficiência um conceito em evolução, e que a deficiência **resulta da interação** entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas¹².

De acordo com a CDPD, **pessoas com deficiência são** aquelas que têm **impedimentos de longo prazo** de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em **interação** com diversas **barreiras**, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (art. 1). O modelo social compreende e procura atender a deficiência a partir dessa concepção.

Efetivamente, como esclarece Romeu Kazumi Sassaki, os problemas das pessoas com deficiência não estão nelas tanto quanto estão na sociedade,

11 PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad*, ob. cit., p. 68.

12 CDPD, Preâmbulo, letra e. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm - Acesso: 08.01.2018.

que é chamada em razão dos problemas que cria para essas pessoas, “causando-lhes incapacidade (ou desvantagem) no desempenho de papéis sociais” em virtude das barreiras que impedem o acesso a serviços, lugares, informações e bens necessários ao desenvolvimento de suas potencialidades.¹³

Constata-se, à luz do modelo social adotado pela CDPD, que a deficiência não é apenas um problema individual, mas também, e de modo importante, um problema social que exige, portanto, intervenções na sociedade. Suas causas, como visto, não são religiosas, nem apenas médicas, uma vez que é sobretudo na **interação** com a sociedade, no confronto com as **barreiras**¹⁴ que são impostas a pessoas que têm **impedimentos** que em muitos casos emergem os problemas. Dito de outra forma, a fonte dos problemas não está apenas nos impedimentos, isto é, nas restrições ou faltas (diferenças) individuais, mas também na sociedade que não tem os meios/serviços/instrumentos adequados para que as pessoas com deficiência possam se incluir no meio social.

A CDPD prevê vários instrumentos para que a interação que se objetiva seja efetivada, dentre os quais merecem destaque a prestação de apoio, em diferentes situações e modalidades, e o fornecimento de adaptações razoáveis. O EPD, elaborado com base na CDPD, procura regulamentar as normas da CDPD, e, para tanto, promoveu modificações em cerca de vinte leis para adequá-las ao modelo social de deficiência.

Embora a CDPD se encontrasse em vigor no Brasil, como acima indicado, desde 25 de agosto de 2009, seus efeitos somente se fizeram sentir efetivamente a partir da vigência do EPD, em 2016, ante a expressa derrogação de importantes dispositivos do CC, mais precisamente, daqueles que faziam, do modo discriminatório, expressa menção às deficiências mentais e intelectuais. A afirmação da plena capacidade, em especial dessas pessoas, vem causando tormentoso debate sobre a possibilidade e limites de sua interdição.

Embora de todo cabíveis, os questionamentos existentes não devem procurar o retorno ao regime anterior de incapacidade absoluta, o que constituiria um injustificável retrocesso, mas sim o encontro de repostas que amparem a emancipação e inclusão das pessoas com deficiência que constituem o grande objetivo da CDPD e do EPD.

13 SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*, Rio de Janeiro: WVA, 1997, pp. 44-45.

14 O EPD (art. 3º, IV) considera como barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança.

2. AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO CIVIL: QUESTÕES E SOLUÇÕES.

Na linha dos referidos debates, forte impacto provocou a nova redação dada ao art. 3º da Lei Civil, que considera absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil apenas os menores de 16 (dezeses) anos. Afastada foi a menção à enfermidade, à deficiência mental, ou à falta de discernimento como causa da incapacitação em diversos artigos do CC, por ser discriminatória.

Cabe observar que a referência expressa à enfermidade ou à deficiência mental, anteriormente existente no art. 3º do CC, induzia presumir que a falta de discernimento, situação que de fato nem sempre ocorre e que gera infundáveis discussões periciais¹⁵, sempre em prejuízo daquele que tem suas “faculdades mentais” questionadas. Como é notório, a simples dúvida em tais casos imprime o estigma da “anormalidade”, ainda que a pessoa venha a ser considerada “apta” para a prática de atos da vida civil. Servem de bom exemplo dessas situações as enfermidades que se apresentam no processo de envelhecimento, que nem sempre suprimem o discernimento. Contudo, para o senso comum, pessoas acima de 75 ou 80 anos não podem praticar atos jurídicos, como fazer ou alterar testamento, outorgar mandato e dispor de seus bens. Na verdade, de certo modo, assim também entende o legislador, ao impor o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos¹⁶.

Por ser considerada igualmente discriminatória, foi modificada a redação do art. 4º do CC para excluir do rol das pessoas incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: a) as pessoas que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; e b) as pessoas excepcionais, sem desenvolvimento mental completo¹⁷. Em lugar desses últimos, poderá ser considerada relativamente incapaz toda e qualquer pessoa que, “por causa transitória ou permanente”, não puder exprimir sua vontade.

Com essas alterações, o EPD dá fiel cumprimento à CDPD, ao reconhecer que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal¹⁸ em

15 Os termos “deficiência mental” e a “discernimento” sempre foram de tormentosa interpretação e aplicação. Sensíveis a essa dificuldade e à distinção não justificada, doutrina e jurisprudência haviam ampliado a aplicação do art. 1.772, hoje revogado, a casos ali não expressamente previstos. Sobre o assunto ver ABREU, Celia Barbosa. *Curatela e Interdição Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

16 Código Civil, art. 1.641, II.

17 Restou inalterado o inciso IV relativo aos pródigos e substituída foi a palavra “índios”, constante da redação do vigente parágrafo único, do art. 4º, pelo termo “índigenas”.

18 O EPD utiliza as expressões “capacidade civil” (art. 6º) e “capacidade legal” (art. 84), que se encontra na CDPD (art. 12, 2 a 4), e não alterou a designação “capacidade” existente no Código Civil. As citadas expressões são aqui consideradas sinônimas e correspondentes ao termo “capacidade” de larga utilização pela doutrina brasileira.

igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Nos termos do art. 6º do EPD, a deficiência não afeta a plena capacidade civil, inclusive para estabelecer todas as relações existenciais, expressamente as familiares, como casar, ter filhos, bem como de preservar sua fertilidade, vedando-se a esterilização compulsória¹⁹. Em consequência da plena capacidade para casar, foi derogado o inciso I do art. 1.548, e incluído o § 2º no art. 1.550, ambos do CC, e confirmada a validade, em princípio, do casamento contraído por pessoas com deficiência mental ou intelectual, na forma da lei.

Ratificando, igualmente, a plena capacidade legal das pessoas com deficiência, o art. 84 do EPD assegura seu direito ao exercício de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, admitindo o art. 85 sua submissão à curatela, quando necessário, conforme a lei. De acordo com o § 3º do art. 84, a definição de curatela de pessoa com deficiência constitui **medida protetiva extraordinária**, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e deve durar o menor tempo possível.

Nos termos do art. 85, a curatela afeta tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, e não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (§ 1º). Reafirma o § 2º do mesmo artigo constituir a curatela medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

O EPD pôs fim, desse modo, aos efeitos “genéricos” da curatela das pessoas absolutamente incapazes, que se estendiam francamente às relações existenciais, na medida em que o curador substituía o curatelado em todos os atos da vida civil, por presumidamente saber o que lhe seria melhor, sendo inválidos os atos existenciais e patrimoniais que viesse a praticar sem representação por curador.

O EPD abrange, como visto, as deficiências físicas, sensoriais e mentais ou intelectuais, mas são essas duas últimas que maiores indagações provocam por envolverem, em muitos casos, condições fáticas para exercício da autonomia e tomada de decisão. Em qualquer caso e com qualquer pessoa, será possível a declaração de incapacidade relativa

19 Sobre o direito a estabelecer as mencionadas relações familiares, ver BARBOZA, Heloisa Helena e ALMEIDA, Vitor. *O direito de constituir família da pessoa com deficiência intelectual: requisitos e limites*. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira; Antônio Carlos Mathias Coltro. (Org.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*. 1ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2017, v. 1, p. 229-242. Ver também comentários ao art. 6º do EPD, BARBOZA, Heloisa Helena e ALMEIDA, Vitor, in *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à Luz da Constituição da República*. Prelo.

da pessoa com deficiência que, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade.

Em consequência, os efeitos da extinção da incapacitação absoluta nessas hipóteses acabam por atingir indiscriminadamente as relações jurídicas existenciais e patrimoniais, gerando complexas questões quanto à aplicação do CC. É o que se constata com relação à invalidade dos atos praticados por pessoa com deficiência mental ou intelectual, os quais estão excluídos, em princípio, da incidência do art. 166, I²⁰, visto que apenas os menores de dezesseis anos são considerados absolutamente incapazes.

Igual indagação deve ser feita quanto à possibilidade de declaração de nulidade do casamento, que somente pode ocorrer por infringência de impedimento, conforme a vigente redação do art. 1.548²¹ do CC.

Como já se defendeu anteriormente²², a afirmativa de que os direitos da pessoa com deficiência, em particular os existenciais, são intangíveis há de ser entendida nos limites da razoabilidade. O respeito a esses direitos não deve significar o abandono da pessoa a suas próprias decisões, quando se sabe não haver notoriamente condições de tomá-las, por causas físicas, sensoriais ou mentais. Afinal, a preservação da plena capacidade das pessoas com deficiência não se pode dar com sacrifício de **sua proteção e dignidade**.

Em consequência, a possibilidade de interdição do exercício dos direitos, inclusive dos existenciais, deve ser admitida apenas em caráter excepcional, em decorrência e por força de previsão constitucional, através de decisão judicial, sempre proferida para proteção ou benefício e no interesse da pessoa com deficiência. O excepcional impedimento para prática de algum ato poderá se dar também para proteção de terceiro, de que é exemplo a criança, cujo superior interesse deverá prevalecer, conforme determina o art. 23, 2, da CDPD. Lembre-se que a admissão da curatela, exclusivamente para fins patrimoniais, já constitui medida extraordinária.

Destaque-se que o propósito da CDPD é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente (artigo 1). O exercício dos direitos existenciais,

²⁰ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; [...]

²¹ O inciso I, do art. 1.548, que considerava nulo o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, foi expressamente revogado pelo EPD (art. 114).

²² BARBOZA, Heloisa Helena e ALMEIDA, Vitor. *A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: Joyceane Bezerra de Menezes. (Org.). *Direitos das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 1ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016, pp. 249-274.

como lhes é próprio, depende da declaração de vontade, em alguns casos de expresso consentimento da pessoa com deficiência. Este é o caso do direito de constituir família, que tem como base o livre e pleno consentimento dos pretendentes (CDPD, art. 23, 1, a).

A aplicação das normas da CDPD, em especial nas situações excepcionais, deve ser feita à luz do princípio da norma mais favorável, como prevê o art. 4º, nº 4, da CDPD:

4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

O citado princípio foi adotado pelo STF como critério hermenêutico na aplicação da CDPD, como se vê no acórdão proferido no RMS 32732 AgR /DF ²³:

[...] HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - O Poder Judiciário, no exercício de sua atividade interpretativa, deve prestigiar, nesse processo hermenêutico, o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional de direitos humanos como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), extraíndo, em função desse postulado básico, a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana.[...]

23 Precedentes no STF: HC 93.280/SC; HC 96772 /SP; HC 90450 /MG; RMS 32732 AgR /DF. Disponível: www.stf.jus.br – Acesso 20.12.2017.

As respostas para os problemas postos pelo EPD encontram-se na CDPD, vale dizer, na Constituição da República e, sob essa orientação, na interpretação harmônica do CC e do CPC.

3. PROCESSO DE INTERDIÇÃO: INTERPRETAÇÃO DO CPC À LUZ DO MODELO SOCIAL.

A limitação dos efeitos da curatela das pessoas com deficiência aos atos de natureza patrimonial e negocial instaurou o debate quanto à forma de se conferir proteção às pessoas com deficiência, que não têm condições físicas, sensoriais ou intelectuais de exercer seus direitos, em particular os de cunho personalíssimo, como o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. Questiona-se a possibilidade de interdição dessas pessoas, a partir do momento em que têm assegurada sua plena capacidade.

A primeira leitura do CPC, ainda durante o período de *vacatio legis* e sob forte influência do EPD, induzira a compreensão de que a Lei Processual não reconhecia a plena capacidade das pessoas com deficiência, em desafio à CDPD. Contudo, o reexame da matéria em razão das modificações promovidas pelo CPC na Lei Civil, revelou que, ao contrário da impressão inicial, o CPC tem papel de grande importância na proteção e emancipação das pessoas com deficiência.

O CC regulamenta a Curatela dos Interditos, indicando no art. 1.767 as pessoas que estão sujeitas a curatela, a saber: aquelas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, os pródigos²⁴. Em sua nova formulação, o capítulo do CC sobre a matéria contém apenas seis disposições sobre a Curatela dos Interditos, nada dispendo sobre a interdição propriamente dita, que restou disciplinada apenas pelo CPC, que trata do processo de interdição a partir do art. 747²⁵.

Considerando que o CPC foi sancionado antes do EPD, melhor seria se o Estatuto, elaborado expressamente com base na CDPD, tivesse incluído disposições específicas para a curatela e interdição das pessoas com deficiência, as quais contemplassem, de modo mais direto e claro, as peculiaridades

²⁴ O EPD harmonizou o art. 1.767 com as disposições da Parte Geral do CC (art. 3º e 4º).

²⁵ O instituto da curatela está regulamentado pelo CC (Livro IV, Título IV, Capítulo II), que trata da curatela dos interditos e da curatela do nascituro (arts. 1.767-1.778 e 1.779), não se cogitando de interdição nesta última hipótese; a Interdição é tratada pelo CPC (Parte Especial, Livro I, Título III, Capítulo XV - Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária, Seção IX - Da Interdição, art. 747-758).

das situações de deficiência e disciplinassem a Tomada de Decisão Apoiada²⁶, que não tem regulamentação procedimental própria.

Encontra-se em tramitação o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 757/2015, que altera o CC, o CPC e o EPD, para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada²⁷. Observa-se que o mencionado PLS retoma o discernimento como critério para aferição da capacidade.

A ausência de normas regulamentadoras da curatela e interdição de pessoas com deficiência exige do intérprete atento trabalho, a ser feito à luz dos princípios da CDPD, para que não se perversa o propósito de proteção dessas pessoas em sua dignidade. É o que se constata, quando do confronto do art. 4º, III, do CC, norma geral a ser aplicada a todas as pessoas que não podem exprimir sua vontade (tenham ou não deficiência²⁸), com o disposto no art. 84 c/c art. 85 e § 1º do EPD, norma especial destinada às pessoas com deficiência. A se considerar que (i) as pessoas referidas no art. 4º, III, estão sujeitas à curatela, conforme art. 1.767, I, do CC, e que (ii) a restrição estabelecida no art. 85 e § 1º do EPD deve se aplicar às pessoas com deficiência, chega-se à esdrúxula conclusão de que as pessoas com deficiência estariam excluídas da proteção integral que a curatela pode propiciar às pessoas que não podem exprimir sua vontade, e que inclui direitos existenciais, como os atinentes às relações familiares.

Impõe-se, todavia, e até que o legislador se pronuncie, dar cumprimento às normas existentes para fins de proteção e inclusão das pessoas com deficiência, sob franca orientação constitucional da CDPD.

O CPC, diante do acanhamento do CC e do silêncio do EPD, parece melhor se adequar às diretrizes da CDPD, ao ensejar uma aplicação individualizada nas situações de deficiência, como se constata. O art. 749 do CPC estabelece que incumbe ao requerente da curatela especificar na petição inicial os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus

26 A Tomada de Decisão Apoiada constitui um dos instrumentos de apoio das pessoas com deficiência, para prática de atos da vida civil. É tratada no art. 1.783-A, introduzido no CC pelo EPD (art. 116).

27 Disponível em www.senado.gov.br – Acesso em 20.12.2017.

28 A distinção entre causa transitória e permanente para caracterização da incapacidade relativa (CC, art. 4º, III) e aplicação (ou não do EPD) está vinculada à noção de tempo e na prática certamente pode tornar-se tormentosa. Parece mais razoável, tanto ou mais do que perquirir a causa, verificar a situação individual, segundo um critério de aferição da *funcionalidade*, conforme a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF; aprovada pela OMS-Organização Mundial de Saúde, por meio da Resolução WHA54.21, de 22 de maio de 2001. Disponível em http://www.periciamedicadf.com.br/cif2/cif_portugues.pdf - Acesso: 30.08.2017. Sobre o assunto ver comentários ao art. 84 do EPD, BARBOZA, Heloisa Helena e ALMEIDA, Vitor, in *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à Luz da Constituição da República*. Prelo.

bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou. O juiz deve entrevistar minuciosamente o interditando sobre sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos, e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil (art. 751). A prova pericial, que pode (deve) ser feita por equipe multidisciplinar, se destina a avaliar a capacidade do interditando para praticar atos da vida civil (art. 753, § 1º), tanto ou mais do que seus impedimentos. O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela (art. 753, § 2º)²⁹. O juiz, na sentença que decretar a interdição, nomeará curador a pessoa que melhor possa atender aos interesses do curatelado, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interditado, suas características pessoais, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências (art. 755 e § 1º). O exame dessas potencialidades e habilidades é de grande importância, não apenas para a proteção, como para a inclusão do curatelado, podendo efetivamente promover sua emancipação.

Atento ao princípio de respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas com deficiência (CDPD, art. 3, a), determina o CPC que o curador busque tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interditado (art. 758).

O CPC preserva, como se constata, a natureza de medida extraordinária da curatela, porém, de modo mais abrangente, avalia a capacidade do interditando para praticar atos da vida civil, sem distinção entre atos existenciais e patrimoniais, para fixar os limites da curatela. Por conseguinte, à luz do CPC, que teve vigência posterior à do EPD e deve prevalecer, a decretação da interdição e fixação dos limites da curatela se vinculam ao estado e ao desenvolvimento mental do interditado, suas características pessoais, observadas suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, como prevê o art. 755, I e II, do CPC. A verificação quanto a ser a causa do impedimento da pessoa temporária ou permanente, e sua consequente qualificação como pessoa com deficiência, perde sua predominância e acaba por melhor protegê-la. Trata-se, sem dúvida, de uma “curatela sob medida”³⁰, que se estabelece a partir das características pessoais do interditado, observando suas

²⁹ Cabe indagar se igual procedimento não deveria ser adotado nos procedimentos relativos à Tomada de Decisão Apoiada.

³⁰ ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas* - Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 545-568.

potencialidades, habilidades, vontades e preferências, e na proporção da sua necessidade de apoio.

Nesses termos e com fundamento nos princípios constitucionais indicados no item anterior, com o objetivo de atender os interesses do interditando, especialmente para fins de sua proteção, a curatela poderá – em caráter excepcional – afetar situações de natureza existencial da pessoa curatelada, inclusive no caso de pessoas com deficiência.

A escolha do curador deve recair sobre a pessoa que melhor possa atender aos interesses do curatelado, mesmo no caso de pessoa em situação de institucionalização. Nessa hipótese, o juiz deve dar preferência à pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado, conforme prevê o § 3º do art. 84 do EPD. Cumpre observar, todavia, que a institucionalização deve ser evitada, devendo as pessoas que não podem exprimir sua vontade receber todo o apoio necessário para ter preservado, o tanto quanto possível, seu direito à convivência familiar e comunitária, como prescreve o art. 1.777 do CC.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Finda a incapacidade absoluta de pessoa maior no direito brasileiro, o reconhecimento da incapacidade relativa de uma pessoa e a consequente decretação de sua interdição é medida extraordinária e se legitima apenas como medida de proteção, ainda que não se trate de pessoa com deficiência. No caso de pessoa com deficiência, além da proteção, a interdição e curatela se justificam sobretudo como medida de apoio, para permitir-lhe o exercício de direitos, como deixa claro o Estatuto (art. 84, § 3º). Só tem cabimento, portanto, quando insuficientes ou inexistentes os meios de proteção dos interesses da pessoa que será curatelada.

Por tais razões, embora se entendendo possível a interdição e curatela que alcancem relações existenciais, mesmo no caso de pessoas com deficiência, a interdição só deve ser deferida de modo proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, não parecendo compatíveis com a orientação constitucional decisões que defiram interdições/curatelas “genéricas”, que confirmam amplos poderes sobre “pessoa e bens” do curatelado. O mesmo deve-se dizer em relação às pessoas que se encontrem impedidas de exprimir sua vontade, em situações sabidamente temporárias, como as que decorrem de tratamento médico ou cirúrgico. É de todo indispensável observar com minúcia as circunstâncias e necessidades de cada caso, para que se encontre a proporção

que atenda o melhor interesse do curatelado. Para tanto, de grande valia pode ser a utilização da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – **CIF**, em conjunto com a **CID** - Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, frequentemente designada pela sigla CID (oriunda da denominação original em inglês).

Embora o curador não tenha poder sobre o corpo do curatelado, tem ele o dever de cuidar do interdito nos limites do necessário para a proteção do mesmo. Interferências severas ou irreversíveis sobre o corpo do interdito só devem ser realizadas com autorização judicial, como amputações ou esterilizações, e somente se justificam diante da falta de alternativa e quando de todo indispensáveis à preservação da saúde do curatelado, especialmente em caso de deficiência mental ou intelectual. A manutenção deste tipo de procedimento se admite, contudo, sob novos princípios, dentre os quais se destaca o respeito à vontade do curatelado o quanto possível. O juiz, o Ministério Público e o curador serão os responsáveis diretos pela preservação dos direitos do curatelado.

Até que venham a ser alteradas por lei própria, que deverá observar a CDPD, os institutos da interdição e da curatela estão em vigor não apenas em decorrência dos expressos termos do CC, do EPD e do CPC, mas principalmente por serem destinados à proteção da pessoa que precisa de apoio para a prática de certos atos ou à maneira de os exercer.

No tocante à incapacidade, em particular das pessoas com deficiência, o CC, a CDPD, o CPC e o EPD, desde que aplicados sob orientação das normas constitucionais, contêm os meios da proteção que lhes é devida. Neste cenário, o CPC se destaca por disciplinar os instrumentos necessários e eficientes para que todas as pessoas, em especial as pessoas com deficiência mental ou intelectual, possam ter uma vida digna.

O presente trabalho foi desenvolvido no âmbito do projeto interdisciplinar e interinstitucional (UFRJ, UFF, UERJ e FIOCRZ) denominado “Uma perspectiva de justiça mais inclusiva: aplicação do enfoque dos funcionamentos à saúde, à educação, à tecnologia e aos direitos de pessoas com deficiências”, aprovado pelo Programa de Apoio à Pós-Graduação e à Pesquisa Científica e Tecnológica em Tecnologia Assistiva no Brasil (PGPTA), por ocasião do Edital “Tecnologia Assistiva no Brasil e Estudos sobre Deficiência (PGPTA) Nº 59/2014”, cujos autores atuam, respectivamente, como Coordenadora Associada da Instituição UERJ e pesquisador vinculado ao projeto em andamento. ❖

As Súmulas 213 e 461 do STJ e a Súmula 271 do STF: O Mandado de Segurança e a Compensação Tributária

Cassio Scarpinella Bueno

Advogado formado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), instituição na qual obteve os títulos de Mestre (1996), Doutor (1998) e Livre-docente (2005) em Direito Processual Civil, todos com a nota máxima, e onde exerce as funções de Professor-Doutor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado. Foi Visiting Scholar da Columbia University (Nova York) no ano acadêmico de 2000/2001. É Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual, membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e membro da Associação Internacional de Direito Processual. Integrou a Comissão Revisora do Anteprojeto de CPC de 2015 no Senado Federal e participou dos Encontros de Trabalho de Juristas sobre o Projeto de CPC de 2015 no âmbito da Câmara dos Deputados. É autor de 21 livros, dentre os quais destacam-se os mais recentes, publicados pela Editora Saraiva: Manual de direito processual civil (em volume único) e Novo Código de Processo Civil anotado. Escreveu mais de 85 livros em coautoria e mais de 90 artigos científicos, alguns publicados em revistas estrangeiras. Desenvolve intensa atividade acadêmica, como palestrante e conferencista, no Brasil e no exterior.

1. PALAVRAS INICIAIS

O presente trabalho pretende analisar a compatibilidade das Súmulas 213 e 461 do Superior Tribunal de Justiça com a Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal.

O tema é oportuníssimo considerando, dentre tantos fatores, a circunstância de o novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, estabelecer uma complexa disciplina de “precedentes”¹ – ou, como venho preferindo fazer referência, de “direito jurisprudencial”² – que, em última análise, quer viabilizar a previsibilidade, a isonomia e a segurança jurídica, princípios fundantes das relações tributárias.

É o que decorre, com todas as letras, do *caput* e do inciso IV de seu art. 927, *verbis*. “Os juízes e tribunais observarão: (...) IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;”.

2. AS SÚMULAS

As Súmulas que interessam ao desenvolvimento do presente trabalho, anunciadas em ordem cronológica, têm os seguintes enunciados:

“Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria” (Súmula 271 do STF).

“O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária” (Súmula 213 do STJ).

“O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado” (Súmula 461 do STJ).

Como se pode verificar da leitura de seus enunciados, o mandado de segurança é considerado “ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária” (Súmula 213 do STJ)³. Declarado o direito ao indébito

1. Para uma análise dessa perspectiva do CPC de 2015, consultar, com proveito, os seguintes autores: Cláudia Aparecida Cimardi, *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro*, p. 234/315; Ronaldo Cramer, *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*, p. 192/198; William Pugliese, *Precedentes e a civil law brasileira*, p. 93/99; Hélio Ricardo Diniz Krebs, *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*, p. 156/178; Peter Panutto, *Precedentes judiciais vinculantes*, p. 159/191, e Gustavo Santana Nogueira, *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*, p. 227/253.

2. Para a devida justificativa, v. meu *Manual de direito processual civil*, p. 700/708, e meu *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 817.

3. Questão diversa é saber se é viável a concessão de liminar que defira compensação tributária. Trata-se de prática vedada pela Súmula 212 do STJ (“A compensação de créditos tributários não pode ser defendida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”), tema que também é previsto expressamente pelo art. 1º, § 5º, da Lei n. 8.437/1992, no § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 — que foram generalizados para a tutela provisória do CPC de 2015 mercê de seu art. 1.059 —, além de encontrar eco no art. 170-A do Código Tributário Nacional. É também sumulado no STJ o entendimento de que não cabe mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte (Súmula 460: “É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte”). A razão fundante dos precedentes desta Súmula é no sentido de que a questão reclamaria *invariavelmente* revolvimento fático estranho aos limites do mandado de segurança. A *generalização* do entendimento, com o devido respeito, não pode ser aceite, merece necessário (e inafastável) exame casuístico. Para esta específica discussão, v. James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 572/579.

tributário, é direito do contribuinte optar por recebê-lo, tal qual lhe tenha sido reconhecido pela decisão transitada em julgado, por meio de precatório ou por compensação (Súmula 461 do STJ).

A Súmula 271 do STF dispõe que a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito e que, por isso, devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria⁴.

Para verificar como tais diretrizes podem ser combinadas, é o caso de iniciar a exposição tratando dos possíveis efeitos patrimoniais decorrentes da concessão de mandado de segurança.

3. REPERCUSSÕES PATRIMONIAIS EM MANDADO DE SEGURANÇA

Sobre a vedação do assunto tratado da Súmula 271 do STF, cabe destacar dispositivo introduzido no ordenamento jurídico pela Lei n. 12.016/2009, a chamada “nova lei do mandado de segurança”.

O § 4º do art. 14 daquela Lei estabelece que “o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”.

Trata-se da disciplina que ocupava o art. 1º, *caput*, da Lei n. 5.021/1966 – expressamente revogada pelo art. 29 da Lei n. 12.016/2009 – e que continua a garantir que a concessão de mandado de segurança que diga respeito a vantagens pecuniárias envolverá as prestações que se venceram desde a impetração. Diferentemente do que dispunha o § 3º do art. 1º da Lei n. 5.021/1966, nenhuma palavra é dita com relação às prestações que se vencerem *antes* do “ajuizamento da inicial”⁵.

O legislador mais recente, por certo, deixou-se influenciar pelas Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal ou, quando menos, pelas suas costumeiras *interpretações*, cujos enunciados já foram destacados no item 2, *supra*.

