

CADERNOS
DA **ESMESC**

**TEORIA
GERAL
DO** Luiz Gustavo Lovato
PROCESSO

coordenação

Eduardo Passold Reis
Jéssica Gonçalves

**CADERNOS
DA ESMESC**

TEORIA

GERAL

DO Luiz Gustavo Lovato

PROCESSO

**CADERNOS
DA ESMESC**

**TEORIA
GERAL
DO** Luiz Gustavo Lovato
PROCESSO

coordenação

Eduardo Passold Reis

Jéssica Gonçalves

 **emais**
editora **ESMESC**

2022

Copyright © emais editora, 2022

Todos os direitos reservados.

Editora-Chefe: Jéssica Gonçalves

Design Editorial: Laura Pra Baldi de Freitas

Preparação de Texto: Deborah Cristina Amorim

Coordenação da coleção: Eduardo Passold Reis e Jéssica Gonçalves

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

L946t

Lovato, Luiz Gustavo

Teoria geral do processo [recurso eletrônico] / Luiz Gustavo Lovato ;
coordenação Eduardo Passold Reis, Jéssica Gonçalves. - 1. cd. - Florianópolis [SC] :
Emais, 2022.

recurso digital ; 0807 MB (Cadernos da ESMESC)

Formato: epdf

Requisitos do sistema: adobe acrobat reader

Modo de acesso: world wide web

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-65-85073-17-2 (recurso eletrônico)

1. Processo civil - Brasil. 2. Direito processual civil - Brasil. 3. Livros eletrônicos.
I. Reis, Eduardo Passold. II. Gonçalves, Jéssica. III. Título. IV. Série.

22-81047

CDU: 347.91/.95(81)



Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária - CRB-7/6439

Todos os direitos desta edição reservados à emais

www.emaiseditora.com.br

euquero@emaiseditora.com.br

Florianópolis/SC

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1	
SISTEMA PROCESSUAL E ORDENAMENTO JURÍDICO	13
1.1 Teorias dualista e unitária do ordenamento jurídico	15
1.2 Common law e o sistema processual misto	21
1.3 O sistema vinculativo das súmulas, jurisprudência e precedentes adotado pelo CPC	25
CAPÍTULO 2	
PROCESSO	31
CAPÍTULO 3	
TEORIA DA AÇÃO	41
3.1 Legitimidade e interesse processual	48
CAPÍTULO 4	
BRASIL IMPÉRIO, REPÚBLICA E OS PRIMÓRDIOS DO PROCESSO NACIONAL	57
4.1 O Decreto nº 737/50 e o Brasil Império	60
4.2 Período Republicano	62
CAPÍTULO 5	
O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI N. 13.105/15)	69
5.1 Princípios Constitucionais Replicados na Norma Infraconstitucional e o Sistema Recursal	71
5.2 Fase Postulatória	79
5.2.1 Atos postulatórios	81
5.2.2 Audiência de conciliação ou de mediação	85
5.3 Fundamentação das decisões	90

5.4 Julgamento antecipado parcial do mérito	95
---	----

CAPÍTULO 6

ELEMENTOS DA PARTE GERAL DO CPC	101
---------------------------------	-----

6.1 Pressupostos processuais	101
------------------------------	-----

6.2 Kompetenz kompetenz	104
-------------------------	-----

6.3 Honorários advocatícios	106
-----------------------------	-----

6.4 Intervenções de terceiro	108
------------------------------	-----

CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
-----------------------------	-----

REFERÊNCIAS	115
--------------------	-----

INTRODUÇÃO

No ano de 2015, a ciência do Direito sofreu modificação profunda no Brasil. A aprovação do Código de Processo Civil (CPC) ocorreu após quase meia década de discussões acirradas na comunidade jurídica. A chancela da presidente da República, com pouquíssimos vetos, trouxe a certeza de que os ventos da mudança haviam chegado e, finalmente, um CPC criado a partir de discussões entre as diversas comunidades (acadêmica, judiciária, política e da advocacia) viria reger a atividade judiciária.

Talvez seja salutar entender o contexto histórico para saber a real importância que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, teve na regulamentação da atividade judiciária. Por se tratar de lei geral e posterior, previu regramentos que foram aplicados a outros microssistemas legislativos, como o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei da Ação Civil Pública (LACP), por exemplo. Simultaneamente, passaram a existir incompatibilidades insanáveis que dependem da hermenêutica do Poder Judiciário para que seja possível a sua plena adaptação ao ordenamento jurídico.

Seja qual for o rumo tomado, é indiscutível que essa norma não passa despercebida. Em alguns momentos, ela não modifica em absolutamente nada aquilo que já é aplicado na prática há anos, pois se tratou de um projeto de lei que trazia por base os entendimentos consolidados dos tribunais pátrios, especialmente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), somados aos anseios da advocacia. Temos, nessa mistura, os principais atores do processo, e, nesse sentido, a lei veio para o bem.

Por outro lado, as mudanças são tão profundas que merecem um recomeço no desenvolvimento do estudo da técnica processual. O CPC foi recriado e, como tal, deve ser tratado. Resquícios da praxe viciosa que permeiam o processo brasileiro devem ser extirpados, e a boa técnica deve ser

revista em seu próprio conceito. Isso porque, o processo civil brasileiro começou e se desenvolveu de forma errada, desde os primórdios, já que os elaboradores dos projetos de lei que deram origem aos CPCs de 1939 e de 1973 não previam a realidade forense brasileira. As preocupações ideológicas eram outras e as normas, como se viu, eram inadequadas.

Esse mau começo trouxe necessidades imperiosas aos tribunais, que não se furtaram de criar normas para adequar a lei processual às necessidades do processo, em uma atividade que extrapolava a sua competência definida pela Constituição Federal. Como exemplo, tem-se a Súmula nº 240 do Superior Tribunal de Justiça, editada em 2 de agosto de 2000, que estabelece: “a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu.” A necessidade da edição dessa súmula se deu em virtude de uma norma processual falha, segundo a qual, para desistir da causa após a citação, o autor deveria ter a concordância do réu; para abandoná-la, não. Como, em ambas as situações, o resultado é uma sentença terminativa, que extingue o processo sem resolução do mérito¹, a desistência acabava sendo substituída pelo abandono por mais de 30 dias, já que este não dependia, antes da Súmula, de concordância da parte contrária.

A necessidade de pedido do réu, expressa na súmula, não encontra previsão legal. Estaria o STJ legislando ao editar tal enunciado? Sem dúvida, criou-se um imperativo que não existia anteriormente, o que pressupõe a existência de um ato legislativo. Mas a edição dessa súmula trouxe à tona um problema seriíssimo do legislador brasileiro: a demora da atividade legislativa faz com que, não raras as vezes, esta esteja em descompasso com a evolução social brasileira, gerando leis que já nascem obsoletas. Não são poucos os exemplos a serem trazidos; a Súmula nº 240 é apenas um deles.

São elementos que partem das concepções do Estado Democrático de Direito, previsto expressamente na Cons-

1. Arts. 329 e 267, III e VIII, e § 4º, do CPC/1973.

tuição da República Federativa do Brasil (CRFB), o que pressupõe que:

[...] o exercício da jurisdição se submeta a um complexo conjunto de regras jurídicas destinadas ao mesmo tempo a *assegurar a efetividade dos resultados* (tutela jurisdicional), a *permitir a participação dos interessados* pelos meios mais racionais e a *definir e delimitar a atuação dos juízes*, impondo-lhes deveres e impedindo-lhes a prática de excessos e abusos.²

A definição de Dinamarco é não menos que perfeita, pois compete à norma regular o processo que, assim como a política social, é dinâmico.

Para se compreender o CPC atual, a primeira atitude a tomar é eliminar o estudo comparativo com o anterior, de 1973; o comparativo quadro a quadro, artigo por artigo, não traduz a compreensão do novo modelo. É imprescindível realizar um apanhado histórico para se chegar ao sistema processual atualmente adotado pelo Brasil, analisando os erros e acertos que foram corrigidos ou mantidos³, para, então, compreender qual o sentido do processo brasileiro. Esses elementos serão tratados adiante.

O primeiro capítulo fará uma análise do sistema processual brasileiro e do modelo processual adotado pelo CPC. Compreendem essa análise o estudo das teorias dualista e unitária do ordenamento jurídico e os preceitos da *common law*. O modelo processual brasileiro atual visa o afastamento daqueles adotados anteriormente, em especial no que diz respeito à força vinculativa das decisões judiciais e à adoção da jurisprudência como fonte formal de direito. Os preceitos que sustentam a teoria dualista do ordenamento jurídico, basilares do CPC/73, foram substituídos pelos da teoria unitária, com o cuidado para que não fossem repetidos os erros que geraram tantas críticas no passado.

2. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. 1. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37.

3. Alguns erros foram grosseiramente mantidos, sem dúvida.

O sistema da *common law*, por sua vez, será tratado em título próprio. Isso porque, o legislador, sábio das necessidades brasileiras assim como dos problemas estruturais presentes no sistema processual pátrio, tomou cuidado para que não fosse adotado o sistema anglo-saxão de precedentes. A estrutura do ordenamento jurídico brasileiro é toda sustentada nos ditames da *civil law*, e apenas uma alteração do CPC, no sentido de adotar preceitos da *common law*, correria o risco de se criar uma norma incompatível com a realidade nacional. Por certo, existirão incompatibilidades.

Os dois capítulos seguintes, típicos da Teoria Geral do Processo, tratarão dos institutos do processo e da ação judicial, estabelecendo, especialmente, as diferenças que caracterizam cada um deles. O estudo do processo e da sua distinção para com a ação tornou-se basilar para a compreensão do modelo processual adotado atualmente. Tanto os conceitos como os elementos de existência e validade que a eles concernem serão vistos mediante o resgate de teorias históricas, que restaram abandonadas por conta do modelo equivocado que vigorava antes de 2016, ano em que entrou em vigor o CPC atual.

No capítulo 4, será feita análise histórica do processo civil brasileiro, desde os tempos do Império até o CPC/73. Nessa análise, serão buscados, na história jurídica brasileira, os principais elementos que resultaram na alteração do modelo processual. Desde o início, com as Ordenações, o Brasil mostrou-se carente de um modelo processual próprio e, quando teve a grande oportunidade de convocar seus célebres juristas para tal, optou pelo continuísmo, receoso dos efeitos de uma grande ruptura com os institutos importados que já se mostravam enraizados. O CPC atual corrige, ao menos em parte, esse problema mediante a estruturação de um texto coeso e adaptado aos entendimentos já consolidados pelas cortes superiores brasileiras.

Por fim, o último capítulo tratará daqueles que podem ser considerados os institutos com mais força para representar essa ruptura estrutural. Ainda singela, essa ruptura manteve

alguns elementos ruins do modelo processual anterior, mas a adoção de um modelo adaptado à realidade forense brasileira caminha a passos largos. A abordagem crítica do texto não tem o objetivo de desacreditar o trabalho realizado pela comissão de juristas, mas de apontar problemáticas que, na prática, se tornarão graves e ensejarão novas mudanças. Ou talvez seja simples questão de interpretação e criação de nova norma pelos tribunais.

CAPÍTULO I

SISTEMA PROCESSUAL E ORDENAMENTO JURIDICO

O processo civil possui dois objetivos básicos: a prevalência do ordenamento jurídico e a pacificação social. Iniciar um tópico com uma afirmação tão direta talvez pareça um pouco presunçoso ou até mesmo singelo, mas a atividade forense não é traduzida pela exclusiva aplicação da norma ao caso concreto, nem pode ser. Existem elementos de política judiciária que fazem da atividade jurisdicional o fiel da balança entre o que é lícito e o que é justo. Licitude está relacionada com vinculação ao ordenamento jurídico, enquanto justiça, com a harmonia e a pacificação social.

Durante muito tempo, no Brasil e até mesmo no mundo, esse equilíbrio identificado pelo fiel foi, de certa forma, ignorado. O lícito prevalecia sobre o justo, pois existe uma sobreposição do ordenamento jurídico na técnica processual de resolução de conflitos que impede a atuação jurisdicional de equidade em todos os casos a ela submetidos. Aliás, é imperioso ressaltar que a jurisdição brasileira é uma atividade de direito, vinculada ao direito positivado quando da atividade do magistrado, sendo a equidade modalidade residual, cabível somente quando a lei assim o permitir. Prevalece, portanto, a determinação legal em detrimento do livre convencimento do magistrado acerca do que viria a ser a decisão mais justa para o caso concreto.

A análise do processo deve primeiramente passar pela análise do sistema processual adotado pelo Brasil, que passa a ter um modelo adaptado. Cândido Rangel Dinamarco distingue sistema processual de modelo processual:

Sistema é um conjunto fechado de elementos interligados e conjugados em vista de objetivos externos comuns, de modo que um atua sobre os demais e

assim reciprocamente, numa interação funcional para a qual é indispensável a coerência entre todos. *Sistema processual* é um conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar a sua operacionalização segundo o objetivo externo de solucionar conflitos.

Um dado sistema processual, considerado pelo conteúdo específico das normas que o regem, pela concreta conformação dos órgãos que o operam e pelo modo-de-ser dos institutos encadeados em razão desse objetivo constitui um *modelo processual*. Tem-se por modelo processual, portanto, cada um dos sistemas processuais encontrados especificamente nos diversos lugares do mundo e em tempos diferentes.⁴

O Brasil não teve um modelo próprio anteriormente, pois, ao longo do tempo, os sistemas processuais que surgiram eram apenas adaptações de sistemas estrangeiros. Obviamente, uma adaptação é uma maneira de se adequar um modelo externo, criando um modelo próprio, mas essa consideração não foi levada em conta com a amplitude que merecia. Da mesma maneira, nenhum modelo processual pode ser considerado totalmente puro, livre de influências externas, no mundo globalizado atual. Por esse motivo, o presente texto não fará análises comparadas de modelos processuais, mas apenas um aprofundamento do sistema processual adotado no Brasil, em seu contexto histórico e evolutivo.

O estudo é necessariamente vinculado, primeiramente, à sistemática presente no CPC, que não pode ser analisado de maneira parcial ou seletiva. A seguir, essa análise sistemática será realizada do ponto de vista estrutural, para que se defina, afinal, qual o modelo adotado. Para tanto, dois temas estarão presentes nos tópicos a seguir: a teoria unitária do ordenamento jurídico e os preceitos da *common law*.

4. DINAMARCO, vol. I, 2004, p. 171.

1.1 Teorias dualista e unitária do ordenamento jurídico

Com base nesse sistema processual, já se discutiu acerca da teoria do ordenamento jurídico e sua relação com o processo civil. Muito se escreveu sobre as teorias do ordenamento jurídico que vigoravam na comunidade acadêmica da Itália da primeira metade do Século XX. Em linhas breves, pode-se dizer que os principais protagonistas dessa celeuma foram Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti, dois baluartes do processo civil europeu, à época. Outras vozes se exaltavam, mas nenhuma exerceu tanta influência sobre o sistema processual brasileiro que resultou no CPC de 1973 como a dos italianos.

Chiovenda defendia a teoria dualista do ordenamento jurídico, que, entre diversas outras diretrizes, traz a atuação passiva da atividade jurisdicional, que apenas aplica e interpreta a norma positivada consoante o caso concreto, não podendo o magistrado criar ou mesmo ampliar a previsão normativa. Eduardo Couture define a função da jurisdição como um meio de acesso e preservação dos valores que sustentam um ordenamento jurídico, sendo que o processo se orienta pela sua função social, por meio da qual lhe cabe assegurar “*la lex continuitatis del derecho, su efetividad en la experiencia jurídica*”⁵.

Percebe-se que a atividade judiciária, segundo a teoria dualista do ordenamento jurídico, não é tratada como fonte formal de direito, pois cabe ao magistrado, pelo exercício do seu livre convencimento motivado, decidir como a lei opera mediante cada caso concreto. O processo tem efeito exclusivamente *inter partes*, e a coisa julgada não se aplica apenas à matéria, mas à ação como um todo, tornando indiscutível apenas a pretensão daqueles que participaram do processo.

A teoria unitária do ordenamento jurídico, defendida por Carnelutti, traz a necessidade de um Poder Judiciário uniforme e adequado à natureza e à particularidade das contendas,

5. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Buenos Aires: Bdef, 2007, p. 120.

que cria obrigações e direitos em seu escopo primordial de compor o litígio de maneira justa⁶. O Poder Judiciário cria, definitivamente, na busca pela justiça, um entendimento que se torna fonte formal de direito. Embora não tenha sido adotada originariamente no Brasil, essa teoria é a que mais está de acordo com as duas principais características da jurisdição: unicidade e indivisibilidade.

Carnelutti insiste na justiça como escopo primordial do processo, em uma atividade vinculada ao ordenamento jurídico:

[...] A palavra processo serve, pois, para indicar *um método para a formação ou para a aplicação do direito* que visa garantir o bom resultado, ou seja, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja *justa e certa*: a justiça deve ser a qualidade superior ou substancial; a certeza, sua qualidade exterior e formal; se o direito não é certo, os interessados não sabem; se não é justo, não sentem o que é necessário para obedecer.⁷

Isso significa que a atividade jurisdicional amplia a aplicabilidade da norma, sem alterar o seu conteúdo, sem alterar seu núcleo essencial. Pode, segundo a teoria dualista, ampliar o seu conteúdo, desde que mantenha o seu núcleo essencial. Porém, a jurisdição é atividade estatal e isso cria uma lógica não absorvida pela teoria dualista: assim como a criação do ordenamento jurídico é atividade estatal, a jurisdição também o é. Diz-se que a jurisdição é complementar à atividade legislativa, em um sistema de freios e contrapesos difundido pela teoria de Montesquieu.

Talvez a questão mais importante seja o significado desses freios e contrapesos, bem como a sua operabilidade. Se for entendida a teoria unitária como primordial perante a jurisdição brasileira, as decisões judiciais não poderão ser

6. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

7. CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Vol. 1. Campinas: Servanda, 1999, p. 72.

consideradas fontes formais de direito, cabendo ao magistrado tratar cada caso de maneira isolada. Assim foi a gênese da definição legal das fontes formais de direito no Brasil, prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁸.

Para o Brasil, o entendimento dos tribunais nunca foi fonte formal de direito até a edição da Emenda Constitucional nº. 45/04. Apenas a lei, os princípios gerais de direito, os costumes e a analogia o eram. Muito se falou sobre uma aproximação com o sistema da *common law* no CPC atual, pois o sistema normativo foi alterado para absorver tais decisões dos tribunais como fontes formais, incluindo-as no rol omissis da LINDB. Isso não foi uma novidade, pois a EC 45/04 trouxe um instituto que já encerrava a omissão da LINDB quando da autorização concedida ao Supremo Tribunal Federal (STF) para a edição de súmulas vinculantes. A decisão não seria apenas fonte formal de direito, mas de adoção e seguimento obrigatórios, sob pena de nulidade do ato judiciário. Verdadeira norma jurídica.

A situação é tão distante de um conceito estanque que alguns *experts*, como Araken de Assis, tratam da adoção da teoria dualista do ordenamento jurídico apenas superficialmente, fazendo a ressalva de que essa análise somente faz sentido quando coordenados, “de forma razoável e convincente, direito e processo”⁹. Essa preocupação se justifica, pois, ao adotar a teoria unitária do ordenamento jurídico, o magistrado não apenas cria a norma para o caso concreto como cria fonte formal que servirá de base para os julgados de outros casos semelhantes. Nada mais coerente, pois um juiz que aplica entendimentos diversos a casos iguais fomenta a insegurança jurídica.

Enquanto o CPC/73 adotava formalmente a teoria dualista, o CPC atual a deixou de lado, aproximando-se

8. BRASIL. Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

9. ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27. Deve-se fazer a ressalva de que essa obra foi escrita sob a égide do CPC/73, e anteriormente à EC/45, o que justifica o trato superficial da teoria unitária do ordenamento jurídico.

sobremaneira da teoria unitária. Isso porque alguns princípios que regiam a atuação do magistrado, como o livre convencimento motivado¹⁰, foram minimizados a ponto de terem seu núcleo essencial fragmentado e quase extinto. O livre convencimento, no CPC atual, está praticamente relacionado exclusivamente à análise da prova, sendo excluído do dispositivo do julgado (à exceção daqueles casos julgados por equidade para os quais não haja entendimento consolidado nos tribunais).

O ordenamento jurídico brasileiro tem uma estrutura que faz necessária a interpretação da norma conforme a Constituição Federal, uma interpretação sistemática do Direito¹¹. Não é diferente em relação à norma processual, pois o magistrado deve conduzir e julgar o processo respeitando os preceitos e as diretrizes da Carta. Nesse sentido, deve se ter claro que a Constituição Federal não prevê o livre convencimento do magistrado, mas, somente o convencimento motivado, quando estabelece a nulidade das decisões judiciais não fundamentadas¹².

Luís Roberto Barroso dispõe acerca dos elementos que compõem a interpretação conforme a Constituição:

- 1) Trata-se da escolha da interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita.
- 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto.
- 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam ao resultado contrastante com a Constituição.

10. Em realidade, são dois princípios em um: livre convencimento e convencimento motivado. Seu trato neste texto será único em razão do objeto da crítica à teoria dualista.