4. É comum a associação da Súmula 271 do STF com a Súmula 269 do mesmo Tribunal, que tem o seguinte enunciado: “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”.

5 Era a seguinte redação daquele dispositivo: “§ 3º. A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculo (arts. 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal.” Os referidos artigos do Código de Processo Civil de 1939 equivalem, na atualidade, ao art. 524 do CPC de 2015, isto é, a memória de cálculo para demonstração do *quantum debeatur* na execução por quantia certa contra devedor solvente. O art. 204 da Constituição Federal de 1946, por sua vez, é o atual art. 100 da Constituição Federal, de 1988 que disciplina as regras que devem ser observadas para a execução contra a Fazenda Pública.

E mais: conquanto seja vedada a concessão de liminar em mandado de segurança para pagamento de vantagens funcionais a servidor público (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009), é coerente o entendimento de que, admitindo a implementação da vantagem somente a final, levando em conta os valores devidos desde a impetração, todos os valores eventualmente devidos estariam compreendidos no dispositivo em exame. Não é assim necessariamente, contudo. Pode ocorrer — e a prática demonstra que é esta a regra — que tenha havido anterior desconto indevido nos vencimentos e/ou nas vantagens pecuniárias do servidor público e que seja essa lesão já *consumada* que justifica a necessidade de o servidor público ingressar em juízo.

Pena que o legislador não tenha verificado que a Lei n. 5.021/1996 era norma jurídica *posterior* às duas destacadas Súmulas do STF e que, por isso mesmo, já deveria *prevalecer* para a regência da matéria⁶.

É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a ampla maioria da doutrina e da jurisprudência dos nossos Tribunais sempre entenderam que as diretrizes sumulares prevaleciam sobre aquela disciplina legislativa. É esta a razão, não há por que duvidar, que quer justificar a inserção do § 4º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009⁷.

Não é menos certo, todavia, que parcela da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça começava a trilhar caminho diverso, aplicando à hipótese descrita (pagamento por intermédio de mandado de segurança) à espécie as normativas legais apontadas, *combinando*, adequadamente, os diversos efeitos extraíveis de uma decisão concessiva do mandado de segurança: reconhecida a ilegalidade ou a abusividade relativa ao pagamento dos vencimentos de um servidor público, permite-se que essa mesma ilegalidade ou abusividade seja *reparada por inteiro*, desde o instante em que ela foi verificada — desde quando se constatou a *lesão a direito*, portanto, no plano material —, independentemente de ela coincidir, ou não, com a data do “ajuizamento da inicial”.

Tive a oportunidade de demonstrar o acerto desta última afirmação em outro trabalho de minha autoria, do qual extraio os seguintes trechos:

“Não obstante as considerações acima e sem prejuízo das considerações que encerraram o Título anterior, anima-me tecer

6. Para esta demonstração, consultar o meu *Mandado de segurança*, p. 306-318, e, mais recentemente, meu *A nova lei do mandado de segurança*, p. 120-125.

7. Foi o que escrevi no meu *A nova lei do mandado de segurança*, p. 120-125.

algumas considerações à luz de julgados mais recentes, em especial do Superior Tribunal de Justiça.

Este Tribunal (STJ, 1ª Turma, REsp 591.044/BA, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 18-10-2005, *DJ*, 14-11-2005, p. 186) vem admitindo a distinção *processual* das obrigações de *fazer* e de *pagar*. Assim, por exemplo, no que diz respeito ao creditamento de correção monetária em contas *ativas* do FGTS. Em casos como estes, por se tratar de obrigação de fazer, é possível o implemento da decisão judicial pelo art. 461 do Código de Processo Civil. Já nos casos de conta *inativa*, como a tutela jurisdicional volta-se ao passado, é mister o emprego dos mecanismos de execução tradicionais. Trata-se, não há como negar, da *mesma* tese que sustentei acima quanto à combinação das eficácias “mandamental” e “condenatória” com a distinção que, particularmente, parece-me que esta junção decorre do próprio art. 1º, § 3º, da Lei n. 5.021/66.

Em outras situações, o Superior Tribunal de Justiça (assim, *v.g.*: 1ª Seção, MS 12.026/DF, rel. Min. Denise Arruda, j.m.v. 22-11-2006, *DJ*, 18-12-2006, p. 281; 1ª Seção, MS 11.506/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 14-6-2006, *DJ*, 7-8-2006, p. 197; 3ª Seção, MS 11.799/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 13-9-2006, *DJ*, 9-10-2006, p. 258; STJ, 3ª Seção, MS 11.186/DF, rel. Min. Felix Fischer, j.un. 8-2-2006, *DJ*, 13-3-2006, p. 181; STJ, 3ª Seção, AgRg no MS 10.687/DF, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j.m.v. 9-11-2005, *DJ*, 6-3-2006, p. 154), forte em precedente do Supremo Tribunal Federal (STF, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, RMS 24.953/DF, j.un. 14-9-2004, *DJ*, 1ª-10-2004, p. 37), tem sustentado que não consubstancia ação de cobrança o mandado de segurança que visa a sanar omissão quanto ao cumprimento integral da portaria que reconhece a condição de anistiado político, inclusive no tocante ao pagamento da parcela relativa a valores *pretéritos*, cujo montante devido encontra-se expressamente previsto em ato administrativo. Também nestes casos, similarmente ao que escrevi acima, embora tenha acabado por prevalecer o entendimento de que a concessão do mandado de segurança não pode ser obstaculizada só porque a *lesão* já ocorrida a direito líquido e certo envolve o *dever* de pagamento de valores.

A 2ª Turma do STJ (REsp 736.172/AL, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 14-8-2007, *DJ*, 23-8-2007, p. 244) já teve oportunidade de entender cabível mandado de segurança contra ato administrativo que determina a retenção de valores nas faturas mensais relativas à prestação de serviço, descabida a alegação de se tratar de ação de cobrança e a busca de reparação de situações pretéritas. Até porque, como a relatora aponta em seu voto, a impetração deu-se dias após a prática do ato apontado como coator. Aqui, como nos casos mencionados no parágrafo anterior, “Não se trata, pois, de ação de cobrança porque o efeito patrimonial será mera consequência do desfazimento do ato coator”.

Nesse mesmo acórdão, além do já mencionado MS 12.026/DF, são referidos outros julgados em que a tese relativa ao descabimento do mandado de segurança diante das Súmulas 269 e 271 do STF foi rejeitada sob o argumento de que eventuais efeitos patrimoniais são *consequência* natural do reconhecimento da ilegalidade ou da abusividade do ato questionado pelo impetrante e não *causa* da impetração.

São eles: STJ, 5ª Turma, REsp 747.676/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 22-5-2007, *DJ*, 11-6-2007, p. 354, que entendeu cabível o mandado de segurança contra ato de indeferimento de pedido de conversão de licença-prêmio em pecúnia; STJ, 1ª Turma, REsp 644.789/CE, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 14-11-2006, *DJ*, 4-12-2006, p. 264, que entendeu cabível o mandado de segurança para que a autoridade coatora admitisse os créditos presumidos do contribuinte e apreciasse pedido administrativo de ressarcimento em moeda corrente de tributos indevidos, afastando a incidência de írritas Instruções Normativas; STJ, 6ª Turma, REsp 571.856/PR, rel. Min. Paulo Medina, j.un. 17-2-2004, *DJ*, 15-3-2004, p. 312, que admitiu o mandado de segurança para questionar a retenção indevida de pensão previdenciária, e, por fim, STJ, 1ª Turma, REsp 410.371/DF, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 2-10-2003, *DJ*, 3-11-2003, p. 248, que entendeu pertinente o emprego do mandado de segurança para pleitear a devolução de valores apropriados indevidamente pelo Banco Central do Brasil.

Neste último acórdão, faz-se, ainda, menção ao REsp 29.950/SP, da 6ª Turma do STJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j.un. 14-12-1992, *DJ*, 1ª-3-1993, p. 2537, em cuja ementa se lê que “Não se pode, em mandado de segurança, deduzir fato gerador de direito de crédito para reclamar pagamento. A Lei n. 5.021/66 veda, no *mandamus*, pedir ‘vencimentos e vantagens pecuniárias’. Diferente, entretanto, se a causa de pedir for ilegalidade da

sanção administrativa aplicada. No caso, concedida a segurança, repõe-se a situação jurídica anterior, em consequência, também o pagamento do que fora ilegalmente suspenso. A prestação jurisdicional cumpre ser exaustiva, no sentido de repor, às inteiras, quanto possível, o direito reconhecido”. A orientação prevaleceu em outros oito acórdãos relatados pelo mesmo Ministro entre os anos de 1995 e 1999.

A análise de cada um desses acórdãos revela que toda vez que o mandado de segurança é empregado para afastar qualquer ilegalidade, mesmo que para “declarar” que determinado ato praticado pelo Estado-administração é um ato ilegal ou abusivo de poder, seus efeitos mandamentais, isto é, a *ordem* para que cesse a ilegalidade ou a abusividade, são a ele inerentes. E mais: que esta *ordem* inerente à *declaração* não é óbice para eventuais aspectos patrimoniais que as decisões jurisdicionais, inclusive a do mandado de segurança, podem assumir mesmo que *retroativamente* e como consequência “natural” da declaração de ilegalidade ou de abusividade. A “ordem” – o que, em geral, é chamado de “mandamento”, “sentença mandamental”, “eficácia mandamental” – que caracteriza o mandado de segurança não é arredia, muito pelo contrário, a outras eficácias, a outros efeitos, a ela complementares, a ela inerentes, assim a *declaração* da ilegalidade ou abusividade do ato administrativo contrastando eventuais efeitos patrimoniais decorrentes daquela declaração, daquele reconhecimento.”⁸.

Neste sentido, retomando a exposição, é frustrante verificar no § 4º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009 regra *restritiva*, que exclui do mandado de segurança os efeitos *pretéritos*, embora de cunho patrimonial, relativos à abusividade ou ilegalidade, tais quais declaradas na sentença *concessiva* do mandado de segurança. Efeitos estes que deverão ser buscados pela “via administrativa” ou pela “via jurisdicional” apropriada, bem ao estilo da precitada Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal, vale a pena frisar.

Justamente diante da frustração revelada pelo parágrafo anterior – constatação agressiva, até, ao “modelo constitucional do direito processual civil” e ao “princípio da efetividade do processo” – e porque é irrecusável a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao mandado de segurança, mormente para fins de otimização dos resultados a serem nele obtidos, é importante ter presente, no problema proposto para análise, o disposto no inciso I do art. 515 do CPC de 2015, que deriva (com inequívoco e funda-

8. *Mandado de segurança*, p. 310-313.

mental aperfeiçoamento) do inciso I do art. 475-N do CPC de 1973, que lá havia sido introduzido pela Lei n. 11.232/2005⁹.

Também justifica a pertinência deste desdobramento a percepção de que o art. 14, § 4^o, da Lei n. 12.016/2009 cuida, apenas e tão somente, do pagamento a servidores públicos, o que não se confunde, a nenhum título, com a recuperação, pelo contribuinte, do indébito tributário. Sim, porque a regra legislada, a exemplo dos precedentes da Súmula 271 do STF — embora seu enunciado nada revele sobre isto — só diz respeito ao pagamento de servidores públicos. Nada diz sobre mandados de segurança em matéria tributária.

O precitado art. 515, I, do CPC de 2015, ao atribuir eficácia de título executivo judicial às “decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”, é suficiente, por si só, para viabilizar a execução ou, como quer o CPC de 2015 de maneira generalizada (e correta), *cumprimento de sentença*.

Aplicando aquela regra ao mandado de segurança, é pertinente sustentar que o reconhecimento de que foi ilegal ou abusivo é suficiente para autorizar que a recomposição do direito violado se dê da forma mais ampla possível: para o *futuro*, na linha do que expressamente autoriza o § 4^o do art. 14 da Lei n. 12.016/2009, *mas também* — e aqui o ponto que merece ser sublinhado — para o *passado*. Para instrumentalizar a execução para o passado, é suficiente que o impetrante, obtendo o reconhecimento de seu direito pela sentença, liquide os valores respectivos (arts. 509 a 512 e 524 do CPC de 2015), cumprindo a decisão respectiva em face da Fazenda nos moldes do art. 100 da Constituição Federal, com observância da disciplina dos arts. 534 e 535 do CPC de 2015.¹⁰ E é justamente com relação à *forma* do *cumprimento* desta sentença que, nos precisos termos que lhe permite a Súmula 461 do STJ, o contribuinte pode *optar* pela *compensação* dos valores. Até porque, caso ela seja negada por algum ato administrativo, justifica-se nova impetração, desta vez com base na Súmula 213 daquele mesmo Tribunal.

9. Para o contraste lado a lado de ambos os dispositivos, v. o meu *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 489-490. Ponto importante que merece ser destacado nesta oportunidade é que não sobrevive, no art. 515, I, do CPC de 2015, a correta crítica de inconstitucionalidade *formal* que merecia ser feita ao seu antecessor. Para esta demonstração, v. o meu *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. 1, p. 160-162.

10. Desenvolvi o assunto, longamente, em artigo anterior intitulado “Sentenças concessivas de mandado de segurança em matéria tributária e efeitos patrimoniais: estudo de um caso”, publicado em obra coletiva em homenagem ao Humberto Theodoro Jr., p. 321-335. Após o advento da Lei n. 12.016/2009, manifestaram simpatia à ideia lá sustentada — e aqui reiterada — os seguintes autores: Humberto Theodoro Jr., *O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*, p. 38-41; Luiz Manoel Gomes Jr., *Comentários à nova lei do mandado de segurança*, p. 127-128; Flávio Luiz Yarshell e Viviane Siqueira Rodrigues, *Comentários à nova lei do mandado de segurança*, p. 193-195, e Marcus Claudius Saboia Rattacaso, *Comentários à nova lei do mandado de segurança*, p. 263-266.

A construção feita pelo parágrafo anterior pode muito bem ser afirmada e reafirmada com base na teoria de que uma decisão jurisdicional que afirma existir uma *lesão* a direito é, por si só, título hábil para fundamentar execução. Trata-se de lição do saudoso Teori Albino Zavascki e que parece ter sido a maior inspiração da redação que, passando pelo art. 475-N, I, do CPC de 1973, chegou ao art. 515, I, do CPC de 2015:

“... se tal sentença traz definição de certeza a respeito, não apenas da existência da relação jurídica, mas também da exigibilidade da prestação devida, não há como negar-lhe, categoricamente, eficácia executiva. Conforme assinalado anteriormente, ao legislador originário não é dado negar executividade a norma jurídica concreta, certificada por sentença, se nela estiverem presentes todos os elementos identificadores da obrigação (sujeitos, prestação, liquidez, exigibilidade), pois isso representaria atentado ao direito constitucional à tutela executiva, que é inerente e complemento necessário do direito de ação. Tutela jurisdicional que se limitasse à cognição, sem as medidas complementares necessárias para ajustar os fatos ao direito declarado na sentença, seria tutela incompleta. E, se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, por sentença, não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. Instaurar a cognição sem oferecer às partes e principalmente ao juiz outra alternativa de resultados que não um já prefixado representaria atividade meramente burocrática e desnecessária que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional. Portanto, repetimos: não há como negar executividade à sentença que contenha definição completa de norma jurídica individualizada, com as características acima assinaladas. Talvez tenha sido esta a razão pela qual o legislador de 1973, que incluiu o parágrafo único do art. 4º do CPC, não tenha reproduzido no novo Código a norma do art. 290 do CPC de 1939¹¹.

11 Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados, p. 149-150. À mesma conclusão chegou o autor em outro trabalho de sua autoria, *Processo de execução: parte geral*, p. 307-313.

Assim, a despeito da timidez da Lei n. 12.016/2009, que não acompanhou, como lhe competia, a evolução legislativa iniciada em 1966, quiçá para ampliá-la, porque preferiu revogar expressamente aquele diploma legal – o que enobrecia, ainda mais, o mandado de segurança como mecanismo de tutela jurisdicional *efetiva* do direito reconhecido ao impetrante –, é certo que a construção destacada pelos parágrafos anteriores tem o condão de viabilizar que a concessão do mandado de segurança possa dar ampla proteção ao jurisdicionado, na medida em que se viabilize, ao longo do contraditório, o reconhecimento da lesão presente, futura e *pretérita* e a *necessidade* de sua reparação¹².

Não se trata, nesta perspectiva, de nada diverso do que se tem verificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao *reconhecimento* do direito ao crédito tributário e à viabilidade de o contribuinte *optar* pelo mecanismo executivo de que se valerá para obter o indébito: a cobrança pelo sistema dos precatórios (ou sua dispensa, em se tratando de “menor quantia”) ou a compensação, orientação esta que acabou se consolidando na precitada Súmula 461 do STJ.

Neste sentido, não é incorreto entender que o advento daquela Súmula é prova segura de que a orientação da Súmula 271 do STF – se é que ela ainda podia ser compreendida como vigente no direito brasileiro desde o advento da Lei n. 5.021/1966 – não pode mais ser aplicada para impedir a satisfação plena do direito reconhecido existente em prol do impetrante, inclusive para período anterior à impetração.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se antes do advento do CPC de 2015 a já mencionada tese de inconstitucionalidade *formal* do art. 475-N, I, do CPC de 1973 poderia ser lembrada para negar acerto à conclusão aqui exposta, não é menos correto lembrar a insubsistência daquele questionamento diante do inciso I do art. 515 do CPC de 2015.

A substituição da palavra “existência” do dispositivo do CPC de 1973 por “exigibilidade” do dispositivo do CPC de 2015 é, em plena harmonia com a teoria geral da tutela jurisdicional executiva, correta. O que permite a execução não é apenas o *reconhecimento* da *existência* do direito, mas o que

¹² Para a discussão do tema em sede de mandado de segurança, a partir do novel art. 515, I, do CPC de 2015, v. Dorival Renato Pavan, Comentários ao art. 515, esp. p. 605/611. O eminente processualista e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, a propósito, conclui sua exposição quanto ao ponto destacando a necessidade de revisão da Súmula 271 do STF.

vai além dela, o reconhecimento de que o direito é *exigível*. Só é título executivo o documento que se refere a obrigação certa, líquida e *exigível* o que, de resto, é expresso no art. 783 do CPC de 2015 que, no particular, repete a fórmula do art. 586 do CPC de 1973¹³.

Tive oportunidade de me ocupar com essa demonstração em outro trabalho meu, do qual extraio os seguintes trechos, pertinentes, sobretudo pela expressa menção Súmula 461 do STJ no mesmo sentido feito pelo número anterior:

“Desta forma, a “sentença que *reconhece* a *existência* de uma obrigação” deve ser entendida como “a sentença que declara a existência de uma obrigação que *não foi cumprida*, como deveria, no plano do direito material e que, por isto mesmo, impõe seu cumprimento pela atividade jurisdicional, substitutiva da vontade das partes”. Até porque, com os olhos bem voltados ao novo dispositivo legal, não é suficiente que a sentença “reconheça” a obrigação. É mister que a obrigação, tal qual “reconhecida”, seja de “fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. A própria lei, neste sentido, exige que a sentença faça expressa referência ao direito material controvertido e, por isto, não há como recusar que ela leve em consideração o *inadimplemento* da obrigação, *reconhecendo-o*, para os fins de se transformar em título executivo judicial. Até porque, se a sentença deixar de fazer qualquer alusão ao inadimplemento, limitando-se a declarar a existência ou inexistência da obrigação, tal qual posta no plano do direito material, a hipótese equivale, integralmente, àquela constante do parágrafo único do art. 4^a. Uma coisa, assim, é *declarar* a existência da obrigação, mesmo quando já violado o direito; outra, bem diferente — e é disto que o inciso I do art. 475-N se ocupa —, é reconhecer o próprio *inadimplemento*, *reprovando-o*. É este diferencial, de *reprovação*, que dá à “sentença” sua força, para fazer uso do designativo tradicional, “*condenatória*” ou, para empregar a nomenclatura proposta por este *Curso*, o seu efeito *executivo* (v. n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). É nesse contexto que deve ser lembrada a Súmula 461 do STJ, que tem o seguinte enunciado: “O contribuinte pode optar por receber, por

¹³ Aqui também, para a análise ladeada dos dois dispositivos, v. meu *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 688-689.

meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado”.

Ademais, não fosse pelo reconhecimento do *inadimplemento* e não haveria lugar para se cogitar de título executivo, tudo na forma demonstrada pelo n. 2, *supra*. Tratar-se-ia de sentença (meramente) “declaratória” – é este o nome dado pela doutrina tradicional à espécie (v. n. 8.5.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) ou, na linha proposta por este *Curso*, de efeitos *não executivos* (v. n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Mas se fosse esta a hipótese, não haveria razão, nem lógica e nem jurídica, nem material e nem processual, em se falar de *execução* e, conseqüentemente, em título executivo, pressuposto necessário e suficiente para o desempenho de atividades jurisdicionais *executivas*. É que uma “sentença *declaratória*”, que se caracteriza por se limitar a *declarar* a existência ou a inexistência de uma relação jurídica ou a falsidade de um documento, não comporta *execução*, porque seus efeitos principais, por definição, correspondem à tutela jurisdicional pretendida independentemente da prática de outros atos materiais de *realização concreta daquele mesmo direito*. É dizer: uma legítima “sentença *declaratória*”, naquilo que ela o é, não admite execução porque ela, pelo que é, *satisfaz* o seu destinatário suficientemente.

Assim, seja para evitar violação frontal ao precitado parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal (“princípio da bicameralidade” ínsito ao devido *processo legislativo* brasileiro), seja para evitar o entendimento de que o dispositivo aqui analisado está a criar um título executivo “impossível”, a melhor interpretação a ser dada ao inciso I do art. 475-N é a de que o título executivo previsto pela regra é o das “sentenças” que reconheçam suficientemente o *inadimplemento* (e não a mera existência) de uma obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia e que, por isto mesmo, independentemente do “nome” que ela tenha (se “condenatória” ou “executiva *lato sensu*” ou “mandamental” ou, até mesmo, se “declaratória” ou “constituti-

va”, empregados os nomes de acordo com a doutrina tradicional exposta pelos ns. 8.5.1 a 8.5.5 do vol. 1), admitir a prática de atos executivos voltados à satisfação daquele inadimplemento.

Trata-se de interpretação que, de resto, afina-se bastante bem ao “modelo constitucional do processo civil”, porque permite que quaisquer “sentenças” que assim disponham dispensem qualquer outra atividade jurisdicional voltada ao reconhecimento jurisdicional de um direito já suficientemente reconhecido e, como tal, apto a ser satisfeito por obra do Estado-juiz. São “sentenças”, a despeito da redação que tem o dispositivo, que têm a *função* (processual) de autorizar a *força do Estado-juiz* com vistas ao cumprimento compulsório da obrigação inadimplida justamente porque a atividade jurisdicional *cognitiva*, em tais casos, foi suficiente e exaustivamente exercida quanto ao *reconhecimento* do direito aplicável à espécie, faltante, apenas, o desempenho da atividade jurisdicional *executiva*.

Assim, até mesmo em função da nomenclatura usualmente empregada para descrever os fenômenos jurídicos – mormente quando sequer há consenso sobre ela – importa verificar, com clareza, cada caso concreto e suas peculiaridades para saber em que medida a atividade jurisdicional *cognitiva* autoriza, sem qualquer mácula ao “modelo constitucional do direito processual civil”, o desenvolvimento da atividade jurisdicional *executiva*. Neste sentido, reconhecendo, em favor do réu, executividade à sentença que julgou improcedente o pedido do autor de inexigibilidade de dado crédito, v. o bem fundamentado acórdão proferido pela 25ª Câmara de Direito Privado do TJSP no AI 1.178.502-0/4, relatado pelo Desembargador Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j.un. 31.7.2008, DJe 14.8.2008. No mesmo sentido, em sede de Recurso Especial Repetitivo, é o entendimento da 1ª Seção do STJ no REsp 1.261.888/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. un. 9.11.2011, DJe 18.11.2011”¹⁴.

14. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 3, p. 108-110.

Feitos estes esclarecimentos, é irrecusável a conclusão de que o direito do contribuinte de ver compensado o indébito tributário, como admite a Súmula 461 do STJ, pode ser exercido a partir da concessão de mandado de segurança que venha a reconhecer o indébito tributário.

E a Súmula 271 do STF? Em rigor, a Súmula sequer sobreviveu à Lei n. 5.021/1996, em que pese caudalosa jurisprudência e doutrina em sentido contrário. E mesmo que se quisesse querer sustentar aquele entendimento, é mais que certo entender que ela foi *absorvida* pela previsão legal constante do art. 14, § 4º, da Lei n. 12.016/2009, que não impede efeitos pretéritos em mandados de segurança tributários.

Ademais, o necessário confronto das Súmulas dos Tribunais Superiores com o direito legislado — inclusive das Súmulas do STF nos anos 1960, como a de número 271 — é providência inadiável diante do que o n. 2, *supra*, anunciou sobre o CPC de 2015 e o “direito jurisprudencial” nele disciplinado. Como admitir, pura e simplesmente, a aplicação daquelas orientações jurisprudenciais sem verificar, previamente, se elas efetivamente sobreviveram ao sem número de alterações normativas, inclusive constitucionais e legais, que se somaram desde suas edições? Afinal, elas se compatibilizam com o ordenamento jurídico atual? Como querer continuar a aplicar Súmulas se não compreendemos, antes de seus enunciados, seus *precedentes*? Por fim, mas não menos importante: como aplicar súmulas na dependência, única e exclusiva, mas tão comum entre nós, da *interpretação* de seu enunciado?¹⁵

Quando o tema é mandado de segurança, arremato, dúvida alguma pode haver de quais são as opções a serem seguidas pelo intérprete em plena harmonia com o seu “modelo constitucional”. O possível confronto da Sú-

15 Esta crítica vem sendo replicada com profundidade pela doutrina mais recente. Dentre tantas formulações, cabe dar voz a Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (*O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*, p. 127/128), para quem: “Do mesmo modo como não podemos dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa no cotidiano — porque isso nos afastaria da “vinculação linguística” que o modo prático de ser no mundo nos traz — também na aplicação do direito não podemos decidir sobre o modo como ‘nos aproveitaremos’. No direito, igualmente não podemos ‘trocar o nome das coisas’. Aliás, direito é *nomos*, Lei é *Gesetz* (deixar assentado). Interpretação é aplicação; é assentar sentidos. Os sentidos não são aleatórios. Não há grau zero. Há uma cadeia interpretativa que nos vincula. Tanto no cotidiano como no direito. Assim, de cada decisão extrai-se um princípio (subjacente a cada decisão) e que é aplicável aos casos seguintes. Ele os norteará. Podemos chamar a esse norteamto de ‘vinculação interpretativa’, que se constitui a partir da coerência e da integridade do direito. Desse modo, se é súmula ou lei, tanto faz. Trata-se de um texto que somente existe interpretativamente. Não há textos sem normas, e a norma exsurge da facticidade. Isso se chama de *applicatio*. Em cada interpretação, sendo súmula ou lei (ou precedente, para contentar os aficionados pela tese da *commonlização*), deve haver sempre a reconstrução do caso, o que implica reconstruir interpretativamente a história institucional do instituto ou dispositivo sob comento. Se estamos diante de um caso de *habeas corpus* que trata da discussão do dolo eventual ou culpa consciente em delito de trânsito, não adianta a dogmática jurídica examinar de forma lexicográfica os conceitos de dolo eventual ou culpa. Essa carga interpretativa fará parte da reconstrução do caso a ser examinado. Em que circunstâncias ocorreu o caso concreto? Não adianta uma súmula ou um ementário ou a simples invocação de um precedente trazer um belo conceito de dolo eventual...A questão é: diante daquele caso, é aplicável? Esse caso é similar aos anteriores que institucionalizaram aquilo que podemos chamar de ‘princípio’ norteador? (...)”.

mula 271 do STF e do art. 14, § 4º, da Lei n. 12.016/2009 com as orientações contidas nas Súmulas 213 e 461 do STJ só pode ser resolvido em favor destas – e, em última análise, do impetrante que tem razão – e em detrimento daqueles para garantir fruição plena de seu direito, tal qual reconhecido pelo Estado-juiz. ❖

BIBLIOGRAFIA

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel e outros. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINS, James. *Direito processual tributário: administrativo e judicial*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2015.

PANUTTO, Peter. *Precedentes judiciais vinculantes*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PAVAN, Dorival Renato. Comentários ao art. 515. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RATTACASO, Marcus Claudius Saboia. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. In: MAIA FILHO, Napoleão. ROCHA, Caio Cesar Vieira. LIMA, Tiago Asfor Rocha (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. 1. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *A nova lei do mandado de segurança*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, vol. 3. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Manual de direito processual civil*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Sentenças concessivas de mandado de segurança em matéria tributária e efeitos patrimoniais: estudo de um caso. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos. WAMBIER, Luiz Rodrigues. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: GEN/FORENSE, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. In: MAIA FILHO, Napoleão. ROCHA, Caio Cesar Vieira. LIMA, Tiago Asfor Rocha (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3ª edição. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto (coord.). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Breves Notas sobre Convenção das Partes e Poderes do Juiz em Matéria Probatória

Flávio Luiz Yarshell

Advogado

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO: 1- A título de introdução. 2- A busca dos limites para a autonomia da vontade no processo. 3- Segue: autonomia da vontade em matéria probatória. 4- À guisa de conclusão.

1- A TÍTULO DE INTRODUÇÃO.

É muito difícil – se não impossível – detectar um tema jurídico, mesmo que “apenas” processual, identificável como aquele que maior apreço e atenção teria merecido da parte do Professor José Carlos Barbosa Moreira, ora homenageado. Talvez, pelo fato de que ele produziu inúmeras edições de seus Comentários ao CPC/73, pudesse ser dito que os meios de impugnação de decisões judiciais – *recursos* e *ação rescisória*, em particular – teriam gozado de sua predileção. Essa seria, de fato, uma boa aposta. Contudo, de outros assuntos ele também tratou de forma persistente ao longo do tempo: *conteúdo e efeitos da sentença, coisa julgada e preclusão, prova, tutela coletiva* (em sentido amplo), apenas para ilustrar, são capítulos do direito processual que o Mestre visitou com frequência¹.

1 Cf. José Carlos Barbosa Moreira, “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, in **Temas de direito processual**, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 99/114; “Notas sobre el contenido, los efectos y la inmutabilidad de la sentencia”, in **Temas de direito processual**: quinta série, São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 103/108; “O que deve e o que não deve figurar na sentença” (pp. 117/124), “Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças” (pp. 125/142), in **Temas de direito processual**: oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004; “A nova definição de sentença” (pp. 167/178), “Conteúdos e efeitos da sentença: variações sobre o tema” (pp. 175/184), “Sentença executiva” (pp. 179/198), “Cumprimento e execução de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais” (pp. 315/332), “Notas sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras” (pp. 333/342), “Breves observações sobre a execução de sentença estrangeira à luz das recentes reformas do CPC” (pp. 343/352), in **Temas de direito processual**: nona série, São Paulo: Saraiva, 2007; “Coisa julgada e declaração” (pp. 81/89), “Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil” (pp. 90/96), “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro” (pp. 97/109), todos in **Temas de direito processual**: primeira série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988; “Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material”, in **Temas de direito processual**: nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 235/266; “As presunções e a prova”, in **Temas de direito processual**: primeira série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 55/71; “Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em matéria de prueba”, in **Temas de direito processual**, terceira

Talvez até mais do que propriamente tópicos determinados, houve também um *modo* de tratar assuntos – se não exatamente um método, uma postura metodológica – que lhe era peculiar.

Primeiro, foi notável sua preocupação com *temas estruturais ou fundantes* do processo civil. Isso pode ser bem ilustrado pelo primeiro dos trabalhos que integraram a primeira série de seus “Temas de Direito Processual”, sobre “As bases do direito processual civil”²; assim como por outros, dentre os quais seu paradigmático “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”³ –, que parece ter servido de fonte de inspiração (uma delas) da não menos paradigmática obra “A instrumentalidade do processo” de seu colega e amigo Cândido Dinamarco⁴; sem falar no artigo “Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: Direito Processual Civil”, e por aí afora.

Segundo, como poucos autores nacionais, o homenageado dedicou atenção à *experiência jurídica de outros países* –, o que muito provavelmente é explicável não apenas por sua percepção da utilidade que o estudo comparado pode trazer, mas também pelo notável intercâmbio que ele alimentou, sendo seguramente e por muito tempo um dos mais assíduos e categorizados representantes dos estudiosos processuais no exterior. Tal característica se traduziu não apenas na rica bibliografia que sempre esteve presente em seus escritos, mas nos estudos comparativos, que consideraram outros ordenamentos de raízes romano-germânicas, mas também os de *common law*. São exemplos disso os estudos “A sentença mandamental - da Alemanha ao Brasil”, “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos”, “Uma novidade: o código de processo civil inglês”, “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”, “Breve notícia sobre a reforma do processo civil

série, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 79/86; “Alguns problemas atuais da prova civil”, in **Temas de direito processual**: quarta série, São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 145/162; “A Constituição e as provas ilícitamente obtidas”, in **Temas de direito processual**, sexta série, São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 107/124; “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, in **Temas de direito processual**: sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 39/52; “Prueba y motivación de la sentencia”, in **Temas de direito processual**, Oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 107/116; “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos”, in **Temas de direito processual**: primeira série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 110/126; “A proteção jurídica dos interesses coletivos” (pp. 167/172), “A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro” (pp. 173/182), “Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos” (pp. 193/224); in **Temas de direito processual**, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984; “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (um aspecto de la experiencia brasileña)”, in **Temas de Direito Processual**: quinta série, São Paulo: Saraiva, 1994, 163/167.

2 Cf. José Carlos Barbosa Moreira, **Temas de direito processual**, primeira série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 3/15.

3 Cf. **Temas de direito processual**, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 27/42.

4 Cf. **A instrumentalidade do processo**, São Paulo, Malheiros, 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, que, não custa lembrar, foi originalmente tese com a qual, de forma vitoriosa, o autor concorreu à titularidade na Faculdade de Direito da USP, e de cuja banca participou o homenageado. Aliás, Barbosa Moreira, durante anos, foi presença certa nas mais prestigiosas bancas da referida Instituição.

alemão”, “O processo penal norte-americano e sua influência”, “A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo?”⁵

Terceiro, era notável sua capacidade de *enxergar mais longe*. Não se trata, aqui, de bajular ou de rasgar seda, mas de reconhecer que vários de seus estudos se dedicaram a projetar o futuro. Obviamente ele não o fez de forma aleatória ou sobrenatural, mas de maneira sistemática, metódica e fundada na aguda observação do passado e do que lhe era presente, em dado momento. São exemplos disso “Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil”, “A Justiça no limiar do novo século”, “Miradas sobre o Direito Processual Civil contemporâneo”, “Novos rumos do processo civil brasileiro”⁶. E mesmo quando não se dispôs deliberadamente a tratar de perspectivas futuras, ele frequentemente foi um visionário, sendo disso um muito bom exemplo seu artigo – praticamente isolado na doutrina nacional de então – denominado “Convenções em matéria processual”⁷, quando se considera hoje a regra do art. 190 do CPC/15.

Nesse contexto de excepcional produção, a escolha do tema deste muito desprezioso trabalho é fruto da conjugação de dois tópicos colhidos no conjunto da obra do homenageado: propõe-se examinar – ou reexaminar – a relação entre a possibilidade de as partes estabelecerem *convenções em matéria probatória*, de um lado, e os poderes do juiz nesse mesmo campo, sejam de instrução, sejam de valoração do material coligido.

2- A BUSCA DOS LIMITES PARA A AUTONOMIA DA VONTADE NO PROCESSO.

Conforme já tivemos oportunidade de observar⁸, a regra do art. 190 do CPC/15 gerou verdadeiro *frisson* entre alguns dos profissionais do Direito, especialmente os acadêmicos, que buscam analisar a natureza jurídica do instituto, suas vantagens e desvantagens, e os advogados, que refletem sobre de que forma a alteração legislativa pode ser útil e eficazmente explorada, quer no momento antecedente ao litígio, quer quando a controvérsia já tenha surgido. De sua parte, ao menos em primeira e quase intuitiva avaliação, juízes e membros do Ministério Público parecem olhar a nova disposição com um misto de ceticismo e temor. Todos eles, contudo, parecem ter um

⁵ Estudos encontrados in **Temas de direito processual**, São Paulo: Saraiva, quinta, sétima e oitava série.

⁶ Estudos encontrados in **Temas de direito processual**, São Paulo: Saraiva, terceira, quinta e sexta série.

⁷ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, in **Temas de Direito Processual: Terceira Série**, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 87/98.

⁸ Cf. nosso *Que futuro está reservado para as convenções das partes em matéria processual?*, in *Carta Forense*, dez/2016.

ponto em comum, que é busca dos limites das convenções processuais: *o que pode ser objeto de disposição das partes, de forma a vincular o órgão judicante? O que pode ser legitimamente recusado pelo juiz e qual o fundamento para assim proceder?*

Aparentemente, respostas definitivas para tais indagações – se é que existem – não foram ainda encontradas. Mas, para que se tente superar esse desafio, convém antes ter visão realista sobre o tema, para que a referida busca não passe de uma elucubração desvinculada da realidade.

Como também já dissemos⁹, desde logo convém ter em mente que, na formação dos contratos, as partes dedicam a maior parte de seu tempo e de sua energia para a negociação de cláusulas materiais, o que tende a deixar disposições processuais – pensadas para algo que os contratantes não conseguem ou não querem vislumbrar naquele momento – para último plano. Também lembramos que é preciso considerar elementos econômicos dos contratos para que as convenções não aumentem custos de transação e, paradoxalmente, acabem funcionando como desincentivos às partes. Em suma, antes de pensar nos limites jurídicos às convenções, é preciso identificar e superar obstáculos que as impedem ou dificultam¹⁰.

Nessa mesma linha de raciocínio, é também é preciso ter em conta que o processo jurisdicional (estatal ou arbitral) permanece como instrumento de objetivos que também são públicos: a atuação do direito objetivo, a pacificação social e a afirmação do poder estatal. Assim, não se pode simplesmente colocar juiz estatal e árbitro em idêntico patamar. Uma arbitragem é instituída para um caso específico e os árbitros são – ou estão – juízes dessa particular situação; já o órgão estatal tem a seu cargo uma plêiade de processos, de tal sorte que a criação de regras convencionais particulares deve levar em conta as características, peculiaridades e limites (jurídicos e estruturais) do órgão estatal e da atividade por ele desenvolvida. Por outras palavras: se no processo arbitral a margem para autonomia da vontade é grande (embora não seja absoluto nem mesmo ali), não se pode dizer que exatamente o mesmo se passe no processo estatal.

Com essas ressalvas, parece possível examinar alguns dos aspectos relacionados aos limites às convenções processuais, e, a partir daí, às convenções probatórias.

⁹ Idem.

¹⁰ Cf. nosso “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, in **Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais**, coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Salvador, Juspodivm, 2015, pp. 63/80.

Primeiro, a lei limitou o campo da convenção às controvérsias sobre direitos que comportem *autocomposição* – isto é, transação, renúncia ou submissão. Como já dissemos, teria sido preferível o emprego da terminologia adotada pela Lei 9.307/96, que se refere a litígios relativos a “direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º). Ao adotar a distinção entre *disponível* e *transacionável*, o CPC/15 pode ensejar dúvida quanto à possibilidade e limites do negócio processual. De todo modo, sob a égide do Código, a viabilidade de negócio processual não fica restrita a litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. Assim, mesmo em processos que envolvem questões relativas ao estado e à capacidade de pessoas, desde que capazes as partes, afigura-se admissível o negócio processual – inclusive Fazenda Pública e pessoas integrantes da Administração pública direta e indireta.

Segundo, é imprescindível a observância do devido processo legal, por força do que dispõem os incisos LIV e LV da Constituição Federal; aliás, na esteira do que dispõe o art. 21, § 2º da Lei 9.307/96, que condicionou a autonomia da vontade em matéria processual na arbitragem à observância dos princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento. Mas essa exigência tem que ser vista em sua devida dimensão.

Com efeito, limitações bilaterais e substancialmente isonômicas devem ser admitidas, sendo essencial que se preserve a paridade de armas e a igualdade substancial entre as partes. Naturalmente, seria inconcebível negócio que pretendesse interferir na imparcialidade do juiz. Mas assim ocorre porque a equidistância é da essência da solução jurisdicional. Sem terceiro imparcial não haveria autêntico caráter substitutivo e, portanto, haveria um simulacro de decisão por terceiro, quando substancialmente haveria decisão imposta por uma das partes, apenas que com a intermediação de um terceiro ou, ainda, por interposta pessoal. De forma análoga, seria inviável limitar o contraditório apenas para um dos litigantes. Mas, nesse caso, também não seria possível falar em solução processual jurisdicional: a parte que tivesse conseguido a concordância de outra para um processo em que só uma delas falasse – suposto que isso não fosse causa substancial de invalidação do negócio (pela desigualdade ou abusividade) –, já teria dado, ou ao menos encaminhado, a solução consensual do litígio. Então, o problema não seria exatamente de afronta ao devido processo legal e, reiterando, o essencial é que se preserve a paridade entre os litigantes.

De todo modo, fora dos casos em que efetivamente haja ofensa ao devido processo legal, prevalece o que as partes tiverem convencionado. Não

se afiguraria jurídico ou ético que uma das partes viesse – depois de ter livremente convencido, mas em função de resultado desfavorável – queixar-se de suposto vício para o qual não teria atentado no momento próprio, tudo conforme já tivemos oportunidade de observar¹¹.

Além disso, a ideia de limite às convenções processuais ditado por “direitos fundamentais” que se encontram eventualmente em parte da doutrina¹² não pode chegar ao ponto de fazer do processo uma espécie de meio indisponível de solução de controvérsias, o que, em última análise, seria a negação de seu caráter instrumental. Se as partes podem transigir no plano material e, nessa medida, até mesmo abrir mão de posições jurídicas de vantagem nessa esfera, e se podem fazê-lo sem a necessidade de qualquer processo (portanto, com a ressalva da exceção representada pelos assim chamados processos necessários), seria incoerente entender que elas não poderiam voluntariamente transigir com posições emergentes da relação processual.

Aparentemente, essa ideia de existir uma espécie de núcleo processual intangível – mal justificada em direitos processuais que seriam “fundamentais” a ponto de se tornarem indisponíveis para as partes que querem deles dispor – deriva, na realidade, do fato de que a solução do conflito pelo processo envolve um terceiro, que, no caso, é um agente estatal, ao qual não seria oponível a vontade das partes. Mas então o problema não é exatamente de direitos processuais “fundamentais” e indisponíveis, mas sim de saber se o que as partes convencionam pode atingir aquele terceiro, isto é, o juiz, ou, como eventualmente se diz, saber se as convenções das partes podem interferir com poderes do juiz.

Embora seja forçoso reconhecer que a atuação do juiz é um limite a ser considerado na celebração de negócios processuais, isso não justifica a assertiva singela de que as partes não podem dispor sobre poderes do agente estatal. Nesse caso, justamente porque a atividade jurisdicional é um instrumento de solução de controvérsias – o que faz com que o Estado seja diretamente interessado nessa superação, de que depende o escopo social consistente na pacificação social –, não há como recorrer ao argumento “privatista” (mas que nem mesmo no Direito privado subsiste de forma incondicional) de que o contrato só produzia efeitos entre os contratantes, sendo para o terceiro autêntica *res inter alios*. A capacidade de o juiz de decidir de forma imperativa e de impor

11 Cf. nosso “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, in **Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais**, coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Salvador, Juspodivm, 2015, pp. 63/80.

12 Idem.

decisões não pode ser vista como uma manifestação estatal estéril, explicável apenas em si mesma, de expressão do poder pelo poder.

Nesse ponto, não se pode confundir a capacidade de impor soluções adjudicadas, de um lado, com uma espécie de prerrogativa absoluta na condução do processo, de outro. Uma suposta ideia de que quem “manda” no processo é o juiz seria de tal modo atécnica e distorcida que sequer mereceria ser examinada sob a ótica científica. O debate sério estuda formas civilizadas e aperfeiçoadas de solução de controvérsia. Para que as coisas se resolvam pelo exclusivo e puro arbítrio do agente estatal não é preciso estudo do Direito; menos ainda sistemático ou científico. Não há dúvida de que o processo deve ser presidido por um terceiro imparcial e de que ele deve ter capacidade de impor suas decisões aos sujeitos parciais. Não há dúvida de que o andamento do processo não pode e não deve ficar apenas a cargo das partes. Mas afirmar que convenções processuais simplesmente não poderiam interferir com a forma de exercício do poder – seja estatal, seja dos árbitros – é coisa completamente diversa. Aliás, pelo caráter dinâmico e complexo da relação jurídica processual, seria altamente duvidoso – para não dizer impossível – que convenções processuais, ainda que restrita a posições jurídicas das partes, interferissem, direta ou indiretamente, com o exercício do poder pelo juiz – assim como ocorre perante os árbitros também.

Embora, como já foi dito e ressaltado, não seja correto simplesmente colocar juiz estatal e árbitro no mesmo patamar, os dois agentes têm em comum o exercício do poder. E, mesmo na arbitragem, há disposições que, segundo judicioso entendimento, reputam-se simplesmente indisponíveis, tal como ocorre em relação à alteração do objeto do processo¹³. O exemplo é bem ilustrativo: a alteração, conquanto até pudesse se afeiçoar ao escopo jurídico do processo, desafia o social, na medida em que retarda a solução da controvérsia, inclusive pelos desdobramentos que a alteração pode ter sobre contraditório, instrução e custos.

Aliás, a absoluta intangibilidade do poder do juiz – no confronto com a vontade manifestada pelas partes – conflitaria com a ideia (embora também ela imprecisa) de *colaboração* ou de *cooperação* (art. 6º do CPC/15), que, sob o ponto de vista lógico, pressupõe ao menos a possibilidade de uma intervenção útil das partes na condução do processo – tal como, para ilus-

¹³ No âmbito do tribunal arbitral da Câmara de Comércio Brasil/Canadá não se admite disposição das partes em contrário. Da mesma forma, é mandatória cláusula segundo a qual o valor da controvérsia poderá ser revisto pelo tribunal. Também é obrigatório que as comunicações sejam dirigidas ao endereço da Câmara, aos cuidados de sua secretaria, além de haver uma série de regras relativas a honorários de árbitros e pagamento de despesas que não podem ser alteradas por convenção das partes.

trar, prevê o § 3º do art. 357 do CPC/15. Mais ainda: a recusa ou resistência às convenções processuais como instrumento apto a “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa” (dicção do art. 190) é incoerente com a ideia de que essa conformação poderia ser feita pelo juiz, mediante *gerenciamento* do processo ou, para emprestar a expressão extraída do *common law*, do *case management*. Aqui, o conceito só pode ser um: ou bem o processo pode ser adaptado para se afeiçoar às peculiaridades da controvérsia ou não; se pode, então é irrelevante se o ajuste viria por iniciativa do juiz ou das partes porque nem um nem outro estão autorizados a adotar mudanças inconstitucionais, ilegais ou irracionais. Seja qual for a origem das adaptações, o fundamental é que elas se alinhem aos escopos da jurisdição e que assegurem a paridade de armas.

Ainda sob a ótica do poder do juiz, não será demasiado lembrar que a subespécie poder jurisdicional é desencadeada também pelo exercício de outro, que é o *poder de ação* – ainda que a essa posição de vantagem a comodidade nos leve a falar “direito de ação”. Esse poder impõe *sujeição* do Estado, que deve dar resposta ao reclamo de tutela (para concedê-la ou rejeitá-la). Se isso realmente não significa dizer que o juiz estaria sujeito à vontade das partes (o que, de fato, seria um notório e grave equívoco), de outra parte evidencia que não se pode simplesmente falar no poder do juiz como uma prerrogativa desprovida de teleologia. Então, se o poder de ação, sob concepção analítica, não se exaure com a simples propositura da demanda, então é correto entender que o desenrolar do processo também envolve poderes compatíveis com a obtenção da referida tutela, o que precisa ser contrastado com o poder estatal, tudo para que prevaleça a função instrumental do processo e a racionalidade que nele deve se conter.

Um bom exemplo disso, conforme já lembramos¹⁴, é o emprego da *oralidade*, técnica larga e eficazmente empregada nos processos arbitrais, mas cada vez mais desprestigiada nos processos jurisdicionais estatais. Assim, se as partes convencionarem que haja audiência não prevista em lei, a convenção deverá ser respeitada, apenas que com a observância (presumivelmente veraz e leal) da disponibilidade de pauta do juízo. Mesmo em processos já em grau de recurso (ordinário e ao menos por uma vez), parece lícito que se convençione que haverá audiência com o relator, para que as partes possam objetivamente debater a causa de forma presencial.

14 Cf. nosso “Que futuro está reservado para as convenções das parte sem matéria processual?”, in Carta Forense, dez/2016.

Nesse ponto, conforme já dissemos¹⁵ pode ter utilidade e relevância tomar como norte fundamental para o controle dos limites das convenções, para além daqueles constantes expressamente do art. 190, os *escopos da jurisdição*: o processo existe para superar conflitos (e, portanto, restabelecer a paz social com racionalidade e presteza possível) mediante a atuação do direito objetivo (suposto que não seja possível solução consensual). É certo que tais escopos, conquanto sejam complementares sob certo aspecto, também são de alguma conforma contraditórios entre si: para atuar a vontade concreta do direito é preciso tempo e, em contrapartida, para pacificar mediante a superação da controvérsia é preciso presteza¹⁶. Então, como também já dissemos, não se descarta que, eventualmente, seja preciso recorrer à técnica da ponderação de valores, como forma de conter eventual excesso na intervenção estatal sobre a atividade das partes. Será caso, então, de avaliar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito de determinado óbice que o juiz oponha à autonomia da vontade das partes.

3 - SEGUE: AUTONOMIA DA VONTADE EM MATÉRIA PROBATÓRIA.

Tudo isso se aplica – ou, por coerência, quando deveria se aplicar – às *convenções sobre prova*, que aparentemente envolvem três importantes questões cujo exame, contudo, convém seja precedido de nova advertência ou até exortação: tanto quanto possível, é preciso ser realista e tentar trabalhar com situações factíveis. Certamente não se pode subestimar as inúmeras possibilidades que se abrem às partes nesse terreno. Contudo, é preciso novamente considerar que a inserção de cláusulas processuais em contrato pode encontrar relevantes obstáculos, de tal sorte que convém lidar com as convenções que mais utilidade possam trazer às partes, sob sua própria perspectiva, que, por sua racionalidade, seja vista pelo órgão judicial como úteis.

Justamente nesse contexto está um primeiro dado relevante: prova é um daqueles institutos que podem ser considerados “bifrontes”, na medida em que, a depender do enfoque, podem ser qualificados como regidos por direito material ou processual, sendo disso uma boa ilustração o fato de haver disciplina da matéria tanto no Código Civil quanto no de Processo Civil. São conhecidas as relações entre prova e forma do negócio jurídico,

15 Cf. nosso *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 43/44.

16 Esse aspecto foi muito bem captado e examinado por Marília Siqueira da Costa, em sua dissertação de mestrado “*Convenções Processuais sobre a intervenção de terceiros*”, defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 01/12/2017.

seja ou não o tema tratado sob o prisma de solenidades indispensáveis à validade do ato. Não se trata aqui de rediscutir temas ligados ao “Direito processual material”, mas, na esteira das considerações anteriores, constatar que, num contrato, disposições sobre prova não necessariamente têm roupagem ou função “processual”.

Isso pode ser uma vantagem na medida em que, sob essa perspectiva, a pré-constituição da prova de forma consensual pode surgir de forma mais natural entre as partes, no evoluir das negociações, até como forma de prestigiar a boa-fé, mediante o adequado registro de ocorrências ligadas à execução do contrato, sem que isso naturalmente estabeleça formalismo ou burocracia indesejável (lembremo-nos dos custos de transação!). Por experiência comum, sabe-se que, após a formalização e assinatura de um contrato, sua execução (em sentido material) pode ensejar circunstâncias de fato das mais variadas, com potencial para afetar o objeto do que foi contratado ou, quando menos, interferir na interpretação do que se avençou, se isso for necessário.

Nesse terreno, parece lícito e factível imaginar convenções que criem o *ônus de documentação* de fatos ocorridos no decorrer da execução do contrato, submetendo-se a determinada forma que, embora garantindo a prova dos fatos, evite a tentativa de pré-constituição unilateral de prova documental; por exemplo, limitando o campo de emprego de e-mails entre partes ou, pelo contrário, criando o encargo de que todo e qualquer fato ou objeção relevante seja documentado por essa forma. Em contratos de construção e mesmo em outras formas de fornecimento de serviços, as “medições” se prestam justamente a essa finalidade. Também é possível, nessa linha de raciocínio, projetar convenções que imponham uma vistoria ou mesmo exame por técnico no decorrer da execução do contrato, em tais ou quais condições. Isso pode envolver profissionais de ambas as partes ou mesmo um terceiro desde logo indicado por elas, convencionando-se o caráter vinculante ou não das conclusões a que chegar o terceiro sobre determinado ponto potencialmente controvertido. Mais uma vez, há o óbice dos custos, mas as partes podem e devem avaliar até que ponto esse custo intermediário pode compensar um possível custo que viria mais adiante, se tal ou qual controvérsia não fosse desde logo debelada.

Indo um pouco além, também parece possível imaginar que eventual pré-constituição de prova mereça outras disposições consensuais: a) previsão de que a produção antecipada de prova, mesmo em caso de haver cláusula compromissória, seja admissível com base nos incisos II e III do art. 381 do

CPC, caso em que podem as partes convencionar, por questão de adequação de trabalho e custos, que o árbitro instrutor será apenas um, talvez até “ad hoc”; b) colheita prévia de depoimentos de partes e de testemunhas, de forma semelhante ao que se passa nos modelos de *common law*; c) ônus de exibição de documentos, quando solicitado – prevendo-se, talvez, as hipóteses e momentos em que isso seria devido; d) possibilidade de solicitação de documentos das partes em poder de terceiros. Enfim, são possibilidades a explorar.

Um segundo aspecto relevante – dos três acima enunciados – diz com o fato de que, não obstante essa estreita ligação com o Direito material, prova é um desdobramento do direito de ação e de defesa. Disso decorreria um potencial problema, consistente em não se poder convencionar em detrimento do devido processo legal. Portanto, disposições que, por exemplo, limitassem a prova de tal ou qual fato à documental ou que determinassem que a prova oral deveria ser colhida de forma extrajudicial e apenas apresentada em juízo sob a forma de declarações escritas poderiam ser tidas por inadmissíveis por cercear o direito à prova.

Contudo, conforme exposto anteriormente, eventuais limitações bilaterais e isonômicas devem ser admitidas, bastando que se preserve a paridade de armas. Não se deve – a pretexto de garantir o devido processo legal – negar o próprio caráter instrumental do processo, que é instrumento de superação de controvérsias, e não de atuação do direito objetivo de forma desvincula de tal finalidade. Mais uma vez, convém lembrar que se as partes podem transigir no plano material, inclusive sem a necessidade de qualquer processo, seria incoerente entender que elas não poderiam voluntariamente transigir com posições emergentes da relação processual. Dar ao direito à prova uma dimensão de ordem pública, no contexto da vontade livre e consciente das partes (em temas em que a disponibilidade vigora), seria sobrepor o meio aos fins.

Tal aspecto, aliás, liga-se ao terceiro e último de que acima se cogitou: não seria possível transigir sobre a prova porque seu destinatário é o juiz. Portanto, quer porque ele seria terceiro em relação ao negócio, quer porque a liberdade de valoração da prova – ou, a regra de persuasão racional – seria postulado indissociável do poder jurisdicional, a convenção nessa matéria seria inadmissível. Ou, dito de outra forma, eventuais restrições fruto de convenção poderiam ser assim traduzidas: as partes até poderiam dispor sobre seu direito à prova, mas de qualquer modo o órgão judicial não ficaria jungido pelo negócio e, querendo, poderia determinar a produção de prova excluída ou limitada pela vontade das partes.