11. FREITAS, Juez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

12. Art. 93, IX, da CRFB.

4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.¹³

O último elemento é sintomático do sistema processual brasileiro: a interpretação conforme a Constituição não se resume a um preceito hermenêutico. Não é mera faculdade de interpretação, mas elemento vinculante da atividade jurisdicional. O magistrado, ao proferir o seu julgado, deverá ter conduzido o processo e fundamentar amplamente essa decisão, sob pena de nulidade. Isso decorre da vinculação constitucional da norma processual. Porém, surge um segundo elemento: e se o magistrado exercer o seu livre convencimento, a decisão será nula?

Duas hipóteses poderão surgir:

1) o caso julgado já possui entendimento consolidado nos tribunais; ou

2) não existe análise prévia de casos análogos ao julgado pelos tribunais.

Pela teoria unitária do ordenamento jurídico, o processo não constitui um fim em si mesmo, mas está relacionado a uma função social que prevê a necessidade de uniformização dos julgados, a fim de garantir segurança jurídica. Essa função social, além de ser corolário do estado social adotado pelo Brasil¹⁴, é princípio expresso no art. 8º, do CPC. Atualmente, é impossível desvincular o processo de sua função social, por questão legal e constitucional.

O livre convencimento, nos moldes do CPC/73, previa a possibilidade de um mesmo juiz proferir decisões absolutamente diferentes para casos análogos, sem qualquer vício de decisão ou *error in iudicando*. Não apenas a insegurança jurídica é consequência como também a violação à unicidade da jurisdição. Se a jurisdição é una e indivisível, compete à

13. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189.

14. *ex vi* do art. 6º da CRFB.

magistratura promover essa unicidade, e causas já julgadas devem ser respeitadas como precedentes; não necessariamente vinculativos, mas representativos de unicidade jurisdicional e estruturantes da segurança jurídica.

Eduardo de Avelar Lamy e Horácio Wanderley Rodrigues criticam a teoria unitária do ordenamento jurídico sob o enfoque de que seus adeptos possuem dificuldade em distinguir o direito processual do direito material. Segundo os autores, para os defensores dessa teoria “o processo participa da criação dos direitos subjetivos, tendo como objetivo compor o conflito de interesses trazido a juízo, ditando a regra que o soluciona.”¹⁵ Trata-se mais de uma constatação do que de uma crítica propriamente dita, mas não condiz com as diretrizes da sistemática processual adotada pelo CPC, que prevê a vinculação dos julgados aos precedentes e entendimentos consolidados pelos tribunais no seu art. 927. E os precedentes poderão versar tanto sobre norma de direito material como processual.

Com esse dispositivo, a decisão judicial cria sim a norma jurídica, complementando as normas de direito material e de direito processual sem com elas se confundir. Se a lei de direito material é criada pelo Estado, o precedente jurisprudencial também o é, apenas diferem os poderes que os originam. As atividades legislativa e judiciária são complementares, jamais excludentes entre si, exceto nas hipóteses de reconhecimento de inconstitucionalidade. A norma aberta deve ter uma interpretação definitiva, dada pelo Estado, na sua aplicação aos casos concretos; assim como a regra específica deve indicar as suas exceções de não aplicabilidade. O legislador não prevê a particularidade de cada caso, mas o judiciário a encontra em sua atividade jurisdicional cotidiana.

Nesse aspecto, uma questão simples e objetiva, como o extravio de bagagem de passageiro por companhia aérea, podia gerar ou não dano moral, segundo o entendimento

15. LAMY, Eduardo de Avelar ; RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Curso de processo civil, de acordo com o novo CPC**. Teoria Geral do Processo. Vol 1. São Paulo: Conceito, 2011, p. 43.

do mesmo magistrado em processos diferentes regidos pelo CPC/73. Essa insegurança talvez seja a consequência mais perversa da teoria dualista que o CPC atual tentou extirpar. Mas como suprimir o livre convencimento do magistrado e, ao mesmo tempo, não padronizar julgados, preservando as peculiaridades de cada caso? O sistema da *common law* talvez traga a resposta.

1.2 Common law e o sistema processual misto

Muito se falou acerca da caminhada rumo ao sistema da *common law* pelo ordenamento jurídico brasileiro. É bem verdade que alguns institutos que se apresentam hodiernamente se assemelham àqueles presentes no sistema anglo-saxão. Mas com eles não podem ser confundidos, pois não se trata de um instituto puro e exclusivamente processual, já que reflete em uma estruturação de todo o sistema político e judiciário de uma nação. Talvez se possa considerar a existência de sistemas mistos, e assim alguns o defendem¹⁶.

Common law significa outra modalidade de sistema jurídico e político, que não pode ser confundida com a *civil law*, ou mesmo a *civil law* adaptada a preceitos de *common law*. Segundo William Tetley¹⁷, os princípios que regem a *common law* se assentam nos repositórios de jurisprudência, especialmente da corte superior, relativos àqueles tipos de casos específicos que se enquadram nos casos já julgados, denominados *leading cases*. Todos os casos já julgados geram fontes formais de direito, e, talvez, nesse ponto, exista uma confusão entre o sistema da *common law* e a teoria unitária do ordenamento jurídico. O autor faz um relatório sobre as principais diferenças entre a *common law* e a *civil law*¹⁸.

a) ordem de prioridade: jurisprudência e doutrina. Enquanto a *civil law* traz como principal subsídio das fun-

16. Nesse sentido: TETLEY, William. **Mixed jurisdictions:** common law vs civil law (codified and uncoded). Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1999-3-tetley1-e.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016. Tradução livre.

17. Ibidem.

18. Ibidem.

damentações judiciais a doutrina, a *common law* as assenta exclusivamente na jurisprudência das cortes, especialmente as superiores. O papel da doutrina é puramente didático ou pedagógico;

b) funções da doutrina: a função da doutrina no sistema *civil law* reside em desenhar os princípios e as regras, servindo como um guia para a solução de casos práticos. Na *common law*, a doutrina tem o papel de distinguir os casos práticos daqueles já julgados pelas cortes, sem definir a modalidade de aplicação das normas;

c) estilo da doutrina: na *common law*, os autores se focam no estudo de casos, relacionando-os com o escopo da norma e apontando a diferença entre os elementos práticos do caso concreto e aqueles já consolidados nos tribunais. Na *civil law*, o doutrinador apresenta um apanhado histórico e outro comparado, identificando as funções da norma e apresentando os métodos de aplicação;

d) função da jurisprudência: na *common law*, a jurisprudência é uma norma específica a ser aplicada em um rol específico de casos práticos que nela se enquadrem, sendo a fonte principal dos julgados. Na *civil law*, a jurisprudência é aplicada de maneira secundária, estabelecendo, no geral, os princípios que regem a matéria;

e) coisa julgada e precedentes¹⁹ (*stare decisis*): no sistema da *common law*, existe uma hierarquia de julgados paradigmas a serem seguidos (precedentes), cabendo ao magistrado aplicá-los consoante a ordem de prioridade (das cortes superiores às inferiores). Na *civil law*, a coisa julgada não cria um elemento normativo a ser aplicado pelos magistrados, os quais podem tomar decisões diferentes para casos iguais; e

f) estilo de jurisprudência: na *civil law*, as decisões são mais formais e curtas, visando resolver, inicialmente, somente o caso julgado. No sistema da *common law*, a ju-

19. A expressão coisa julgada não é uma tradução literal de *stare decisis*, mas é o instituto brasileiro que mais se aproxima. Também se pode utilizar a expressão precedente, mas ambos os institutos não se confundem, e sua aplicabilidade, neste texto, tem função didática, por isso a possibilidade de ambos figurarem na tradução.

risprudência, como fonte normativa, é elaborada e prolixa, sendo seu texto necessariamente separado em duas partes: motivos e dispositivos. No texto, a corte deve apresentar todos os elementos que distinguem o caso julgado daqueles anteriormente analisados, demonstrando o porquê da necessidade de uma nova jurisprudência.

William Tetley apresenta diversas outras distinções entre os sistemas da *common law* e da *civil law* que, embora relevantes, não possuem correlação eficiente com o objetivo do presente texto. Pode-se verificar, mediante juízo superficial, que o sistema processual brasileiro está longe de ser comparado com o sistema da *common law*, mas alguns elementos foram absorvidos, criando uma modalidade mista que será abordada adiante.

O sistema da *common law* não é adequado ao sistema judiciário brasileiro, à sua estrutura e ao método de atuação do Poder Judiciário. A atividade jurisdicional possui um elemento crucial que impede a adoção total do sistema anglo-saxão: a intrincada malha criada pelas infundáveis normas de direito material, bem como a não indicação pormenorizada dos casos em que o dispositivo do julgado deverá ser aplicado na maioria dos precedentes jurisprudenciais. A jurisdição de equidade, e mesmo a analogia, restam prejudicadas de maneira letal, a ponto de tornar injusta a aplicação generalizada do precedente jurisprudencial brasileiro. Tercio Sampaio Ferraz Junior trata a questão antropológica como base de crítica semelhante:

A determinação do sentido normativo do direito, para o efeito de sua aplicação ao caso concreto, é uma das tarefas centrais da ciência jurídica. Trata-se de uma atividade prática, e nisso ela se distingue de objetivos semelhantes encontrados no ato de compreensão, próprio das demais ciências humanas. Nesses termos, o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender o texto de um dispositivo normativo dado, como faria, por exemplo, um historiador, ao estabelecer-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas

também determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema. Ou seja, a tarefa do jurista não é simplesmente conhecer, mas fazê-lo, tendo em vista as condições de aplicabilidade do dispositivo a interpretar²⁰.

Para que o Brasil adote o sistema da *common law*, deverá haver uma reestruturação judiciária e estatal completas, o que vai muito além de um novo Código de Processo Civil. O atual é falho na apreciação desse problema, o que faz com que, muitas vezes, prevaleça a injustiça. Um bom exemplo vem da decisão que nega o pedido de continuidade do processo suspenso em casos repetitivos sob o fundamento de a questão não se enquadrar naquela prevista no caso paradigma. Se a decisão for do relator, caberá agravo interno, o qual poderá gerar multa de valor entre 1% e 5% sobre o valor da causa, em caso de rejeição unânime²¹.

Tem-se evidente a perversidade do sistema. Basta que a turma entenda, em unanimidade, que o caso em tela se enquadre no caso paradigma para manter o processo suspenso e ainda aplicar uma multa que não tem origem nenhuma senão na própria decisão unânime da corte. Afinal, a multa deveria resultar da prática de um ato ilícito, o que não se aplica ao exercício puro e simples do direito de recorrer ou mesmo ao fato de a rejeição ser unânime. Se houver divergência entre os membros da corte, não haverá multa, mesmo que ao recurso seja negado provimento. Essa multa, porém, poderá não ser aplicada, se a turma entender que não houve intuito escuso ou ardiloso na interposição do agravo interno, o que dependerá mais da boa vontade do julgador do que de uma decisão amplamente fundamentada, já que o CPC determina a sanção pura e simples.

20. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Juízo de valor e cientificidade da hermenêutica jurídica no pensamento de Miguel Reale. In: ZILLES, Urbano (coord.); PAIM, Antônio; DE BONI, Luis Alberto e MACEDO, Ubiratan Borges de. **Miguel Reale**: estudos em homenagem a seus 90 anos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 389-390.

21. Art. 1.021, § 4º, do CPC.

A lógica da *common law*, no Brasil, é aplicada de maneira inversa, comparada aos países europeus e norte-americanos que adotam o sistema. Primeiro se suspendem, impositivamente, aqueles processos que talvez se enquadrem no caso paradigma. Depois se aplica o entendimento do julgado a eles e, se a questão não for igual, paciência. Não há mais o que ser feito. O precedente aplicado à questão diferente, mesmo estando correto em sua fundamentação em relação ao caso paradigma, consistirá em *error in iudicando*, fomentando ainda mais a desavença, a insegurança jurídica e a insatisfação social. Caberá à parte apresentar de maneira eficiente a distinção do seu caso em relação ao caso paradigma julgado pelo precedente.

O sistema processual brasileiro também deve ser analisado sob dois aspectos importantíssimos para a ciência jurídica: o processo e a ação. Dois elementos distintos, inconfundíveis, que se complementam na constituição desse sistema. Sob tal aspecto, toda a estrutura do CPC foi remodelada para privilegiar a ação em detrimento da instrumentalidade das formas que rege o processo.

1.3 O sistema vinculativo das súmulas, jurisprudência e precedentes adotado pelo CPC

Na jurisprudência nacional, muito se fala em precedentes como algo que precede, sendo que tais decisões precedentes servem de base e de fundamentação para outras, subsequentes. Busca-se criar, com isso, uma unicidade dos julgados, com a aplicação de entendimentos já exarados anteriormente. Essa modalidade de precedentes, porém, não é a mesma adotada pelo CPC, já que é de aplicação livre pelo magistrado que, normalmente, faz uso exclusivo daqueles já proferidos pela sua própria corte.

O CPC adotou uma nova modalidade de aplicação dos julgados, como se viu na primeira unidade deste capítulo. Os entendimentos dos tribunais passam a integrar a norma jurídica com efeito vinculativo, resultando em fonte formal

de Direito. Não se deve confundir com o efeito das súmulas vinculantes²², das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, já que essas são de adoção obrigatória tanto pelo Poder Judiciário como pela administração pública, direta e indireta²³, sob pena de inconstitucionalidade direta do ato praticado.

O efeito vinculativo, por sua vez, admite a não aplicação do julgado pelo magistrado ao caso concreto, bem como não vincula a administração pública. É norma, é fonte formal de direito que serve de fundamentação ao julgado, complementando as demais fontes formais de direito que, a saber, são a lei, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito²⁴.

A criação de precedentes e súmulas constitui atividade exclusiva dos tribunais pátrios, mediante atuação de órgão colegiado. É o Estado, através da atividade escalonada e colegiada do Poder Judiciário, que normatiza outra atividade do Estado, a legislativa. O Poder Judiciário não legisla, mas os seus entendimentos sobre a aplicabilidade da lei ao caso concreto constituem uma normatização própria. Dentro da tripartição de poderes de Montesquieu, não há que se falar em atividade normativa exclusiva, mas em atividade legislativa exclusiva, o que faz valer a eficiência do sistema de freios e contrapesos.

Embora o CPC deixe evidente a diferença entre súmulas, precedentes e jurisprudência²⁵, o STJ denomina **precedentes qualificados** o conjunto de súmulas e de precedentes²⁶. Essa atividade normativa dos tribunais está expressa nos seguintes sistemas de julgados:

a) Súmulas: em uma breve análise, pode-se dizer que a confecção do enunciado de uma súmula é uma atividade administrativa do pleno de cada tribunal. Isso porque, ao

22. Art. 103-A, da CRFB.

23. Art. 102, § 2º, da CRFB.

24. Art. 4º, do Decreto nº. 4.657/42 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

25. Art. 927, do CPC.

26. Art. 121-A, do Regimento Interno do STJ.

editar súmula, busca-se a unanimidade dos componentes da corte em sessão plenária, que deverão estar de acordo com o enunciado proposto. Ademais, ao editar o enunciado da súmula, o tribunal não profere um julgado específico, mas traduz o entendimento de vários julgados anteriores, que o precederam.

Para que ocorra a edição de um enunciado de súmula, é preciso que toda a corte esteja orientada a um entendimento comum e que não haja divergências entre câmaras ou turmas desse mesmo tribunal. Ao editarem a súmula, os magistrados componentes desse tribunal se comprometem a não julgar de forma contrária ao enunciado que ajudaram a criar. Daí o seu primeiro efeito vinculativo²⁷.

b) Precedentes: diferentemente dos precedentes tidos como aquelas decisões que precederam o julgado, o CPC deu um novo significado ao instituto. Os precedentes constituem objeto de julgados específicos, aplicáveis a uma gama de processos que tragam casos idênticos ao caso paradigma no tocante às questões de direito. Os efeitos dos precedentes são gerais e imediatos a todos os casos análogos, tanto em trâmite como os que forem propostos após a publicação do acórdão paradigma.

Trata-se de um julgado que versa sobre um ou mais casos paradigmas da controvérsia, o(s) qual(is) esteja(m) amplamente fundamentado(s). Esses casos paradigmas serão então processados com a mais ampla publicidade, enquanto os demais casos análogos em processos em trâmite serão sobrestados. Julgados os casos paradigmas e criado o precedente, esse será de imediato aplicado àqueles processos sobrestados. Daí o seu efeito vinculativo.

Esses precedentes não constituem jurisprudência comum dos tribunais, pois são frutos de incidentes instaurados especificamente para a sua criação. Esses incidentes poderão ser o incidente de resolução de demandas repetitivas ou o incidente de assunção de competência, comuns a quaisquer tribunais; ou os incidentes de recurso extraordinário ou

27. Art. 125, do Regimento Interno do STJ.

especial repetitivos, de competência exclusiva do STF e do STJ, respectivamente.

Como o que transita em julgado é o dispositivo, e não os motivos ou a verdade dos fatos²⁸, resultando no imutável e indiscutível conteúdo da norma jurídica. Nos precedentes, o entendimento consolidado é chamado de *ratio decidendi*, a qual passa a ser aplicável a todos os processos, em curso e vindouros²⁹.

O CPC, através de um sistema processual integrado, trouxe o efeito vinculativo desses precedentes qualificados nos seguintes institutos:

a) os magistrados deverão observar os precedentes em seus julgados³⁰;

b) a inobservância do precedente qualificado é motivo para a propositura de reclamação, como forma especial de impugnação do julgado por meio de ação própria³¹;

c) o julgamento dos casos repetitivos tem preferência de pauta sobre os demais³²;

d) a aplicação de precedentes qualificados é motivo para concessão da tutela de evidência, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente³³;

e) o juiz deverá julgar liminarmente a improcedência do pedido que contrariar precedentes qualificados, sem a citação do réu³⁴;

f) se a sentença proferida contra a Fazenda Pública estiver de acordo com precedente qualificado, não estará sujeita à remessa necessária³⁵;

28. Art. 504, do CPC.

29. A expressão *ratio decidendi* foi utilizada pela primeira vez em recurso especial repetitivo no REsp 1337790 / PR, S1-Primeira Sessão, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 07.10.2013.

30. Art. 927, do CPC.

31. Art. 988, do CPC.

32. Art. 12, § 2º, do CPC.

33. Art. 311, II, do CPC.

34. Art. 332, do CPC.

35. Art. 496, § 4º, do CPC.

g) é dispensada a caução na execução provisória da sentença que estiver de acordo com precedentes qualificados³⁶;

h) nos tribunais, incumbe ao relator negar provimento a recurso contrário a precedente qualificado³⁷;

i) nos tribunais, incumbe ao relator dar provimento a recurso que impugne decisão que estiver em desacordo com precedente qualificado³⁸;

j) julgamento pelo relator, de plano, do conflito de competência que versar sobre tese firmada em precedente qualificado³⁹;

k) a decisão que for contrária a precedente qualificado é considerada violadora da norma jurídica, e pode ser objeto de ação rescisória⁴⁰;

l) a decisão que não julgar conforme precedente qualificado ou jurisprudência invocada pela parte, sem que seja demonstrada a distinção entre o caso julgado e a aplicabilidade do precedente qualificado ou a superação desse, será considerada nula por ausência de fundamentação⁴¹.

Como visto, a análise do efeito vinculativo dos precedentes é sistemática, não se limitando à atuação do juízo de primeiro grau, mas abrangendo toda a atividade jurisdicional. Caberá, tanto à parte como ao magistrado que julga, adequar a causa ao precedente qualificado, aplicando-o ao julgado, tendo por únicas opções diversas as hipóteses em que o caso concreto se distingue dos casos de aplicabilidade do precedente ou quando o entendimento do precedente tiver sido superado. Essa atividade normativa do Poder Judiciário é elemento primordial para que haja previsibilidade no processo e, com isso, a segurança jurídica tão cara às instituições.

36. Art. 521, IV, do CPC.

37. Art. 932, IV, do CPC.

38. Art. 932, V, do CPC.

39. Art. 955, parágrafo único, do CPC.

40. Art. 966, § 5º, do CPC.

41. Art. 489, § 1º, VI, do CPC.

CAPÍTULO 2

PROCESSO

O processo é um instituto que merece análise própria. Enquanto instituto, é o sustentáculo da ciência processual, juntamente com a ação. A causa do processo é o exercício da jurisdição, já que, para esta, aquele é meio, é instrumento que lhe dá corpo. A autuação dos atos processuais é questão de segurança jurídica, resultando no conhecimento, pelos sujeitos que dele participam, de tudo o que concerne ao processo. O que não está nos autos não é do processo e, conseqüentemente, não pode existir como ato processual. Em sentido inverso, se o ato integrar os autos do processo, mas lhe faltar pressuposto processual de existência, deverá ser desentranhado, para não contaminar o instrumento.