É bem provável que essa objeção jamais seja vencida. Se for assim, só se tem a lamentar porque, ao invés de se construir uma solução mais coerente com o sistema e de acordo com os escopos da jurisdição, ter-se-á optado por uma visão desgastada e – forçoso reconhecer – pouco aderente à realidade no que diz com o exercício de poderes de instrução pelo órgão judicial, de ofício. E há argumentos objetivos que autorizam a assertiva.

Desde logo, a objeção de que o juiz é o destinatário da prova (e, portanto, terceiro em relação ao negócio celebrado pelas partes) decididamente não procede nos casos de prova antecipada fundada nos incisos II e III do art. 381 do CPC/15. Neles, conforme já procuramos destacar¹⁷, destinatárias são as partes, que buscam conhecer fatos relevantes e, assim, determinar suas chances de êxito e riscos ou mesmo a conveniência de buscar solução não adjudicada. Nesses casos, o juiz – assim como o árbitro, caso a prova seja colhida nesse âmbito – está inclusive impedido de se pronunciar sobre a ocorrência dos fatos e respectivas consequências jurídicas, conforme § 2^a do art. 382 do mesmo diploma – cuja constitucionalidade não consta tenha sido posta em discussão. Portanto, não havendo que se falar em livre apreciação da prova ou persuasão racional, nem mesmo em tese se pode cogitar de óbice às convenções processuais probatórias sob aquele pretexto. Por outras palavras: em tema de antecipação de prova, é ampla a possibilidade de convenção das partes em matéria processual.

Aliás, isso é igualmente válido para as hipóteses em que a antecipação se dá no caso de urgência (art. 381, I) que, embora já constasse do CPC/73, tem em comum com as hipóteses anteriores o fato de que a atividade é apenas probatória e não há apreciação ou valoração do material colhido.

Além disso, a tese de que o juiz tem o poder de produzir prova de ofício contra a expressa vontade das partes, preservada convicção em contrário, não encontra justificativa no sistema.

Primeiro, é forçoso reconhecer que o modelo de juiz ativo, que toma a iniciativa da prova, que supre a inércia das partes e que, mesmo no terreno de direitos patrimoniais disponíveis entre partes maiores e capazes, engaja-se em verdadeira cruzada pela descoberta da verdade para fazer justiça é muito mais uma aspiração da doutrina do que propriamente uma realidade. Esta, mesmo

17 Cf nosso **Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova**, São Paulo: Malheiros, 2009, tratam do assunto, os seguintes tópicos: 7 - ônus da prova, interesse das partes e interesse público; 8 - interesse pública e antecipação da prova; 9 - ônus da prova objetivo e subjetivo: exame crítico; 12 - Ônus de produzir prova antecipadamente para evitar o processo e o julgamento estatal: os mecanismos de instrução preliminar dos sistemas de “common law”; 43 - direito à prova e investigação; 47 - segue, ainda o direito à prova e o direito material; 68 - necessidade da prova para a busca de soluções de autocomposição.

à míngua de dados estatísticos que respaldem a assertiva, revela que, embora o juiz controle a produção da prova, ele aguarda a iniciativa das partes e, no momento próprio, *considera as regras de distribuição do ônus probatório*. Aliás, embora ainda sem poder apresentar estatísticas, arrisca-se dizer que a realidade está mais para paradoxais indeferimentos de prova requerida pela parte e posteriores assertivas de que a parte não se desincumbiu do respectivo ônus probatório; para precipitados julgamentos antecipados que limitam o direito à prova, do que propriamente para juízes ávidos por atividade instrutória. Portanto, aceita que possa ser essa premissa, se a questão ora posta não é exatamente um falso problema, sua dimensão concreta tende a ser consideravelmente menor do que talvez possa ser seu tratamento teórico.

Certo que o divórcio entre a doutrina e a jurisprudência não deve levar aquela a esmorecer e a abandonar as teses que entenda adequadas. Também é certo que a conveniência de iniciativa probatória oficial é reconhecida pela primeira, de forma praticamente unânime, nos domínios de direitos indisponíveis e naqueles em que há desigualdades substanciais – o que, diga-se de passagem, é correto, mas apenas confirma que só aí é que a iniciativa oficial se justifica. Mas nem uma coisa nem outra muda o que foi dito acima: juiz que atua de ofício entre partes maiores e capazes, em tema de direitos patrimoniais disponíveis, se considerada a realidade, está mais para exceção do que para a regra¹⁸. Se algo diverso ocorre nos casos de hipossuficientes, isso é praticamente irrelevante neste assunto, porque esse ambiente é, também de forma realista, menos favorável para convenções processuais (se é que possíveis)¹⁹.

Segundo, uma coisa é dizer que o juiz tem o dever de suprir *omissão* das partes e, de ofício, determinar as provas que entenda necessárias; outra coisa, substancialmente diversa, é ordenar prova *contra* a vontade explicitada pelas partes. Mais uma vez é preciso atentar para o paradoxo: no contexto aqui examinado, o juiz não pode impedir que as partes abram mão de suas posições substanciais, justamente porque a premissa, nesse terreno, é de que elas sejam disponíveis; mas, estranhamente, o juiz poderia contrariar a vontade das partes para um tema instrumental, que é o da produção da prova. Talvez o problema até não seja exatamente de continência, mas o raciocínio não dei-

18 De forma paradoxal, a experiência em arbitragem (local) revela que árbitros tem atuação oficiosa em matéria probatória muito superior que a estatal; o que não deixa de ser curioso porque seria de se esperar que nesse outro âmbito a prova fosse tida essencialmente como um assunto das partes. Essa intervenção é equivocada, mas esse é assunto a ser tratado em outro trabalho.

19 A favor, Fernando da Fonseca Gajardoni, “Negócio jurídico processual em contratos de consumo: possibilidade”, in Carta Forense, janeiro/2018 e contra, Flávio Tartuce, “Negócio jurídico processual em contratos de consumo: posição contrária”, in Carta Forense, janeiro/2018.

xa de ser válido: se as partes podem transigir quanto ao “mais” que é direito substancial, indaga-se: qual seria fundamento lógico e jurídico para impedir que as partes transijam sobre prova – o que é “menos”, na medida em que diz respeito a uma parte da controvérsia, que é seu aspecto fático?

Sob essa ótica, a disposição probatória pode e deve ser entendida como uma convenção que resolve parcial e gradualmente a controvérsia; resolução que em nada é vedada pelo sistema e até pelo contrário. Para ilustrar, no âmbito do saneamento e organização do processo, é lícito às partes apresentarem “delimitação consensual das questões de fato e de direito”, inclusive de sorte as vincular (e ao juiz, conforme expressamente dispõe o § 2º do art. 357 do CPC/15). Ora, se é verdadeiro que o primeiro passo para resolver um problema é seu exato diagnóstico, então a delimitação consensual do objeto da prova é uma contribuição das partes para a solução global da controvérsia. Ademais, mesmo se considerada a solução adjudicada, ela também pode se dar de forma progressiva, tal como ilustram as ditas “sentenças parciais” na arbitragem²⁰ e o julgamento antecipado parcial do mérito (CPC/15, art. 356).

Naturalmente, se o juiz, a partir de dados objetivos e racionais, suspeitar que a convenção tenha conteúdo ou finalidade ilícita, ou de que ela pode encobrir a prática de ato simulado, nesses casos – e em outros que possam ser análogos – é irrefutável que a atuação estatal tenda a obstar tais ilícitos intentos. Aliás, isso já era objeto da regra contida no art. 129 do CPC/73, reiterada pela do art. 142 do CPC/15. Mas tais hipóteses são excepcionais e particulares e, como tal, merecem solução de igual natureza, não sendo correto tomar a ilicitude e a exceção como argumentos para negar ou limitar a liberdade de convenção.

Como variação disso, mesmo se o magistrado suspeitar que a disposição probatória busque (bilateralmente) impedir a revelação de tais ou quais fatos – por exemplo, dados cobertos por sigilo bancário e fiscal –, ainda assim não parece ser propriamente caso de se negar efeito à regra probatória, mas de eventualmente se dar notícia ao órgão competente para investigação de possível ilícito – suposto que irrelevantes para o desfecho da controvérsia, considerados os limites do objeto do processo, tal como posto pelo autor (e eventualmente pelo réu).

Mas há um argumento final que – somado aos demais ou mesmo se considerado de forma isolada – parece ser fundamental para descartar se o

20 Que podem ter por objeto não apenas partes do objeto do processo (mérito), mas outros temas, como a validade da cláusula compromissória e a arbitrabilidade da controvérsia.

juiz teria poder de determinar prova contra a vontade expressa pelas partes em convenção processual. É que, nesse contexto, o juiz não perde sua liberdade de convencimento, nem fica prejudicada a regra de persuasão racional. Basta ter em mente que o julgamento de mérito há que considerar o conjunto da prova e, portanto, igual e eventualmente, a *falta dela*. Por outras palavras, se a prova fruto da convenção entre as partes levar a um quadro insatisfatório, em que o estado originário de ignorância do julgador sobre os fatos não pode ser vencido, então o magistrado deverá simplesmente considerar as regras de distribuição do ônus da prova.

Sobre isso, o CPC/15 positivou a regra segundo a qual o juiz pode – desde que o faça de maneira fundamentada – distribuir o ônus da prova de forma “dinâmica”, isto é, de forma diversa daquela “estaticamente” prevista pela lei. É a conhecida regra do § 1º do art. 373 do CPC/15 que, a rigor, busca preservar a inafastabilidade do controle jurisdicional, o contraditório e a ampla defesa, de sorte a permitir que o juiz distribua o encargo probatório segundo as peculiaridades da controvérsia e especialmente a condição – absoluta e relativa – de cada um dos litigantes.

Ora, se ao juiz foi outorgado o poder de determinar a regra de distribuição do ônus da prova, e se a comunicação às partes sobre isso deve ser feita de forma a permitir que a parte se desincumba do encargo, então parece razoavelmente claro que a lei já deu ao juiz o poder de interferir nos domínios da prova de forma altamente eficiente. Não é preciso exercer poderes de instrução de ofício na medida em que, de antemão, as partes já sabem que eventual dúvida remanescente se resolverá em desfavor de uma delas.

E nem se diga que assim já ocorria antes porque deixar a atribuição do ônus à lei, de um lado, e permitir que o juiz o faça, de outro, são coisas consideravelmente diversas. Mais ainda: mesmo sob a vigência do CPC/73 já era possível objetar a atuação oficial em matéria de prova nos casos em que o Direito substancial estabelece presunções que, afinal de contas, partem da experiência comum e que, atuando sobre o ônus da prova, têm por finalidade prestigiar uma das partes. Nesses casos, a atuação oficial conflitaria – de forma se não desnecessária e inútil, ao menos desproporcional – com a opção feita pelo legislador.

Certo que sempre haverá o argumento segundo o qual o juiz deve buscar a *verdade* no processo, porque só assim se fará justiça. Sobre isso, vale registrar algumas observações.

Primeiro, novamente convém ser realista e considerar – tanto mais num contexto de grande massa de processos, a gerar o que se afirma ser uma carga invencível – que essa busca, ao menos na generalidade dos casos submetidos ao Judiciário, não corresponde à realidade. Na vida real, mesmo à míngua de estatísticas que respaldem a assertiva, a iniciativa probatória do juiz quando muito é verificada em processos que envolvem direitos indisponíveis e, mesmo assim, se o órgão do Ministério Público que se presume deva intervir quedar-se inerte – o que, forçoso convir, não pode ser erigido à condição de regra, mas de exceção. Entre partes maiores e capazes que litigam sobre direitos patrimoniais disponíveis, alegação e prova são – como deve mesmo ser – assuntos substancialmente a cargo do interessado.

Segundo, a busca da verdade não é um escopo do processo, que, na realidade, busca pacificar mediante a eliminação das controvérsias – embora realmente o faça mediante a atuação do direito objetivo. O tema – cercado de relevantes aspectos filosóficos – já foi tratado doutrinariamente, mas parece ainda surpreendente a reiteração da ideia de que é a busca da verdade que move o juiz. Essa visão, por sobre ser mais uma vez irrealista, é desde logo parcial: o conhecimento dos fatos é, sem dúvida, instrumento para consecução do objetivo de aplicar o direito no caso concreto, mas em boa medida conflita com o escopo social, de mais rápida superação da controvérsia e, como dito, de consequente pacificação social. Mesmo no processo penal, em que se diz que o juiz buscaria a verdade real, não é factível nem correto que o juiz, diante da omissão do órgão acusador, empreenda atividade de ofício para suprir a inércia do demandante. Certamente que o juiz não é indiferente à busca da verdade pelo simples fato de que a atividade probatória se destina à revelação dos fatos. Então, se o juiz admite tal ou qual prova, é natural que ele se interesse pelo resultado que tal atividade pode proporcionar. Mas isso é coisa consideravelmente diversa do que dizer que o escopo do processo – e, portanto, do juiz – seja o de descobrir a verdade. Não é porque a sentença de mérito é dada na premissa de que a prova foi insuficiente para revelar os fatos que ela é menos valorosa sob o prisma dos escopos do processo.

A regra legal que permite às partes a escolha consensual do perito, cuja perícia “substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz” (art. 471, *caput* e § 3º do CPC/15) é uma boa ilustração para tudo o que foi dito.

A propósito, há quem sustente que “O fato de o perito ter sido indicado pelas partes não retira do juiz o dever de valorar a qualificação do profissional indicado e não retira do juiz seus poderes instrutórios atribuídos pela lei”. Assim, “o dispositivo legal não significa, contudo, dada a impossibilidade de as partes limitarem a formação do convencimento judicial, que não possa o juiz indicar outro perito para a realização de uma segunda perícia, se considerar que a primeira perícia, aquela realizada pelo profissional indicado pelas partes, não esclareceu de maneira suficiente a questão controvertida (...)”²¹. Da mesma forma, já se disse que “Considerando-se que o destinatário da prova é o juiz, este poderá determinar a realização de uma segunda perícia, a ser realizada por perito nomeado pelo juízo, na forma do art. 480”²².

Contudo, preservada tal convicção, e sempre com a ressalva de que a realidade dificilmente levará a situações concretas e recorrentes que apresentem esse tipo de problema, essa solução é inconciliável com determinação legal de que a “perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz”, cuja constitucionalidade, ao que se sabe, não foi sequer posta em dúvida. Tal solução, por sobre ser legal, não infirma a persuasão racional porque essa haverá que se dar mediante recurso às regras de distribuição do ônus da prova que, nesse caso, são o parâmetro jurídico e legal a ser considerado pelo juiz que, de todo modo, terá que justificar a razão pela qual entende seja a prova consensual imprestável para o conhecimento e revelação dos fatos controvertidos. Ora, se a lei – aparentemente sem reação contrária à altura dessa outra – diz que a simples fixação de pontos controvertidos vincula o juiz (art. 357, § 2º), seria incoerente que a convenção sobre a própria prova não vinculasse o julgador.

Certamente que a perícia consensual não retira do juiz o poder de presidir as atividades relativas à prova e, nessa medida, de exercer o *case management* (que a tanto não se limita, mas que tem ali uma boa ilustração), relativamente ao objeto e à duração da prova. O magistrado pode – na verdade, continua a poder – apresentar seus próprios quesitos e determinar sejam feitos esclarecimento, inclusive oralmente em audiência, se necessário. Aqui, sim, eventuais disposições que excluíssem tais prerrogativas poderiam ser tidas como inaceitáveis. Não parece possível, contudo, que o juiz simples-

21 Paulo Henrique dos Santos Lucon, “Prova Pericial no CPC/2015”, Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 267, maio/2017, pp. 211/223.

22 Paulo Magalhães Nasser, ao comentar o art. 471 do CPC, in **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, coord. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 470.

mente determine a realização de nova perícia, nem mesmo por perito a ser novamente escolhido pelas partes²³, porque isso, mais uma vez, equivaleria a passar por cima da vontade das partes. O argumento fundado no art. 480 não colhe²⁴: a possibilidade de se determinar de nova perícia é ali dada ao juiz na premissa de que a ele caiba essa tarefa. Mas, tendo as partes excluído tal possibilidade, permitir-se que uma segunda perícia substituísse a primeira seria, novamente, contornar a norma legal.

Isso naturalmente não quer dizer que o julgador não possa submeter o tema – necessidade de ser feita nova perícia – ao debate, preferencialmente pessoal e em audiência, para que a oralidade preste a relevante função de servir de instrumento para o efetivo contraditório. Mas se não houver consenso, é com a regra de distribuição do ônus da prova que o juiz deve trabalhar. Naturalmente, vale aqui a mesma ressalva que antes fora feita de forma genérica: caso o juiz identifique possível ilícito, então ele deve adotar providências para que tal prática não se consuma²⁵.

4- À GUIA DE CONCLUSÃO.

Como se disse no preâmbulo, a eleição do tema considerou – e procurou relacionar – dois temas que foram tratados pelo ilustre homenageado com o brilhantismo que o caracterizava. Por razões óbvias, não se poderá saber ao certo se nosso Mestre concordaria com o que aqui foi dito. É bem provável que ele discordasse da tese essencial aqui desenvolvida, embora até pudesse aceitar algumas das considerações feitas.

Com efeito, embora o Professor José Carlos Barbosa Moreira tenha sido, entre nós, um dos precursores no trato das *convenções processuais*, o conjunto de sua obra leva a crer que ele dificilmente aceitaria a prevalência da vontade das partes sobre a iniciativa probatória do juiz. Tal é o que se extrai da grande ênfase com que defendia o exercício de ofício dos poderes de instrução pelo juiz, assim como de seu ceticismo – para não dizer repúdio – em relação às ideias que atenuassem o caráter público do processo e que,

23 Essa possibilidade é vislumbrada por Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, in *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 2, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 347.

24 Em sentido diverso do texto, vide Leonardo de Faria Beraldo, in *Comentários às Inovações do Código de Processo Civil*, Belo Horizonte: DelRey, 2015, p. 186.

25 Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentarem o art. 471 do CPC, ponderam que o juiz “não pode permanecer alheio a qualquer evidência de manipulação do acordo, que deverá ser prontamente reprimida (CPC art. 139 III). Sendo assim, caso entenda que a pura e simples nomeação do perito favoreça uma das partes (em razão de alguma relação entre ambos, por exemplo), pode desconsiderar o consenso em torno do nome do perito e nomear outro” (cf. *Código de Processo Civil Comentado*, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1188). Mas, o tema é complexo porque o exemplo dado envolve possível vício de consentimento ou social; e, nesse caso, é preciso preservar o contraditório e, principalmente, definir a forma pela qual se poderia reconhecer a invalidade e a ineficácia do acordo.

de alguma forma, pudessem apontar para uma espécie de “neoprivatismo” – expressão de que o próprio Mestre se valeu²⁶.

De outra parte, é certo que o decréscimo (quantitativo, bem claro) da produção de novos textos pelo homenageado coincidiu em alguma medida com uma série considerável de modificações no Direito processual brasileiro. Ainda que essas alterações não possam ser tidas como propriamente inéditas para o Mestre (inclusive pela notável capacidade de antever o futuro, de que se falou no tópico precedente), o advento do novo Código de Processo Civil é disso uma razoável ilustração. Mas não foi apenas isso: nos últimos anos, o processo arbitral ganhou crescente importância e o tema tem merecido a atenção dos estudiosos, inclusive no paralelismo que guarda com a possibilidade de um processo jurisdicional estatal fruto da vontade das partes. Além disso, cresceu o interesse pelas soluções não adjudicadas de conflitos, a fazer do processo mais do que um mero instrumento de atuação de poder estatal, para soluções imperativas. A concepção de prova como elemento destinado exclusivamente à formação do convencimento do juiz caiu por terra e, se não temos propriamente um modelo igual ao que admite a *discovery*, hoje o papel das partes em matéria probatória tem uma relevância maior do que a de décadas atrás.

Enfim, nesse “novo” contexto, *talvez* o Mestre estivesse em alguma medida disposto a rever ideias e conceitos. Mas, seja como for, seu legado é perene. Ainda que – como é inevitável – mudem as concepções de vida e de mundo e, com ela, o modo de fazer e de interpretar o Direito, as lições de José Carlos Barbosa Moreira serão sempre lembradas e cultuadas, como fonte inesgotável de aprendizado e de reflexão. ❖

26 Cf. José Carlos Barbosa Moreira, “O neoprivatismo no processo civil”, in **Temas de Direito Processual**: nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 87/101.

Ilegitimidade Passiva e Alteração Subjetiva no Código de Processo Civil de 2015

Luciano Vianna Araújo

Doutorando em Direito Processual Civil na PUC/SP. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor nos cursos de graduação e de pós-graduação da PUC/Rio. Membro do IBDP. Advogado.

1) Introdução; 2) A estabilização da demanda; 3) A ilegitimidade das partes e a inexorável extinção do processo, sem resolução do mérito, por carência da ação (art. 267, inciso VI, do CPC/1973); 4) O processo legislativo do Código de Processo Civil de 2015; 4.1) O processo legislativo propriamente dito; 4.2) A alteração subjetiva no processo legislativo do Código de Processo Civil de 2015; 4.3) O fim da nomeação à autoria; 5) Os fundamentos para permitir a alteração subjetiva (a boa-fé, a cooperação e a sanabilidade); 6) A alteração subjetiva no Código de Processo Civil de 2015; 7) O Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC); 8) Conclusão

1) INTRODUÇÃO

Um novo Código de Processo Civil deve não só modificar o sistema processual em seus vários aspectos, mas também deve fazer pequenas alterações que tornem o processo mais efetivo.

No modelo do Código de Processo Civil de 1973, a ilegitimidade passiva não podia, em regra, ser corrigida. A denominada *estabilização subjetiva da demanda* proibia, após a citação (art. 264 do CPC/1973), a modificação das partes, salvo expressa autorização legal. Por exemplo, por exceção, a nomeação à autoria (art. 62 a 69 do CPC/1973), espécie de intervenção de terceiro, permitia a mudança das partes após a citação.

Não havendo expressa autorização legal, o juiz devia extinguir o processo, sem resolução do mérito, na forma do art. 267, inciso VI, do CPC/1973, por carência da ação, sempre que reconhecesse a ilegitimidade da parte. Por isso, a doutrina classificava a ilegitimidade *ad causam* como uma *defesa processual peremptória*.

O Código de Processo Civil de 2015 traz uma novidade no que concerne à ilegitimidade passiva.

O Código de Processo Civil de 2015 modifica o sistema do Código de Processo Civil de 1973 (*estabilização subjetiva da demanda*) e, através de uma singela mudança (autorização para excluir o réu originário e/ou incluir um novo demandado), torna mais efetivo o processo.

A possibilidade de substituição do demandado ou a inclusão de um novo réu, em litisconsórcio com o originário, configura uma positiva modificação implementada pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 338 e 339), visando à primazia do julgamento do mérito da causa, uma de suas normas fundamentais (art. 4º).

2) A ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

O art. 264 do CPC/1973 discorria sobre a *estabilização da demanda*, que se operava pela citação, quando se angularizava a relação jurídico-processual:

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as autorizações permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo

Por seu turno, o art. 294 do CPC/1973 asseverava que “antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa”.

Essas normas visavam a limitar quaisquer modificações, *subjetivas* ou *objetivas*, na demanda proposta, após a citação.

Em complemento, o art. 41 do CPC/1973 dispunha que “só é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei”. Em sequência, o art. 42 do CPC/1973 versava sobre a alienação da coisa ou do direito litigioso e o art. 43 do CPC/1973 tratava da morte de uma das partes, como hipóteses de sucessão processual.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹, ao analisar a *estabilização subjetiva da demanda*, no Código de Processo Civil de 1973, apreciava a questão da ilegitimidade passiva nos seguintes termos:

¹ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 6ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, página 72.

Essas proibições protegem o réu contra incertezas e oscilações do processo e em alguma medida imunizam os terceiros, que não poderão ser trazidos ao processo depois da citação daquele (ressalvados os casos de regular intervenção de terceiro ou de litisconsórcio necessário): seria indispensável um retrocesso, que o sistema não permite, se, p.ex., pudesse sempre o autor, em vista de uma ilegitimidade passiva antes não percebida - ou talvez até dissimulada por ele próprio - substituir um réu por outro e prosseguir contra o segundo e não o primeiro.

A lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO revela-se de acordo com o sistema vigente no Código de Processo Civil de 1973, o qual proibia, após a citação, a troca do réu, por força da *estabilização subjetiva da demanda*.

3) A ILEGITIMIDADE DAS PARTES E A INEXORÁVEL EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR CARÊNCIA DA AÇÃO (ART. 267, INCISO VI, DO CPC/1973)

O Código de Processo Civil de 1973 reconheceu o caráter abstrato do direito de ação, mas, seguindo a doutrina de ENRICO TULLIO LIEBMAN², exigiu o preenchimento das denominadas *condições da ação* para que o juiz profira sentença acerca do mérito da causa, conforme os artigos 3º, 267, inciso VI, 295, incisos II e III, o inciso III do parágrafo único do art. 295 e o art. 301, inciso X, todos do CPC/1973.

No Código de Processo Civil de 1973, a legitimidade das partes era uma das *condições da ação*, noutras palavras, um dos “requisitos necessários à prolação de um julgamento sobre o mérito”³, além da possibilidade jurídica e do interesse de agir⁴.

ENRICO TULLIO LIEBMAN⁵ conceitua a legitimidade das partes como sendo a “pertinência subjetiva da ação”:

A legitimação para agir é, pois, em resumo, a *pertinência subjetiva da ação*, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existen-

2 “L’Azione nella Teoria del Processo Civile”, *Problemi di Diritto Processuale Civile*, Morano, Napoli, 1962, página 46.

3 Egas Dirceu Moniz de Aragão, in *Comentários ao CPC*, vol. II, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1991, página 531.

4 O Código de Processo Civil de 2015 suprimiu, dentre as hipóteses das condições da ação, a *possibilidade jurídica*, conforme o art. 485, VI, do CPC/2015, mantidas a *ilegitimidade* e o *interesse de agir*.

5 *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1985, página 159.

te), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo.

CASSIO SCARPINELLA BUENO⁶ esclarece nos seguintes termos a finalidade das *condições da ação*:

... 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.

A falta de uma das *condições da ação* denomina-se carência da ação.

A carência da ação acarretava na extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267, inciso VI, do CPC/1973. E, segundo o parágrafo 3º do art. 267 e o parágrafo 4º do art. 301, ambos do CPC/1973, competia ao juiz conhecer *ex officio* dessa matéria (carência da ação).

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA assentou jurisprudência⁷ no sentido de que, “reconhecida a inexistência de condição da ação (*legitimitio ad causam*), impõe-se a extinção do feito (Código de Processo Civil, artigo 267, VI), visto que não pode o juiz substituir o sujeito passivo qualificado pela parte autora, com o fito de corrigir errônea indicação”.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR⁸ ratificava, em sede doutrinária, tal entendimento jurisprudencial, no regime do Código de Processo Civil de 1973:

Por conseguinte, à falta de uma condição da ação, o processo será extinto, prematuramente, sem que o Estado dê resposta ao pedido de tutela jurisdicional do autor, isto é, sem julgamento de mérito (art. 267, nº VI). Haverá ausência do direito de ação ou, na linguagem corrente dos processualistas, ocorrerá carência de ação.

⁶ *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 1, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, página 337.

⁷ STJ, 2ª Seção, CC 33.045, relator Ministro Castro Filho. No mesmo sentido, STJ, 1ª Seção, CC 30.768, relator Ministro Milton Luiz Pereira. O enunciado 392 da súmula do STJ reforça esse entendimento.

⁸ *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 54ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013, página 77.

Nesse contexto, reconhecida a ilegitimidade da parte (ativa ou passiva), impunha-se a extinção do processo, sem resolução do mérito, na forma do art. 267, inciso VI, do CPC/1973, sendo vedado ao autor e/ou ao juiz substituir a parte ilegítima pela legítima. Considerava-se (a ilegitimidade), portanto, uma *defesa processual peremptória*. Essa solução decorria da *estabilização subjetiva da demanda*, como acima demonstrado.

4) O PROCESSO LEGISLATIVO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

4.1) O processo legislativo propriamente dito

Em 08 de junho de 2010, foi apresentado, no Senado Federal, o projeto do novo Código de Processo Civil, de autoria do Senador José Sarney, o qual passou a tramitar sob a denominação PLS 166/2010.

Em 04 de agosto de 2010, foi realizada a primeira reunião de instalação da Comissão Especial do Senado Federal, quando foram eleitos os Senadores Demóstenes Torres e Antonio Carlos Valadares, como Presidente e Vice-Presidente, respectivamente. Foi designado, como relator-geral, o Senador Valter Pereira e os seguintes relatores parciais: 1) Antonio Carlos Júnior - Processo Eletrônico ; 2) Romeu Tuma - Parte Geral; 3) Marconi Perillo - Processo de Conhecimento; 4) Almeida Lima - Procedimentos Especiais; 5) Antonio Carlos Valadares - Cumprimento das Sentenças e Execução; e 6) Acir Gurgacz - Recursos.

Nomeou-se, em seguida, uma comissão técnica de apoio à elaboração do relatório-geral, composta por Athos Gusmão Carneiro, Cassio Scarpinella Bueno, Dorival Renato Pavan e Luiz Henrique Volpe Camargo.

Aprovou-se, em 1 de dezembro de 2010, na 15ª reunião da Comissão Temporária, o relatório final do Senador Valter Pereira, que passou a constituir o parecer da Comissão do Senado pela aprovação do PLS 166/2010.

Posteriormente, após três sessões de discussão em turno único, o PLS 166/2010 foi aprovado (texto substitutivo) em 15 de dezembro de 2010, tendo sido determinado o seu envio à Câmara dos Deputados.

Em 22 de dezembro de 2010, através do ofício 2.428/2010, o Senado Federal apresentou à Câmara dos Deputados o projeto de novo Código de Processo Civil, para que realizasse a sua revisão, na forma do *caput* do art. 65 da CF:

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Na Câmara dos Deputados, em 05 de janeiro de 2011, a Mesa Diretora determinou a constituição de Comissão Especial para emitir parecer sobre o projeto e as emendas, tendo sido autuado sob a designação PL 8046/2010.

Em 31 de agosto de 2011, formou-se Comissão Especial, destinada a proferir parecer sobre o projeto de lei. Foram nomeados, para a Comissão Especial, os seguintes Deputados: como relator-geral, Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA), posteriormente substituído pelo Deputado Paulo Teixeira; para a parte geral, Efraim Filho (DEM-PB); para o processo de conhecimento e cumprimento da sentença, Jerônimo Goergen (PP-RS); para os procedimentos especiais, Bonifácio de Andrada (PSDB-MG); para o processo de execução, Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP); para os processos nos Tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais, bem como disposições finais e transitórias, Hugo Leal (PSC-RJ).

Após regulamentar tramitação na Câmara dos Deputados, em 26 de março de 2014, aprovou-se, com emendas, o texto do projeto do novo CPC, o qual, por disposição legal (parágrafo único do art. 65 da CF), retornou ao Senado Federal, órgão de origem do projeto de lei.

Art. 65.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

Em 31 de março de 2014, o projeto de lei regressou finalmente ao Senado Federal, onde passou a tramitar sob a sigla SCD 166/2010 (Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 166/2010).

Por força do processo legislativo, concluída a votação em 17 de dezembro de 2014, o Senado Federal encaminhou, após as verificações de praxe, o projeto de lei à Presidência da República, para sancioná-lo ou vetá-lo, total ou parcialmente, conforme o art. 66 da CF:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º - O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º - Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013)

§ 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 7º - Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

A Presidência da República sancionou, em março de 2015, o novo Código de Processo Civil.

4.2) A alteração subjetiva no processo legislativo do Código de Processo Civil de 2015

O art. 338 do CPC/2015 tem origem no anteprojeto da Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux e tendo, como relatora, a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.

O art. 339 do anteprojeto tornou-se o art. 328 do PLS 166/2010 e, por fim, o art. 339 do texto final da Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010), como afirma CASSIO SCARPINELLA BUENO⁹:

Os dispositivos, que têm origem no Anteprojeto, são relevantíssimos porque permitem a correção da ilegitimidade passiva nas condições que especificam. Nesse sentido, substituem, com inegáveis vantagens, a atual disciplina da ‘nomeação à autoria’ que, incompreensivelmente, depende da concordância do nomeado para haver a correção do polo passivo do processo.

O art. 328 do PLS 166/2010 dispõe que, se o réu alegar ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor substituí-lo, modificando, para isso, a petição inicial.

Durante o processo legislativo, a Câmara dos Deputados (art. 340 do PL 8.046/2010) acrescentou outra norma jurídica, a qual foi mantida integralmente pelo Senado Federal (SCD 166/2010), tendo se tornado o art. 339 do CPC/2015.

O art. 340 do PLS 8.046/2010 obriga o réu originário que indique, sempre que alegar sua ilegitimidade passiva, o sujeito passivo da relação jurídica discutida, desde que tenha conhecimento de quem seja. Este dispositivo impõe sanções ao réu que não apontar a pessoa que deve figurar no polo passivo.

A norma acrescida pela Câmara dos Deputados melhora o sistema de *alteração subjetiva* da demanda, por força da *ilegitimidade passiva*, proposto pelo Senado Federal.

Nitidamente, essas normas preveem, além da hipótese de ilegitimidade passiva, a de nomeação à autoria, prevista nos artigos 62 a 69 do CPC/1973.

4.3) O fim da nomeação à autoria

FREDIE DIDIER JR.¹⁰ explica a finalidade da nomeação à autoria, nos seguintes termos:

Tem dois objetivos: a) indicar ao autor o real titular da situação legitimante passiva; b) retirar do sujeito dependente o ônus de

⁹ Projetos do novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010), São Paulo: Saraiva, 2014, página 190.

¹⁰ Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 16ª edição, Salvador: Juspodium, 2014, página 385.

conduzir um processo que não lhe diz respeito. Normalmente, o caso seria de extinção do processo por carência da ação, mas, por questões de economia, aproveita-se o processo pendente e corrige-se o equívoco.

No mesmo sentido, o ensinamento de LUIZ GUILHERME MARI-
NONI e de SÉRGIO CRUZ ARENHART¹¹: “a nomeação à autoria gera, em princípio, a substituição do polo passivo da demanda de um sujeito ilegítimo por outro legítimo”.

Não fosse a nomeação à autoria, a consequência seria a extinção do processo, sem resolução do mérito, por carência da ação, especificamente a ilegitimidade passiva (do nomeante), conforme o art. 267, inciso VI, do CPC/1973.

No sistema do Código de Processo Civil de 2015, além das hipóteses da extinta nomeação à autoria, a ilegitimidade passiva *genericamente* pode ser corrigida, a fim de que o réu ilegítimo seja sucedido por quem possua legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual.

No regime do Código de Processo Civil de 1973, permitia-se a sucessão do nomeante (réu originário) pelo nomeado, de acordo com as regras dos artigos 62 a 69 do CPC/1973.

Pretende-se, no Código de Processo Civil de 2015, que, não só a nomeação à autoria, mas também a ilegitimidade passiva, de uma forma geral, importe na sucessão da parte originária por outra.

Não foi por outro motivo que o Código de Processo Civil de 2015 não relacionou mais, dentre as hipóteses de intervenção de terceiro, como faz o Código de Processo Civil de 1973, a nomeação à autoria. Os artigos 119 a 138 do CPC/2015 tratam da assistência (art. 119 a 124 do CPC/2015), da denunciação da lide (art. 125 a 129 do CPC/2015), do chamamento ao processo (art. 130 a 132 do CPC/2015), do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 133 a 137 do CPC/2015) e do *amicus curiae* (art. 138 do CPC/2015).

FREDIE DIDIER JR.¹², no sistema do Código de Processo Civil de 1973, já alertava que “rigorosamente, a nomeação à autoria mais se assemelha a uma sucessão voluntária do que a uma intervenção de terceiro: o nomeado sucede o nomeante, que sai do processo. Não há ampliação subjetiva do processo, apenas a modificação de um dos seus polos”.

¹¹ Curso de Processo Civil, vol. 2, 12ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, página 180.

¹² Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 16ª edição, Salvador: Juspodium, 2014, página 386.

Conforme os artigos 64 e 67 do CPC/1973, feita a nomeação à autoria no prazo de resposta, o juiz suspendia o processo. Caso não se realizasse a sucessão do nomeante pelo nomeado, por qualquer motivo (sistema da “dupla concordância¹³”), o juiz conferia ao nomeante novo prazo para resposta.

O Código de Processo Civil de 2015 não previu, nem para a hipótese de nomeação («não ser responsável pelo prejuízo invocado») nem para a de ilegitimidade («parte ilegítima»), a suspensão do processo e, se for o caso, a fixação de novo prazo para contestar, o que exige do réu arguir, em sua contestação, todas as defesas processuais e de mérito (indiretas e diretas).

O art. 339 do CPC/2015 versa expressamente sobre a alegação de ilegitimidade pelo réu e as suas consequências. Trata-se de uma inovação do Código de Processo Civil de 2015, visto que, conforme acima demonstrado, no regime do Código de Processo Civil de 1973, a ilegitimidade passiva importava sempre na extinção do processo, sem resolução do mérito, pela carência da ação, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC/1973.

Relembre-se que a norma do art. 339 do CPC/2015 foi introduzida no processo legislativo pela Câmara dos Deputados (art. 340 do PLS 8.046/2010), em complemento à norma do art. 339, como adverte CASSIO SCARPINELLA BUENO¹⁴:

O dispositivo complementa a previsão anterior e merece ser aprovado no Senado Federal na sua derradeira revisão do Projeto porque regula expressamente diversos acontecimentos que podem ocorrer a partir da iniciativa tomada pelo réu de arguir sua ilegitimidade.

Ademais, o *caput* proposto gera, para o réu, importante dever processual relativo à seriedade da alegação, aprimorando a disciplina do atual art. 69.

Segundo o *caput* do art. 339 do CPC/2015, o réu deve, quando alegar sua ilegitimidade passiva, “indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta da indicação”.

13 A propósito das críticas ao sistema da dupla concordância, leia-se o meu “A dupla concordância e o direito de não ser nomeado réu”, in *O Terceiro no Processo Civil brasileiro e assuntos correlatos. Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*, coordenação Fredie Didier Jr., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, páginas 342/351.

14 *Projetos do novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010)*, São Paulo: Saraiva, 2014, página 191.

5) OS FUNDAMENTOS PARA PERMITIR A ALTERAÇÃO SUBJETIVA (A BOA-FÉ, A COOPERAÇÃO E A SANABILIDADE)

O Código de Processo Civil de 2015, ao contrário do sistema vigente no Código de Processo Civil de 1973, autoriza, diante da ilegitimidade passiva, a *alteração subjetiva*, visando ao aproveitamento do processo.

Tal previsão funda-se nitidamente nos princípios da *boa-fé processual* e da *cooperação*, expressamente positivados no Código de Processo Civil de 2015:

Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé¹⁵.

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva¹⁶.

Reclama-se a *boa-fé objetiva*¹⁷, como adverte ALEXANDRE ÁVALO SANTANA¹⁸:

Trata-se da necessária probidade e lealdade que deve nortear as condutas perpetradas durante o processo, o que, por certo, ultrapassa os aspectos anímicos da já conhecida boa-fé subjetiva, na qual a análise fica circunscrita ao âmbito da intenção das partes.

RONALDO CRAMER¹⁹ distingue, com clareza, a *boa-fé subjetiva* da *boa-fé objetiva*:

Diga-se, desde logo, que a boa-fé objetiva distingue-se da boa-fé subjetiva. Enquanto esta extrai a boa-fé a partir da intenção do indivíduo na prática do ato, aquela verifica a

15 O art. 5º do CPC/2015 foi inserido, durante o processo legislativo, na Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010), visto que não constava do texto aprovado no Senado Federal (PLS 166/2010). Quando do retorno do processo legislativo à Casa de origem (Senado Federal - SCD 166/2010), foi mantido, em sua integralidade, o texto proposto pela Câmara dos Deputados.

16 No PLS 166/2010, a redação era a seguinte: “As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”. O texto foi alterado na Câmara dos Deputados (PLS 8.046/2010), tendo sido mantido pelo Senado Federal (SCD 166/2010).

17 O art. 14, inciso II, do CPC/1973 prescreve que as partes devem “proceder com lealdade e boa-fé”. Entende-se que este dispositivo positiva a *boa-fé subjetiva* apenas.

18 “Os princípios do novo CPC e a tutela eficiente em tempo razoável”, in *Novas tendências do Processo Civil. Estudos sobre o projeto do novo CPC*, vol. II, Salvador: Juspodium, 2014, página 23.

19 “O princípio da boa-fé no projeto do novo CPC”, in *Novas tendências do Processo Civil. Estudos sobre o projeto do novo CPC*, vol. III, Salvador: Juspodium, 2014, página 625.

boa-fé através do comportamento do indivíduo, sendo indifferente o seu propósito.

RAVI PEIXOTO²⁰ leciona que o *princípio da cooperação* decorre de uma “releitura do princípio do contraditório, sendo, também, possível sua extração da cláusula geral do devido processo legal, a partir da influência da constitucionalização do processo, retirando o magistrado, na condução do processo, de uma posição assimétrica em relação às partes para equipará-los, devendo haver um diálogo, uma comunidade de trabalho entre as partes e o magistrado para a obtenção de uma decisão adequada e mais condizente com uma democracia participativa”.

Extrai-se do texto legal que a aplicação do princípio da cooperação deve conduzir a um processo *justo, efetivo e tempestivo*, verdadeiros postulados do processo civil contemporâneo.

A doutrina relaciona, no que concerne às partes, 3 (três) deveres decorrentes da cooperação, quais sejam: o de *esclarecimento*, o de *lealdade* e o de *proteção*. Em relação ao magistrado, a cooperação impõe uma atitude ativa e participativa. Nesse contexto, do juiz exige-se 4 (quatro) deveres: o de *esclarecimento*, o de *consulta*, o de *prevenção* e o de *auxílio*.

Além desses princípios (*boa-fé e cooperação*), TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO²¹ sustentam que essa correção da ilegitimidade passiva funda-se, também, no *princípio da sanabilidade*.

Os arts. 338 e 339, comentados em conjunto, trazem alteração relevante, também voltada à simplificação do procedimento, que diz respeito à possibilidade de correção do polo passivo pelo autor, medida que excepciona o princípio da *perpetuatio legitimationis*, mas que se mostra coerente com o **princípio da sanabilidade**, consagrado não só nesses dispositivos mas em vários outros do NCPC.

De acordo com esse princípio, que decorre de outro fundamental, que é o princípio da instrumentalidade, os atos processuais,

²⁰ “Rumo à construção de um processo cooperativo”, in Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais n° 219, 2013, página 94/95.

²¹ *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 593.

mesmo que eivados de vício, devem ser aproveitados, de maneira a permitir que se chegue a uma solução de mérito.

Em diversos momentos, o Código de Processo Civil de 2015 propugna - com sabedoria - pelo *juízo do mérito da causa*, rejeitando o reconhecimento de vícios que, dentro do sistema, podem ser afastados sem prejuízo para as partes e para a atividade jurisdicional. Trata-se da *primazia do juízo do mérito da causa* (art. 4º do CPC/2015) A correção da ilegitimidade passiva, com base nos artigos 338 e 339 do CPC/2015, constitui mais um desses casos.

6) A ALTERAÇÃO SUBJETIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Os artigos 338 e 339 do CPC/2015 versam sobre a *correção* da ilegitimidade passiva:

Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º.

+++++

Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

§ 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338.

§ 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.

FREDIE DIDIER JR.²² considera tal norma uma “modalidade nova de intervenção de terceiro, que tem por consequência a sucessão processual, que não depende da concordância do réu: ao alegar a ilegitimidade, o réu deve saber que poderá ser substituído, a critério do autor”. Por seu turno, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA²³ a considera “uma espécie de nomeação à autoria (embora a lei processual não empregue essa denominação, a qual encontra suas origens na *nominatio auctoris* do Direito romano)”. Por sua vez, CASSIO SCARPINELLA BUENO²⁴ sustenta que “o CPC de 2015 inovou substancialmente (e não apenas do ponto de vista formal) ao transformar o que o CPC de 1973 conhecia como uma das modalidades de intervenção de terceiro (a nomeação à autoria) em medida que busca o saneamento do processo e o seu prosseguimento, ainda que em face de outrem ou, até mesmo, em litisconsórcio passivo com o réu”. Por fim, para HUMBERTO THEODORO JUNIOR²⁵, “com essa medida, o novo Código aboliu a antiga intervenção de terceiro da nomeação à autoria, permitindo que tudo se resolva como mera correção da petição inicial”.

Em qualquer hipótese, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, a ilegitimidade passiva deixa de ser uma *defesa processual peremptória*, a qual importa *necessariamente* no julgamento sem resolução do mérito, para ser apenas *dilatória*, haja vista a possibilidade de correção do vício, conforme ESTER CAMILA GOMES NORATO REZENDE²⁶.

Diante da alegação de ilegitimidade ou de não ser responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em quinze dias, a sucessão do réu, com a devida alteração da petição inicial (*caput* do art. 338 do CPC/2015).

A nomeação à autoria (art. 62 a 69 do CPC/1973) dizia respeito apenas às hipóteses de detenção ou de destruição da coisa por ordem de

²² Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 17ª edição, Salvador: Juspodium, 2015, página 647.

²³ O novo Processo Civil brasileiro, São Paulo: Atlas, 2015, página 204.

²⁴ Manual de Direito Processual Civil, volume único, São Paulo: Saraiva, 2015 página 283.

²⁵ Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 56ª edição, Rio de Janeiro: Forense, página 795.

²⁶ Primeiras Lições sobre o novo Direito Processual Civil brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, página 248, coordenadores Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira e Ester Camila Gomes Norato Rezende

terceiro, o que restringe bastante o seu campo de incidência, como explica HEITOR SICA²⁷:

Contudo, apesar de louvável o objetivo do instituto, trata-se de expediente praticamente inútil, pois seu cabimento se limita a apenas duas hipóteses muito específicas de direito material, isto é, quando o réu é mero ‘detentor’ da coisa litigiosa e pretende nomear o proprietário ou possuidor (CPC/1973, art. 62 c/c CC/2002, art. 1.198) e quando o réu alegar ter causado prejuízos ao autor por ordem de outro sujeito, o qual será nomeado (CPC/1973, art. 63, e CC/2002, arts. 1.169 ss.).

Dessa forma, o sistema introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015 mostra-se mais eficiente, pois abarca quaisquer hipóteses de ilegitimidade passiva, além dos casos que ensejam a nomeação à autoria.

Como ensinam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY²⁸, “é outro dispositivo de intenções louváveis, pois evita que o autor seja obrigado a propor uma nova ação quando da extinção do processo em razão da ilegitimidade da parte”.

Na forma do parágrafo único do art. 338 do CPC/2015, “realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º”.

Segundo o art. 85, § 8º, CPC/2015, “nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º”.

Portanto, o réu que for excluído nos termos do art. 338 do CPC/2015 deverá ser reembolsado das despesas processuais, assim como o seu procurador receberá honorários de sucumbência.

O *caput* do art. 339 do CPC/2015 impõe ao réu o dever de indicar o sujeito passivo, quando sustentar a sua ilegitimidade, “*sempre que tiver conhecimento*, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação”.

²⁷ Breves Comentários ao *novo* Código de Processo Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 912, coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas.

²⁸ Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC - Lei 13.105/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 940.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO²⁹ sugerem que a punição prevista no *caput* do art. 339 do CPC/2015 seria “um excesso, vez que não se pode perder de vista que foi o autor o responsável pelo direcionamento equivocado da ação”.

Relembre-se que os fundamentos da exigência dessa conduta do demandado - indicação do verdadeiro réu - extraem-se do princípio da boa-fé processual (art. 5º do CPC/2015) e do princípio da cooperação (art. 6ª do CPC/2015).

À evidência, *se não tiver ciência do titular da relação jurídica objeto do processo*, não se lhe pode impor as penas pela não indicação do verdadeiro réu. Nessa hipótese, o demandado poderá apenas alegar sua ilegitimidade passiva, ressaltando expressamente que desconhece o sujeito passivo da relação jurídica discutida no processo.

Entretanto, *tendo conhecimento daquele que deve figurar na relação jurídico-processual*, incumbe, sim, ao réu originário indicá-lo, sob as penas previstas no *caput* do art. 339 do CPC/2015.

Extrai-se a mesma conclusão da seguinte lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO³⁰: “não indicando quando possível, o réu arcará com as despesas processuais e indenizará o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação”.

A boa-fé processual e a cooperação impõem ao réu tal conduta (art. 5º e 6º do CPC/2015), indicação daquele que deve figurar como demandado. E, como de correntia sabença, não existe regra sem sanção.

Nas palavras de BRUNO DANTAS³¹, “assim, o art. 339, *caput*, apresenta um meio de coerção para que o réu colabore, sempre que puder fazê-lo, com a regularização na configuração do aspecto da legitimidade”.

Em sequência, o parágrafo 1º do art. 339 do CPC/2015 assevera que “o autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial, para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338”.

O autor possui um prazo de 15 (quinze) dias para aceitar ou não a alegação de ilegitimidade passiva e, aceitando-a, deverá, nesse mesmo prazo,

29 *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 593.

30 *Novo Curso de Processo Civil*, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 183.

31 *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, página 542, coordenados por Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer.

alterar a petição inicial para substituir o réu originário pelo legítimo. Aplica-se aqui a regra do parágrafo único do art. 338 do CPC/2015, segundo a qual o autor deverá reembolsar as despesas e pagar os honorários do procurador do réu excluído.

Por sua vez, o art. 339, parágrafo 2º, do CPC/2015 prevê a hipótese de o autor não consentir com a exclusão do réu originário. Nessa hipótese, o autor possui a faculdade de modificar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu, sem, por óbvio, excluí-lo.

Trata-se de uma medida conciliatória: o autor não concorda com a exclusão do réu originário. Todavia, ele, por cautela, resolve incluir a pessoa indicada pelo réu como demandado também, num litisconsórcio passivo.

7) O FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC)

Durante o processo legislativo do projeto do novo CPC, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), sob a Presidência da Professora TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, iniciou a organização de encontros (Fóruns), a fim de fomentar o debate e, dessa forma, fornecer subsídios para uma melhor interpretação das normas processuais e, até mesmo, sua revisão ainda no processo legislativo. Sancionado o Código de Processo Civil de 2015, os encontros prosseguiram, agora com base no texto definitivo.

Denominou-se esses encontros de “Fórum Permanente de Processualistas Civis³² (FPPC)”.

Esses eventos dividem-se em dois momentos: no primeiro, em grupos menores, coordenados por um professor previamente indicado, os membros de cada grupo refletem e debatem sobre um tema específico. Posteriormente, em sessão plenária, são aprovados, *somente por unanimidade dos presentes*, enunciados sobre diversos pontos do novo Código de Processo Civil.

No II Fórum Permanente de Processualistas Civis, aprovou-se, à unanimidade, três enunciados, quais sejam:

Enunciado nº 42 do Fórum Permanente de Processualistas Civis

(art. 340 do PLS 8.046/2010) O dispositivo se aplica mesmo a procedimentos especiais que não admitem intervenção de

³² A origem desses encontros foi um evento no Largo de São Francisco - USP, em São Paulo, em 2008, organizado por Paulo Hoffmann.

terceiros, bem como aos juizados especiais cíveis, pois se trata de mecanismo saneador, que excepciona a estabilização do processo (grupo: Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Resposta do Réu).

Enunciado nº 43 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

(art. 340 §§ 1º e 2º; art. 359; art. 364, I, todos do PLS 8.046/2010) Submetem-se ao prévio controle judicial as alterações subjetivas do processo previstas nos §§ 1º e 2º do art. 340, no momento das providências preliminares (art. 359) e/ou no momento do saneamento (art. 364, I) (grupo: Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Resposta do Réu).

Enunciado nº 44 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

(art. 340 do PLS 8.046/2010) A responsabilidade a que se refere o art. 340 é subjetiva (grupo: Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Resposta do Réu).

No III Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - Rio de Janeiro, houve um grupo específico sobre litisconsórcio e intervenção de terceiro.

Cada grupo específico poderia propor à sessão plenária a revisão dos enunciados aprovados no II Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - Salvador. A revisão poderia consistir numa mudança meramente redacional ou, até mesmo, no cancelamento do enunciado aprovado anteriormente, o que se daria por unanimidade dos presentes.

A respeito dos enunciados nº 42, 43 e 44 do II Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, foram mantidos, sem qualquer revisão, os enunciados nº 42 e 44, tendo sido cancelado o de nº 43.

O enunciado nº 42 do II Fórum Permanente de Processualistas Cíveis defende a aplicação da norma contida no art. 339 do CPC/2015 (art. 340 do PLS 8.046/2010) também para os procedimentos especiais, nos quais sequer se admita a intervenção de terceiros, e para os juizados especiais. Isso porque tal norma possui função saneadora, visando a evitar a extinção do processo sem resolução do mérito, por carência da ação, quando se mostra viável a

sucessão do réu originário (parte ilegítima) por um outro, legitimado a responder pelo pedido deduzido em juízo.

Nada impede - e, ao contrário, tudo aconselha - que essa norma, prevista para o procedimento comum, seja aplicável aos procedimentos especiais do Código de Processo Civil e também ao procedimento especialíssimo dos juizados especiais.

O enunciado nº 44 ressalva que a responsabilidade (pelas despesas processuais e pela indenização devida ao autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação) é subjetiva, isto é, depende da comprovação da culpa ou do dolo.

Noutros termos, o simples fato de não indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida não enseja ao réu, que argui sua ilegitimidade passiva, o dever de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta da indicação.

Exige-se, para a responsabilização do réu, que ele, conhecendo a pessoa que deve figurar como ré, deixe de indicá-la. A verificação dessa responsabilidade impõe a prova da culpa ou do dolo do réu originário.

Quanto ao enunciado nº 43, que tinha sido aprovado por unanimidade no II Fórum Permanente de Processualistas Civis - Salvador, ele foi cancelado, por unanimidade, no III Fórum Permanente de Processualistas Civis - Rio de Janeiro.

Ao contrário do que se entendeu em Salvador, decidiu-se pelo cancelamento do enunciado, porque não cabe ao juiz o controle da alteração subjetiva, seja na fase das providências preliminares, seja na fase de saneamento.

Não restam dúvidas de que o juiz deve conhecer, *ex officio*, a ilegitimidade da parte, nos termos do art. 330, inciso II; art. 337, inciso XI; art. 337, § 5º; art. 485, inciso VI; art. 485, § 3º, todos do CPC/2015.

Todavia, se o réu argui sua ilegitimidade e o autor concorda com a sucessão do demandado originário por outro, essa alteração subjetiva não se submete a prévio controle judicial. Lembre-se que o autor possui a faculdade de, ao invés de concordar com a sucessão, determinar a inclusão, no polo passivo, como litisconsorte do réu originário, a pessoa por este indicada.

Em sentido contrário, HEITOR SICA³³ defende que, “em sendo cognoscível *ex officio* a legitimidade *ad causam* (arts. 337, § 5º, e 485, § 3º), a inclusão de um novo réu (com ou sem exclusão concomitante do réu original) sujeita-se à análise do julgador, que pode ou não deferi-la”.

33 Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 913, coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas.

Parece-me que o *controle judicial* não é *prévio*, mas, sim, *posterior*. Ao autor compete, exclusivamente, decidir pela troca do réu originário, pela inclusão daquele que foi indicado (sem a retirada do demandado inicial) ou, simplesmente, pela manutenção do réu. Compete ao juiz, posteriormente, reconhecer a (i)legitimidade de quem quer que seja, com as respectivas consequências processuais, diante da escolha do demandante.