A autuação do ato processual depende, portanto, da presença de pressupostos processuais de existência. O processo tem na instrumentalidade a sua maior característica, e, na autuação, a sua regularidade. Porém, para se definir os pontos relacionados ao presente texto, é preciso ter em mente a natureza jurídica do processo, o que demanda certa divergência entre os especialistas. Estabelecer qual a natureza jurídica do processo define toda a sua aplicabilidade e, a seguir, serão apresentados os principais elementos que a determinam.

a) Processo como contrato: para os adeptos dessa teoria, o processo seria fruto de um acordo de vontades e, por isso, teria sua natureza jurídica próxima da do negócio jurídico. As partes litigantes concordariam com a relação e as conseqüências dadas pelo magistrado; e a concepção contratualista de processo visa a sua sistematização⁴². Essa teoria possui apelo histórico, voltado à época em que não havia distinção entre a ciência do direito material e a ciência processual. Contrato é negócio jurídico de direito material, e tanto sua formação

42. COUTURE, op. cit., 2007.

quanto seus elementos de validade não se confundem com aqueles do direito processual.

É possível que exista um negócio jurídico anulável, mas, jamais, um ato processual assim o será. O ato processual poderá, sim, ser eivado de nulidade relativa, o que difere substancialmente do ato anulável.

b) Processo como quase-contrato: outra teoria cujo estudo assentou durante muito tempo apenas no valor histórico, o processo como quase-contrato também mescla o direito material e o processual, tendo por base o fato de o processo ser fonte de obrigações, porém sem que haja total liberdade das declarações de vontade dos litigantes. Para Couture, a doutrina que defendia essa teoria não levava em consideração a lei processual, real fonte das obrigações dos litigantes⁴³.

Porém, o CPC criou a possibilidade de celebração do negócio jurídico processual, previsto inicialmente no seu art. 190 e com repercussões por toda a norma. Segundo o citado artigo, “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Mais do que uma simples convenção sobre o trâmite processual, o negócio jurídico processual permite que as partes pactuem, em contrato, como se dará eventual trâmite processual. Esse tipo de cláusula, antes do CPC, era restrita à eleição de foro, sendo que o processo era totalmente regido pela norma processual cogente, e o ordenamento jurídico incidente deveria ser aquele do lugar da formação do contrato⁴⁴, também de forma impositiva (à exceção das hipóteses de convenção de arbitragem, em que é possível escolher o ordenamento jurídico que incidirá sobre o contrato).

43. COUTURE, op. cit., 2007.

44. Art. 435 do CC. Nesse sentido: RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009; LOVATO, Luiz Gustavo. **Contratos eletrônicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Há, portanto, uma simbiose entre o direito material e o processual no novo CPC que demanda uma reanálise da teoria do processo como quase-contrato. Essas convenções, sejam em contrato ou no curso do processo, vincularão a atividade jurisdicional desde que válidas, cabendo ao magistrado controlar a sua validade mediante homologação devidamente fundamentada. Embora o citado art. 190 não estabeleça a necessidade de homologação em seu *caput*, o parágrafo único transfere ao juiz o controle da validade do ato; esse artigo, combinado com os demais que compõem o negócio jurídico processual, a exemplo do art. 357, § 2º, trazem expressamente a necessidade dessa homologação, que constituirá em uma decisão com força de sentença, mas de caráter processual ou terminativo.

Não se confunde com decisão interlocutória, primeiramente, por ter conteúdo homologatório. Também, por não ser de caráter precário, vincula as partes e o magistrado até o final do processo, impedindo o próprio julgador de voltar atrás em sua decisão, de ofício ou a requerimento. Somente o consenso entre as partes, típico do distrato, poderá fazer com que essas convenções sejam desfeitas, mediante um novo pacto. Mas tal reclamará nova homologação. Não é um retorno ao *status quo* anterior mediante a revogação da decisão homologatória, mas uma nova decisão, também de caráter homologatório, concernente a um novo concerto entre as partes, um novo acordo de vontades.

Assim como nos contratos, essas convenções somente terão validade se celebradas por pessoas com capacidade civil de declarar vontade e que sejam relativas a causas que versem sobre direitos disponíveis⁴⁵. Direitos disponíveis são, por sua vez, aqueles que podem ser objeto de renúncia por seu titular, como os direitos patrimoniais de caráter privado⁴⁶ ou os direitos públicos que versem sobre valores inferiores a 60 salários mínimos que não estejam relacionados a: improbidade administrativa; execuções fiscais; demandas

45. Os requisitos de validade do negócio jurídico estão previstos no art. 104, do CC.

46. Art. 841, do CC.

coletivas; imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas; ou, ainda, que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares⁴⁷.

O processo passa a ser um quase-contrato no modelo processual adotado pelo CPC. Mas não é uma natureza pura, já que mescla com outros elementos que serão analisados a seguir. Pode-se dizer que a natureza jurídica do processo é mista, consoante o modelo adotado pelo CPC e, nessa mescla, encontra-se o quase-contrato no negócio jurídico processual.

Não é um contrato puro porque, embora seja possível a sua celebração em contrato, é regido pela norma de direito processual, e não material. Além disso, diversas serão as hipóteses em que as partes não usarão o negócio jurídico processual, fazendo com que o processo seja regido pela norma processual e conduzido pelo do impulso oficial.

c) Processo como relação jurídica: tida como a concepção dominante da primeira metade do Século XX em face das ideias de Oskar Bülow, o processo constituiria uma relação jurídica entre os seus sujeitos cujos poderes, definidos pela lei, visam a um fim específico⁴⁸. Para Couture, “os sujeitos são o autor, o demandado e o juiz; seus poderes são as faculdades que a lei confere para a realização do processo; sua esfera de atuação é a jurisdição; o fim é a solução do conflito de interesses”⁴⁹. A crítica a essa teoria se sustenta nos efeitos dos atos processuais. Enquanto a sentença e a coisa julgada teriam natureza de direito material, complementando a norma aplicada ao caso, não se poderia atribuir esse mesmo efeito aos atos processuais que compõem o procedimento. Sobre a teoria do processo como relação jurídica, dispõe Araken de Assis:

47. Arts. 2º e 8º da Lei nº. 12.153/09 (Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública).

48. ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002.

49. COUTURE, op. cit., p. 107 (tradução livre).

Ora, duas se revelam as consequências da presença de uma relação de índole pública, face à participação do Estado, no processo: primeira, firmou-se, de uma vez por todas, a autonomia de uma estrutura relativamente ao direito material, o que se manterá incólume e sobranceiro a impugnações de vulto, mesmo rejeitada, ulteriormente, a teoria da relação por suas rivais; segunda, esclareceu-se, e esta a vantagem palpável dessa teoria sobre as anteriores, a diferença entre processo e procedimento.⁵⁰

O processo não pode ser considerado como uma única relação jurídica⁵¹, mas como um conjunto de relações jurídicas, que se somam aos demais elementos que lhe dão corpo. O conceito é incapaz de traduzir a complexidade da natureza jurídica do processo.

Isso se deve, em parte, ao fato de o CPC ter relativizado o princípio da estabilidade subjetiva da demanda. Após a propositura da ação e o início do processo, é possível acrescentar partes ao processo⁵² (o que significa cumular subjetivamente novas ações) ou, mesmo, substituir partes por outras por aditamento da inicial⁵³. Isso macula a teoria que define o processo como uma única relação jurídica, tornando-a, no mínimo, um conjunto de relações jurídicas.

d) Processo como situação jurídica (der Prozeß als Rechtslage): teoria inicialmente abordada por James Goldschmidt, o processo como situação jurídica é uma evolução da teoria do processo como relação jurídica, após as tão fundadas críticas sofridas por essa⁵⁴. O processo seria uma situação, regida pela norma processual, que resultaria na

50. ASSIS, op. cit., p. 29-30.

51. Em sentido contrário, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda diz que “a relação jurídica processual é uma só até que se profira a sentença terminativa e transite em julgado” **Tratado das ações**. Tomo I – Ação, classificação e eficácia. São Paulo: RT, 1970, p. 291).

52. Art. 343, §§ 3º e 4º, do CPC.

53. Art. 339, § 1º, do CPC.

54. GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozeß als Rechtslage**. Eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin, Springer, 1925. Prof. Dr. Burkhard Hess (translation). Disponível em http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/institute/Goldschmidt_DerProzess_als_Rechtslage_final.pdf. Acesso em 26 fev. 2016.

sentença definitiva, a qual, após o término do processo e no plano material, passaria a reger o relacionamento entre as partes no tocante àquela pretensão deduzida em juízo. Seria uma situação transitória e intermediária.

O direito público se projeta de forma idêntica à ordem do direito privado⁵⁵, criando uma sequência de situações jurídicas às quais as partes devem se submeter.

Para a teoria da situação jurídica, as partes ostentam situações de vantagens e desvantagens, que se alternam consoante a dinâmica processual, traduzidas pelos ônus que a lei lhes confere, ou seja, a faculdade de praticar determinados atos processuais consoante o próprio interesse e de não os praticar como causa do próprio prejuízo. Tal concepção não está errada, mas não traduz a complexidade do processo, sendo estanque no tocante à análise sob a ótica do direito processual. Araken de Assis critica essa teoria sob o fundamento de que “o desaparecimento de direito e deveres, trocados por expectativas, possibilidades e ônus”⁵⁶ não condiz com a realidade do processo.

e) Processo como entidade jurídica complexa: para os adeptos dessa teoria, a natureza jurídica do processo não pode ser resumida a um único elemento, mas, sim, um conjunto de elementos que, coordenados entre si, preservam o caráter unitário e complexo do processo⁵⁷. O processo constitui tanto uma relação jurídica complexa quanto uma situação jurídica complexa, já que ambas (relação e situação) estão presentes no instrumento, seja em seu caráter estático ou dinâmico.

f) Processo como instituição: defendida na França por Georges Renard, em sua obra “La théorie de l’institution” (1930), a teoria que defende o processo como instituição autônoma, dentro das instituições jurídicas. A crítica sobre essa teoria reside no fato de que tratar o processo como instituição se sustenta mais em pressupostos sociológicos do

55. COUTURE, op. cit., p. 111, tradução livre.

56. ASSIS, op. cit., 2002, p. 34.

57. Nesse sentido: COUTURE, op. cit.

que jurídicos e, em última análise, “é acentuar o predomínio dos valores que interessam à comunidade sobre os que interessam ao indivíduo”⁵⁸.

O CPC brasileiro dispõe que o processo possui esse caráter institucional. Primeiramente, por estar vinculado a um sistema processual inserido em um estado social⁵⁹, no qual o governo deve garantir direitos sociais e preservar a função social da propriedade e dos tráfegos de riquezas, comumente realizados pela via do contrato⁶⁰. A seguir, porque a lei traz em seu bojo a função social do processo e o bem comum como princípios basilares a serem respeitados no processamento e no julgamento da causa submetida ao Poder Judiciário⁶¹.

g) Processo como procedimento: “[...] o procedimento explica, além do elo entre os atos seriais do processo, as posições subjetivas, inúmeras e diversas, assumidas pelas partes”⁶². A teoria que trata processo como procedimento foi desenvolvida por Enrico Tulio Liebman em análise da obra de James Goldsmith e prevê que a sua natureza jurídica é traduzida pela sua dinâmica, pelo seu procedimento, sendo que este comportaria todas as demais situações, posições e relações jurídicas havidas entre as partes⁶³.

Eduardo Lamy e Horácio Wanderley Rodrigues estabelecem uma diferença entre processo e procedimento, explican-

58. COUTURE, op. cit., p.117, tradução livre.

59. Art. 6º da CRFB e o rol de direitos sociais como deveres de garantia do Estado.

60. A função social da propriedade é dever e direito do cidadão (art. 5º, XXIII da CRFB) bem como princípio geral da ordem econômica nacional (art. 170, III da CRFB).

61. Art. 8º, do CPC.

62. ASSIS, op. cit., 2002, p. 35.

63. Nesse sentido também é o entendimento de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, quando diz que “*processo civil* é o procedimento regulado por lei ou outra fonte de direito para a realização do direito, mediante declaração, condenação à prestação, constituição, mandamento ou execução ou assecuração de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e execuções para que tenham as pessoas pretensão à tutela jurídica perante o Poder Judiciário e os juízes arbitrais, em matéria de interesse não-penal”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo I – Ação, classificação e eficácia. São Paulo: RT, 1970, p. 288).

do que o processo é “um ato jurídico complexo constituído pela operação de um núcleo de direitos fundamentais sobre uma base procedimental [...]”, enquanto o procedimento “é o que materializa o processo”⁶⁴. Não se pode excluir o procedimento da natureza jurídica do processo, o que significa dizer que nela está contido e tem função estrutural, basilar, representando a sua dinâmica, mas um com o outro não se confundem.

Nesse sentido, o legislador definiu o conceito de sentença como o ato que põe fim à fase de conhecimento do procedimento comum, e não ao processo como um todo ou à fase de conhecimento do processo⁶⁵. Também, que o procedimento comum é aplicável não ao processo como um todo, mas a cada pedido individualmente considerado, vinculando, também, às ações⁶⁶. Procedimento faz parte do processo, mas constitui instituto com natureza jurídica própria.

Fugindo das teorias puras, conclui-se que o processo tem uma natureza jurídica complexa, que não se traduz em elementos únicos ou simples. Resgatou-se o conceito de processo como instrumento, mas o reduzir a tal é simplificar injustificadamente um instituto de enorme complexidade.

A própria necessidade de um Código de Processo Civil dividido em parte geral e partes procedimentais é sintomática dessa característica. O CPC é um sistema legislativo, haja vista não tratar apenas de procedimentos, mas também das relações entre as partes e demais sujeitos que o compõem⁶⁷, do negócio jurídico processual⁶⁸, das diretrizes de aplicabilidade da própria norma⁶⁹ e, até mesmo, de relações extraprocessuais⁷⁰.

64. ASSIS, op. cit., p. 38.

65. Art. 203, § 1º, do CPC.

66. Art. 327, § 2º, do CPC.

67. Arts. 77 e 78, do CPC.

68. Arts. 190 e 200, do CPC.

69. Arts. 13 a 15, do CPC.

70. Nesse sentido, a Consignação em Pagamento possui regulamentada a sua fase pré-processual, a qual poderá resultar na desnecessidade do processo, segundo o que dispõe o art. 539, do CPC.

Primeiramente, como instrumento para o exercício da jurisdição⁷¹, o processo deve ser visto como o meio pelo qual se processa a atividade jurisdicional, podendo ser considerado, sim, como instituição em razão da necessidade de serem respeitados a sua função social e o bem comum. O magistrado, tanto na condução do processo como no julgamento da causa, não poderá privilegiar a justiça retributiva dos litigantes em detrimento da justiça distributiva, essa típica do Estado social. Um exemplo é a necessidade do respeito aos terceiros de boa-fé atingidos pela decisão; deverão ter seus direitos assegurados, mesmo que isso signifique um revés àquele que obteve ganho de causa. Nesse sentido, entende o STJ que “o proprietário de terreno objeto de contrato de permuta com incorporadora/construtora, rescindido por decisão judicial no curso do processo falimentar desta, tem responsabilidade pelos danos sofridos pelos antigos adquirentes de unidades autônomas no empreendimento imobiliário inacabado”⁷².

Em sua composição, o processo traz a relação jurídica entre os seus sujeitos (partes, juiz, terceiros intervenientes, órgãos auxiliares do juízo, Ministério Público etc.) e o procedimento, que se configura em diversas situações jurídicas, podendo ser estáticas ou dinâmicas⁷³. O procedimento, por sua vez, é composto pelos atos processuais e a sequência com que são praticados, vinculados ao rito adotado consoante determina a norma processual ou o negócio jurídico processual, e aplicáveis às ações que tramitam dentro dos autos que compõem o processo.

É certo que o CPC tem por base um modelo processual de natureza jurídica mista. Não se cogita, e talvez nem seja salutar cogitar, que seja estipulada uma natureza jurídica

71. Embora simplória, essa definição é perfeita no tocante à instrumentalidade do exercício da jurisdição, afinal, a atividade do magistrado é vinculada à norma.

72. Informativo 0607. REsp 1.537.012-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, por unanimidade, julgado em 20/6/2017, DJe 26.06.2017.

73. A título de exemplo, uma situação jurídica estática é a tramitação preferencial dos processos em razão de alguma das partes ser considerada idosa (art. 71 da Lei nº. 10.741/03 – Estatuto do Idoso). A dinâmica, por sua vez, está presente na distribuição dinâmica do ônus da prova, que poderá ser alterada consoante a situação de cada litigante em frente ao meio de produção (art. 373, do CPC).

única. O estudo do processo deve levar em consideração essa complexidade; e tal é norte a ser perseguido não apenas pelo magistrado na condução e julgamento da causa, mas, principalmente, pelas partes, que devem ter coibidas as aventuras judiciais e a chicana. Afinal, o processo é meio de prestação de serviço público essencial, e não pode se prestar a causas que visam o benefício das partes em detrimento dos direitos sociais.

O processo, justamente pela necessidade de autuação dos atos processuais, é instrumento, e como tal deve ser considerado. O que não está nos autos não existe para o processo, e isso é motivo para que o magistrado determine o desentranhamento de peças processuais às quais falem pressupostos processuais de existência.

Vai além da simples nulidade do ato. A relação jurídica processual, por sua vez, deixou de ser triangular, com o Estado Juiz no vértice superior de controle, e passou a ser circular ou cíclica, atendendo aos interesses e objetivos das partes na condução do processo. A mão do magistrado continua a reger o impulso oficial⁷⁴, mas a atuação das partes passa a ser plena, tanto na definição do procedimento pela realização do negócio jurídico processual, como na colaboração para a obtenção do resultado útil do processo⁷⁵. Definitivamente, processo é complexo demais para um conceito estanque.

74. Art. 2º, do CPC.

75. Tem-se, como exemplo, o disposto no art. 774, V e parágrafo único, do CPC, que prevê a colaboração do executado na busca da efetivação da responsabilidade patrimonial.

CAPÍTULO 3

TEORIA DA AÇÃO

O estudo do processo deve passar, necessariamente, pela análise da ação judicial. O modelo processual brasileiro leva em consideração ambos os institutos: processo e ação. De maneira simples, pode-se dizer que o processo é o meio pelo qual as ações se desenvolvem. Mas, como visto no capítulo anterior, não se reduz a apenas isso.

Uma das principais características da jurisdição é justamente a sub-rogação, que significa o agir do magistrado naquilo que a parte não poderia agir de mãos próprias, ou estaria praticando autotutela. Aliás, a autotutela, ou exercício arbitrário das próprias razões de direito, constitui fato típico⁷⁶ e, salvo as raras exceções previstas na lei⁷⁷, é punível. Se não pode fazer valer suas pretensões com os próprios meios, a busca pela tutela jurisdicional passa a ser um direito basilar, pético, e, como tal, compete ao Estado o dever de garantia⁷⁸.

O autor postula, requer a tutela, e a atuação, o agir do magistrado, amparado na lei e na investidura que lhe concerne, fazem com que o resultado, o bem da vida, possa ser buscado de maneira impositiva pela via do processo. Esses agires dependem de, basicamente, três elementos: as partes, a causa de pedir e o pedido; que são os elementos da ação. Esses elementos devem estar presentes em todo peticionamento pelo qual se requer a tutela jurisdicional, sendo requisito formal de toda petição inicial⁷⁹.

As partes da ação são aqueles sujeitos do processo que possuem relação com a pretensão deduzida em juízo e com

76. Art. 345, do CP.

77. Cf. o desforço imediato previsto no art. 1.210, § 1º, do CC, e a passagem forçada, prevista no art. 1.285, § 1º, do CC.

78. O Direito de Ação está disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB e no art. 3º, do CPC.

79. Art. 319, II, III e IV, do CPC.

o pedido formulado. Autor da ação é aquele que postula, que pede ao magistrado a concessão da tutela jurisdicional, ao passo que o réu é o requerido, ou seja, aquele em face do qual a tutela é postulada. Talvez melhor dizendo, o réu é aquele que possui uma relação passiva atinente à tutela, enquanto o autor possui uma relação ativa.

Muitas vezes, porém, essa definição não será aplicada. Um exemplo surge no litisconsórcio ativo necessário, em que o autor propõe a ação sozinho e, posteriormente, deverá providenciar a citação do litisconsorte para que venha integrar o polo ativo da demanda. Caso esse litisconsorte não concorde com os termos da ação proposta, não agirá ativamente e, por vezes, sequer será beneficiado pela decisão judicial que resolver o mérito.

Imagine-se a situação de A que, juntamente com B, efetuou a doação de um imóvel para C. Posteriormente, A vem propor a anulação da doação sob o fundamento da ingratidão do donatário⁸⁰; mediante a alegação de que este lhe negou alimentos. Como o imóvel é indivisível e A doou apenas a metade dele, B deverá, necessariamente, fazer parte do processo. Poderá se manter inerte após citado, não tendo interesse em revogar a doação, mas isso diz respeito exclusivamente à inexistência de uma pretensão sua, o que não reflete na pretensão de A. B integrará o polo ativo da demanda sem, contudo, ter formulado qualquer pedido ou pretensão⁸¹.