Também no III Fórum Permanente de Processualistas Civis, ocorrido no Rio de Janeiro, aprovou-se novo enunciado, o de nº 152, a respeito da correção da ilegitimidade passiva:

Enunciado nº 152 do Fórum Permanente de Processualistas Civis

(arts. 339, §§ 1º e 2º) Nas hipóteses dos §§ 1º e 2º do art. 339, a aceitação do autor deve ser feita no prazo de quinze dias, destinado à sua manifestação sobre a contestação ou sobre essa alegação de ilegitimidade do réu (grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiro).

O Código de Processo Civil/2015 prevê, no seu art. 351, a oitiva do autor, sempre que o réu alegar qualquer das matérias preliminares (art. 337 do CPC/2015). O enunciado nº 152 pugna pela *alteração subjetiva* no prazo de que dispõe o autor para falar em *réplica*. A *alteração subjetiva* constitui, nitidamente, *medida de saneamento* do processo. Logo, com acerto, deve ser realizada nessa oportunidade, a fim de que, em seguida, o juiz possa *organizar* o processo (art. 357 do CPC/2015).

Posteriormente, em Belo Horizonte, aprovou-se o enunciado 296 no IV Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Enunciado nº 296 do Fórum Permanente de Processualistas Civis

(arts. 338 e 339) Quando conhecer liminarmente e de ofício a ilegitimidade passiva, o juiz facultará ao autor a alteração da petição inicial, para substituição do réu, nos termos dos arts. 339 e 340, sem ônus sucumbenciais (grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento).

Trata-se de providência que se espera do juiz *cooperativo*, qual seja, em vez de, diante da manifesta ilegitimidade passiva, indeferir a petição

inicial (art. 330, inciso II, c/c o art. 485, inciso I, ambos do CPC/2015), faculta-se ao autor alterar a petição inicial, para substituir a parte ilegítima pela legítima.

Além disso, como não houve ainda citação do demandado ilegítimo, não há que se falar em pagamento das verbas de sucumbência pela substituição dos réus.

Esses enunciados devem ser observados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, pelo acerto dos seus respectivos conteúdos.

8) CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 introduz uma novidade em nosso sistema, qual seja: permite, após a citação do réu e por conta da alegação deste, que o autor altere subjetivamente a demanda, seja para excluir o réu originário e incluir um novo demandado, seja para apenas inserir um novo réu no processo.

Essa inovação (art. 338 do CPC/2015) estava prevista no anteprojeto do novo Código de Processo Civil, de autoria da Comissão de Juristas, tendo a Câmara dos Deputados, quando da revisão do projeto do Senado Federal (PLS 166/2010), melhor adaptado o sistema, ao incluir outro dispositivo (art. 339 do CPC/2015). No retorno do processo legislativo à Casa de origem (SCD 166/2010), o Senado Federal manteve a inclusão feita pela Câmara dos Deputados.

O Código de Processo Civil de 2015 eliminou o instituto da nomeação à autoria, espécie de intervenção de terceiro no regime do Código de Processo Civil de 1973. Segundo o art. 338 do CPC/2015, se o réu alegar ser parte ilegítima (ilegitimidade passiva *ad causam*) ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado (nomeação à autoria), o autor pode trocá-lo.

No prazo de 15 dias, contados da intimação da contestação, portanto no prazo para réplica (art. 351 do CPC/2015), o autor deve indicar o novo réu. Compete também ao autor reembolsar as despesas e pagar os honorários do procurador do réu originário (excluído), nos termos do parágrafo único do art. 338 do CPC/2015.

Por seu turno, o *caput* do art. 339 do CPC/2015, introduzido pela Câmara dos Deputados no processo legislativo, exige que o réu, ao alegar sua ilegitimidade passiva, aponte o sujeito passivo da relação objeto da demanda. Caso não o faça, o réu originário deverá arcar com as despesas processuais e indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

O dever de informar o real responsável pelo prejuízo invocado ou o sujeito passivo da relação jurídica objeto da demanda advém dos princípios da boa-fé e da cooperação processual, bem como do princípio da sanabilidade, visando à primazia do julgamento do mérito. Os princípios da primazia do julgamento do mérito, da boa-fé e da cooperação foram expressamente positivados no CPC/2015, conforme os artigos 4º, 5º e 6º.

Por óbvio, se o réu não conhecer o responsável pelo prejuízo invocado ou o sujeito passivo da relação jurídica objeto da demanda, não se lhe pode impor tal punição (arcar com as despesas processuais e indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação). Nessa hipótese (desconhecimento da pessoa que deve figurar como ré), ao demandado originário basta sustentar sua ilegitimidade passiva.

Intimado da contestação, o autor pode optar, no prazo de 15 dias (réplica - art. 337, inciso XI, art. 338, art. 339 e 351 todos do CPC/2015³⁴), pela modificação do réu originário por outro ou pela inclusão também da pessoa, indicada pelo réu originário, como demandado, num litisconsórcio passivo, na forma do parágrafo 2º do art. 339 do CPC/2015. Por óbvio, o autor pode limitar-se a rejeitar a alegação de ilegitimidade passiva.

Importante frisar que é no prazo de réplica, como sugere o enunciado nº 152 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que o autor deve tomar tal opção. Isso porque, logo em seguida, com base no art. 357 do CPC/2015, o juiz deverá organizar o processo - preparando a fase instrutória -, não cabendo mais retroagir para corrigir tal vício.

Note-se que tal inovação, inserida nos artigos 338 e 339 do CPC/2015, afasta o regime da *estabilização subjetiva da demanda* previsto no Código de Processo Civil de 1973. De acordo com o art. 264 do CPC/1973, “feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as autorizações permitidas por lei”.

Com a concordância do demandado, podia-se alterar a causa de pedir ou o pedido, mas não se permitia modificar as partes. Somente nas hipóteses autorizadas por lei, autorizava-se a mudança das partes. Nesse contexto, diante de uma ilegitimidade passiva, o juiz devia, no regime do Código de Processo Civil de 1973, extinguir o processo, sem resolução do mérito, por carência da ação (art. 267, inciso VI, do CPC/1973).

34 Trata-se, indiscutivelmente, de *medida de saneamento* do processo.

Ainda que concordasse com o reconhecimento da ilegitimidade passiva e, por isso, deixasse de interpor apelação da sentença, o autor não podia simplesmente corrigir o polo passivo da relação jurídico-processual e, assim, devia propor nova demanda contra o réu correto, conforme as regras do Código de Processo Civil de 1973. Tratava-se, no sistema do Código *Buzaid*, de uma *defesa processual peremptória*.

Com o sistema previsto no Código de Processo Civil de 2015, em vez da extinção do processo sem resolução do mérito, por conta da carência da ação, faz-se a troca da parte ré por outra, numa economia de tempo e de despesas. Trata-se de uma mudança singela, a qual, no entanto, torna muito mais efetivo o processo. A defesa (ilegitimidade passiva) passa a ser, no CPC/2015, meramente *dilatória*.

Tal sistema revela-se, indiscutivelmente, mais eficiente pois generaliza as hipóteses de modificação do réu para quaisquer situações de ilegitimidade passiva (e não apenas da extinta nomeação à autoria), bem como dispensa a malsinada “dupla concordância³⁵”, isto é, a concordância do nomeado para que haja a substituição do nomeante pelo nomeado, o que era, repita-se, inaceitável mesmo no regime do Código de Processo Civil de 1973. Além disso, não há a suspensão do processo, como ocorria com a nomeação à autoria (art. 64 do CPC/1973). Portanto, além da preliminar de ilegitimidade passiva, o demandado deve oferecer, no prazo de resposta, toda a matéria de defesa, processual ou de mérito, indireta e direta.

Faculta-se, ainda, ao autor, em vez de consentir com a modificação, incluir no polo passivo a pessoa indicada pelo réu originário, formando um litisconsórcio (art. 339, § 2º, do CPC/2015). Por outro lado, se houver a troca do réu originário por outro, o demandante deve reembolsar as despesas processuais do demandado substituído e pagar honorários ao procurador dele (art. 338, parágrafo único, do CPC/2015).

Merece aplausos tal inovação, delineada inicialmente no anteprojeto do novo Código de Processo Civil e melhor desenvolvida no processo legislativo, notadamente pela Câmara dos Deputados. ❖

35 Como exposto, a propósito das críticas ao sistema da dupla concordância, leia-se o meu “A dupla concordância e o direito de não ser nomeado réu”, in *O Terceiro no Processo Civil brasileiro e assuntos correlatos. Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*, coordenação Fredie Didier Jr., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, páginas 342/351.

As Regras Sobre o Exercício da Jurisdição Brasileira no Novo Código de Processo Civil

Carmen Tiburcio

Professora Titular de Direito Internacional Privado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), LLM e SJD pela University of Virginia School of Law, EUA. Consultora no Escritório Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & Associados.

A autora agradece a colaboração de Felipe Albuquerque e Stela Porto na elaboração desse trabalho.

1. INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, gostaria de registrar que estou honrada em poder participar dessa merecida homenagem àquele que foi – e será sempre – professor de todos nós. José Carlos Barbosa Moreira pontificou pela sua seriedade, clareza e profundidade presentes em todos os seus trabalhos. Seus escritos, inclusive de processo internacional, continuam a ser fontes de inspiração e conhecimento para mim e, nesse contexto, se insere esse trabalho sobre competência internacional.

O novo Código de Processo Civil reproduziu a maior parte das regras do CPC de 1973 sobre jurisdição e competência internacional, prevendo poucas alterações, mas algumas de bastante relevância. O presente artigo visa justamente a analisar o que foi alterado pelo novo diploma e, sendo assim, os dispositivos integralmente replicados ou que tiveram apenas mudanças em sua redação não serão abordados.¹

Antes de adentrar propriamente no tema, contudo, é válido fazer um breve esclarecimento conceitual no que diz respeito à diferença entre competência *concorrente* e *exclusiva*, uma vez que o novo CPC segue prevendo regras distintas para cada uma dessas competências. Enquanto na primeira hipótese as questões podem ser decididas tanto pela autoridade judiciária

¹ Para uma análise completa das regras de competência e jurisdição internacional no Brasil, tanto aquelas do CPC de 1973 quanto do CPC atual, a autora gostaria de remeter os leitores à sua tese de titularidade, *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição* publicada pela editora Jus Podium em 2016.

brasileira quanto pela estrangeira, na segunda, os casos obrigatoriamente devem ser submetidos ao Judiciário nacional. No novo Código, as hipóteses de competência concorrente - antes previstas no art. 88 do CPC/1973 - passaram para os arts. 21 e 22; já as de competência exclusiva, que constavam do art. 89 do código anterior, encontram-se no art. 23 do atual.

Feito o registro, passaremos a tratar das alterações previstas no CPC/2015, as quais incluem: (i) novas hipóteses de competência concorrente, específicas para relações de consumo e de obrigação de alimentos; (ii) inclusão da competência brasileira exclusiva para inventário e partilha *inter vivos* e para confirmar testamento particular; (iii) disposição sobre os efeitos positivos e negativos do acordo de eleição de foro; e, por fim, (iv) previsão expressa da hipótese de homologação de sentenças estrangeiras na pendência de ação idêntica ajuizada no Brasil.

2. ART. 22, I E II, CPC/2015 (ART. 88, CPC/1973): NOVAS HIPÓTESES DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE

Em primeiro lugar, cumpre observar que o Código de Processo Civil de 2015 não trouxe qualquer alteração às hipóteses de competência concorrente já previstas no CPC de 1973, quais sejam: (i) réu domiciliado no Brasil; (ii) obrigação a ser cumprida no Brasil; e (iii) ação que decorra de ato ou fato ocorrido no Brasil. Salvo algumas alterações redacionais, o art. 21 do novo Código basicamente reproduziu o art. 88 do CPC 1973. Confirma-se:

“Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil”.

As reais inovações foram reservadas para o artigo subsequente, no qual foram previstas novas hipóteses de competência concorrente relativamente a ações de alimentos - (a) domicílio ou residência do autor e (b) existência de vínculos entre o réu e o país; e consumo - domicílio ou residência do consumidor. O dispositivo também inovou ao tratar dos efeitos positivos

da cláusula de eleição de foro, tema que será abordado em outro tópico do presente trabalho. Antes de adentrar na análise das referidas mudanças, vale transcrever o inteiro teor do dispositivo:

“Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

I - de alimentos, quando:

a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil;

b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos;

II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;

III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.”

A inclusão dessas duas hipóteses privilegiando tanto o alimentando quanto o consumidor deixou evidente a intenção do legislador de beneficiar a parte mais fraca das relações jurídicas em questão, visando a atender ao princípio do acesso à justiça. Em que pese o acerto dessa decisão de trazer as referidas regras ao CPC, dotando-as de maior clareza e segurança, é preciso reconhecer que não se trata propriamente de uma novidade: essas já constavam de convenções internacionais ratificadas pelo Brasil e já eram aplicadas pela jurisprudência. A seguir, cada uma das hipóteses será tratada em separado.

a) Alimentos

O CPC de 1973 não tinha qualquer regra específica de competência internacional em matéria de alimentos, limitando-se a dispor que, no plano de competência interna, seria competente o foro do domicílio ou da residência do alimentando.² Como não é possível aplicar regras de competência interna para fixar a competência internacional, nessa esfera vigoravam apenas convenções internacionais, como a Convenção da ONU sobre Prestação de

² CPC/1973, art. 100: “É competente o foro: II - do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos.” A referida regra foi reproduzida no CPC/2015 no plano de competência interna no art. 53.

Alimentos no Estrangeiro, ocorrida em Nova York, em 1956³, e a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar (1989).^{4,5}

A Convenção de Nova York estabelece um mecanismo de cooperação jurídica internacional para permitir que o autor (demandante), residente num Estado, possa demandar alimentos de pessoa submetida à jurisdição de outro Estado, também parte da referida Convenção, por meio da utilização de Autoridades Remetentes (do Estado do demandante) e Instituições Intermediárias (do Estado do demandado).⁶ A Instituição Intermediária poderá transgír, ajuizar ação de alimentos ou executar decisão já proferida no exterior em nome do demandante.⁷ Assim, a ação será ajuizada na jurisdição à qual o devedor está submetido – que não necessariamente corresponde ao seu domicílio –, sem, contudo, que seja exigido que o credor se locomova para ajuizar a demanda, já que caberá às autoridades envolvidas realizar o contato e transmissão de documentos. Assim, muito embora a Convenção não preveja qualquer regra específica de competência internacional, é possível inferir desta que a competência para apreciar as ações fundadas na Convenção seria do Estado do demandado.⁸

3 Promulgada pelo Decreto nº 56.826 de 02.09.1965.

4 Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, concluída em Montevidéu, em 15 de julho de 1989, internalizada pelo Decreto nº 2.428/97. O Estado Brasileiro, quando ratificou esta Convenção, não fez a declaração de que seria seu direito processual a reger a competência dos tribunais e o processo de reconhecimento da sentença estrangeira, como prevista no art. 18 da Convenção.

5 Há outros tratados/regulamentos europeus que tratam da matéria, mas que não estão em vigor no Brasil, como, no âmbito da Conferência da Haia, a Convenção concernente ao reconhecimento e execução de decisões sobre alimentos para crianças, 1958; Convenção concernente ao reconhecimento e execução de decisões sobre alimentos, 1973; Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família, 2007. Na esfera da União Europeia, vigora o Regulamento 4/2009 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares.

6 “ARTIGO I “Objeto de Convenção 1. A presente Convenção tem como objeto facilitar a uma pessoa, doravante designada como demandante, que se encontra no território de uma das Partes Contratantes, a obtenção de alimentos aos quais pretende ter direito por parte de outra pessoa, doravante designada como demandado, que se encontra sob jurisdição de outra Parte Contratante. Os organismos utilizados para este fim serão doravante designados como Autoridades Remetentes e Instituições Intermediárias.”

7 “ARTIGO VI “Funções da Instituição Intermediária 1. A Instituição Intermediária, atuando dentro dos limites dos poderes conferidos pelo demandante, tomará, em nome deste, quaisquer medidas apropriadas para assegurar a prestação dos alimentos. Ela poderá, igualmente, transgír e, quando necessário, iniciar e prosseguir uma ação alimentar e fazer executar qualquer sentença, decisão ou outro ato judiciário.”

8 “ARTIGO V Transmissão de Sentenças e outros Atos Judiciários 1. A Autoridade Remetente transmitirá, a pedido do demandante e em conformidade com as disposições com o artigo IV, qualquer decisão, em matéria de alimento, provisória ou definitiva ou qualquer outro ato judiciário emanado, em favor do demandante, de tribunal competente de uma das Partes Contratantes, e, se necessário e possível, o relatório dos debates durante os quais esta decisão tenha sido tomada. 2. As decisões e atos judiciários referidos no parágrafo precedente poderão substituir ou completar os documentos mencionados no artigo III. 3. O procedimento previsto no artigo VI poderá incluir, conforme a lei do Estado do demandado, o exequatur ou o registro, ou ainda uma nova ação, baseada na decisão transmitida em virtude das disposições do parágrafo 1.

ARTIGO VI Funções da Instituição Intermediária

1. A Instituição Intermediária, atuando dentro dos limites dos poderes conferidos pelo demandante, tomará, em nome deste, quaisquer medidas apropriadas para assegurar a prestação dos alimentos. Ela poderá, igualmente, transgír e, quando necessá-

A Convenção Interamericana, por sua vez, contém regra expressa para fixar a competência internacional:

“Artigo 8. Têm competência, na esfera internacional, para conhecer das reclamações de alimentos, a critério do credor: a) o juiz ou autoridade do Estado de domicílio ou residência habitual do credor; b) o juiz ou autoridade do Estado de domicílio ou residência habitual do devedor; c) o juiz ou autoridade do Estado com o qual o devedor mantiver vínculos pessoais, tais como posse de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos.

Artigo 9. Tem competência para conhecer da ação de aumento de alimentos, qualquer uma das autoridades mencionadas no artigo 8. Têm competência para conhecer da ação de cessação ou redução da pensão alimentícia, as autoridades que tiverem conhecido da fixação dessa pensão.”

Seguindo essa linha, o novo CPC não se afastou muito do que já era disposto nesses diplomas internacionais, tendo previsto que o Judiciário brasileiro seria competente quando (i) aqui fosse o domicílio ou residência do autor da ação de alimentos ou (ii) quando o réu tivesse vínculos no Brasil que permitissem a efetividade da decisão, ainda que seu domicílio fosse no exterior. Curiosamente, até a redação do novo dispositivo é semelhante a da convenção interamericana:

“Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: I - de alimentos, quando: a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil; b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos;”

Ainda assim, não se pode deixar de reconhecer que se trata de uma inovação quando comparada ao Código anterior, que sequer continha regras específicas quanto ao tema. Registre-se, ainda, que essa inovação

rio, iniciar e prosseguir uma ação alimentar e fazer executar qualquer sentença, decisão ou outro ato judiciário. 2. A Instituição Intermediária manterá a Autoridade Remetente informada e, se não puder atuar, a notificará das razões e lhe devolverá a documentação. 3. Não obstante qualquer disposição da presente Convenção, a lei que regerá as ações mencionadas e qualquer questão conexa será a do Estado do demandado, inclusive em matéria de direito internacional privado”. Sob essa ótica a jurisprudência do STJ tem entendido que se aplica a Convenção sempre que o credor for domiciliado no Brasil e a ação é proposta pela Procuradoria da República: STJ, DJ 30.09.2009, CC 103.390/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves e STJ, DJ 23.5.1994, CC 7.494/RJ, Rel. Min. Fontes de Alencar. No mesmo sentido, STJ, DJ 27.11.1989, CC 512/AC, Rel. Min. Barros Monteiro.

terá efeito positivo nas ações relacionadas a alimentos em que um dos países envolvidos não for parte da Convenção da ONU, como os Estados Unidos, embora a Convenção permaneça sendo a melhor alternativa se a hipótese envolver países membros.⁹

Em decisão recente, contudo, o Eg. STJ afastou a aplicação da Convenção de Nova York, entendendo que o alimentando, quando domiciliado em um país que a ratificou, sempre poderá escolher entre a convenção e a legislação nacional, tendo, no caso concreto, escolhido seguir a lei brasileira, segundo a qual, como visto, é competente o foro do domicílio ou residência do credor de alimentos.¹⁰

b) Relações de Consumo

Nas relações de consumo, via de regra, o consumidor, por ser a parte mais fraca da relação jurídica, tem merecido proteção, tanto no âmbito do direito material¹¹ como no do direito processual.¹² Nos litígios internacionais, essa lógica protetiva tem implicado em regras que visam a garantir que o consumidor não seja obrigado a processar o fornecedor em seu domicílio no estrangeiro, como forma de garantir o seu acesso à justiça.¹³

Não obstante, os arts. 88 e 89 do CPC de 1973 não previam qualquer regra de foro privilegiado para o consumidor. Nesse cenário, discutia-se se a regra prevista no art. 101 do Código de Defesa do Consumidor, a qual determinava como competente o foro do domicílio do consumi-

⁹ Lista ratificantes: Alemanha, Argélia, Argentina, Austrália, Áustria, Barbados, Bélgica, Bielorrússia, Bósnia Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Cabo Verde, Cazaquistão, Chile, Chipre, Colômbia, Croácia, Dinamarca, Equador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Filipinas, Finlândia, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Hungria, Irlanda, Israel, Itália, Líbéria, Luxemburgo, Macedônia, Marrocos, México, Moldova, Mônaco, Montenegro, Níger, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Paquistão, Polónia, Portugal, Quirguistão, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, República Centro-Africana, República Checa, Romênia, Santa Sé, Sérvia, Seychelles, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Suriname, Tunísia, Turquia, Ucrânia e Uruguai. Disponível em: < https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=XX-1&chapter=20&Temp=mtdsg3&lang=en >, acesso em 26 de dezembro de 2017.

¹⁰ STJ, *DJe* 20.fev.2017, AgInt no HC 369350/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.

¹¹ Sobre a vulnerabilidade do consumidor e a eficácia do direito fundamental de proteção dos consumidores ver CLÁUDIA LIMA MARQUES, ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN E LEONARDO ROSCOE BESSA. *MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR*, p. 23-87 (2007).

¹² Sobre os direitos básicos do consumidor ao acesso à Justiça, a inversão do ônus da prova e a facilitação da defesa dos seus direitos no processo civil, assegurado no artigo 6º, incisos VII e VIII do Código de Defesa do Consumidor, ver CLÁUDIA LIMA MARQUES, ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN E LEONARDO ROSCOE BESSA. *MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR*, p. 61-62 (2007); e, também, CLÁUDIA LIMA MARQUES, ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN E BRUNO MIRAGEM. *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ARTS. 1º. A 74 – ASPECTOS MATERIAIS*, p. 155 e 176 (2003), p. 155 e 176, citando o Resp. 128122/SP, que estabelece o foro do consumidor como competente exclusivamente para a causa de consumo.

¹³ Sobre a defesa do consumidor na esfera internacional, ver EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER, *DIREITO INTERNACIONAL DO CONSUMIDOR: A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO LIVRE-COMÉRCIO INTERNACIONAL* (2012) e EDUARDO KLAUSNER, *DIREITOS DO CONSUMIDOR NO MERCOSUL E NA UNIÃO EUROPÉIA* (2006).

dor no plano da competência interna,¹⁴ também poderia ser aplicada na esfera internacional.

Muito embora alguns defendessem a sua aplicabilidade, pelos mais variados fundamentos,¹⁵⁻¹⁶ esse posicionamento era equivocado, visto que, como já exposto, regras de competência interna não podem ser aplicadas para fixar competência internacional. Ainda assim, poder-se-ia concluir que o foro do domicílio do consumidor tinha competência na esfera internacional mesmo antes da promulgação do novo CPC. Isso se deve ao fato de que as hipóteses previstas nos arts. 88 e 89 do CPC 1973 não eram taxativas, podendo a competência internacional ser alargada com base em princípios, tais como a defesa do consumidor, prevista expressamente na Constituição Federal.¹⁷ Ademais, alguns autores também justificavam a competência do foro do domicílio do consumidor no âmbito do Mercosul com fundamento no Protocolo de Santa Maria,¹⁸ utilizando-o como fonte doutrinária.¹⁹

Com a edição no CPC de 2015, todavia, a referida controvérsia foi encerrada. Como visto, o novo Código previu expressamente a competência internacional do Judiciário brasileiro quando o consumidor for residente ou domiciliado no Brasil, com base no princípio da proteção da parte mais fraca, bem como em razão da orientação protetiva ao consumidor prevista em sede constitucional. Trata-se, contudo, de hipótese de competência concorrente, coexistindo com a regra do domicílio do réu. Assim, caso o réu seja domiciliado no Brasil, o consumidor residente ou domiciliado no exterior pode optar por litigar perante o Judiciário brasileiro com base na regra do art. 21, I, do CPC de 2015.

14 Art. 101. “Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título, serão observadas as seguintes normas: I – a ação pode ser proposta no domicílio do autor (...)”.

15 Vide EDUARDO KLAUSNER, DIREITOS DO CONSUMIDOR NO MERCOSUL E NA UNIÃO EUROPEIA (2006).

16 Nesse mesmo sentido destacando que o art. 101, I, do CDC vem sendo aplicado em favor do consumidor e que se trata de regra de ordem pública inderrogável por cláusula contratual, Claudia Lima Marques, *Brazil*, DIEGO FERNÁNDEZ ARROYO (ED). CONSUMER PROTECTION IN INTERNATIONAL PRIVATE RELATIONSHIPS/LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS DANS LES RELATIONS PRIVÉES INTERNATIONALES, p. 63-66 (2010).

17 Art. 5º, XXXII da CF/88: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

18 Em 1996, ainda no âmbito comunitário, foi aprovado o Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo. Esse, visando assegurar os direitos da parte mais fraca da relação jurídica, abre uma exceção à regra geral da competência do foro do domicílio do réu para admitir o ajuizamento da ação no foro do domicílio do consumidor. Todavia, esse Protocolo não está em vigor por força do seu art. 18, o qual vincula a vigência do Protocolo à do Regulamento Comum, que restou frustrada.

19 JACOB DOLINGER, DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: PARTE GERAL, p. 61-62; 565 (2016).

3. ART. 23, II E III, CPC/2015 (ART. 89, CPC/1973): ALTERAÇÕES NAS HIPÓTESES DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA

O art. 89 do antigo Código previa apenas duas hipóteses de competência exclusiva do Judiciário brasileiro: (i) ações relativas a imóveis situados no Brasil; e (ii) inventário e partilha de bens no Brasil. A primeira hipótese foi integralmente reproduzida pelo primeiro inciso do art. 23 do CPC 2015: “*compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I. conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil*”.

A segunda, por sua vez, foi alterada para que constasse expressamente que a competência do Judiciário brasileiro seria exclusiva tanto para conhecer de inventário e partilha de bens no Brasil *causa mortis*, quanto *inter vivos*, como a que ocorre quando da separação ou divórcio de um casal. Confira-se:

“Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: (...) II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.”