Essa situação de litisconsórcio ulterior demonstra que a parte pode não ter relação com o pedido ou, se o tiver, não o tenha para com a tutela pretendida pelo autor. Dinamarco, cuja concepção contrária foi apresentada na nota de rodapé

80. Arts. 555 a 557 do CC.

81. Contrariamente a essa concepção, Cândido Rangel Dinamarco (**Instituições de Direito Processual Civil II**. Vol. 2. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 246) traz inicialmente o conceito puro de partes: "Partes são os sujeitos interessados na relação processual, ou os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz (Liebman). Dizem-se interessados porque ali estão sempre em defesa de alguma pretensão própria ou alheia, em preparação para receberem os efeitos finais do processo." Posteriormente, porém, apresenta a hipótese do litisconsórcio ulterior como fuga à concepção pura (op. cit., p. 248-249).

do parágrafo anterior, apresenta conceituação relacionada à qualidade da parte consoante a sua participação no processo, e não à pretensão deduzida em juízo:

Do conceito puro de parte resulta que ser parte no processo significa *ser titular das faculdades, ônus, poderes e deveres inerentes à relação jurídica processual, em estado de sujeição ao juiz*. Essas situações jurídicas são responsáveis pela regência das atividades a serem realizadas pelas partes no processo, seja permitindo-lhes realizar os atos de seu interesse (situações jurídicas *ativas*), seja exigindo-lhes uma conduta (situações jurídicas *passivas*), seja impedindo-as de obstar aos atos de autoridade ou aos seus efeitos (*sujeição*) [...]. Autorizadas ou impelidas por essas situações jurídicas, as partes integram o sistema contraditório do processo como *sujeitos em cooperação* – e a cooperação que cada uma delas aporta ao juiz no exercício da função jurisdicional tem o objetivo de induzi-lo a dar-lhe soluções favoráveis, em desfavor do adversário (daí, serem sujeitos parciais).⁸²

Mesmo o terceiro poderá adquirir privilégios típicos da parte sem, contudo, integrar um dos polos da demanda. Outro bom exemplo surge na intervenção de terceiros do *amicus curiae*. O interveniente passará a integrar o processo como um de seus sujeitos, mas não figurará em litisconsórcio em nenhum dos polos, já que a sua participação (interessada e parcial) surge para ajudar na melhor solução do conflito, mediante a apresentação de argumentos e provas que venham a ajudar o magistrado no descobrimento da verdade dos fatos. Os privilégios, ônus e faculdades do *amicus curiae* serão definidos pelo juiz, consoante a necessidade da participação⁸³. Com isso, o interveniente poderá participar da instrução do feito e até interpor recursos. Mas jamais poderá deduzir pretensão própria no processo em que intervém.

82. DINAMARCO, vol. 2. op. cit., 2004, p. 249.

83. Art. 138, § 2º, do CPC.

Outro elemento da ação é a causa de pedir, consubstanciada pelos fatos e os fundamentos jurídicos que sustentam a pretensão deduzida em juízo. São os fatos que definem a existência ou não dessa pretensão, ou, nas palavras de Francesco Carnelutti, é a pretensão resistida que configura a lide e, por conseguinte, o interesse de agir⁸⁴. Se houver violação a direito⁸⁵ sem resistência na sua reparação ou compensação, não haverá interesse de agir em razão da inexistência da lide.

É possível que a parte deva convencer o magistrado acerca da existência dos fatos apresentados, na busca de uma tutela de mérito. E essa é a função primordial da instrução probatória no processo. Existem casos, porém, que esse convencimento é desnecessário, como nas ações executivas. A presença de um título de obrigação certa, de per si, dispensa qualquer fase de conhecimento. Mas são fatos que sustentam a ação; fatos jurídicos tão relevantes a ponto de criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos ou relações jurídicas.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes diz que “o sistema processual brasileiro adota a teoria da substanciação da causa de pedir, ou seja, não interessa o dispositivo legal ou a classificação jurídica desse fato. O que importa, acima de tudo, é o fato ou o conjunto de fatos narrados”⁸⁶. Evidentemente, o julgado deverá ter uma fundamentação centrada na norma jurídica; mas o erro ou o acerto da parte autora na fundamentação de sua exposição de direitos não prejudica a concessão da tutela pelo magistrado. Tal é corolário do princípio *iura novit curia*, que significa que o juiz conhece o direito e o aplica consoante o seu entendimento⁸⁷.

84. CARNELUTTI, op. cit., 1999.

85. A violação a direito é a causa do surgimento da pretensão, a teor do disposto no art. 189, do CC.

86. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Teoria geral do processo. In: CAVALCANTI, André Cleófas Uchôa ; ARAUJO, Luis Carlos de (coord.). **Coleção programa de processo**. Vol 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 76.

87. Evidentemente, é possível que o magistrado não conheça o direito estrangeiro, municipal, estadual ou consuetudinário, motivo que lhe autoriza a determinar à parte que prove seu teor e vigência.

Existe uma limitação à aplicabilidade desse princípio, que surge nos casos de celebração de negócio jurídico processual. Se as partes, no saneamento, delimitarem as questões de direito em comum acordo, essa delimitação vinculará o magistrado que, em sua sentença, não poderá inovar na fundamentação jurídica⁸⁸. Conclui-se, portanto, que o magistrado não estará vinculado às fundamentações jurídicas apresentadas pelas partes unilateralmente, mas o estará quando houver delimitação das questões de direito pela via do negócio jurídico processual.

Por fim, o último elemento da ação é o pedido formulado pela parte, ou, mais precisamente, a postulação da tutela pretendida, que poderá ter natureza processual ou de mérito. A tutela concedida pelo magistrado deve estar de acordo com o que foi pedido pela parte, deve haver uma congruência⁸⁹, sob pena de nulidade.

Existem, obviamente, exceções, como nos casos de interesse público na concessão da tutela, o que autoriza o magistrado a agir *ex officio*. Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno diz que as tutelas cautelares, eminentemente processuais, por terem como objetivo assegurar os efeitos de uma tutela principal, devem ser concedidas de ofício, sempre que a parte não requerer⁹⁰. Para o autor, existiria, no caso, não um poder, mas um dever de cautela a ser obedecido pelo magistrado na efetivação do interesse público.

Isso também se aplica às ações afirmativas, auferidas pelo Poder Judiciário, a fim de garantir a efetivação de direitos indisponíveis e de direitos sociais. O Supremo Tribunal Federal já possui o entendimento consolidado acerca da necessidade de ações afirmativas de inclusão social em razão da “adoção do modelo de Estado Social pelo Brasil”⁹¹, por

88. Art. 357, § 2º, do CPC.

89. Arts. 141 e 492 do CPC.

90. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. 4. Tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009.

91. ADPF 186 MC / DF - Distrito Federal. Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Presidência. Rel. min. Ricardo Lewandowski. DJe 07.08.2009.

todos os poderes. A inércia daqueles que foram lesados em seu direito não se justificaria, nessas hipóteses especiais, em razão do dever de garantia de direitos, auferido ao Estado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Havendo pluralidade de algum desses elementos, haverá pluralidade de ações dentro do mesmo processo. A cumulação pode ser subjetiva (pluralidade de partes em um mesmo polo da demanda) ou objetiva (pluralidade de fatos ou de pedidos); poderá também ser simultânea ou subsequente, quando se requer a prestação jurisdicional ao mesmo tempo ou uma posteriormente à outra, seja sucessiva ou alternativamente.

O cumprimento da sentença é típica ação subsequente àquela que gerou o título executivo. O autor não poderá, na hipótese, formular todos os pedidos simultaneamente, na mesma peça processual, pelo fato de uma tutela ser pressuposto da outra somada a uma atitude do réu (o inadimplemento do dispositivo da primeira decisão). Não haverá cumulação de ações, como ocorre nos casos de pedidos sucessivos ou alternativos, mas ações subsequentes.

A propositura da ação é assim considerada no momento do registro ou da distribuição e torna prevento o juízo para fins de litispendência, conexão, continência ou qualquer outra causa de modificação da competência⁹². A petição inicial, que traz os elementos da ação, não se refere apenas àquela que dá início ao processo, mas, também, à ação dentro de um processo preexistente. Remeta-se, novamente, ao cumprimento da sentença, que gera registro e distribuição, mas se processa nos mesmos autos do processo que gerou o título executivo, de um processo previamente existente.

Ação, portanto, não configura simples direito de petição nem se confunde com o direito material. Trata-se de um meio que o jurisdicionado tem de pedir a sub-rogação, pelo juiz, daqueles atos que não poderia praticar pessoalmente, sob pena de incorrer no fato típico do exercício arbitrário das próprias razões de direito ou do abuso de poder, espe-

92. Art. 59, do CPC.

cificamente previstos nos arts. 345 e 350 do Código Penal. A legalidade dessa sub-rogação se justifica pelo dispositivo da norma processual a qual determina ao magistrado que fundamente absolutamente todas as decisões tomadas no processo, bem como os atos materiais praticados em decorrência dessas⁹³.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt dizem que “[...] a ação é um direito do autor contra o Estado, que atinge o réu apenas na hipótese de sentença de procedência, mas é exercido em caso de sentença de procedência ou de improcedência”⁹⁴. Ora, é certo que, em razão dos elementos que a compõem, a existência da ação judicial não está vinculada à procedência do pedido, mas ao processamento de seus elementos. Levando a pretensão ao Poder Judiciário para a apreciação, o autor já exercerá o seu direito de ação, independentemente do resultado da demanda.

Dizer que o exercício do direito de ação (ou o próprio direito) está vinculado à ideia de procedência do pedido é excluir da teoria as execuções frustradas, em que não se consegue o bem da vida por ausência de patrimônio do executado, mas, mesmo assim, existiu ação e existiu tutela jurisdicional. Nessa hipótese, o juiz até concede a tutela pretendida, todavia ela não se efetiva em razão de elementos externos, que se consubstanciam na falta de patrimônio do executado para se obter o bem da vida.

Alexandre Freitas Câmara adota a teoria abstrata da ação, segundo a qual ação “é uma posição jurídica capaz de permitir a qualquer pessoa a prática de atos tendentes a provocar o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional, existindo ainda que inexistam o direito material afirmado”⁹⁵. Para o autor, trata-se de um poder jurídico, o que está relacionado com a inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB e no art. 3º, *caput*, do CPC.

93. Art. 11, do CPC.

94. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. Vol. 1 – Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006, p. 178.

95. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol. 1. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 144.

Presentes as partes e a causa de pedir, efetuado o pedido, o órgão jurisdicional tem o dever de dar uma resposta.

Cada um desses elementos se apresenta ao magistrado em sequência e de forma conjunta. Mas devem ser analisados isoladamente, porque o defeito em um deles prejudica a concessão da tutela como um todo. Com base nessa assertiva, o magistrado deve considerar os elementos da ação para saber se, no exercício do direito de ação, o autor apresenta condições de receber a tutela pretendida.

3.1 Legitimidade e interesse processual

Embora o CPC tenha excluído do texto a expressão “condições da ação”, é certo que a concessão válida de uma tutela jurisdicional dentro do processo está relacionada à presença da legitimidade da parte e do interesse processual, ou de agir, sendo este consubstanciado na utilidade, necessidade e adequação da tutela postulada. E, nesse ponto, a ação se aproxima substancialmente do direito material, sem, contudo, confundirem-se.

As condições da ação, como eram chamadas anteriormente ao CPC/15, atualmente estão relegadas à legitimidade para a causa e ao interesse de agir, esse último denominado interesse processual no art. 330, III. Para o CPC/73, a ausência das condições da ação resultava em sentença terminativa, que extinguiu o feito sem resolução do mérito com base na “carência de ação”.

O Decreto nº 737/1850, primeiro dispositivo processual exclusivamente brasileiro, não trazia a expressão condições da ação ou mesmo carência de ação. Somente havia previsão para sentenças definitivas (arts. 230 a 235), o que excluía a sentença processual terminativa e, por conseguinte, se praticava a teoria da asserção, consubstanciada em parte no atual art. 488, do CPC. O CPC de 1939, por sua vez, trazia um pequeno rol de sentenças que não exarariam o efeito da coisa julgada (leia-se material), sendo elas “proferidas em

processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios, e de desquite por mútuo consentimento”⁹⁶.

A influência das ideias de Enrico Tullio Liebman na redação do anteprojeto que viria a se tornar o CPC/73 trouxe tanto a expressão condições da ação⁹⁷ como a expressão carência de ação⁹⁸ para o corpo do texto legal. A ideia era que, além dos pressupostos processuais existirem como elementos de existência e validade da relação processual e dos atos processuais, as condições da ação estavam relacionadas à pretensão de direito material e eram condições para a concessão da tutela, tanto de mérito quanto executiva.

Couture⁹⁹ criticou a expressão, alegando que “carência de ação” no sentido de considerar ação como direito, significa que o autor carece de um direito efetivo que o juízo deva tutelar. Mas ressalta que não se trata apenas de um direito, mas de um poder jurídico que obriga ao estado tutelar, sendo um atributo da sua personalidade. O direito de ação é constitucional e não se exclui em razão da ausência de elementos formais. Haveria uma confusão entre esses elementos formais e o direito subjetivo em si, pois carecer de ação não pode significar que houve a perda desse direito. Haveria, na hipótese, elementos impeditivos do exercício desse direito.

Também se pode dizer, para o autor, que a ação é uma pretensão da qual se tem um direito válido e em nome do qual se promove a respectiva demanda. Mas isso não explica a carência de ação, pois esta é independente da existência ou não da pretensão. Existem ações de jurisdição voluntária que não trazem uma pretensão propriamente dita, mas uma simples faculdade. A título de exemplo, há as partes que, em conjunto, propõem ação, a fim de ver homologado em juízo o instrumento de transação extrajudicial¹⁰⁰. A busca

96. Art. 288, do CPC/1939.

97. Art. 267, VI, do CPC/1973.

98. Art. 301, X, do CPC/1973.

99. COUTURE, op. cit., 2007.

100. Nesse sentido, dispõe o atual CPC: Art. 785. A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial.

pela tutela jurisdicional não está amparada em uma lide, mas, mesmo assim, a tutela lhes será útil, adequada e necessária para que atinja o objetivo almejado pelas partes, que é a segurança jurídica da coisa julgada material.

Carnelutti trabalhou o conceito de pretensão conjuntamente com o de lide. Para o autor, a lide é um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

A pretensão é exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio.

A resistência é a não adaptação à subordinação de um interesse próprio ao interesse alheio, e se distingue em contestação (não tenho que subordinar meu interesse ao alheio) e lesão (não o subordinado) da pretensão.¹⁰¹

Para Araken de Assis, a causa da jurisdição é o processo; a causa do processo é a lide; e a pretensão não se trata de um direito, mas o efeito de premir o sujeito passivo decorrente da existência de uma lide¹⁰². Essa concepção é interessante e adotada, originariamente no Brasil, por Pontes de Miranda¹⁰³, principalmente quando relacionada à prescrição, pois tal instituto não significaria a morte de um direito (pretensão), mas o término de um efeito obtido com um direito violado. Uma vez ocorrida a prescrição, o direito violado passa a ser uma obrigação natural¹⁰⁴, que perde o efeito de premir. Sob essa concepção, havida a prescrição, o efeito de premir pela via processual estaria extinto, o que equivaleria à perda do direito de ação, conceito trabalhado pelo Código

101. CARNELUTTI, op. cit., 1999, p. 78.

102. ASSIS, op. cit., 2002.

103. Cf. **Tratado das Ações**. Vol. 1, p. 48. Diz o autor que “A pretensão contém exigir; a ação, além de exigir (*ex-igere*), que é premir para que outrem aja, leva consigo o *agere* do que pretende: ação sua; e não de outrem, premido. Quem age é ágil; quem cumpre o que deve é exato. Cumprir é exação; exigir é “premir” a exação.”

104. Nesse sentido, há unanimidade entre os civilistas. Por todos: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Obrigações, vol. 2. 8 ed. Salvador: JusPodium, 2014.

Civil Brasileiro, de 1916. O autor analisa a teoria eclética da ação, proposta por Liebman e adotada pelo CPC/73:

O cidadão – retoma Liebman – não pode propor uma ação “qualquer” e sim, por ser titular de um alegado direito material, uma ação com “referência a uma situação determinada e concreta”.

Quer dizer, o juiz, posto respeitosamente em um altar, não tolera provocações por insignificâncias. Só quando há vínculo com “uma situação jurídica concreta” é que, realmente, de ação processual se estará tratando.

O elo com esta “situação concreta” se faz através das condições da ação, ou seja, “as condições para que, legitimamente, se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional”.¹⁰⁵

O grande problema dessa teoria residia justamente naquela condição da ação que acabou por ser suprimida no atual CPC: a possibilidade jurídica do pedido. Se um pedido é juridicamente impossível, por ser contrário ao ordenamento jurídico ou porque não corresponde à pretensão apresentada na causa de pedir, o juiz julgará por sua improcedência, ao invés de prolatar sentença terminativa¹⁰⁶. As demais condições da ação (legitimidade e interesse) permanecem como sendo aqueles elementos necessários para a concessão de uma tutela válida em sua relação com o direito material.

A legitimidade para a causa e o interesse de agir não se confundem, portanto, com os pressupostos processuais, pois não dizem respeito aos atos processuais que compõem o procedimento ou ao próprio procedimento. Dizem respeito, sim, à relação entre os elementos da ação e a tutela pretendida; é uma relação direta com o resultado, enquanto os pressupostos possuem uma relação indireta, pois se relacionam com o caminho a ser tomado para atingir o

105. ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: RT, 2001, p. 59.

106. Art. 488, do CPC.

resultado. A questão polêmica que reveste as condições da ação é esclarecida por Fredie Didier Jr.:

A principal objeção a essa categoria tem fundo lógico: se apenas há dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional (juízo de admissibilidade e juízo de mérito), só há duas espécies de questão [*sic*] que o mesmo órgão jurisdicional pode examinar. Não há sentido lógico na criação de uma terceira espécie de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade. A doutrina alemã, por exemplo, divide as questões em admissibilidade e mérito, simplesmente. Cândido Dinamarco, por exemplo, um dos principais autores brasileiros a adotar a categoria “condição da ação”, já defende a transformação deste trinômio em um binômio de questões: admissibilidade e mérito.

Cabe, ainda, um esclarecimento.

Ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. É o conceito “condição da ação” que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar permaneceria existente, obviamente. O órgão jurisdicional ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões seriam examinadas ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação *ad causam* ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária).

As críticas doutrinárias, porém, não tiveram êxito na tarefa de proscrever esse conceito jurídico processual do repertório teórico do pensamento jurídico brasileiro.¹⁰⁷

Com a adoção da já muito mencionada teoria da asserção, a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser condição para a concessão da tutela de mérito, já que o juiz julgará

107. DIDIER JR., Fredie. **Condições da ação e o projeto do novo CPC.** Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/>. Acesso em 11 mar. 2016.

pela improcedência do pedido do autor ante a sua ausência. A legitimidade para a causa e o interesse processual, por sua vez, continuam pertencendo a um tipo de elementos formais do exercício do direito de ação que autoriza a concessão de uma tutela jurisdicional válida. Se os elementos legitimidade e interesse estiverem regularmente presentes, mas o pedido for formulado de maneira errônea, o juiz poderá interpretá-lo extensivamente a fim de conceder a tutela adequada¹⁰⁸, relativizando o princípio da congruência¹⁰⁹. A decisão não será *extra petita* e, em consequência, será válida. Mas isso se aplica apenas em relação à fungibilidade, jamais para que seja concedida tutela que não figura no pedido ou no rol de requerimentos.

Embora a regra geral traduza a legitimidade ativa na titularidade da pretensão, nem sempre é o titular do direito violado que terá legitimidade para propor a demanda. Alguns exemplos são o espólio e o Ministério Público, em representação extraordinária, como nas ações civis públicas. Também, nem sempre será o violador do direito do autor o legitimado para figurar no polo passivo. Um exemplo é a desconsideração da personalidade jurídica, em que a figura do sócio passa a ser legitimada para figurar no polo passivo de ações movidas em face da sociedade empresarial, sem que esse sócio tenha violado diretamente o direito do autor.

O interesse de agir teve seu nome alterado para interesse processual no atual CPC. Interessante alteração, pois justifica justamente a vinculação do direito de ação à previsão constitucional. O interesse de agir estaria relacionado a possuir interesse em exercer o direito de ação, enquanto o interesse processual estaria relacionado a exercer o direito de ação pela via do processo. Questão semântica, fato é que o legislador realizou a alteração da nomenclatura. Humberto

108. Assim dispõe o § 2º do art. 322 do CPC: A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

109. Princípio previsto expressamente nos arts. 141 e 492, do CPC.

Dalla Bernardina de Pinho utiliza a expressão “interesse processual em agir”¹¹⁰, o que parece mais adequado.

Possuir interesse processual significa que, mediante a análise da causa de pedir apresentada pelo autor (fatos e fundamentos jurídicos), a tutela lhe será útil, necessária e adequada.

Tutela útil é aquela que traz o bem da vida almejado ao seu autor. De nada adianta pedir uma tutela condenatória à obrigação de fazer personalíssima em face de uma pessoa já falecida. A condenação, típica das ações de cobrança que se processam mediante conhecimento (e não se confundem com as execuções), somente será útil se for a indenizar, pois se comunica ao espólio. O bem da vida, que era o resultado do fazer pelo falecido, perdeu seu objeto em caráter definitivo, resultando como única opção a conversão da obrigação originária em perdas e danos¹¹¹.