Assim, pôs-se um fim à antiga discussão quanto a obrigatoriedade de submissão à jurisdição nacional de inventários e partilhas *inter vivos*, questionada em razão da menção expressa à palavra “*herança*” no dispositivo do código anterior.²⁰ Nesse ponto, é necessário esclarecer que, logo após a promulgação deste código, o dispositivo do CPC/1973 (art. 89, II) era aplicado pela jurisprudência tanto para os inventários e partilha *causa mortis* quanto para *inter vivos*, sendo ambos considerados de competência exclusiva do Judiciário brasileiro.²¹ Posteriormente, o STF passou a entender que o dis-

20 CPC/1973, art. 89, II: “Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: (...) I - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.” (grifo acrescido)

21 STF, DJ 17.12.1979, SE nº 2446-Paraguai, Rel. Min. Antonio Neder. STF, DJ 08.02.1980, Sentença Estrangeira 2544-EUA, Rel. Min. Antonio Neder, STF, DJ 22.08.1980, Sentença Estrangeira 2709-EUA, Rel. Min. Antonio Neder. STF, DJ 17.08.1981, Sentença Estrangeira 2920-República Dominicana, Rel. Min. Xavier de Albuquerque. STF, DJ 04.08.1980, Sentença Estrangeira 2619-Portugal. STF, DJ 30.03.1984, Sentença Estrangeira 3228-EUA, Rel. Min. Cordeiro Guerra. STF, DJ 02.10. 1989, Sentença Estrangeira 4182-EUA, Rel. Min. Neri da Silveira.

positivo se aplicaria somente a inventário e partilha *mortis causae*;²², como era entendido pela maior parte da doutrina, que sequer cogitava alargar o escopo de aplicação do dispositivo.²³

O novo Código, como visto, foi alterado para consolidar o primeiro entendimento jurisprudencial, prevendo a competência exclusiva do Judiciário brasileiro nas duas hipóteses, as quais serão analisadas de forma específica a seguir.

a) *Inventário e Partilha Inter Vivos*

O Código de 2015 trata do inventário e partilha *inter vivos* como hipótese autônoma, independentemente da situação que envolva ações relativas a imóveis sítos no Brasil (art. 23, III). Dessa forma, ao contrário do que acontecia na vigência do Código anterior, não se questiona a competência exclusiva do Judiciário brasileiro para apreciar tais casos, ainda quando não envolverem bens imóveis.

Subsiste a dúvida, porém, quanto ao foro competente para conhecer de partilhas *inter vivos* consensuais celebradas no exterior (jurisdição voluntária). Nesse ponto, vale esclarecer que, antes da edição do novo CPC, a jurisprudência distinguia entre inventário e partilha consensual – hipótese excluída da competência exclusiva²⁴ – e litigiosa, esta indubitavelmente na

22 Em STF, DJ 06.04.1982, Sentença Estrangeira 2883-EUA, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, a homologação da sentença estrangeira de divórcio ocorreu ainda com restrição. A mudança ocorreu no julgamento do mesmo Tribunal, DJ 14.05.1982, AgRg de Sentença Estrangeira 2883 (AgRg), Rel. Min. Xavier de Albuquerque: “Sentença estrangeira de divórcio. Homologação concedida, com restrição quanto a bens imóveis situados no Brasil. Cancelamento de tal restrição.” A partir de então, vejam-se por exemplo STF, DJ 24.06.1986, Sentença Estrangeira 3633-EUA, Rel. Min. Moreira Alves. STF, DJ 18.08.1989, Sentença Estrangeira 3750-EUA, Rel. Min. Moreira Alves. STF, DJ 24.04.1987, Sentença Estrangeira 2885-Israel, Rel. Min. Rafael Mayer. STF, DJ 18.03.1991, Sentença Estrangeira 4448-Inglaterra, Rel. Min. Neri da Silveira. STF, DJ 10.11.1993, Sentença Estrangeira 4907-EUA, Rel. Min. Octavio Gallotti. STF, DJ 02.12.1994, SEC 4512-Suíça, Rel. Paulo Brossard. Mas veja-se, alguns anos antes da mudança, homologando sem restrições STF, DJ 10.11.1978, Sentença Estrangeira 2396 – EUA, Rel. Min. Thompson Flores, decisão mantida no julgamento do STF, DJ 28.12.1978, AgRg de Sentença Estrangeira 2396-EUA, Rel. Min. Thompson Flores. V. também parecer proferido pelo Ministro Xavier de Albuquerque (então aposentado) que defende esse entendimento, REVISTA FORENSE, vol. 292, p. 202 (1985).

23 PONTES DE MIRANDA, COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, tomo II (arts. 46 a 156), p. 227 (1995), mesma posição na primeira edição, p. 196 (1973); CELSO AGRÍCOLA BARBI, COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, vol. I, §§ 491e 493, p. 305-306 (2008). O texto não é expresso, mas sempre se refere a *de cuius, pessoa que faleceu ou herdeiro*; HÉLIO TORNAGHI, COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, vol. I (arts.1º a 153), p. 308 e 309 (1974); José Carlos Barbosa Moreira, *Problemas Relativos a Litígios Internacionais*, REVISTA DE PROCESSO, vol. 65, p.147 (1992): “A expressão ‘inventário e partilha de bens’, no art.89, II, relaciona-se com a sucessão mortis causa, como ressalta da alusão, pouco adiante, a ‘autor da herança’”. Arruda Alvim, *Competência Internacional*, REVISTA DE PROCESSO vol.7-8, p. 32-33 (1977); Donaldo Armelin, *Competência Internacional*, REVISTA DE PROCESSO, vol. 2, p. 152-153 (1976); OSCAR TENÓRIO, DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, vol. II, §§ 1211 e 1212, p. 366-367 (1976).

24 Nessas hipóteses, os tribunais tendiam a homologar as sentenças estrangeiras de divórcio (partilhas *inter vivos*), mesmo quando implicavam na em partilha de bens imóveis sítos no Brasil. A título de exemplo, v. STJ, DJ 29.08.2005, SEC 979/US, Rel. Min. Fernando Gonçalves; STJ, DJ 25.06.2009, SEC 1043/AR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Também: “Descabida a alegação de que o acordo celebrado na Argentina foi obtido por induzimento a erro, pacto este que formalizou o pedido de divórcio consensual naquele país, quando, do exame do referido “Acordo de Dissolução de Sociedade Conju-

competência exclusiva do Judiciário brasileiro, em razão de haver regra expressa dispondo que *ações* relativas a imóveis situados no Brasil devem ser necessariamente submetidas ao Judiciário nacional (art. 89, I, CPC/1973).²⁵

Devemos aguardar como a nova regra será aplicada pela jurisprudência, mas parece fazer sentido que se mantenha a distinção, admitindo-se a homologação de divórcios e separações consensuais perante o Judiciário estrangeiro com partilha de bens no Brasil, tendo em vista que se trata de jurisdição voluntária e que as próprias partes poderiam dispor dos bens em negócios no exterior. Vale registrar que, nos termos do Provimento nº 53 do STJ,²⁶ as sentenças estrangeiras de divórcios consensuais que dispuserem sobre guarda de filhos, alimentos e/ou partilha de bens ainda têm que ser submetidas ao juízo de delibação dessa Corte, a despeito do art. 961, §5º do CPC/2015²⁷ não exigir a homologação de sentenças estrangeiras de divórcios consensuais para que estas produzam efeitos no Brasil.

gal”, verifica-se, inclusive, que o requerido foi assistido por sua advogada de defesa. (...) O fato de a sentença estrangeira ratificar acordo das partes acerca de imóvel localizado no território brasileiro não obsta a sua homologação.” STJ, DJ 28.5.2009, SEC 1043/AR, Rel. in. Arnaldo Esteves Lima. No mesmo sentido, STJ, DJ 28.2.2013, SEC 5.822/EX, Rel. Ministra Eliana Calmon: “É válida a disposição quanto à partilha de bens imóveis situados no Brasil na sentença estrangeira de divórcio, quando as partes dispõem sobre a divisão”. Ver, ainda: STF, DJ 31.10.1985, Sentença Estrangeira 3408-EUA, Rel. Min. Rafael Mayer: “Homologação de sentença estrangeira. Separação de cônjuges. Partilha de bens. É homologável a sentença estrangeira que homologa acordo de separação e de partilha dos bens do casal, ainda que situados no Brasil, posta que não ofendeu o art. 89 do CPC, na conformidade dos precedentes do STF (RTJ. 90/11; 109/38; 112/1006). Homologação deferida.” STF, DJ 18.04.2002, Sentença Estrangeira 7027-EUA, Rel. Min. Pres. Marco Aurélio. STF, DJ 22.11.2002, Sentença Estrangeira 7516-EUA, Rel. Min. Marco Aurélio. STF, DJ 02.08.2002, SEC 7146-EUA, Rel. Min. Ilmar Galvão. STF, DJ 22.11.2002, Sentença Estrangeira 7516-EUA, Rel. Min. Pres. Marco Aurélio. STF, DJ 24.04.2003, Sentença Estrangeira 7170-Israel, Rel. Min. Marco Aurélio. STF, DJ 15.04.2003, Sentença Estrangeira 7762 – Alemanha, Min. Marco Aurélio. STF, DJ 24.04.2003, Sentença Estrangeira 7327 – EUA, Rel. Min. Marco Aurélio.

25 Assim, o STJ tendia a se recusar a homologar casos em não tivesse havido acordo e sim decisão da justiça estrangeira: STJ, DJ 12.05.2010, SEC 2547/US, Rel. Min. Hamilton Carvalhido; STJ, DJ 04.06.2011, SEC 5270/EX, Rel. Min. Felix Fischer. STJ, DJ 12.05.2010, SEC 2547/US, Rel. Min. Hamilton Carvalhido; STJ, DJ 04.06.2011, SEC 5270/EX, Rel. Min. Felix Fischer. Havia, ainda algumas decisões do STJ que exigem também que a legislação brasileira tenha sido observada, o que não parece condizente com a natureza delibatória da homologação de sentença estrangeira e tampouco tem qualquer ligação com o art. 89, I ou II do CPC. V. Admitindo o exame da legislação brasileira na homologação, V. STJ, DJ 11.02.2008, SEC 2.222/US, Rel. Min. José Delgado, p. 52: “Pedido homologatório parcialmente deferido para excluir a divisão de bens proposta pela justiça americana, por afrontar as determinações da legislação pátria (art. 1.659, I, do CC/2002) e ofender a ordem pública brasileira.” Também admitindo o exame da legislação brasileira: “Aplica-se a regra contida no art. 89 do Código de Processo Civil, referente à competência exclusiva da autoridade brasileira para conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil, quando não houve composição entre as partes ou quando, havendo acordo, restar dúvida quanto à sua consonância com a legislação pátria” STJ, DJ 22.05.2012, SEC 4913/EX, Rel. Min. João Otávio de Noronha. Também seguindo essa orientação: STJ, DJ 04.06.2013, SEC 5.528/EX, Rel. Min. Sidnei Beneti. Em sentido contrário: “O ato homologatório da sentença estrangeira limita-se à análise dos seus requisitos formais. Incabível o exame do mérito da decisão estrangeira à qual se pretende atribuir efeitos no território pátrio. Em sede de contestação ao pedido de homologação, é incabível a discussão acerca do direito material subjacente, porque tal ultrapassaria os limites fixados pelo art. 9º, caput, da Resolução nº 9 de 4/5/05 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Homologação concedida.” STJ, DJ 25.6.2009, SEC 1.043/AR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. No mesmo sentido, STJ, DJ 04.6.2011, SEC 5270/EX, Rel. Ministro Felix Fischer.

26 Provimento nº 53/STJ de 16 de maio de 2016, Art. 1º, §3º: “A averbação da sentença estrangeira de divórcio consensual, que, além da dissolução do matrimônio, envolva disposição sobre guarda de filhos, alimentos e/ou partilha de bens - aqui denominado divórcio consensual qualificado - dependerá de prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.”

27 CPC/2015, art. 961, 5º-A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.”

b) *Inventário e Partilha Causa Mortis*

O CPC de 1973 previa a obrigatoriedade da submissão ao Judiciário brasileiro de inventários e partilhas de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança fosse estrangeiro ou fosse domiciliado fora do país. Essa regra foi integralmente reproduzida no atual Código. A nova lei trouxe, todavia, uma relevante alteração: estendeu a competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira para incluir a confirmação de testamento particular.

Como não há qualquer menção ao testamento público ou cerrado, é possível inferir que o legislador tinha intenção de prever regime diferenciado ao testamento particular. A imposição da competência exclusiva unicamente a essa forma de testamento pode ter como finalidade garantir a observância do procedimento previsto no art.1133 do CC, o qual estabelece que ao menos três testemunhas que ouvirem a leitura do testamento e o assinaram devem comparecer em juízo para confirmá-lo.²⁸

Pela redação do artigo, todavia, não resta claro em quais situações essa regra deverá ser aplicada, se nos inventários e partilhas de *bens no Brasil*, nos casos de falecidos com último domicílio no Brasil ou ainda nos casos em que os *testamentos particulares foram feitos no país*. Seja como for, nos parece razoável concluir que sua aplicação deve ser reservada aos casos e partilhas de *bens no Brasil*. Essa também parece ser a orientação do STJ, que, em decisão recente, negou homologação a uma sentença estrangeira sob o fundamento de que o Judiciário brasileiro tinha competência exclusiva não só para conhecer ações relativas à imóveis no Brasil, mas também para confirmar testamento particular que dispusesse de bens situados nos Brasil.²⁹

Ainda assim, a referida regra poderá gerar enormes dificuldades nas sucessões daqueles que, com bens no Brasil, fizeram testamento no exterior. Afinal, nem todas as legislações exigem a assinatura de três testemunhas no testamento particular. Antes da edição do novo CPC, a jurisprudência considerava que se tratava de questão atinente à forma do testamento e, portanto,

28 “Art. 1.133. Se pelo menos três testemunhas contestes reconhecerem que é autêntico o testamento, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público, o confirmará, observando-se quanto ao mais o disposto nos arts. 1.126 e 1.127”.

29 STJ, DJe 27.out.2017, SEC 15924/EX, Rel Min. Benedito Gonçalves: “HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. CONFIRMAÇÃO DE TESTAMENTO PARTICULAR. ARTIGO 17 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. ART. 23, II, DO CPC/2015. JURISDIÇÃO BRASILEIRA EXCLUSIVA. SOBERANIA NACIONAL. 1. Caso em que a sentença estrangeira confirmou testamento particular em que o de cujus dispôs de todo o seu patrimônio, o qual incluía bens situados no Brasil. Ao lado disso, as partes interessadas não manifestaram concordância. 2. Nos termos do artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, constitui requisito indispensável ao deferimento da homologação que o ato jurisdicional homologando não ofenda a “soberania nacional”. 3. Hipótese em que o art. 23, II, do Código de Processo Civil de 2015 não admite jurisdição estrangeira. 4. Pedido de homologação indeferido.

deveria ser aplicada a regra de conexão *locus regit actum*, ou seja, a forma dos atos jurídicos seria regida pela lei do lugar da sua celebração. Seguindo essa lógica, os tribunais tendiam a considerar válidos os testamentos particulares feitos no exterior, ainda que feitos sem a presença de qualquer testemunha.³⁰

O novo CPC, aparentemente, pretendeu converter a presença das três testemunhas em requisito fundamental para a confirmação de testamento particular, sem a qual esse não poderá ser reconhecido no Brasil – posição que era adotada pela jurisprudência do STF na década de sessenta.³¹ Não se pode concordar com o referido entendimento e, a rigor, tal objetivo sequer será alcançado. O Brasil deve observância à regra *locus regit actum*³² e, portanto, não pode se negar a reconhecer testamento realizado no exterior, em conformidade com a legislação local, ainda que feito sem a presença das testemunhas exigidas pela lei brasileira.

4. ART. 22, III, E ART. 25, CPC/2015: CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO

Uma das principais controvérsias em direito internacional diz respeito à possibilidade de as partes escolherem o Judiciário que julgará as controvérsias decorrentes de litígios concomitantes ou futuros. A principal dificuldade em admitir tal direito de escolha está relacionada à natureza de direito público das normas processuais, as quais, dentre outras questões, de-

30 Caso da Gabriela Lage Lillo, no qual o STF mudou a sua orientação e passou a entender que o testamento particular sem testemunhas feito no exterior, em conformidade com a *lex regit actum* pode ser reconhecido no Brasil: “Testamento particular feito na Itália, sem testemunhas. Sua exequibilidade no Brasil. Tanto o art. 10 da nossa Lei de Introdução como o art. 23 da italiana dizem respeito a lei reguladora da sucessão. E aqui não se discute sobre a lei reguladora da sucessão mas sobre formalidades do testamento. Da forma do testamento cuida, não o citado art. 23 mas o art. 26. Devolução. A esta é infensa a atual Lei de Introdução (art. 16). A lei italiana e a lei brasileira admitem o testamento holográfico ou particular, divergindo apenas no tocante às respectivas formalidades, matéria em que, indubitavelmente, se aplica o princípio *locus regit actum*” II. Embargos de Divergência conhecidos mas rejeitados.” STF, DJ 30.03.1973, RE68157/ GB, Rel. Min. Thompson Flores. Decisão mais recente que não considerou a existência de 3 testemunhas contestes como essencial: “AÇÃO DE CONFIRMAÇÃO DE TESTAMENTO. Testamento particular elaborado no estrangeiro. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Locus regit actum*. Regra pela qual um ato jurídico, se efetuado conforme a lei do lugar onde se constituiu, deve, em qualquer Estado, ser considerado válido sob o aspecto formal. Exigência de participação de testemunhas no testamento particular que é formalidade extrínseca ao ato. Lei do Estado de Nova Iorque que exige a intervenção de duas testemunhas, e não de cinco testemunhas, como o CC de 1.916. Testamento particular que, a princípio, não apresenta vícios. Anulação da sentença, com retorno dos autos à Primeira Instância para adoção das providências prescritas pelo artigo 1.131 do CPC. Recurso provido.” TJ/SP, DJ 29.08.2014, AC 00493780820138260506, Rel. Des. Francisco Loureiro.

31 Há precedentes antigos do STF que não reconheceram testamentos particulares feitos no exterior sob o argumento de que as três testemunhas contestes são fundamentais: “Testamento particular. Requisitos. Homologação. Lei domiciliar e lei nacional. Inexequível, no Brasil, testamento particular sem testemunhas, embora feito por estrangeiro, cuja lei nacional o permita.” (STF, Tribunal Pleno, DJ 09.06.1965, RE 58152/SP, Rel. Min. Victor Nunes). E também no mesmo sentido: “A homologação do testamento particular somente pode ser dado se as testemunhas forem conteste (C.C. arts 1647 1648 e CPC arts 531 a 533).” STF, DJ 12.12.1963, RE 47613/GB, Rel. Min. Hahnemann Guimarães.

32 V. JOÃO GRANDINO RODAS, DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO, p. 30 e ss. (1993) trazendo a doutrina brasileira a respeito tanto na vigência da ICC como da LICC de 1942.

terminam em que hipóteses a autoridade judiciária local poderá exercer sua jurisdição. Como a jurisdição é uma das funções do Estado, exercida - no que se refere à aplicação da lei ao caso concreto - predominantemente pelo Poder Judiciário, determinar os seus limites, por meio de normas sobre o exercício da competência internacional, é decorrência direta da soberania estatal.³³ Face à natureza de tais normas, questiona-se se a vontade das partes pode derogá-las.

A despeito dessa discussão, já há alguns anos, o direito convencional e estrangeiro vêm admitindo a escolha do foro competente pela vontade das partes. Contudo, até a edição do novo CPC, a matéria não era disciplinada no Brasil. Ainda assim, a doutrina brasileira majoritária seguia a mesma linha do direito estrangeiro, admitindo o acordo de eleição de foro, como regra geral, sem fazer qualquer ressalva quanto aos casos em que se escolhia o foro nacional em hipótese não prevista na legislação brasileira, tampouco àqueles em que se escolhia foro estrangeiro em situação prevista na legislação processual brasileira.³⁴

Essa também era a orientação do STF desde a década de cinquenta.³⁵ Em ação ajuizada no Brasil cujo objeto era um contrato de transporte que continha cláusula elegendo o foro de Montevidéu, Uruguai, o STF decidiu pela incompetência do Judiciário brasileiro, nos seguintes termos: “*O direito brasileiro reconhece o foro contratual, salvo quando existir impedimento de ordem pública*”.³⁶

33 Vide ENRICO TULLIO LIEBMAN, ESTUDOS SOBRE O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, p. 11-14 (1947).

34 José Carlos Barbosa Moreira admite a autonomia da vontade nas duas situações. (José Carlos Barbosa Moreira, *Problemas Relativos a Litígios Internacionais*, TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL, 5ª série, p.146 (1994). Chegando à mesma conclusão, nem sempre abordando as duas hipóteses: PHILADELPHO AZEVEDO, Um TRIÊNIO DE JUDICATURA – INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL E DIREITO DE FAMÍLIA, p. 121 e ss. (1955); SERPA LOPES, COMENTÁRIOS À LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL, vol. III, p.102 e ss. (1944); HAROLDO VALLADÃO, DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO — INTRODUÇÃO E PARTE GERAL, p. 370-371 (1980); _ HELIO TORNAGHI, COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, vol. I, p. 307 (1974). WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA TRATADO ELEMENTAR DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO - PARTE ESPECIAL, vol. II, p. 312 (1977); IRINEU STRENGER, CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO, p. 256-258 (1992); OSIRIS ROCHA, CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, p. 161 (1986); JACOB DOLINGER, *Brazilian International Procedural Law*. In: JACOB DOLINGER e KEITH S. ROSENAL (ORGS.), A PANORAMA OF BRAZILIAN LAW, p. 353 (1992); ARRUDA ALVIN, MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, vol.1, p. 233-234, item nº 80 (1996) DONALDO ARMELIN, *Competência Internacional*, REVISTA DE PROCESSO 2/148 (1976) JOSÉ INACIO GONZAGA FRANCESCINI, *A Lei e o Foro de eleição em Tema de Contratos Internacionais*. In: JOÃO GRANDINO RODAS (COORD), CONTRATOS INTERNACIONAIS, p. 116 (2002); LAURO GAMA JR., *A Escolha de Foro Estrangeiro em Contratos*. *Jornal Valor Econômico*, 23/10/2008. e NÁDIA DE ARAÚJO, *A Jurisdição Brasileira sobre Contratos Internacionais: Lei Aplicável, Ordem Pública e Cláusula de Eleição de Foro*, JOÃO GRANDINO RODAS (COORD), CONTRATOS INTERNACIONAIS, p. 213 (2002). Defendendo posição oposta, ou seja, negando a possibilidade de eleição de foro: JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, *Da Competência Internacional e dos Princípios que a Informam*, REVISTA DE PROCESSO 50/51, p. 52 (1988); e CELSO AGRICOLA BARBI, COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, vol. I, p. 302, (2008).

35 Note-se que esse julgado progressista, de 1957, é anterior às decisões já mencionadas da Suprema Corte norte-americana, da Corte de Cassação francesa de 1985, da alteração da lei italiana de Direito Internacional Privado e até mesmo da Convenção de Bruxelas de 1968.

36 E extrai-se do voto do Ministro relator: “(...) Não há como impedir às partes contratantes fixar o foro da ação senão por impedimento de ordem pública. Penso como o saudoso Philadelpho Azevedo, que o art. 12 da Introduc. envolve uma regra de simples proteção que o Estado dispensa aos cidadãos. Se o nacional pode ter interesse em abrir mão da garantia oferecida pela lei brasileira, se aceita livremente a jurisdição estrangeira, não há como impedir essa aceitação. Dá

E, em casos posteriores, sempre que essa Corte teve que apreciar questões que envolviam contratos que previam a escolha do foro competente pelas partes, seja em processos de concessão de *exequatur*³⁷⁻³⁸, seja em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras,^{39,40} seguiu esse mesmo entendimento. É necessário ressaltar, todavia, que, ao contrário da doutrina, o STF distinguia os casos que não estavam previstos nas hipóteses de competência concorrente do art. 88 do CPC de 1973 daqueles que se incluíam nesse rol.

No primeiro caso, a Corte equiparava a eleição de foro brasileiro pelas partes à hipótese de competência exclusiva do Judiciário nacional.⁴¹ Já

a regra do art. 42, do Cód. Civil: 'Nos contratos escritos poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitam e cumpram direitos e obrigações deles resultantes. Assim, salvo o caso do § 1º, podem realmente as partes em contrato dispor, como dispuseram neste caso, que as ações do mesmo decorrentes fossem apreciadas em foro estrangeiro, pois não envolve questão de ordem pública nem atinge a soberania nacional.' (...)' STF, DJ 24.01.1957, RE 30.636, Rel. Min. Cândido Motta Filho.

37 41- Carta rogatória pela qual a Justiça do Uruguai pede a citação de pessoa jurídica domiciliada no Brasil para responder naquela Justiça a uma demanda em que a autora questiona matéria de inadimplemento de contrato comercial. Caso em que as partes contratantes elegeram o foro brasileiro de São Paulo (Capital) para solver as controvérsias pertinentes ao referido contrato. Agravo regimental que, baseado no artigo 222, do Regimento Interno do STF, impugna a concessão de exequatur no caso. Procedência do agravo para revogar o cumpra-se. 2- É admissível a revogação de exequatur concedido em carta rogatória citatória se a parte citanda prova que, por força de eleição do foro brasileiro, se tornou incompetente a justiça do Estado rogante". STF, DJ 16.04.1980, Carta Rogatória n° 3.166 - República Oriental do Uruguai, Min. Pres. Antonio Neder. Essa decisão foi confirmada pelo Plenário da Corte em 18.06.1980.

38 STF, DJ 11.12.1992, CR 5.885 (AgRg) - Inglaterra, Rel. Min. Sydney Sanches; STF, DJ 08.10.1993, CR 4.983 (AgRg) - Confederação Suíça, Rel. Min. Octávio Gallotti; STF, DJ 16.08.1991, CR 4.964 (AgRg) - Confederação da Suíça, Rel. Min. Néri da Silveira; STF, DJ 22.08.1985, CR (AgRg) 4.274 - Estados Unidos da América, Rel. Min. Moreira Alves; STF, DJ 01.12.1989, CR 4.707 - Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Rel. Min. Presidente; STF, DJ 06.08.1993, CR 6.365 (AgRg)-Argentina, Rel. Min. Octávio Gallotti.

39 Em caso de homologação de sentença estrangeira homologatória de laudo arbitral estrangeiro, afirmou o Min. Octávio Gallotti, em seu voto: "Não se cuidando, na espécie, de nenhuma das hipóteses consideradas, pelo art. 89 do CPC, como de competência exclusiva (vale dizer, absoluta) da autoridade judiciária brasileira, parece evidente que, da submissão ao juízo arbitral de Londres, decorre a aceitação contratual de competência da Justiça inglesa. Nem faria sentido a homologação, por Juiz brasileiro, do procedimento arbitral realizado no Exterior. Não assiste, portanto, razão à Requerida, ao alegar que a sentença ora homologada haja sido prolatada por autoridade judiciária absolutamente incompetente". STF, DJ 13.12.1991, SE 4.086 - Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Rel. Min. Octávio Gallotti.

40 Ademais, em pedido de homologação de sentença estrangeira, sustentou o Ministro Relator Celso de Mello: "(...) Quando Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao julgar pedido rogatório que me foi dirigido (CR 8.286-EUA, Rel. Min. Celso de Mello) tive o ensejo de acentuar que o art. 88 do CPC, ao dispor sobre a competência internacional do Poder Judiciário brasileiro, define as causas que, não obstante passíveis de apreciação por magistrados brasileiros, também podem ser validamente submetidas à esfera de atribuições jurisdicionais de Tribunais estrangeiros. Disso resulta que as hipóteses definidas no art. 88 do CPC admitem o concurso de jurisdição entre magistrados estrangeiros e juizes brasileiros. Isso significa, portanto, que a norma de competência concorrente, fundada no preceito legal mencionado, enseja ao autor a possibilidade de livremente optar pela instauração de processos judiciais, seja perante magistrados brasileiros, seja perante Tribunais estrangeiros, desde que ocorrente qualquer das situações previstas no art. 88 do CPC". STF, DJ 19.05.00, Sentença Estrangeira 5.778, Rel. Min. Celso de Mello.