A tutela será necessária quando a via jurisdicional for a única para que se possa fazer valer o direito do autor. Como dito anteriormente, a autotutela é crime, à exceção de casos excepcionais. A presença de uma lide, em sua concepção carnelluttiana, seria o comprovante da necessidade da ação processual nas causas de jurisdição contenciosa. Se a jurisdição for voluntária ou graciosa, não existirá lide e, por conseguinte, o interesse processual estará presente se o direito somente puder ser auferido mediante a tutela jurisdicional (como nos inventários em que existir incapaz envolvido) ou a lei autorizar as partes a buscar seu direito pelo Judiciário, por força da vontade (nos inventários que não envolvam litígios ou incapazes, as partes podem optar pela via jurisdicional ou cartorária).

Nominar esses elementos imprescindíveis para a concessão de uma tutela jurisdicional válida de “condições da ação” não parece hodiernamente adequado. O fato é que, ausentes, o juiz não poderá conceder a tutela pretendida pelo

110. PINHO, Humberto, Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 162.

111. LOVATO, Luiz Gustavo. **Curso de processo civil**. Execuções, Vol. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

autor, devendo, necessariamente, sentenciar pela extinção da ação sem resolução de mérito¹¹². Essa afirmativa (extinção da ação) se justifica pelo fato de que as sentenças e decisões interlocutórias de natureza executiva não possuem relação com mérito, mas dependem da legitimidade e do interesse para serem concedidas. Dizer simplesmente que o juiz não poderá resolver o mérito seria ignorá-las como tutelas decorrentes da procedência do pedido formulado pelo autor.

A seguir serão feitas análises acerca dos aspectos históricos do processo civil brasileiro para, então, ser analisado de forma aprofundada o CPC/15. Por questão de respeito à ideia central do texto, não serão realizadas análises de direito comparado. O processo brasileiro sempre se assentou sobre modelos importados, e o ideal de um modelo nacional perpetrou sobre os trabalhos de elaboração do anteprojeto do CPC/15.

112. Art. 485, VI, do CPC.

BRASIL IMPÉRIO, REPÚBLICA E OS PRIMÓRDIOS DO PROCESSO NACIONAL

A seguir, será feita análise histórica acerca da norma processual brasileira para que se entenda sobre o receio do legislador em quebrar o paradigma processual em caráter definitivo. Serão linhas breves que ajudarão a compreender o enraizamento de certos institutos que, pela evolução da processualística nacional, não têm mais razão de existir.

O exercício da jurisdição, como é conhecido atualmente, não teve uma gênese única. A Lei das XII Tábuas e o Código de Hammurabi já previam normas de conduta e sanções a serem aplicadas pelo líder no exercício do seu poder de império. Os aspectos históricos demonstram que a relação entre o poder e o jurisdicionado nunca foi de total harmonia.

Além de exercer um poder, tomar uma decisão imperativa, o líder¹¹³ deveria fazê-lo dentro daquilo que a norma previa. Os métodos de aplicação da norma, obviamente, não eram restritos e estritamente vinculados como o são hoje, mas a existência de uma orientação nesse sentido já demonstrava a necessidade de regulamentação do poder de império (embora esse não fosse o seu objetivo primordial). O líder que julgasse além da previsão normativa estaria sendo, invariavelmente, injusto. Era uma vinculação de ordem moral, pois vigorava a irresponsabilidade do julgador.

O Direito Romano talvez tenha sido a primeira experiência da humanidade com a organização de magistraturas como se conhece atualmente; com a existência de pessoas cuja função e atividade eram destinadas à solução imperativa de conflitos. Durante o período republicano de Roma (510

113. A expressão líder é utilizada para definir quem deveria exercer a jurisdição à época, podendo ser um chefe tribal, um sacerdote ou o próprio rei, conforme o caso.

a 27 a.C.), o poder maior era exercido pelos cônsules, também denominados pretores, com mandato anual, eleitos em comícios centuriados. Eram as magistraturas que, conforme o tamanho do território romano aumentava, se desdobravam em uma cadeia burocrática cada vez mais complexa, fruto da necessidade de dividir competências¹¹⁴. Isso, obviamente, é uma pequena parte da magnitude que foi o sistema romano de magistraturas.

Após o período clássico romano, em apertada síntese, tem-se a evolução do cristianismo e a ascensão da Igreja Católica, que exerceu influência sobre todos os governos europeus durante a Idade Média, seja de forma direta ou indireta. A coroação de reis reclamava a chancela da Igreja para que lhe fosse conferida legitimidade, fazendo surgir um ramo do direito atualmente conhecido como Direito Canônico. Essa influência se estendia em leis e tratados e, nessa conjuntura, se inicia a exploração do Brasil pela Coroa Portuguesa a partir ano de 1500.

A sequência de datas é sintomática da instabilidade política que circundava a Europa, pois o Império Romano do Oriente (Império Bizantino) teve a sua queda no ano de 1453, com a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos e, com ela, muitas regulamentações acerca do exercício da jurisdição passaram a se desenvolver autonomamente entre aqueles países que sofreram a sua influência. Destacam-se as institutas do Imperador Justiniano, também conhecidas como *Corpus Juris Civilis*, que, além de trazerem regras de conduta, regulamentavam o exercício da jurisdição no Império Bizantino¹¹⁵ e exercem influências até os dias atuais.

A influência externa dos sistemas adotados por nações jamais pode ser ignorada. Como observa Dallari:

[...] todo fato histórico, todo fenômeno social oferecem, além de sua semelhança com outros, um elemento individual que o diferencia dos demais,

114. LOVATO, Luiz Gustavo. **Curso de processo civil**. teoria geral do processo, vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, no prelo.

115. PILATI, José Isaac (trad.). **Digesto de justiniano**. Livro segundo: jurisdição. Florianópolis: UFSC, 2015.

por mais análogos que sejam. Dentro da variedade das coisas humanas há algo de permanente e independente das particularidades individuais.¹¹⁶

Os sistemas são frutos de uma simbiose de ideias e ideologias já trabalhadas em outros sistemas, adaptadas à realidade para a qual serão utilizadas, em uma evolução que acompanha a evolução social.

As grandes navegações já eram uma realidade no fim do Império Bizantino e, com elas, as colônias eram obrigadas a absorver os ordenamentos jurídicos da Capital, sem a possibilidade de criação de normas próprias. Há um início de globalização dos sistemas jurídicos adotados na Europa colonizadora, que posteriormente foram adaptados e passaram a ser as normas regentes das colônias após a sua independência. Dentre essas, o Brasil.

Durante o período colonial, o sistema jurídico adotado pelo Brasil passou das Ordenações Afonsinas (1.456) às Manuelinas (1.521), às Filipinas (1.603), e era totalmente subordinado à metrópole Portugal. As fontes principais desses ordenamentos eram “[...] o direito romano e o direito canônico, além das leis gerais elaboradas desde o reinado de Afonso II, de concordatas celebradas entre reis de Portugal e autoridades eclesiásticas, das Sete Partidas de Castela, de antigos costumes nacionais e dos foros locais”¹¹⁷. A influência da Igreja era tanta que toda lei passava pelo seu crivo, o que afetava a atuação dos magistrados e, principalmente, as relações interpessoais de ordem civil.

Cintra et al descrevem as inovações e as evoluções que as Ordenações trouxeram ao processo no Brasil, como o princípio dispositivo e a inércia da jurisdição, que depende da iniciativa das partes; a forma escrita e a necessidade de autuação dos atos processuais e o procedimento rígido. Assim como foi o período formulário do direito romano,

116. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 53

117. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 111.

a instrumentalidade das formas era garantia de segurança jurídica. Talvez mais à Coroa portuguesa do que aos jurisdicionados, pois o poder do rei permitia a reanálise dos autos e até mesmo a alteração do julgado. Isso dependia, obviamente, do que constasse nos autos do processo.

Dentro desse contexto histórico, a Coroa portuguesa foi transferida, literalmente, para o Brasil no ano de 1808, o que resultou na mudança da Capital do Império Português para o território brasileiro. Os atos normativos do então Imperador Dom João VI foram inúmeros, a fim de incrementar o desenvolvimento econômico e social daquela que seria a sede da metrópole por 14 anos, até a independência, em 7 de setembro de 1822. Nenhum desses atos teve cunho eminentemente processual, pois não havia a distinção entre a ciência do processo e as demais ciências jurídicas e sociais; o processo ainda não era tratado como um ramo autônomo do Direito.

4.1 O Decreto nº 737/50 e o Brasil Império

Somente em 1850, foi criado o Decreto nº 737, na esteira do então recente Código Comercial brasileiro (Lei nº 556/1850), visando à regulamentação dos trâmites processuais relacionados ao novo microsistema legislativo¹¹⁸. O Decreto nº 737/50, também conhecido como Regulamento nº 737¹¹⁹, é tido como a primeira norma exclusivamente processual do Brasil, e traz algumas inovações substanciais para aquela época em que o País vivia sob a égide do Poder

118. O Código Comercial era um conjunto de normas de caráter cível que regulamentava os negócios jurídicos em geral, prevendo situações bem específicas, como a proibição a determinadas pessoas de exercerem determinados atos negociais, os títulos de crédito, as sociedades empresariais (então tidas por comerciais, haja vista ser anterior à criação da teoria da empresa), e do comércio marítimo, essa última parte ainda em vigor e com procedimentos especiais regulados pelo CPC, como a regulação de avaria grossa e a ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis a bordo.

119. CINTRA et al., op. cit..

Moderador¹²⁰ do então Imperador Dom Pedro II, conforme segue:

a) previa a atividade da magistratura vinculada à norma jurídica (art. 1º);

b) a aplicação da norma estrangeira aos processos tramitantes no Brasil em casos específicos (arts. 3º a 5º);

c) critérios de classificação das competências relativa e absoluta (arts. 6º a 14 e 60 a 64);

d) necessidade de tentativa de conciliação prévia à instauração do contencioso (arts. 23 a 38);

e) requisitos para a citação válida (art. 40);

f) figuras das exceções de incompetência, ilegitimidade, litispendência e coisa julgada (art. 74);

g) definição das fases do processo, como a postulatória (inicial, contestação e reconvenção), instrutória (produção de provas e a especificação dos meios admitidos¹²¹) e a decisória;

h) rito ordinário e sumário (arts. 236 a 245);

i) procedimentos especiais, execuções e recursos, todos tratados em títulos e capítulos próprios; e

j) da *querella nulitatis* (arts. 672 a 681).

As previsões do Decreto nº 737 geraram enorme influência nos Códigos de Processo Civil que regeram o processo brasileiro posteriormente. Somente não é um código de

120. O Decreto nº. 737/50 está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm, Acesso em 04 fev. 2016.

121. Sobre os meios de prova admitidos no processo, interessantíssimo verificar os resquícios das Ordenações e a influência do direito canônico, com a força dos elementos religiosos:

Art. 138. São admissíveis no Juízo Commercial as provas seguintes:

§ 1º As escripturas publicas e instrumentos, que são como taes considerados pelo Codigo Commercial e leis civis.

§ 2º Os escriptos particulares.

§ 3º A confissão judicial.

§ 4º A confissão extrajudicial.

§ 5º O juramento suppletorio.

§ 6º O juramento *in litem*.

§ 7º As testemunhas.

§ 8º As presumpções.

§ 9º O arbitramento.

§ 10 O depoimento da parte.

§ 11 As vistorias.

processo civil porque traz algumas regulamentações de ordem material, como a nulidade dos contratos comerciais (arts. 682 a 694).

Outras foram as normatizações de ordem processual criadas no período do Império, mas nenhuma com a força e a complexidade do Decreto nº 737. Um exemplo é a Lei nº 2.033/1871¹²², que alterou a legislação judiciária para regular critérios de competência anteriormente definidos pelo Decreto nº 737.

Não se pode dizer que o Decreto foi uma criação exclusiva e original brasileira, pois trazia diversos elementos de outros ordenamentos jurídicos, inclusive das ordenações; mas, ao reger o processo brasileiro de forma geral e unitária, serviu de base para o início do trato do processo civil como ciência autônoma no Brasil. A atividade jurisdicional era exercida mediante a provocação do interessado, e não se falava em função social do processo.

4.2 Período Republicano

Aos 15 dias do mês de novembro do ano de 1889, o Brasil alterou o sistema de governo, abandonando a monarquia e adotando a república presidencialista. Essa mudança trouxe, inicialmente, a necessidade de uma nova Constituição, que excluísse de vez o Poder Moderador e abrangesse a sistemática de governo proposta por Montesquieu, com a divisão entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em um sistema de freios e contrapesos que contasse com a participação popular por meio do sufrágio¹²³. Evidentemente, essa Constituição surgiu em 1891 e estava longe de ter os direitos e garantias fundamentais presentes na atual Constituição Cidadã, mas influenciou sobremaneira a forma de atuação da jurisdição.

Durante o Estado Novo, de Getúlio Vargas, o Brasil passou por uma forte transformação política. Duas Cons-

122. BRASIL. Lei nº 2033, de 20 de setembro de 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM2033.htm. Acesso em 04 fev 2016.

123. Art. 6º, da CRFB/1891.

tuições foram emblemáticas: a de 1934, de caráter liberal, e a de 1937, que precedeu e trouxe influência no CPC de 1939 e ampliou os poderes do presidente da República que, entre outros, podia “expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização”¹²⁴. O presidente também tinha o poder de dissolver a Câmara dos deputados ou adiar, prorrogar e convocar o Parlamento¹²⁵. Essa Constituição também trouxe a definição das esferas do Poder Judiciário como existe atualmente, com a delimitação de competência entre as Justiças Estaduais e Federal, Militar e Tribunal de Contas.

No ano de 1939 foi aprovado aquele que é o primeiro Código de Processo Civil do Brasil (Decreto-Lei nº 1.608/39). O CPC trazia previsão expressa acerca da possibilidade de o magistrado legislar em casos de julgamento por equidade, em uma decisão que teria efeitos exclusivamente *inter partes*¹²⁶. A sentença, então lei entre as partes, não produzia efeitos *erga omnes*, nem existia qualquer previsão, no *codex*, sobre processos ou incidentes de caráter transindividual (tanto em sua tramitação como em seus efeitos), como o são hoje a ação civil pública e o incidente de demandas repetitivas.

O CPC de 1973 (Lei nº 5869/73) também surgiu em um período de instabilidade política, após uma junta militar assumir o poder com a derrubada do poder do então presidente João Belchior Marques Goulart, popularmente conhecido como “Jango”, no ano de 1964. Vigorava o Ato Institucional nº 5/68, que mantinha a Constituição Federal de 1967, mas dissolvia o Congresso Nacional (o ato fala em recesso) e concedia amplos e ilimitados poderes ao presidente da República, que podia, inclusive, suspender direitos políticos. É o teor do art. 5º do AI-5:

Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

124. Art. 12 da CRFB/1937.

125. Art. 74 da CRFB/1937.

126. Art. 114. Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador. O efeito exclusivamente *inter partes* está disposto no art. 287.

I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;

II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;

III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política;

IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:

a) liberdade vigiada;

b) proibição de frequentar determinados lugares;

c) domicílio determinado,

§ 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados.

§ 2º - As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário.¹²⁷

Como se percebe, do § 2º, o Poder Judiciário atuava de forma totalmente passiva, e suas decisões não poderiam contrariar os atos do Ministro de Estado da Justiça. O CPC/73 repete muitos dos temas já presentes no CPC/39, com algumas inovações de destaque, mas todas dentro desse contexto de despotismo previsto no AI-5.

No tocante ao modelo processual adotado, o CPC/73 repetiu a fórmula dos regramentos anteriores, e o Estado eminentemente liberal somente poderia atuar quando provocado, e as decisões judiciais não constituíam fontes formais de direito, em perfeita adequação à teoria dualista do ordenamento jurídico. O modelo processual, porém, era inadequado ao sistema processual brasileiro.

Primeiramente, o modelo processual adotado no CPC/73 era uma clara importação do modelo italiano, introduzido

127. BRASIL. Ato Institucional nº 5, 1968.

no Brasil principalmente pela atuação de Enrico Tullio Liebman na docência da Universidade de São Paulo, onde teve como aluno o coordenador dos trabalhos de elaboração do anteprojeto de lei, Alfredo Buzaid.

O modelo processual adotado tinha por base o processo, confundindo-o, por vezes, com a ação. A própria estrutura do CPC/73 demonstrava isso, pois o Livro I, em vez de tratar de uma parte geral, tratava do processo de conhecimento, vinculando a ele todas as ações de conhecimento que não reclamassem procedimento especial. O livro II tratava do processo de execução, o III do processo cautelar e o IV, dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e voluntária.

Em termos práticos, isso significava ter que propor ações em processos individuais, com petição inicial, citação e todos os demais pressupostos processuais de validade. Uma ação simples, como a indenizatória por acidente de trânsito, era proposta em um processo. Qualquer necessidade de um provimento cautelar incidental deveria ser postulado em outro processo; e a execução da sentença, em outro. Uma malha processual complexa que fazia com que pretensões como a do exemplo se perpetuassem no tempo sem que o jurisdicionado tivesse acesso ao bem da vida.

O mais interessante é que o réu, já citado no processo principal e no cautelar, que já tinha exercido todos os seus direitos de defesa de mérito e na cautelar (com recursos, inclusive), deveria ser novamente citado para cumprir a decisão, como se não tivesse conhecimento da causa já transitada em julgado.

Se essa citação (necessariamente por oficial de justiça, a teor do disposto no art. 222, d) restasse frustrada, a citação por hora certa não seria permitida, e a por edital dependeria do arresto prévio de bens¹²⁸. Os processos (indenizatória e cautelar) já haviam consumido tempo, dinheiro e, princi-

128. Arts 653 e 654, do CPC/73. A impossibilidade de citação por hora certa decorre do parágrafo único do art. 653, que determina ao oficial de justiça que, não encontrado o executado, devolva o mandado não cumprido, certificando o ocorrido.

palmente, energia do autor, na busca pela tutela de mérito, que ainda não lhe entregava o bem da vida. A frustração da citação na execução da sentença era uma situação que equivalia à negativa da prestação jurisdicional, tanto pela demora, como pela ineficácia da tutela. Também se deve ressaltar que, caso o executado fosse citado e conseguisse arguir alguma nulidade processual em seus embargos à execução, como a falta de citação do processo principal, todo o trabalho de todos os três processos seria anulado.

A primeira tentativa de se conseguir fugir dessa estrutura processual nefasta surgiu com a criação dos Juizados Especiais das Pequenas Causas¹²⁹, que instituiu um procedimento sumariíssimo a ser adotado pelo juízo comum em atuação especial nas causas cujo valor não ultrapassasse o teto de 20 salários mínimos e que versassem sobre condenação: em dinheiro; à entrega de coisa móvel; à obrigação de fazer a cargo do fabricante ou fornecedor de bens e serviços de consumo; e à desconstituição e à declaração de nulidade de contrato relativo a coisas móveis e semoventes.

Os critérios de orientação dos processos que tramitassem perante o juizado seriam a oralidade, a simplicidade, a economia processual, a informalidade e a celeridade, buscando sempre a composição consensual dos conflitos¹³⁰. Pela primeira vez, uma lei vinculava o reconhecimento da nulidade de ato processual à necessária comprovação de prejuízo, bem como dispensava as cartas para a prática de atos concertados entre juízos de comarcas ou instâncias diferentes¹³¹.

Em 26 de setembro de 1995, foi publicada a Lei nº 9.099, que revogou a Lei nº. 7.244/84 e criou os Juizados Especiais Cíveis, ampliando os casos de sua competência, mantendo os mesmos critérios, os mesmos princípios. Na mesma esteira, foram criados os Juizados Especiais Federais¹³² e os Juizados

129. Lei nº. 7.244/84.

130. Art. 2º da Lei nº 7244/1984.

131. Art. 14 da Lei nº 7244/1984

132. Lei nº. 10.259/01.

Especiais da Fazenda Pública¹³³. Todos com dois objetivos básicos: desafogar as varas judiciais e facilitar o acesso à justiça mediante a simplificação do procedimento.

O CPC, a essa época, já havia sofrido alterações substanciais em sua estrutura, as quais subvertiam o modelo originalmente adotado no anteprojeto de lei e o transformavam em uma colcha de retalhos com partes quase incompatíveis entre si.

A primeira mudança significativa nesse sentido adveio com a Lei nº 10.444/02, que, entre outros dispositivos, criou o § 7º do art. 273 e alterou o disposto nos parágrafos do art. 461. Essa mudança autorizou as partes a postularem pedidos de natureza cautelar no corpo do processo de conhecimento, mediante simples petição, sem a necessidade de um processo autônomo, bem como a procederem à execução da tutela antecipada nos mesmos autos do processo principal.

À primeira vista, parece pouco, mas a estrutura com base no processo estava absolutamente comprometida. As tutelas exclusivas dos Livros II (executivas) e III (cautelares) agora viviam em simbiose com as ações de conhecimento, *in simultaneus processus*. O modelo processual original havia sido subvertido.

Para encerrar qualquer questão acerca da última assertiva do parágrafo anterior, a edição da Lei nº 11.232/05 acabou com qualquer resquício do modelo processual trazido por Liebman ao processo brasileiro. Ao criar a fase de cumprimento da sentença, o legislador dispensou de vez a necessidade de processo autônomo para a execução de decisões proferidas pelo mesmo juízo que tivesse competência para executá-las. A separação do Livro II perdia o seu sentido original, e o CPC todo precisava ser revisto e reestruturado. Quiçá sobre um modelo totalmente novo e diferente daquele anteriormente adotado.

133. Lei nº. 12.153/09.

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI N. 13.105/15)

O CPC, de 2015, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, trouxe mudanças significativas no modelo processual. Talvez uma das grandes problemáticas diga respeito, justamente, à incongruência entre o novo modelo processual e o sistema processual brasileiro; ou, talvez, à questão da simples incompatibilidade. Um novo modelo processual deve levar em consideração a estrutura judiciária, além da cultura do jurisdicionado e da classe dos ministérios público e privado¹³⁴.

Não foi o que aconteceu no Brasil, quando da elaboração do tão discutido anteprojeto do CPC. O modelo foi alterado para dar relevância aos precedentes qualificados, em uma aproximação da Teoria Unitária do Ordenamento Jurídico em consonância com os princípios que regem a *common law*. Recursos interpostos contra decisões que estiverem em consonância com esses precedentes sequer são admitidos, e esse controle é feito pelo juízo de admissibilidade recursal pelo próprio relator, em caráter monocrático.

A comprovação dessa incongruência apareceu em dois momentos. A primeira incongruência se deu com as inúmeras alterações que o Congresso Nacional fez ao projeto de lei, removendo elementos importantes, como o capítulo próprio dos precedentes e a conversão das demandas individuais em coletivas. A segunda, de iniciativa do próprio Poder Judiciário, culminou com a Lei nº 13.256/16, que foi publicada 43 dias da entrada em vigor do CPC e alterou elementos substanciais do novo modelo adotado. A principal

134. A referência a ministério público e ministério privado está relacionada ao tipo de atividade e não à instituição do Ministério Público, a teor do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº. 8.906/94 (Estatuto da OAB), que dispõe: “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.”

justificativa para essa lei, entre outras, residia na inadequada estrutura dos órgãos jurisdicionais para adotar os novos procedimentos.

Dentre as suas diversas alterações, destaca-se o acréscimo da palavra “preferencialmente” à anterior obrigatoriedade de julgamento e publicação em ordem cronológica¹³⁵ não apenas alterando o sentido, mas minando a aplicabilidade do artigo. A norma deixou de ser cogente e, com isso, passou a ser de caráter meramente sugestivo, o que a torna inócua diante dos problemas enfrentados pelo jurisdicionado no tocante à razoável duração do processo. Excluiu-se a única ferramenta utilizável para garantir a razoável duração do processo.

Outra alteração significativa da lei mudou o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, retornando à sistemática adotada pelo CPC/73¹³⁶. O juízo de admissibilidade voltou a ser do órgão *a quo* e não mais do tribunal superior, como constava no texto original. A causa, segundo diversas entrevistas dadas por ministros do Supremo Tribunal Federal à época, foi justamente a falta de estrutura da Corte em fazer o juízo de admissibilidade de todos os recursos extraordinários do Brasil¹³⁷. Mais uma vez, o novo modelo processual estava inadequado ao sistema processual vigente e à estrutura judiciária nacional.

Todavia, foi melhor que as alterações tenham surgido antes da entrada em vigor do CPC, evitando, com isso, questões procedimentais insanáveis. Isso porque, a norma processual nova tem aplicabilidade direta e imediata aos

135. Alterações feitas nos arts. 12 e 153 da Lei nº 13.256/16.

136. Alterações feitas nos arts. 1.029 e 1.030, do CPC.

137. Em entrevista ao *site* Consultor Jurídico, o Ministro Gilmar Mendes relatou: “Hoje há juízos seguros de que o exame de admissibilidade nos tribunais de origem reduz significativamente a remessa de processos para o Supremo ou para o STJ. Ora, se agora se optou por mandar todos os processos para o Supremo ou para o STJ, nós vamos ter questões comezinhos como, tempestividade, intempestividade, falta de procuração, tudo isto examinado já na instância *ad quem*, e não lá na instância local” (Revista Consultor Jurídico. **Ministros de STF e STJ criticam mudança no juízo de admissibilidade do novo CPC**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-20/ministros-stf-stj-criticam-mudanca-juizo-admissibilidade>. Acesso em: 07 mar 2016).

processos em curso, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a coisa julgada e as situações jurídicas já consolidadas sob a vigência da norma revogada¹³⁸. Nessa seara, os procedimentos previstos pela norma nova não podem ser aplicados aos processos em curso quando incompatíveis com o procedimento já adotado, como já entendeu o STJ¹³⁹.

A seguir serão trabalhados alguns dos principais elementos que demonstram as diretrizes do novo modelo adotado pelo CPC, sem prejuízo da existência de outros que gerarão discussões polêmicas ao longo do tempo. Fato é que a norma trouxe uma série de incongruências que gerarão novos entendimentos dos tribunais, que, pela profundidade temática, resultarão em verdadeira legislação, pois extrapolarão a simples interpretação decorrente da aplicabilidade da norma ao caso concreto.

5.1 Princípios Constitucionais Replicados na Norma Infraconstitucional e o Sistema Recursal

Como uma boa Parte Geral deve ser, a do CPC trouxe a previsão expressa de uma série de princípios já anteriormente dispostos na norma constitucional e na infraconstitucional. Dentre esses princípios, estão o da inércia, do impulso oficial¹⁴⁰, da inafastabilidade do controle jurisdicional¹⁴¹, da razoável duração do processo¹⁴², isonomia¹⁴³, boa-fé, fins sociais e bem comum¹⁴⁴, fundamentação e publicidade das

138. Arts. 6º da LINDB e 14, do CPC.

139. REsp 1084676. STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 21.10.2009.

140. Art. 2º, do CPC.

141. Art. 3º caput, que repete o disposto no inciso XXXV do art. 5º da CRFB.

142. Previsto inicialmente no inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB, teve a sua redação ampliada no CPC, definindo que o tempo razoável deve compreender tanto a resolução do mérito como a satisfação do credor (arts. 4º e 12 do CPC).

143. Art. 5º, *caput* da CRFB e art. 7º, do CPC.

144. Previstos anteriormente tanto no preâmbulo da CRFB como no art. 5º, da LINDB, replicado no art. 8º, do CPC.

decisões¹⁴⁵, contraditório e ampla defesa¹⁴⁶. Sobre o princípio do contraditório, deve-se destacar a norma cogente do art. 10 que determina ao juiz a sua observância, mesmo quando se tratar de questão de ordem pública a ser decidida *ex officio*.

Outros princípios, até então não previstos expressamente na norma processual, acabaram por ser inseridos no CPC. Dentre eles, a promoção da dignidade da pessoa humana¹⁴⁷, a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência¹⁴⁸; todos presentes no art. 8º, do CPC. Aparentemente, esses dispositivos de natureza principiológica estão presentes no CPC por questão de organização e aplicabilidade, afinal, as disposições da Parte Geral do Código são inerentes a todos os seus demais capítulos e títulos. Mas a questão pode ser vista sob outro ângulo: o da adoção de um novo modelo processual adequado ao sistema processual vigente.

Essa afirmativa se extrai da análise sistemática do CPC. Afinal, por que repetir princípios que já estão expressos em outras normas; e, o mais importante, expressos como cláusulas pétreas imutáveis na Constituição Federal? Se são cláusulas pétreas, como o bem comum, a dignidade da pessoa humana, o contraditório, a publicidade, a fundamentação das decisões, a razoável duração do processo e a inafastabilidade do controle jurisdicional, não podem ser alterados ou suprimidos nem por emenda constitucional¹⁴⁹. A hierarquia normativa os coloca acima do CPC, e a condição de cláusula pétrea os torna imutáveis, ou de uma rigidez que a norma infraconstitucional jamais terá.

A repetição desses princípios (alguns *ipsis literis*) na norma infraconstitucional possui um escopo básico: a redução do número de recursos extraordinários para o Supremo Tribunal Federal e o conseqüente alívio da carga de trabalho. Talvez

145. Arts. 93, IX, da CRFB e 11 do CPC.

146. Arts. 9º e 10, do CPC.

147. Art. 1º, III, da CRFB.

148. Estes últimos constantes do art. 37, *caput*, da CRFB.

149. Art. 60, § 4º, da CRFB.

essa afirmativa seja forte, se for considerada a exposição de motivos do projeto de lei que deu origem ao CPC, mas não se pode olvidar que tal redução será uma consequência inevitável.

Primeiramente porque, havendo violação a algum desses princípios que possuem disposição expressa na CRFB e no CPC, a ofensa à Constituição passará a ser reflexa, e não direta. Se o recorrente interpuser ambos os recursos, especial e extraordinário, com base na violação do mesmo princípio expresso na CRFB e no CPC, o recurso especial será julgado primeiro. Se a questão for resolvida no STJ, o recurso extraordinário, que trata da mesma matéria de direito, restará prejudicado e sequer será enviado ao STF para conhecimento¹⁵⁰.

Outra situação que poderá ocorrer é o recorrente interpor somente o recurso extraordinário, com base na violação a um princípio constitucional que também possui previsão expressa na norma infraconstitucional. “Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”¹⁵¹.

Os recursos sempre foram o calcanhar de Aquiles do processo civil brasileiro. Muito já se discutiu sobre a existência de recursos em demasia, e que tal seria o problema de um processo cuja duração deva ser razoável. Mas a adoção do novo modelo foi inteligente, afinal, o número de recursos pouco foi alterado, mas os requisitos de admissibilidade fazem por reduzir a capacidade recursal da parte, que somente requererá a revisão da decisão se obtiver a certeza do seu direito. Além disso, a majoração da verba sucumbencial em grau de recurso, cumulativamente, passa a ser um incentivo para a sua não interposição se a parte não tiver firmeza e segurança em seus argumentos. Some-se às diversas multas

150. Art. 1.031, *caput* e § 1º, do CPC

151. Art. 1.033 do, CPC.

por recursos protelatórios, e a parte passa a pensar bastante antes de utilizar essa via processual.

Talvez esse seja o ponto que mais aproxima o modelo adotado pelo CPC dos elementos da *common law*: a existência de uma certeza em relação aos julgados. O recurso, no Brasil, passa a ser caro para a parte, com o aumento das despesas processuais e nova condenação em honorários advocatícios, podendo chegar ao teto de 20%¹⁵². Isso sem contar as multas, como a de até 10% por litigância de má-fé para aquele que interpuser recurso com objetivo manifestamente protelatório¹⁵³.

Deve-se ter em mente também que, com a mitigação do livre convencimento do magistrado, forte no disposto no art. 927, o CPC transferiu muitos dos julgados dos tribunais para o relator, que decidirá monocraticamente sempre que a decisão recorrida estiver em consonância ou for contrária a: súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal; acórdãos proferidos pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência¹⁵⁴. A parte que decidir recorrer dessa decisão e devolver a matéria à turma, correrá o risco de sofrer a incidência de multa de 1% a 5%, sempre que o agravo interno for considerado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime¹⁵⁵. Mas esse critério não é objetivo, deverá ficar evidente o intuito protelatório do recorrente.

Essa multa evitará recursos infundados, sem sombra de dúvida, mas poderá gerar um sério problema. Conforme já expus no volume 3 do Curso de Processo Civil¹⁵⁶, essa multa incidirá de forma a tolher o direito da parte que não tenha fundamentos para a reforma da decisão recorrida,

152. Art. 85, § 11, do CPC.

153. Art. 80, VII e 81, do CPC.

154. Art. 932, IV e V, do CPC.

155. Art. 1.021, § 4º, do CPC.

156. LOVATO, Luiz Gustavo. **Curso de processo civil**. Vol. 3. Tutelas provisórias, Juizados Especiais e Procedimento comum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

mas que interpõe o recurso mesmo assim a fim de evitar a estabilização da tutela de mérito concedida antecipadamente em caráter provisório pelo relator, em reforma à decisão denegatória do juízo de primeiro grau. Isso porque a estabilização somente será evitada se a parte prejudicada interpuser “o respectivo recurso”¹⁵⁷.

A título de exemplo, deve-se considerar o caso em que o juiz de primeiro grau nega a concessão da tutela antecipada de mérito e, por conseguinte, extingue o processo. O autor da ação interporá o recurso de apelação a fim de ver essa decisão revertida e a tutela concedida pelo tribunal. Conforme verificado, é possível que o relator conceda essa tutela antecipada *in limine*, reformando a decisão de primeiro grau e criando um prejuízo imensurável para o apelado.

Não serão raras as hipóteses em que o recorrido, em razão da inexistência de instrução do feito nessa fase postulatória, não possua ainda argumentos para reverter a decisão do relator e, por conseguinte, lhe falte interesse recursal. A única saída será suportar a multa em sede de agravo interno, a fim de evitar a estabilização da tutela antecipada concedida pelo relator e, com isso, garantir a condução do processo a uma sentença de mérito definitiva.

Na hipótese, a interposição do agravo interno não terá o escopo de reformar a decisão, mas somente de impedir a estabilização da tutela antecipada. Surge mais uma problemática: se, na interposição desse recurso, o agravante não pedir a reforma da decisão recorrida, mas tão somente que o recurso seja admitido e suas razões conhecidas para evitar a estabilização da tutela provisória, haverá ou não o provimento? A interposição já ocorreu, afinal. Sob a ótica do CPC/73 essa pergunta extrapolaria o limite do tecnicamente aceitável; mas, em razão da questionável constitucionalidade da multa do agravo interno para a hipótese, que não tem fundamento senão na própria interposição de um recurso improcedente, faz com que surja a consideração acerca de uma nova modalidade de interesse recursal que foge àquele

157. Art. 304, *caput*, *fine* do CPC.

que visa a reforma da decisão recorrida. Considere-se que o STJ já decidiu que essa multa depende da intenção protelatória do recorrente, mas não é o que dispõe a norma processual.

Afinal, a multa deverá incidir quando ocorrer a prática de um ato ilícito civil, seja por seu caráter coercitivo, seja por seu caráter sancionatório, que Araken de Assis chama de *money judgement*. O autor, em crítica ao sistema processual, discorre que “o individualismo e a despreocupação social imperam no processo civil brasileiro”¹⁵⁸, cabendo ao magistrado, através das multas e demais métodos de coerção patrimonial, fazer valer a sua autoridade e buscar a colaboração das partes na condução do processo. A simples interposição do agravo interno com o objetivo de impedir a estabilização da tutela provisória concedida pelo relator encontra respaldo no art. 304, que refere somente à interposição, e não ao provimento do recurso, fazendo com que ele não possa ser considerado manifestamente inadmissível e sequer lhe seja negado provimento. Trata-se de uma inovação dos limites do interesse recursal e do próprio conceito de recurso.

Outro exemplo da consequência nefasta do sistema processual alterado pelo modelo do CPC está na apelação da sentença que indefere a petição inicial. Para entender o tal efeito nefasto, se faz necessária a análise passo a passo do procedimento a ser adotado pelas partes na situação.

Primeiramente, deve-se considerar que o modelo processual brasileiro trabalha com o máximo aproveitamento dos atos processuais, e eventual sentença terminativa somente será prolatada após o juiz oferecer à parte a oportunidade de sanar o vício¹⁵⁹. Também, a sentença terminativa somente será prolatada se, não corrigido o vício, não for possível resolver o mérito, adotando-se a teoria da asserção, que traz a necessidade, sempre que possível, de ser resolvido o mérito quando presente o binômio legitimidade-interesse

158. ASSIS, Araken de. **O contempt of court no direito brasileiro**. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis(4)%20-%20formatado.pdf). Acesso em 07 mar. 2016.

159. Art. 317, do CPC.

de agir¹⁶⁰. O STJ, antes mesmo do atual CPC, já admitia a aplicação da teoria da asserção¹⁶¹.

Com isso, o indeferimento da inicial somente poderá ocorrer após oportunizado, ao autor, a sua emenda no prazo de 15 dias, nas hipóteses de vício sanável¹⁶². Mesmo assim, alguns casos típicos de impossibilidade técnica de julgamento da causa não ensejam sentença terminativa, como é o caso da incompetência absoluta, para a qual o magistrado fica obrigado a remeter os autos ao juízo competente¹⁶³ e do reconhecimento da nulidade de cláusula de eleição de foro, que está sujeita à preclusão, mesmo se tratando de questão de ordem pública¹⁶⁴. Também o valor da causa, elemento formal obrigatório de toda petição inicial, pode ser arbitrado pelo magistrado quando o autor não o fizer adequadamente¹⁶⁵, aproveitando-se *in totum* os argumentos da inicial.

Com todos esses expedientes, fica evidente que a sentença terminativa será uma opção residual nos casos de indeferimento da inicial por vício insanável ou, sendo sanável, que o autor não o tenha sanado e o juiz não possa corrigir de ofício. Mas, na prática, existirão casos assim, e é nesse ponto que reside a problemática. O indeferimento da inicial impede a citação do réu, o que significa a prolação de sentença terminativa sem que o réu faça parte da relação processual, ainda.

Indeferida a inicial, o autor poderá interpor recurso de apelação, e o réu, somente então, será citado para contrarrazoar o recurso¹⁶⁶. Se o magistrado de primeiro grau entendeu pelo indeferimento da inicial, isso significa que ele sequer analisou o mérito da demanda, que está lá, presente nos autos, acompanhando a inicial, e que faz parte das razões recursais, afinal, o autor pedirá a reforma da decisão para

160. Teoria expressamente prevista no art. 488, do CPC.

161. REsp 595.188-RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 22.11.2011.

162. Art. 321, do CPC.

163. Art. 64, § 3º, do CPC.

164. Art. 63, do CPC.

165. Art. 292, § 3º, do CPC.

166. Art. 331, do CPC.

substituí-la por outra, de mérito, ou a sua anulação para dar continuidade ao procedimento no primeiro grau.

Até esse ponto, o réu não tem condições de prever o que vai acontecer com o recurso, mas sabe de uma hipótese: se o tribunal reformar a sentença terminativa, deverá, sempre que possível, substituí-la por um acórdão que resolve o mérito em caráter definitivo¹⁶⁷, impedindo o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau antes do trânsito em julgado da decisão. Não é faculdade, mas norma cogente, imperativa, que impõe ao relator essa decisão. O réu, recorrido, deverá apresentar toda a sua matéria de defesa (tanto preliminares de mérito como defesa de mérito) nas contrarrazões, ou correrá o risco de não poder mais fazê-lo.

José Miguel Garcia Medina diz não acreditar nessa hipótese, uma vez que o réu não teve oportunidade de contestar e a citação se deu exclusivamente para o oferecimento das contrarrazões de apelação¹⁶⁸. Trata-se de aplicação cega do efeito devolutivo do recurso, ou *tantum devolutum quantum apelatum*. Também, porque a norma prevê que o prazo para contestação iniciará da intimação do retorno dos autos¹⁶⁹. Mas isso somente acontecerá se a causa, para o tribunal, não estiver madura para julgamento. O relator não terá opção: é norma cogente.

Um bom exemplo surge nas hipóteses em que não há outras provas a serem produzidas, à exceção daquelas que acompanham os articulados, e o pedido está de acordo com entendimento consolidado por precedente qualificado. Como a aplicação do precedente é vinculativa, competirá ao relator, no tribunal, anular a sentença terminativa e substituí-la por outra, definitiva.

A ciência pelo réu recorrente de que, havendo reforma da sentença terminativa, o tribunal deverá prolatar outra definitiva, sempre que possível, não decorre da citação ou de qualquer termo do mandado, mas da lei; é *ope legis*. E,

167. Art. 1.013, § 3º, I, do CPC.

168. MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2016.

169. Art. 331, § 2º, do CPC.

como há citação para oferecer contrarrazões, isso poderá ocorrer sem que haja violação à ampla defesa. Isso não gera necessariamente uma incerteza ou uma surpresa para o réu, pois a causa estará madura nos termos do art. 927, do CPC.

Talvez essas duas hipóteses apresentadas sejam aquelas que mais aproximam o modelo processual brasileiro da Teoria Unitária do ordenamento jurídico. Reclama, obviamente, uma mudança de sistema processual e de cultura, tanto do jurisdicionado como da classe da advocacia. É questão técnica, mas, principalmente, cultural. Aplicado sem distorções, o CPC torna o processo caro àquele que a ele deu causa, o que é saudável e eficaz para evitar a chicana e a aventura judicial, muito comum aos Juizados Especiais Cíveis e às hipóteses de justiça gratuita, em que o autor não sofre consequências com os seus artifícios ardilosos.

5.2 Fase Postulatória

O modelo adotado pelo CPC traz uma clareza quanto aos momentos que ocorrem no procedimento, mediante a atuação de todos os sujeitos, e não apenas do juiz. A sequência de fases deve ser intercalada por atos formais que as encerram e, simultaneamente, dão início à próxima. Esses momentos processuais de encerramento formal das fases sofreram com a praxe viciosa durante a vigência do CPC/73. O melhor exemplo fica por conta do saneamento que, por ser classificado originariamente como despacho, não comportava recurso, mesmo que tivesse conteúdo decisório.

Em muitas ocasiões, o magistrado encerrava a fase postulatória com um simples despacho nos seguintes termos: “especifiquem as partes as provas que pretendem produzir”. Isso não apenas fulminava qualquer possibilidade de recurso como violava o disposto no §2º, do art. 331, do CPC/73. O saneamento, propriamente dito, não acontecia, e competia às partes adivinhar sobre quais fatos o magistrado já havia formado o seu convencimento. Afinal, sanear é limpar e arrumar o que for necessário para dar prosseguimento ao feito, sem percalços ou expedientes inúteis.