41 41- Carta rogatória pela qual a Justiça do Uruguai pede a citação de pessoa jurídica domiciliada no Brasil para responder naquela Justiça a uma demanda em que a autora questiona matéria de inadimplemento de contrato comercial. Caso em que as partes contratantes elegeram o foro brasileiro de São Paulo (Capital) para solver as controvérsias pertinentes ao referido contrato. Agravo regimental que, baseado no artigo 222, do Regimento Interno do STF, impugna a concessão de exequatur no caso. Procedência do agravo para revogar o cumpra-se. 2- É admissível a revogação de exequatur concedido em carta rogatória citatória se a parte citanda prova que, por força de eleição do foro brasileiro, se tornou incompetente a justiça do Estado rogante". STF, DJ 16.04.1980, Carta Rogatória n° 3.166 - República Oriental do Uruguai, Min. Pres. Antonio Neder. Essa decisão foi confirmada pelo Plenário da Corte em 18.06.1980.

no segundo, a homologação da sentença estrangeira estava condicionada à renúncia ao foro brasileiro, mediante a submissão à jurisdição estrangeira, que poderia ocorrer de forma tácita – com o comparecimento do réu perante tribunal estrangeiro – ou expressa – em conformidade com cláusula de eleição de foro.⁴² Ademais, o STF sempre deixava claro que o réu que tivesse domicílio no Brasil tinha a faculdade de não aceitar a jurisdição estrangeira, e, se esse exercesse tal opção, não seria possível homologar a sentença estrangeira posteriormente.⁴³

Quanto ao STJ, não era possível estabelecer claramente uma posição uniforme, seja no sentido favorável ou contrário à eleição de foro estrangeiro. Nas hipóteses de competência exclusiva do Judiciário brasileiro (art. 89 do CPC de 1973), a Corte se recusava a aceitar a eleição de foro estrangeiro, entendendo que só o Judiciário brasileiro poderia atuar naquelas situações. Já naqueles casos não previstos como de competência concorrente do Judiciário brasileiro, o STJ não tinha dificuldade em aceitar a eleição de foro estrangeiro.⁴⁴ As dúvidas pairavam apenas no que concernia às hipóteses previstas art. 88 do CPC de 1973. Não obstante haver diversas ementas de acórdãos afirmando que não se admitia a eleição de foro nesses casos, ocorriam casos com peculiaridades específicas, cujas decisões tiveram outros fundamentos, como o fato de se tratar de contratos de adesão ou da cláusula constar de um contrato acessório não assinado por uma das partes.⁴⁵

Assim, mesmo diante dessas ementas que continham afirmações genéricas contrárias à eleição de foro estrangeiro, parece equivocada a afirmação de que o STJ inadmitia o acordo de eleição de foro estrangeiro. A afirmação é sustentada inclusive pelo fato de que, em caso recente, julgado ainda antes

42 “When Brazilian jurisdiction is concurrent under any of the situations set out in Article 88 of the Code of Civil Procedure, Brazil will recognize a foreign judgment, provided the party that was entitled to Brazilian jurisdiction has chosen the foreign jurisdiction either in the original agreement between the parties, or has submitted willingly to the foreign jurisdiction, or, if neither is the case, provided that the party who could move for denial of recognition agrees to it.” Jacob Dolinger, *Brazilian international Procedure Law*; JACOB DOLINGER E K.S.ROSEN (ORGS), *A PANORAMA OF BRAZILIAN LAW*, p. 368 (1992).

43 A mesma ressalva consta em ao menos um precedente do Superior Tribunal de Justiça. STJ, DJ 01.08.2006, AgRg no AgRg na CR 118, Rel. Min. Barros Monteiro.

44 STJ, 3ª Turma, DJ 13.10.2003, REsp 505.208/AM, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; STJ, 3ª Turma, DJ 21.03.2005, REsp. 242.383/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; STJ, 3ª Turma, DJ 02.05.2011, EDcl nos EDcl no REsp 1159796/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi.

45 Algumas considerando que, por se tratar de contrato de adesão ou de representação comercial, não seria dado às partes a prerrogativa de escolherem foro competente distinto (v. STJ, 3ª Turma, DJ 16.12.2002, AgRg no Ag 459.668/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Direito; STJ, 3ª Turma, DJ 03.09.2008, REsp 804.306/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi). Em outra decisão, a cláusula de eleição de foro foi desconsiderada, eis que constava de contrato acessório do qual a parte autora não fazia parte (v. STJ, 4ª Turma, DJ 02.10.2000, REsp 251.438/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro). Houve, ainda, um caso em que o STJ não admitiu a cláusula de eleição de foro para determinar a incompetência do foro brasileiro, uma vez que ambas as partes já haviam comparecido perante ao judiciário brasileiro sem fazer qualquer referência ao acordo que elegera a jurisdição estrangeira (STF, 2ª Seção, DJ 02.10.1989, Ação Rescisória 133/RS, Rel. Min. Claudio Santos, RT 656/180).

da entrada em vigor do novo CPC, o STJ reconheceu expressamente a validade de uma cláusula de eleição de foro.⁴⁶

As referidas controvérsias foram encerradas quando da promulgação do novo CPC, o qual prevê de forma clara tantos os efeitos positivos quanto os negativos da cláusula de eleição de foro. Os efeitos positivos constam do art. 22, III, do CPC de 2015, o qual possibilita a submissão de questões à competência do Judiciário brasileiro, ainda que nenhuma outra hipótese de competência concorrente seja aplicável ao caso. Já os efeitos negativos da cláusula, os quais implicam na incompetência do Judiciário brasileiro quando houver foro eleito no exterior, são tratados no art. 25. Entretanto, o dispositivo ressalva – o que sequer seria necessário, por óbvio – que tais efeitos negativos não se produzem quando a lei prever a competência exclusiva do Judiciário brasileiro. Os referidos artigos seguem transcritos a seguir:

“Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.”

“Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.

§ 2º Aplica-se à hipótese do caput o art. 63, §§ 1º a 4º.”⁴⁷

46 STJ, DJ 29 mar.2016, REsp 1.518.604/Sp, Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino: “Regulada pelo disposto no art. 88 do CPC/73, a competência internacional na espécie evidencia-se como concorrente, revelando-se possível a eleição, mediante cláusula prevista no negócio jurídico qualificado pelas partes como “contrato de futebol” (contrato de patrocínio e cessão de uso de imagem), do foro alienígena como competente para a solução das controvérsias advindas do acordo. Precedente da Colenda 4ª Turma”

47 CPC/2015, Art. 63: “As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

§1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

§3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu.

§4º Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão”.

Trata-se de iniciativa louvável do legislador, não só por colocar o regime jurídico brasileiro em sintonia com os padrões adotados no direito estrangeiro e convencional, mas também por adequá-lo aos interesses econômicos dos empresários brasileiros e do comércio internacional brasileiro em geral. Isso pois a cláusula de eleição de foro reduz o custo de transação em negócios internacionais, tornando as empresas nacionais mais competitivas, por diversos motivos. Dentre esses, cabe destacar especialmente a diminuição dos custos relacionados ao risco jurisdicional, decorrente do conhecimento prévio das partes do foro que será internacionalmente competente para apreciar eventual controvérsia que surgir entre si em razão dos negócios firmados.

É certo que a escolha da inclusão, ou não, de uma cláusula de eleição de foro é decisão negocial, a ser tomada exclusivamente com base na ponderação que o empresário nacional fizer de diversos fatores, os quais variam a cada negócio e a cada negociação. A nova regra apenas proporciona às sociedades empresárias nacionais mais um elemento de barganha para suas negociações comerciais internacionais.

Registre-se, ainda, que a aceitação da cláusula de eleição de foro garante coerência ao regime processual brasileiro, uma vez que recusá-la e, ao mesmo tempo, aceitar a convenção de arbitragem, com a consequente extinção do processo sem julgamento do mérito da causa (art. 485, VII do CPC/2015), seria inerentemente incoerente. Ademais, não se pode olvidar que o não reconhecimento da eleição de foro estrangeiro e o consequente julgamento da questão no Brasil dificultaria a homologação no exterior das sentenças brasileiras proferidas nesse contexto. Afinal, uma vez não respeitado o acordo realizado entre as partes, é razoável presumir que a competência internacional dos tribunais brasileiros não seria aceita para fins de homologação no exterior. A questão, inclusive, já tem sido objeto de discussão no direito estrangeiro.⁴⁸

Por fim, há de se afastar a ideia de que a eleição de foro estrangeiro afetaria a soberania nacional. Sabe-se que a soberania possui uma dupla expressão: interna, que ressalta a superioridade da ordem jurídica posta pelo Estado; externa, que prioriza a igualdade jurídica entre os Estados. A eleição de foro estrangeiro não afeta nenhuma dessas expressões, porque, com a inserção do dispositivo no Código de 2015, a sua admissibilidade envolve

48 Assim e.g. expressamente no direito inglês, vide *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, s 32 e, para um exemplo da aplicação do dispositivo, *Tracomin S.A v Sudan Oil Seeds Co Ltd* (No 1) [1983] 1 WLR 1026 (CA); também no direito alemão, ver REINHOLD GEIMER, *INTERNATIONALES ZIVILPROZESSRECHT*, § 1808, (2009); no direito francês, vide PIERRE MAYER, VINCENT HEUZÉ, *DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ*, § 378 (2007), bem como YVON LOUSSOUARN, PIERRE BOURIEL, PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ*, § 495-6-1 (2007).

a concordância de todos os Poderes da República. Primeiro, do Poder Legislativo, ao ter aprovado o dispositivo legal. Segundo, do Poder Executivo, ao não tê-lo vetado. Terceiro, do Poder Judiciário, ao apreciar a validade da eleição de foro em cada caso concreto.

5. ART. 24, CAPUTE ÚNICO, CPC/2015 (ART. 90, CPC/1973): LITISPENDÊNCIA E HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS NA PENDÊNCIA DE AÇÃO PERANTE O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Antes de abordar propriamente a regra prevista no novo CPC, vale esclarecer o conceito de litispendência, definido como a situação do litígio que pende de julgamento. Começa com a citação válida (ou, mais precisamente, desde que proposta a demanda com relação ao autor) e termina com o trânsito em julgado da sentença.⁴⁹ Não se deve confundir-la com exceção (defesa) de litispendência, a qual diz respeito à alegação de que o litígio proposto já pende de julgamento em outro processo.⁵⁰⁻⁵¹

No antigo CPC, o art. 90 vedava a possibilidade de que fossem reconhecidos os efeitos da litispendência de litígios ajuizados no exterior, estabelecendo que o fato de um processo estar em andamento fora do país não impedia a propositura e o desenrolar de feito idêntico no Brasil. O dispositivo foi essencialmente reproduzido no CPC de 2015, tendo sido alterado unicamente para incluir o parágrafo único, o qual permitiu a homologação de sentenças estrangeiras na pendência de ação idêntica no Brasil:

49 “Processo pendente é processo em curso. Ele se considera pendente desde o momento em que a petição inicial foi entregue ao Poder Judiciário (formação) até quando se tornar irrecurível a sentença que determina sua extinção (trânsito em julgado) – quer a extinção com do processo se dê com ou sem o julgamento do mérito”. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, vol. II, §402, p. 50 (2009).

50 José Carlos Barbosa Moreira, *Relações entre Processos Instaurados, sobre a mesma lide Civil, no Brasil e em País Estrangeiro*, RE-VISTA DE PROCESSO, vol. 7-8, p. 53 (1977): “A fórmula escolhida pelo legislador de 1974 ademais, não parece muito feliz do ponto de vista técnico. Dizer que a propositura de ação perante a Justiça alienígena ‘não induz litispendência’ é dizer mais do que se precisaria; aliás, não cabe à lei brasileira, evidentemente, regular efeitos processuais que se produzam no território estrangeiro. O que se quis estatuir foi a irrelevância desses possíveis efeitos para a nossa Justiça: que a lide penda ou não perante o juiz de outro Estado, nada importa aqui. Não se nega propriamente a litispendência, em si: se ela existe ou não, só a *lex fori* pode responder. Nega-se, isto sim, o efeito impeditivo da litispendência em relação ao processo instaurado no Brasil; nega-se, em outras palavras, a possibilidade de vir o juiz pátrio a acolher a preliminar de litispendência porventura levantada, aqui, por qualquer das partes, com fundamento na precedente existência de processo estrangeiro sobre a mesma lide - e também, é claro, a possibilidade de vir ele a conhecer *ex officio* da matéria, como lhe seria dado fazer se se tratasse de outro processo em curso perante a nossa Justiça (arts. 267, § 3.º, e 301, § 4.º).”

51 HÉLIO TORNAGHI, COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, p. 310 (1974). Como bem afirma Dinamarco: “O estado de pendência do processo chama-se litispendência (do latim *litis-pendētia*). Como entre os efeitos da existência do processo pendente está o de impedir a instauração válida e eficaz de outro processo para o julgamento de demanda idêntica (mesmas partes, mesma causa de pedir, mesmo pedido: CPC, art.301, inc. V e §§1º e 3º), tem-se a ilusão de que litispendência seja esse impedimento – *i.e.*, o impedimento de um outro processo válido, com a mesma demanda. Na verdade, litispendência é o estado do processo que pende, não esse seu efeito”. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, vol. II, § 402, p. 50 (2009).

“Art. 24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.”

É de se observar, todavia, que tampouco essa inovação prevista no parágrafo único é novidade, eis que apenas consolidou o entendimento de parte da doutrina⁵²⁻⁵³ e da jurisprudência mais recentes. Com efeito, Barbosa Moreira já defendia a referida posição, entendendo não só que a sentença estrangeira deveria ser homologada, mas também que, em consequência, o processo brasileiro deveria ser extinto sem julgamento de mérito ante a existência de coisa julgada.⁵⁴ Também entendia que a homologação deveria ser deferida independentemente de a ação no exterior ter sido iniciada antes ou depois daquela ajuizada no Brasil.⁵⁵

52 Veja-se defesa veemente dessa tese antes de sua inclusão expressa no CPC de 2015 em JACOB DOLINGER, *Provincianismo no Direito Internacional Privado Brasileiro. Dignidade Humana e Soberania Nacional: Inversão dos Princípios*, REVISTA DOS TRIBUNAIS, vol. 880, p. 51 (2009): “Assim, quando uma ação foi proposta no exterior e outra ação perante a Justiça brasileira, e naquela tiver sido pronunciada sentença que transitou em julgado antes que isto tenha ocorrido na nossa jurisdição, deve ser homologada a sentença estrangeira”.

53 Cabe mencionar que, ao contrário do entendimento mais recente, uma parte da doutrina costumava interpretar o art. 90 do CPC/1973 de forma a garantir uma preferência pela jurisprudência nacional. Nesse sentido, alguns autores entendiam que, apesar de ser vedado que a pendência de ação idêntica no exterior sustasse a ação que tramitasse no Brasil, a ação interposta perante a jurisdição nacional teria o condão de impedir o reconhecimento no Brasil de sentença proferida no exterior. Nesse sentido, v. CELSO AGRÍCOLA BARBI, *COMENTÁRIOS AO CPC*, vol. I, p. 300, item 499 (2008) e PONTES DE MIRANDA, *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*, p. 197 (1973). Crítica a essa posição considerada unilateralista e provinciana é feita por Jacob Dolinger, *Provincianismo no Direito Internacional Privado Brasileiro. Dignidade Humana e Soberania Nacional: Inversão dos Princípios*, REVISTA DOS TRIBUNAIS, vol. 880, p. 45 (2009).

54 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*, vol. 5, p. 96 (2005): “Embora distintas a ação de homologação e a ação que se proponha, em nosso país, sobre a mesma lide, surge contudo a possibilidade de interferências recíprocas no plano da coisa julgada – e isso pela circunstância de que, homologada a sentença estrangeira, passaria ela a produzir no território nacional, como trânsito em julgado da homologação, a sua própria *auctoritas rei iudicatae*.”. No mesmo sentido: “A homologação da sentença estrangeira estenderá a todo o território nacional, com a mesma imutabilidade que tinha no país de origem, os efeitos de direito material da sentença, que será aqui executada como se fosse uma sentença de um tribunal judiciário nacional (CPC, art.584-IV). Essa homologação dar-se-á ainda que no Brasil esteja pendente ação idêntica, porque o artigo 90 do CPC exclui a litispendência internacional e, a partir do *excoatur* do Superior Tribunal de Justiça, extinta deverá ser a causa aqui proposta, por força da coisa julgada. Somente o trânsito julgado da sentença nacional, anteriormente ao julgamento da homologação no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça da sentença estrangeira, impedirá pelo advento da coisa julgada que se consume a homologação.” Leonardo Greco, *A Competência Internacional da Justiça Brasileira*, REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS, vol. 7, p. 181-182 (2005).

55 V. José Carlos Barbosa Moreira, *Problemas Relativos à Litígios Internacionais*, TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL, p. 158, (1994): “Não obsta à homologação o fato de pender, na Justiça brasileira, processo em que se esteja por julgar a mesma lide decidida em outro Estado. Mas não se homologará a sentença estrangeira se já existir acerca da matéria sentença nacional passada em julgado: a homologação ofenderia a coisa julgada no Brasil. Não importa que a sentença nacional haja transitado em julgado depois da estrangeira”.

Quanto à jurisprudência, deve-se ressaltar que essa tendia a fazer referência ao art. 90 do CPC 1973, muito embora, a rigor, essa hipótese não diga respeito à litispendência – que implica a existência de dois processos em andamento concomitantemente –, e sim à coisa julgada. Afinal, embora a ação submetida à jurisdição brasileira ainda esteja em curso, já houve decisão transitada em julgado na ação ajuizada no exterior, tanto que se está solicitando a homologação da sentença. Nessas hipóteses, os tribunais brasileiros tendiam a deferir a homologação da sentença e, direta ou indiretamente, determinar a extinção do processo em curso no Brasil.

Nesse sentido, vale destacar decisão do STF, proferida em caso em que se pleiteava a homologação de sentença estrangeira de divórcio quando havia no Brasil ação de separação judicial entre as mesmas partes, ainda não transitada em julgado. A Corte entendeu por deferir a homologação requerida e, indiretamente, acabou determinando a extinção do processo em curso no país, nos seguintes termos:

*“Sentença estrangeira. Não obsta à sua homologação a pendência, perante o juiz brasileiro, de ação entre as mesmas partes e sobre a mesma matéria. Agravo regimental não provido”.*⁵⁶

Entretanto, é importante ressaltar que, mesmo depois da consolidação do referido entendimento, durante um breve período de tempo pairaram dúvidas quanto a sua aplicação em casos que envolviam guarda de crianças. Isso pois, contrariando o seu posicionamento anterior, em 2000, o STF rejeitou homologar a decisão estrangeira definitiva ante a existência de decisão interlocutória em ação cautelar em curso no Brasil entre as mesmas partes com o mesmo objeto.⁵⁷

E esse não foi um caso isolado: essa posição foi reproduzida em outros casos que envolviam guarda de crianças.⁵⁸ A justificativa do tribunal

56 STF, DJ 08.05.1981, Sentença Estrangeira 2727 – Rep. Italiana, Rel. Min. Xavier de Albuquerque.

57 “Sentença Estrangeira em curso de homologação perante o STF. Divórcio do casal e busca e apreensão e guarda de menores brasileiros, nascidos nos Estados Unidos da América. Instauração, perante a Justiça do Estado de Goiás, de processo entre as mesmas partes (mãe brasileira x pai norte-americano), visando a guarda desses menores. Outorga, pela Justiça brasileira, em favor da mãe dos menores, da respectiva guarda provisória. Anterioridade temporal do processo judicial brasileiro e da decisão cautelar nele proferida em face da sentença estrangeira homologanda. A questão das relações entre o processo de homologação de sentença estrangeira (STF) e a ação civil, versando, parcialmente, a mesma lide, promovida perante órgão do Poder Judiciário brasileiro. Análise do arts. 88, 89 e 90 do CPC e a discussão em torno da primazia das decisões judiciais brasileiras. Superveniência da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída em Haia (1980). Incorporação desse ato de direito internacional público ao ordenamento positivo interno do Brasil (Decreto n.º 3.413/2000). O problema da retroatividade dos tratados internacionais. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Artigo 28): ato ainda em regime de aprovação pelo Congresso Nacional. Diligências complementares ordenadas pelo Relator da causa”. STF, DJ 19.05.2000, SEC 5.778-0 – EUA, Rel. Min. Celso de Mello.

58 “Sentença estrangeira contestada. Pedido de homologação de decisões proferidas pela justiça norueguesa que con-

superior era de que, em casos envolvendo guarda de crianças, a Corte deveria proteger o nacional brasileiro ou o aqui residente, sob o argumento de soberania nacional. Consequentemente, caberia aos tribunais brasileiros negar reconhecimento a decisões proferidas no exterior sobre crianças submetidas à jurisdição nacional.

Quatro anos depois desse caso paradigmático, todavia, o STF houve por bem rejeitar essa interpretação e voltar ao seu posicionamento original. Assim, em 2004, ao apreciar pedido de homologação de sentença estrangeira de separação consensual, deferiu a homologação sentença proferida no exterior mesmo na pendência de ação de divórcio no Brasil entre as mesmas partes.⁵⁹ Seguindo esse entendimento, o STJ, em 2006, homologou sentença estrangeira na pendência de ação no Brasil de anulação de laudo arbitral estrangeiro.⁶⁰

E, em casos posteriores, o STJ manteve a mesma posição, deferindo a homologação de sentença estrangeira mesmo quando havia ação em curso no Brasil envolvendo as mesmas partes e o mesmo objeto da ação ajuizada no exterior, objeto da homologação.⁶¹ É importante destacar que essa orientação tem sido aplicada inclusive para questões que envolvem guarda de crianças.⁶² Diante disso, é possível concluir que, como já mencionado, a inclusão parágrafo único do art. 24 do CPC/2015 não se trata de uma verdadeira inovação, tendo apenas positivado entendimento já consolidado na doutrina e na jurisprudência.

Uma vez esclarecido tal ponto, cumpre ressaltar que, assim como art. 90 do CPC de 1973, o art. 24 do CPC/2015 só poderá ser aplicado na hipó-

cederam a guarda da filha menor das partes ao requerente. Existência de decisão prolatada por autoridade judiciária brasileira, com o mesmo teor, a favor da requerida. Impossibilidade de homologação, sob pena de ofensa aos princípios da soberania nacional. Art. 216 do RISTF. Requisitos formais da homologação de sentença estrangeira. Arts. 218 e 219 do RISTF. Indispensabilidade da juntada de certidão ou cópia do texto integral do ato judicial ou administrativo que se quer homologar." STF, *DJ* 28.05.2004, SEC 5526 - Reino da Noruega, Rel. Min. Ellen Gracie. No mesmo sentido: STF, *DJ* 07.06.2002, SEC 6.729 - Espanha, Rel. Min. Maurício Corrêa; STF, *DJ* 18.03.1994, SEC 4.694 - EUA, Rel. Min. Ilmar Galvão; STF, *DJ* 07.05.2004, SEC 7100 - EUA, Rel. Min. Carlos Velloso; STF, *DJ* 06.02.2004, SEC 7218 - EUA, Rel. Min. Nelson Jobim; STF, *DJ* 14.02.2003, SEC 6971-8 - EUA, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa.

⁵⁹ STF, *DJ* 29.09.2006, SEC 7209 - Itália, Rel. Min. Ellen Gracie.

⁶⁰ STJ, *DJ* 11.12.2006, SEC/EX 611, Rel. Min. João Otávio de Noronha.

⁶¹ STJ, *DJ* 01.08.2011, AgRg em HSEC 853 - EUA, Rel. Min. Castro Meira. Ementa: "Processual civil. Agravo regimental em homologação de sentença estrangeira contestada. Pedido de suspensão do julgamento deferido. Prejudicialidade externa. Ação na qual se discute a validade da sentença em trâmite em primeiro grau de jurisdição. Impossibilidade de suspensão. 1. A propositura, no Brasil, de ação em que se discute a validade de cláusula arbitral porque inserida, sem destaque, em contrato de adesão, não impede a homologação de sentença arbitral estrangeira que, em procedimento instaurado de acordo com essa cláusula, reputou-a válida". (...); STJ, *DJ* 16.12.2011, SEC 6069 / EX, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. No mesmo sentido, STJ, *DJ* 27.05.2014, SEC 9718/EX, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

⁶² STJ, *DJ* 06.09.2012, AgRg na SE 4091 / EX, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, *DJ* 27.09.2012, SEC 4127 / EX, Rel. Min. Nancy Andrighi; STJ, *DJ* 27.09.2012, SEC 4127/EX, Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Em sentido inverso, todavia, V. STJ, *DJ* 09.05.2012, SEC 5635 / DF, Rel. Min. Laurita Vaz.

tese de a autoridade judiciária brasileira também ter jurisdição para apreciar o caso. Afinal, só é possível se configurar a litispendência quando mais de uma jurisdição tem competência internacional para conhecer de determinada demanda, gerando a possibilidade de processos paralelos idênticos (mesmas partes, pedido e causa de pedir), perante os tribunais de Estados distintos. Dessa forma, caso o Judiciário brasileiro não seja competente no plano internacional – por força de cláusula de eleição de foro estrangeiro entre as partes, por exemplo –, não há como se aplicar o art. 24, pois não se deve falar em litispendência quando só há uma única jurisdição – qual seja, a estrangeira escolhida – apta a processar e julgar determinada causa.

Por fim, registre-se que, em havendo dispositivos convencionais sobre o tema – como, por exemplo, aqueles contidos no Código Bustamante,⁶³ Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Las Leñas - 1992)⁶⁴ - e em acordos bilaterais, como aquele firmado com a França,⁶⁵ esses prevalecerão mesmo na vigência do CPC de 2015, em razão da especificidade das referidas normas.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, restou claro que o CPC de 2015 reproduziu em boa parte o diploma anterior no que concerne às regras de fixação de competência internacional. E mesmo algumas das inovações previstas limitaram-se a consolidar entendimentos já sedimentados anteriormente na doutrina e na

63 Art. 394: “A litispendência, por motivo de pleito em outro Estado contratante, poderá ser alegada em matéria civil quando a sentença, que for dada num deles, tiver de produzir efeitos de coisa julgada no outro.” Com base nesse artigo, alguns autores admitem os efeitos da litispendência internacional para ações ajuizadas em países ratificantes do Código (v. Celso Agrícola Barbi, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, tomo I, p. 300 (2008) e Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, § 147, p.357-358 (2009)). Não se concorda com o referido entendimento. Em verdade, da redação confusa do referido dispositivo, pode-se apenas concluir que esse permite que a parte possa alegar a litispendência, sem disso extrair qualquer conclusão. A rigor, parece ter deixado a regulamentação da matéria para os Estados nacionais.

64 Ratificado pela Argentina, Paraguai, Uruguai e Brasil, onde foi promulgado pelo Decreto nº 2.067/96. Confira-se o disposto em seu art. 22: art. 22 dispõe: “Quando se tratar de uma sentença ou de um laudo arbitral entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos, e que tenha o mesmo objeto de outro processo judicial ou arbitral no Estado requerido, seu reconhecimento e sua executividade dependerão de que a decisão não seja incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo proferido no Estado requerido. Do mesmo modo não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante qualquer autoridade jurisdicional da Parte requerida, anteriormente à apresentação da demanda perante a autoridade jurisdicional que teria pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento”.

65 Acordo de Cooperação em Matéria Civil celebrado entre o Brasil e França, em Paris, em 28 de maio 1996, promulgado pelo Decreto n. 3.598/00, tendo entrado em vigor em 01.10.2000 (art. 27 do Acordo). Seu art. 18(1)(f)(I) dispõe: “1. As decisões proferidas pelos tribunais de um dos dois Estados serão reconhecidas e poderão ser declaradas executórias no território do outro Estado, se reunirem as seguintes condições: [...] f) que um litígio entre as mesmas partes, fundado sobre os mesmos fatos e tendo o mesmo objeto que aquele no território do Estado onde a decisão foi proferida: i) não esteja pendente perante um tribunal do Estado requerido, ao qual se tenha recorrido em primeiro lugar; ou [...]”.

jurisprudência pátrias. Não obstante, é preciso reconhecer o mérito do legislador, que, ao positivizar as referidas regras, pacificou antigas discussões doutrinárias e jurisprudencias, tornando possível aos aplicadores e intérpretes aplicá-las com mais segurança. Todavia, a despeito do atraso face ao direito convencional e estrangeiro, há algumas alterações relevantes como o expreso reconhecimento dos efeitos positivos e negativos da eleição de foro. ❖