Galeno Lacerda sempre foi um crítico ferrenho da expressão despacho saneador, pois considerava que a atividade do magistrado consistiria em um ato decisório, por vezes até com força de sentença¹⁷⁰. As previsões do autor se concretizaram e, nos anos de 1994¹⁷¹ e 2002¹⁷², o art. 331 do CPC/73 – que regulava o saneamento – sofreu alterações a fim de acomodar a teoria de que o juiz, naquele momento saneador, profere decisão, e não simples despacho. O problema permanecia com a praxe viciosa que resultava no já mencionado despacho genérico. O saneamento praticamente não acontecia na maioria dos processos.

A situação ficava ainda mais grave quando, expedindo tal despacho singelo, o magistrado deixava de analisar preliminares de mérito apresentadas na contestação, para fazê-lo na sentença, ao final. Por vezes, uma parte ré absolutamente ilegítima se via com o ônus de produzir provas de fatos com os quais não possuía relação jurídica. A decisão pela ilegitimidade somente viria ao final da fase de conhecimento, com a sentença, criando um cabedal de expedientes inúteis e desnecessários, contrários à economia e à razoável duração do processo.

O CPC atual trouxe um sistema de participação ativa das partes na condução do processo, permitindo-lhes a elaboração do já mencionado negócio jurídico processual, que vincula as partes e o magistrado. Essa colaboração traz um reflexo importante no procedimento: o da previsibilidade. Some-se à possibilidade de o magistrado proferir sentenças consoante o estado da causa individualmente considerada, e o processo passa a ter condições de ver respeitado o princípio da duração razoável. Bastam força e comunhão de vontades.

As fases e momentos do procedimento comum, no atual CPC, estão assim definidas:

a) fase postulatória: composta por petição inicial, audiência de conciliação ou mediação, resposta do réu (con-

170. LACERDA, Galeno Velhino. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990.

171. Lei nº. 8.952/1994.

172. Lei nº. 10.444/2002.

testação e/ou reconvenção) e réplica (manifestação sobre a contestação e/ou resposta à reconvenção);

b) saneamento com ordenamento: resolução de questões processuais pendentes, delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a prova, com a especificação dos meios de prova admitidos, distribuição do ônus da prova, delimitação das questões de direito, aprazamento da audiência de instrução e julgamento;

c) fase instrutória: destinada à produção dos meios de prova e à realização da audiência de instrução e julgamento;

d) decisão que encerra a fase de conhecimento: com conteúdo de sentença, podendo encerrar a fase de conhecimento do pedido julgado (decisão parcial) ou todo o processo;

e) fase recursal: após o encerramento das atividades do juiz de primeiro grau na fase de conhecimento do processo, tem os autos remetidos à superior instância;

f) trânsito em julgado: especialmente forma, com o esgotamento das vias recursais, podendo fazer coisa julgada material;

g) fase executiva: destinada ao cumprimento da sentença, ocorrerá quando a decisão trazer obrigação certa, líquida e exigível;

h) encerramento do processo mediante sentença terminativa ou definitiva, se for reconhecida a prescrição intercorrente.

Como dito anteriormente, essas fases são intercaladas por atos formais que as encerram. É evidente que o magistrado poderá aplicar ou não todas essas fases, consoante a causa estiver madura para julgamento antecipado ou o recurso interposto for inadmissível. Mas, para o procedimento comum completo, esse é o curso a ser tomado pelo processo, do início até o seu encerramento. A seguir serão tratadas essas fases com os principais elementos que definem a alteração do modelo processual brasileiro.

5.2.1 Atos postulatórios

A propositura da ação e a fase postulatória constituem o marco inicial do processo. A propositura da demanda se

dá com o registro ou a distribuição da petição inicial, e é o ato que torna prevento o juízo, resultando na reunião das causas conexas e na extinção necessária das causas contidas que forem propostas posteriormente às causas continentais¹⁷³. O despacho que defere a inicial interrompe a prescrição, e a citação válida induz litispendência e constitui em mora o devedor, tornando litigiosa a coisa¹⁷⁴. O juízo, nesse início de fase, deve analisar se todos os elementos necessários para o desenvolvimento válido do processo e a concessão da tutela estão presentes; caso contrário, deverá determinar a emenda da inicial sempre que o vício for sanável, a fim de obter o máximo aproveitamento do ato processual.

Esse é o início formal do processo e da fase postulatória, em que as partes formularão a(s) sua(s) pretensão(ões). O autor o fará na inicial e o réu, no corpo da contestação ou em reconvenção em peça autônoma, quando não quiser contestar ou quando reconvir em litisconsórcio com terceiro¹⁷⁵. São pedidos de tutela de mérito, que não estarão presentes nas execuções, pois, neste tipo de procedimento, o autor busca a prática de atos materiais pelo juízo, e o executado não pode reconvir em razão da unilateralidade do procedimento (o executado somente se defende, jamais contra-ataca)¹⁷⁶.

O que o CPC não deixa claro, nessa sequência de atos da fase postulatória, é a possibilidade de o terceiro reconvindo (que não participou da inicial do autor) ou o terceiro reconvincente poderem fazer uso da fase postulatória para formular pretensões. A previsão de manifestação do autor acerca da reconvenção, no prazo de 15 dias, está prevista no art. 343, §1º, do CPC. Mas a reconvenção da reconvenção, a princípio, somente está vedada nas ações monitorias, e não naquelas que tramitam pelo procedimento comum (art. 702, 6º, do CPC).

173. Art. 57, do CPC.

174. Art. 240, do CPC.

175. Art. 343, do CPC.

176. LOVATO, Luiz Gustavo. **Curso de Processo Civil** – Execuções. Vol. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Mas, se esses sujeitos apresentarem reconvenção, trarão ao magistrado um problema: aceitar ou não essa nova reconvenção, interposta pelo terceiro reconvinde ou pelo reconvinde de reconvenção de terceiro? Se houver recusa, qual será a fundamentação? A princípio, não há fundamentação que sustente tal indeferimento, exceto a possibilidade de limitação do litisconsórcio com a finalidade de organizar o feito e evitar tumulto processual (art. 113, § 1º, do CPC).

O modelo processual visa o máximo aproveitamento dos atos processuais, desde que as irregularidades sejam sanáveis. Também adota os elementos da ação como norteadores da condução do processo, o que significa a necessidade de análise dessa reconvenção, afinal, o terceiro reconvinde, assim como o reconvinde de reconvenção de terceiro, uma vez demandado, tem o direito de formular suas pretensões em face do demandante. A lei não autoriza esse ato, mas também não veda, pois a previsão dos parágrafos do art. 343 dispõe sobre as figuras de autor e réu. Mas reconvinde também é autor, assim como reconvinde é réu da reconvenção, que é ação formulada em processo em curso.

Isso pode ser interpretado de duas maneiras absolutamente distintas. A primeira diz respeito a uma confusão entre ação e processo, tão presente no CPC/73 e que aqui traria um resquício nefasto na concepção equivocada e retrógrada do legislador. Para ele, autor é autor do processo, e réu é réu do processo. Com isso, somente o réu do processo tem legitimidade a reconvir com terceiros, e o autor do processo limitará sua defesa à impugnação da reconvenção.

A questão está no terceiro reconvinde, que não é e nunca foi autor do processo. A lei concede o direito de defesa a apenas um dos sujeitos passivos da reconvenção, que é o autor do processo, violando os princípios da ampla defesa, da isonomia e da equidade, afinal, o terceiro reconvinde não teria o direito de formular pretensão nem de apresentar resposta à reconvenção promovida pelo réu. Ele não seria autor de nada, e esse direito é exclusivo do autor. Morre qualquer

possibilidade de compensar pretensões entre o reconvinte e o terceiro reconvido, o que não é saudável para o processo.

A outra interpretação é a sistemática, que leva em conta as disposições do modelo adotado pelo CPC que separam os institutos do processo e da ação. Nesse aspecto, autor e réu são elementos da ação, seja ela a ação que dá início ao processo, seja a reconvenção, ou o cumprimento da sentença, e são também sujeitos do processo. Repita-se à exaustão: trata-se de um modelo processual novo, e a sua interpretação não deve (nem pode) ser feita com os olhos voltados ao modelo anterior, totalmente revogado e reformulado.

O autor da ação é aquele que dá início ao processo assim como é o reconvinte, seja ele réu da ação principal, seja ele terceiro. O réu é o demandado da ação principal, mas também é o reconvido, seja ele autor da ação principal ou terceiro. Interpretar as disposições do CPC com os olhos voltados ao passado é ter compromisso com um erro histórico, que confunde processo e ação; institutos tão diferentes. Talvez o legislador tenha sido displicente ao não limitar o número de reconvenções e permitir, sempre, a participação de terceiros. Isso geraria um número infundável de ações no processo, mas é o que se extrai do texto mediante essa interpretação sistemática.

O fato é que, uma vez oposta a reconvenção em face do autor da ação principal em litisconsórcio com terceiro, esse terceiro terá o direito de responder a essa reconvenção. Como ele adentra o processo apenas nesse momento, nada impede que ele formule, no corpo da sua contestação, pedido contraposto em face do reconvinte, que é a forma de se opor reconvenção. Isso é uma autorização salutar para o processo, pois permite ao magistrado, com um único processo, resolver todas as questões pertinentes e relacionadas aos seus sujeitos, evitando a propositura dessas reconvenções na forma de ações em processos autônomos que, em razão da conexão, deverão ser necessariamente reunidas e julgadas em conjunto. Se deve ser prolatada a mesma sentença para todas as ações, nada justifica serem processadas em separado.

Caberá ao magistrado organizar essas ações dentro do processo e, se for necessário, limitá-las, mediante decisão fundamentada, a fim de evitar o tumulto e a desordem processuais. O certo é que autor é aquele que postula a tutela, e tal pode ou não ser aquele que dá início ao processo.

5.2.2 Audiência de conciliação ou de mediação

Outro momento, ainda da fase postulatória, que merece destaque é o da audiência de conciliação ou de mediação. Inicialmente, porque, quando aprazada, suspenderá a situação do contencioso judicial até que se encerrem as suas sessões. Mesmo havendo a constituição formal em mora do réu com a citação, é a contestação (e eventual reconvenção) que define as exatas extensões e limites do contencioso. Nesse ponto, o legislador fez uso da praxis para evitar que essa peça de defesa (e contra-ataque) apareça nos autos antes de uma tentativa de autocomposição.

A menção ao interesse na realização da audiência é requisito da petição inicial e, havendo silêncio, é motivo para emenda¹⁷⁷. Se o autor manifestar interesse na realização da audiência, esta será aprazada e dela o réu terá ciência no momento da citação. Compete ao réu, então, manifestar-se sobre o desinteresse na audiência de conciliação ou de mediação no prazo de até dez dias antes da data de sua realização, ou será considerada a aceitação tácita¹⁷⁸.

A audiência somente não se realizará se ambas as partes manifestarem expressamente o seu desinteresse ou se a causa não admitir autocomposição¹⁷⁹. Realizada a audiência, aquele que deixar de comparecer injustificadamente praticará 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”¹⁸⁰. E talvez esse seja outro ponto passível de crítica.

177. Arts. 319, VII, e 321, do CPC.

178. Art. 334, § 5º, do CPC.

179. Art. 334, § 4º, do CPC.

180. Art. 334, § 8º, do CPC.

Afinal, a multa é aplicável àquele que deixou de comparecer sem justo motivo, gerando um gasto ao erário na realização da audiência, além do gasto com tempo e pessoal. Essa multa, porém, não tem razão de existir quando uma das partes expressar seu desinteresse na audiência no momento oportuno. Nada justifica multar alguém pelo não comparecimento à audiência quando, em obediência ao que dispõe a lei processual, se manifestou no sentido de não querer a realização dessa audiência. Tem-se, na hipótese, justo motivo para a ausência.

Em sentido diverso, foi aprovado, no seminário “O Poder Judiciário e o novo CPC”, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), o Enunciado nº. 61, que dispõe: “Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º”. Por se tratar de enunciado da ENFAM, muito provavelmente será aplicado indistintamente pelos magistrados. Mas não constitui norma jurídica, o que admite a inaplicabilidade.

Tal assertiva, embora não tenha força de lei, é contrária ao próprio modelo processual que tem como um dos objetivos a colaboração entre as partes e, sempre que possível, o já mencionado negócio jurídico processual. Somente o acordo vincula as partes e o magistrado, o sinalagma. A parte tem o direito legal de se manifestar sobre o desinteresse em participar da audiência, desde que dentro do prazo e da forma corretos. O aprazamento da audiência correrá por conta do magistrado em obediência à lei e da outra parte que se manifestou no sentido de querer essa audiência.

Para melhor esclarecer, atente-se aos seguintes tópicos:

a) a audiência somente não se realizará se ambas as partes manifestarem seu desinteresse ou se a causa não admitir autocomposição;

b) se o autor manifestou seu interesse, o magistrado apraza a audiência e cita o réu, por força do disposto no item anterior. O aprazamento da audiência se dá antes de o réu participar formalmente da relação processual, antes da citação;

c) se a audiência já está aprazada e o réu será multado de qualquer forma em caso de não comparecimento, por que o réu possui a faculdade de se manifestar pelo desinteresse em até dez dias antes da audiência? Qual a função dessa manifestação?

d) em derradeiro complemento ao item anterior, se, realizada a audiência, inicia o prazo para o oferecimento da contestação e, em caso de peticionamento pelo cancelamento da audiência até 10 dias antes da audiência, o *dies a quo* passa o ser do protocolo desse peticionamento¹⁸¹, a única função dessa peça processual seria antecipar o início do prazo para a contestação. Absolutamente nenhum outro efeito surgiria dessa peça;

e) por fim, se a lei faculta ao réu a manifestação expressa pelo desinteresse dentro do prazo e na forma estabelecidos, não há por que considerar a ausência do réu como injustificada nos casos de protocolo desse tipo de petição.

O enunciado destoa de toda a lógica procedimental. Afinal, se o réu se manifestar pedindo o cancelamento da audiência em até dez dias antes de sua realização, competirá ao juízo cancelar a audiência, pois são atos incompatíveis, que se excluem. Mais! Mantida a lógica nefasta do enunciado, muito provavelmente a audiência ocorrerá com a contestação do réu já protocolada, e o contencioso totalmente definido, violando o princípio da independência da audiência, pois já litigiosa a coisa e presente o contencioso judicial. Havendo reconvenção, o prazo para a resposta começaria a correr do término dessa audiência, que se realizaria com ânimos belicosos exaltados.

Aplicar o enunciado é o mesmo que transformar em letra morta o direito que o réu tem de não querer a realização da

181. Art. 335, II, do CPC.

audiência de conciliação ou de mediação. Ou dizer que esse peticionamento tem como único efeito antecipar o prazo da contestação sem que ela seja analisada antecipadamente pelo magistrado. E não se pode esquecer também que essa audiência tem um custo, que integra as custas do processo e acaba por ser suportado pelas partes, integrando também a sucumbência ao final.

Obrigado o réu a suportar esse custo, mesmo a lei lhe conferindo a faculdade de manifestar desinteresse, sob pena de incidência de multa é, no mínimo, irrazoável. Sobre a razoabilidade, aliás, Aulis Aarnio disserta de maneira magnificamente adaptável à hipótese apresentada, no sentido de que o razoável tem por base o racional, e que “*el intérprete ‘se mueve’ desde el material básico a la conclusión de manera tal que la conclusión es 1. racionalmente reflexionada y, al mismo tiempo, 2. generalmente aceptable (razonable)*”¹⁸².

O estudo da Teoria do conflito tem por base dois elementos: posição e interesse das partes. A posição é como um sujeito se vê perante o outro, analisando suas vantagens e armas a serem utilizadas durante o conflito. O interesse é o que cada um realmente quer como resultado. A posição constitui um elemento psicológico, totalmente subjetivo, enquanto o interesse, embora privado de subjetividade, tem também um caráter objetivo, focado no resultado almejado. É imprescindível, para a análise dessas premissas, o exemplo apresentado pelo Programa de Negociação de Harvard:

[...] Imagine que você tem duas filhas adolescentes e ao chegar do trabalho vê que elas estão brigando desesperadamente para ver quem fica com a última laranja da casa. Ambas precisam muito da laranja e não há como providenciar outra naquele momento. Qual atitude você tomaria?

A maioria das pessoas responde sem hesitar que o melhor é repartir a laranja ao meio, dando metade para cada filha, como medida de justiça, bom senso

182. AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable** – un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 121.

e equidade. Entretanto, após cada qual pegar a parte que lhe cabe, você observa que uma espreme sua metade para fazer um suco, e a outra utiliza a casca como ingrediente para fazer um doce. Ou seja, ambas deixaram de ganhar com a repartição da laranja. Logo, a decisão mais satisfatória seria descascar a laranja por inteiro, entregar a casca para uma e a polpa para a outra. Para tanto, os interesses das posições trazidas deveriam ser explorados.¹⁸³

Talvez um dos grandes equívocos do CPC/73, no tocante às tentativas de autocomposição, tenha sido a realização de audiência preliminar após o encerramento da fase postulatória no procedimento comum ordinário. Deixar que se instaure o conflito para, então, buscar uma autocomposição é o mesmo que tentar desarmar uma bomba que já explodiu, com o perdão pelo uso da metáfora. Some-se ao fato de que o acordo pode trazer pessoas e matérias que extrapolem os elementos subjetivos e objetivos da ação principal¹⁸⁴, e tem-se uma grande chance de evitar novas ações, no mesmo ou em outros processos a serem iniciados posteriormente.

Uma sentença impositiva, embora deva ser respeitada obrigatoriamente pelas partes, não traz necessariamente a pacificação social pela satisfação pessoal. Ao contrário, normalmente resulta na insatisfação daquele que não teve o seu pedido julgado procedente, bem como daquele em face do qual o pedido da parte adversa tenha sido julgado procedente. O acordo, por sua vez, traz um sentimento de resolução que se soma à satisfação, mesmo que esta não seja plena. Mas, para que seja possível, é importante que o conciliador ou o mediador saibam e, o mais importante, consigam separar posição de interesse.

Uma das grandes ideias do legislador foi criar sistemas de conciliação e de mediação dos quais o magistrado não

183. ALECRIM, Kennedy. A Teoria Geral do Conflito. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (coord.). **MESCs**. Manual de mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33-34.

184. Art. 515, § 2º, do CPC.

participa, e de cujas audiências não se terá registro, exceto na celebração do acordo. Os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada¹⁸⁵, somados à possibilidade de as partes escolherem, de comum acordo, quem presidirá essa audiência¹⁸⁶, são sintomáticos de um problema que sempre assolou as tentativas judiciais de conciliação. A presença do juiz e da peça da contestação no momento da audiência insufla as partes em suas posições, que se preocupam mais em convencê-lo de suas razões do que em buscar o acordo propriamente dito. O real interesse é esquecido.

Um conciliador ou um mediador que tenha experiência e tato na intermediação de conflitos e que, principalmente, não tenha influência sobre o convencimento do magistrado, talvez seja um passo adiante na busca pela autocomposição. É possível que, através dessa mudança, o Poder Judiciário fomente o que se pode realmente chamar de justa composição da lide.

5.3 Fundamentação das decisões

Absolutamente todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, seja em razão da previsão constitucional expressa no inciso IX, do art. 93, seja em razão da previsão expressa da lei processual, em seu art. 11. Para se auferir a aplicabilidade da norma, deve-se ter em consideração que, “[...] quando um ato de impulso proferido pelo juiz prejudicar a parte, o ato concreto extraído desse despacho extrapola os seus limites e passa à categoria de decisão interlocutória [...]. Ou seja: **prevalece o conteúdo do ato sobre a instrumentalidade da forma**”¹⁸⁷.

185. Expressamente previstos no art. 166, do CPC.

186. Art. 168, do CPC.

187. LOVATO, Luiz Gustavo. **Curso de processo civil**. Meios de Impugnação das Decisões Judiciais, Vol. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 17.

Para a compreensão da importância dessas premissas para o processo, é importante ter em mente que o magistrado poderá praticar atos decisórios variados, com efeitos variados no processo, como:

a) decisão interlocutória simples, como aquela que distribui o ônus da prova;

b) decisão interlocutória antecipatória do mérito da demanda, capaz de se estabilizar e, com isso, surtir seus efeitos como se coisa julgada fosse (mesmo não o sendo);

c) atos mandamentais, que constituem um misto de ato de conhecimento e executivo, como a cautelar de sequestro;

d) atos executivos, como a expedição do mandado de prisão do devedor de alimentos na mesma decisão que rejeita a justificativa de impossibilidade de pagamento apresentada na defesa;

d) decisão parcial, com ou sem mérito, no curso do processo em sua fase de conhecimento;

e) sentença que encerra a fase de conhecimento do procedimento comum, resolvendo ou não o mérito da demanda, ou mesmo o processo como um todo, com ou sem mérito; e

f) acórdãos proferidos pelos tribunais.

Absolutamente todos os atos elencados possuem conteúdo decisório e devem ser fundamentados, sob pena de nulidade absoluta. Essa fundamentação não é apenas um elemento formal a ser obedecido pelo magistrado, mas é um elemento limitador da atuação dos demais sujeitos no processo, como as partes, o Ministério Público e os terceiros intervenientes. Há uma relação entre a fundamentação da sentença e o procedimento que resulta da necessidade de participação e colaboração de todos os sujeitos, desde o início da fase postulatória.

Primeiramente, as partes têm o dever legal de apresentarem as fundamentações de direito que sustentam a sua defesa. O autor na inicial¹⁸⁸, e o réu em sua defesa de mérito¹⁸⁹. Com isso, as partes definem o objeto da demanda. O juiz,

188. Art. 319, III, do CPC.

189. Art. 336, do CPC.

inicialmente, não está vinculado a essas fundamentações, podendo decidir sustentado em elementos diversos, mas somente até o saneamento.

O saneamento é o momento processual em que ocorrerá a estabilidade objetiva da demanda, em que pedidos e causas de pedir serão definidos em caráter definitivo até o encerramento da fase de conhecimento e por toda a fase recursal. Para que ocorra o saneamento e o conseqüente ordenamento da fase instrutória, o juiz deverá, sem escusas ou faculdades (por se tratar de norma cogente): resolver as questões processuais pendentes, se houver; delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento¹⁹⁰.

Ao fazer isso, o magistrado delimita tudo o que poderá ser arguido doravante pelas partes, impedindo, inclusive, que inovem em suas teses jurídicas. As partes, diante dessa decisão saneadora, poderão realizar o negócio jurídico processual, delimitando as questões de direito que desejam controverter, vinculando a si e ao magistrado, que terá nesse consenso o foco a ser adotado na fundamentação da sentença¹⁹¹. A estabilidade objetiva é, portanto, elemento limitador da fundamentação da sentença, definindo o seu objeto, e compete ao magistrado caprichar na decisão saneadora para evitar aborrecimentos no momento da prolação da sentença.

Caso o magistrado tenha suprimido alguma dessas teses de direito apresentadas pelas partes na fase postulatória, caberá pedido de esclarecimento, cujo efeito integrativo fará com que o magistrado supra tal omissão e vincule a si próprio no momento da fundamentação da sentença¹⁹². Se as teses não foram apresentadas, não haverá omissão a ser sanada; daí a importância de se fazer uma análise sistemática

190. Art. 357, do CPC.

191. Art. 357, § 2º, do CPC.

192. Art. 357, § 1º, do CPC.

do procedimento: todas as teses jurídicas apresentadas na fase postulatória deverão ser analisadas no saneamento e serão o foco da fundamentação da sentença. Aquelas não apresentadas ou não acrescidas pelo magistrado no saneamento não poderão ser posteriormente arguidas, exceto se a questão for de ordem pública ou se houver referência a fatos novos. Esse sistema acaba com a possibilidade de prequestionamento em embargos de declaração interposto em face de sentença ou acórdão, sem que tenha havido menção anterior no processo.

Essa relação entre o saneamento, com a possibilidade de pedido de esclarecimento e integração pelas partes, e a sentença faz com que a previsão do § 1º, do art. 489, do CPC, se torne menos assustadora. Um bom saneamento organiza e faz célere todo o processo, pois a carga dessa organização é dividida entre juiz, partes, terceiros intervenientes e Ministério Público. Esse dispositivo legal traz a previsão de nulidade das decisões por falta de fundamentação sempre que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determi-

nantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento [...].¹⁹³

Como dito anteriormente, o modelo processual brasileiro adota elementos da teoria unitária do ordenamento jurídico, e as decisões judiciais passam a ser fontes formais de direito, especialmente quando a finalidade for a fundamentação da decisão, conforme já elucidado. O juiz não saneará o feito, mas julgará de plano pela improcedência do pedido sempre que alguma das questões de direito veiculadas pelos sujeitos processuais estiver em contrariedade a:

a) decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

b) os enunciados de súmula vinculante;

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

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

e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados¹⁹⁴.

Há, porém, um questionamento: nessas hipóteses, o magistrado é obrigado ou facultado a julgar consoante o entendimento consolidado no precedente? A leitura do artigo não pode ser isolada ou parcial e, se no rol se encontra a súmula vinculante¹⁹⁵, o *caput* traz uma norma cogente

193. Art. 489, do CPC.

194. Rol extraído do texto legal do art. 927, do CPC.

195. O efeito vinculante, previsto expressamente no art. 103-A da CRFB, traz a seguinte previsão no seu § 4º: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

aplicável a todo o artigo. “Trata-se de dispositivo que está harmonizado com os precedentes vinculativos que o novo estatuto constrói como forma de garantir a higidez e a aderência aos pronunciamentos judiciais proferidos pelas instâncias extravagantes”.¹⁹⁶

Qualquer fundamentação jurídica contrária a esses precedentes, arguida pelas partes, poderá ser excluída já no saneamento e, se toda a causa de pedir for embasada exclusivamente nela, o juiz poderá julgar de imediato, após ouvir a parte contrária, consoante se extrai do disposto no art. 10 do CPC. Um bom saneamento passa a ser o momento principal de todo o procedimento comum, evitando expedientes inúteis e inovações teóricas cujo resultado é a interposição de recursos infundados.

É claro que, se houver a criação de um novo precedente após o saneamento, o magistrado o seguirá, ignorando a delimitação definida no saneamento, por questão de respeito à supremacia da ordem pública. Afinal, esses precedentes possuem um efeito vinculativo, típico das fontes formais de direito.

5.4 Julgamento antecipado parcial do mérito

Na esteira dos estudos da teoria da ação, e sua distinção com o processo, o CPC traz a previsão da divisão da sentença em capítulos. Embora o conceito não encontre respaldo unânime, o CPC autorizou, nos arts. 354 e 356, a prolação de decisões definitivas que resolvam parcialmente o mérito. A grande discussão pode residir em torno do conteúdo, da forma e da natureza jurídica dessas decisões, que são qualificadas pela doutrina como decisões interlocutórias e, pelo STJ, às vezes como sentenças parciais¹⁹⁷ e, às vezes, como decisões interlocutórias.

196. MACEDO, Elaine Harzheim. Anotações aos artigos 926 a 928. In: MACEDO, Elaine Harzheim; MIGLIAVACCA, Carolina Moraes (coord.-geral). **Novo código de processo civil anotado/OAB**. Porto Alegre: OAB RS, 2015, p. 694.

197. Expressão utilizada em REsp 1281978 / RS. STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cuêva, DJe 20.05.2015; e REsp 1519041 / RJ. STJ, 3ª

Para elucidar a questão, inicialmente deve se considerar o conceito de sentença insculpido no CPC, segundo o qual “ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.¹⁹⁸ Para tanto, deve-se considerar os seguintes elementos:

a) cada procedimento especial definirá quantas sentenças serão admitidas no processamento da causa, em previsão legal específica;

b) no procedimento comum, sentença é o ato decisório do juiz que, com ou sem resolver o mérito, encerra a fase cognitiva do procedimento comum;

c) por fim, sentença também é o ato do juiz que encerra a execução.

Provimentos jurisdicionais de conteúdo decisório proferidos por juízes de primeiro grau, portanto, ou são sentenças (e se enquadram no conceito anteriormente descrito), ou são decisões interlocutórias, que possuem uma característica residual. Com tal entendimento, deve-se, inicialmente, manter o foco no conceito de sentença, a qual pode se classificar como terminativa ou processual (o juiz aplica o art. 485, do CPC), ou definitiva ou de mérito (o juiz aplica o art. 487, do CPC).

Essa definitividade é uma característica da sentença que não é comum às decisões interlocutórias, pois dela resulta a coisa julgada material. Enquanto a sentença de mérito, ao transitar em julgado, faz coisa julgada material e torna indiscutível o dispositivo julgado pela via processual, a decisão interlocutória está sujeita à simples preclusão, sem condições de fazer coisa julgada material pois nasce com caráter provisório. E assim o legislador previu expressamente.

Trazendo os dispositivos legais mencionados, tem-se a vinculação do instituto da coisa julgada exclusivamente às

Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 11.09.2015.

198. Art. 203, § 1º, do CPC.

sentenças no art. 506, segundo o qual “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.” Já em relação à decisão interlocutória, se tem como previsão expressa a não incidência do efeito da coisa julgada justamente em razão do seu caráter provisório no art. 304, § 6º, segundo o qual “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.”

Veja-se que, mesmo ocorrendo a estabilização da tutela provisória e a decadência em relação ao prazo para a propositura da ação revocatória, ela permanece sendo uma decisão interlocutória, e a sentença proferida neste processo será meramente terminativa. Ou seja, o juiz não julga o mérito em caráter definitivo, confirmando por sentença a tutela provisória concedida¹⁹⁹, mas apenas mantém a tutela provisória a surtir seus efeitos e, então, profere sentença terminativa.

A definição legal de sentença é suficiente para que se faça uma distinção entre esse instituto e o da decisão interlocutória. Afinal, tanto a sentença como a decisão interlocutória poderão versar sobre mérito, consoante se extrai da antecipação de tutela. Porém, somente a sentença terá caráter terminativo ou definitivo, já que, nas decisões interlocutórias, ou o magistrado julga procedente o que foi pedido ou não o faz, sem que haja qualquer caráter terminativo.

É importante frisar que as decisões que julgam antecipadamente parte do mérito em caráter definitivo transitam em julgado no momento processual em que são proferidas, caso não haja a interposição do recurso de agravo de instrumento. Esse trânsito em julgado em capítulos é corroborado pela previsão legal para a propositura de ação rescisória²⁰⁰, e também é consenso na doutrina. Se a rescisão da sentença pode ser feita em capítulos, a sua prolação também o pode, afinal, não admitir isso é não admitir que, em rescisória

199. Art. 304, § 1º, do CPC.

200. Arts. 966, § 3º, e 975, *caput*, do CPC.

parcial, se conceda tutela parcial que resolva novamente um ou alguns dos pedidos relativos aos capítulos rescindendos.

Segundo Medina²⁰¹, a decisão que julga parte dos pedidos não é sentença, mas decisão interlocutória, porque “sentença, no regime do CPC/2015 (e de modo diferente, portanto, do previsto no CPC/1973), é apenas a decisão que põe fim ao processo, no sentido do § 1º do art. 203 do CPC”, e que não há que se falar em sentença parcial, pois, “como algum(ns) do(s) pedido(s), ou parcela dele(s) restara(m) sem julgamento, prossegue-se o procedimento até que se chegue à sentença, que julgará todos os pedidos (decisão global) ou o último deles (porque, daí, tal decisão será final”. Em sentido semelhante, Didier Jr. diz que “sentença, no procedimento comum ou nos procedimentos especiais, é o pronunciamento do juízo singular que encerra uma fase do processo, seja ela cognitiva ou executiva”²⁰².

Como exaustivamente apresentado neste livro, processo e procedimento são institutos distintos, e o conceito legal de sentença, em absolutamente nenhum momento, utiliza a expressão processo. Sentença é ato que põe fim à fase de conhecimento do procedimento comum e, em relação ao pedido julgado com base no art. 356, do CPC, essa fase de conhecimento se encerrou, cabendo, após o trânsito em julgado, o cumprimento da sentença. Tudo isso ocorre simultaneamente ao desenvolvimento da fase de conhecimento relativa ao(s) pedido(s) ainda não julgado, que serão objeto de sentença posterior, sem que se possa rever o objeto da causa relativo ao pedido já julgado de forma parcial.

Outros dois pontos se destacam no tema:

a) por transitarem em julgado no momento processual em que são proferidas, tais decisões não podem ser revistas na sentença final, que encerrar a fase de conhecimento do

201. MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 630.

202. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. Vol. 2. 11. Ed. Salvador: Ed. Juspodium, 2016, p. 313-314.

processo como um todo. Se tal julgamento parcial for proferida em face da Fazenda Pública, estará sujeita à remessa necessária neste momento processual? Sim, por óbvio. Não há alternativa, pois, ou é revista antes do trânsito em julgado, ou não poderá mais o ser. E a remessa necessária é aplicável exclusivamente às sentenças²⁰³;

b) um efeito exclusivo da sentença é a sucumbência, não aplicável às decisões interlocutórias,²⁰⁴. Se a decisão parcial for decisão interlocutória, não poderá prever a sucumbência nem no momento que é proferida, nem sequer na sentença final. O que não se cogita, já que haverá decisão definitiva ou terminativa, com conteúdo de sentença.

Como visto, a previsão legal dessas decisões está absolutamente de acordo com a adoção da já mencionada Teoria Quinária da Ação, propagada por Pontes de Miranda. Ações são constituídas por partes, causa de pedir e pedido, individualmente considerados, e podem dar ensejo à concessão de tutelas também individualmente consideradas. Admitir isso é dar unicidade e sistematicidade à estrutura do CPC.

203. Art. 496, do CPC.

204. Art. 82, § 2º e 85, *caput*, do CPC.

CAPÍTULO 6

ELEMENTOS DA PARTE GERAL DO CPC

Após apresentar os temas concernentes à Teoria Geral do Processo, que se aplicam ao novo modelo processual brasileiro, passa-se à análise pontual de institutos que compõem a Parte Geral do CPC. Para tanto, é importante ressaltar que todos esses institutos e elementos se aplicam à Parte Especial, que trata dos procedimentos.

6.1 Pressupostos processuais

Os atos processuais se sujeitam a três planos: o de existência, o de validade e o de eficácia. Esses planos são interdependentes, e, na ordem apresentada, constituem requisitos formais. Ou seja, o ato precisa existir para ser considerado válido, e precisa ser válido para produzir efeitos. Não se pula ou suprime etapa.

Os pressupostos processuais são os elementos de constituição (existência) e de desenvolvimento válido (validade) do processo. É a função da autuação dos atos processuais, segundo a qual, o que não está nos autos, não é do processo. Moacyr Amaral dos Santos apresenta um breve quadro dos pressupostos processuais:

I – referentes ao juiz:

- a) que se trate de órgão estatal investido de jurisdição;
- b) que o juiz tenha competência originária ou adquirida;
- c) que o juiz seja imparcial.

II – referentes às partes:

- a) que tenham capacidade de ser parte [o que não se confunde com legitimidade];
- b) que tenham capacidade processual;
- c) que tenham capacidade de postular em juízo.

Os requisitos objetivos são de duas ordens (Galeno Lacerda):

- a) uns, extrínsecos à relação processual e dizem respeito à inexistência de fatos impeditivos [como a preempção, a litispendência ou a coisa julgada];
- b) outros, intrínsecos à relação processual e dizem respeito à subordinação do procedimento às normas legais.²⁰⁵

Pode-se concluir que os pressupostos processuais podem ser de existência, validade e eficácia, em uma primeira classificação; e subjetivos e objetivos, em uma segunda. Se afetarem a existência do ato, ele sequer será considerado jurisdicional. Um exemplo é a sentença arbitral sem que haja uma convenção de arbitragem prévia. Por se tratar de exercício de jurisdição privada, a arbitragem somente existe mediante convenção específica; é ato formal. A ausência da convenção faz com que eventual sentença arbitral sequer exista como tal, mesmo existindo materialmente.

Já em relação ao plano de validade, este pressupõe ato processual existente, mas que é nulo, relativa ou absolutamente. Deve-se considerar, sempre, que não existem atos processuais anuláveis, sendo esta uma característica dos atos materiais. Mesmo o negócio jurídico processual, que possui nomenclatura e natureza jurídica de pacto, constitui instituto de ordem pública, por se referir a questão processual ou procedimental. Tanto que ao magistrado cabe conferir-lhe ou não validade²⁰⁶. É um negócio praticado entre todos os sujeitos do processo, e não apenas entre partes.

205. SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. Processo de Conhecimento. Vol. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 334.

206. Art. 190, parágrafo único, do CPC.

Sempre que o pressuposto processual estiver ausente, o ato processual estará contaminando, e assim estarão contaminados os atos subsequentes. Diante dessa situação, serão três os caminhos a serem tomados no processo:

a) o reconhecimento da nulidade processual depende da comprovação de prejuízo para a parte que o alega²⁰⁷, podendo o magistrado, diante de uma nulidade processual evidente, não a reconhecer, se não ficar evidenciado o prejuízo;

b) o magistrado poderá reconhecer a nulidade do ato e determinar a sua repetição, sem que isso tenha resultado na contaminação dos atos subsequentes, o que demanda simples ratificação desses atos; e

c) o magistrado poderá reconhecer a nulidade do ato e reconhecer a contaminação dos atos subsequentes, o que faz retroagir a marcha processual e determina o refazimento do ato nulo e de todos os atos subsequentes.

Mas existem situações peculiares no processo, em que o reconhecimento da nulidade, mesmo absoluta, estará sujeita à preclusão. Um exemplo é a cláusula contratual de eleição de foro. A cláusula, em si, é ato material e não processual, mas seus efeitos são evidentemente processuais. Com o reconhecimento da nulidade da cláusula, o juízo, por consequência, será incompetente. Mas essa incompetência, para estar sujeita à preclusão, deverá ser relativa, vinculada ao interesse das partes.

Qualquer cláusula contratual que verse sobre negócio jurídico processual somente terá validade se versar sobre direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação. Sob esse aspecto, uma cláusula de eleição de foro que tenha por previsão foro diverso daquele para o qual a lei prevê competência absoluta, será nula e não estará sujeita à preclusão no processo. Um exemplo é a previsão contratual em promessa de compra e venda de imóvel segundo a qual eventual necessidade de imissão na posse do imóvel adquirido deva ser proposta em foro diverso da situação da

207. Art. 282, § 1º, do CPC.

coisa. Essa competência decorre da lei²⁰⁸, obedece a critérios funcionais e não é disponível às partes.

Mas, se o critério para a fixação da competência for desvinculado do interesse público, como acontece na cobrança de dívidas pecuniárias entre particulares, a competência será, de regra, relativa²⁰⁹. Eventual nulidade de cláusula de eleição de foro somente poderá ser reconhecida de ofício pelo magistrado até a efetivação da citação do réu. Citado o réu, consolida-se a preclusão *pro judicato*, e a nulidade deverá ser arguida em preliminar de mérito da contestação²¹⁰, sob pena de preclusão para a parte, o que gerará a prorrogação e a perpetuação da competência.

6.2 Kompetenz kompetenz

A competência constitui um tema bastante complexo no estudo do processo civil. Muitos conceitos caíram ao longo dos anos, tanto em razão da evolução da ciência do processo, como em razão da sua total impertinência. Talvez o conceito mais equivocado seja o de que a competência é o limite, a medida da jurisdição. Esse conceito, muito difundido na doutrina clássica brasileira, tem suas origens no direito italiano, base para a elaboração do anteprojeto que se tornou o Código de Processo Civil de 1973²¹¹.

A jurisdição brasileira contemporânea há muito não comunga desse conceito. Isso porque, considerar que a competência é a medida, o limite da jurisdição, é admitir que, fora de sua competência, o magistrado não exerce jurisdição. Mas exerce.

Primeiramente, tem-se uma fuga desse conceito equivocado já no *caput* do art. 240 do CPC, segundo o qual “a citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente,

208. Art. 47, § 2º, do CPC.

209. Art. 781, do CPC.

210. Art. 63, do CPC.

211. Por todos: CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Vol. 1. Campinas: Servanda, 1999, p. 257. Segundo o autor, competência é o “limite à potestade” de cada órgão jurisdicional.

[...]”. Ora, se a competência fosse o limite da jurisdição, a citação ordenada por juízo incompetente não poderia ser reputada válida, já que o ato que defere a inicial e determina a citação do réu possui conteúdo decisório, assim como o ato que a indefere.

No Brasil, já antes da vigência do CPC/15, foi adotado o princípio da *kompetenz kompetenz*, segundo o qual não existe incompetência absoluta, pois, mesmo o juízo absolutamente incompetente terá competência para reconhecer a própria incompetência. E esse reconhecimento pressupõe um ato processual de conteúdo decisório. Por exemplo, nas hipóteses em que houver competência do juízo arbitral, e a causa for submetida ao Poder Judiciário, o magistrado extinguirá o processo sem resolução do mérito, proferindo sentença terminativa²¹². É preciso exercer validamente a jurisdição para proferir uma sentença.

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Por conseguinte, na execução lastreada em contrato com cláusula arbitral, haverá limitação material do seu objeto de apreciação pelo magistrado: o Juízo estatal não deterá competência para resolver as controvérsias que digam respeito ao mérito dos embargos, às questões atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e às matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (*kompetenz kompetenz*), que deverão ser dirimidas pela via arbitral.²¹³

A competência é aptidão legal e constitucional para a prática de atos jurisdicionais. Estar apto é diferente de estar limitado, pois, enquanto a primeira característica é positiva, a segunda é negativa. Araken de Assis define a competência como a “esfera concreta de atuação do órgão judiciário”²¹⁴,

212. Art. 485, VII, do CPC.

213. Informativo nº. 0699, de 07.06.2021. REsp 1.481.644-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 01/06/2021.

214. ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Fundamentos e distribuição de conflitos**. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

o que bem define o conceito. O princípio constitucional que veda o juízo ou tribunal de exceção tem, por primeiro critério, a atuação de um juízo competente, um juízo para o qual o processo foi distribuído pelas vias constitucionais de competência.

6.3 Honorários advocatícios

Um tema que ganhou bastante relevância no CPC/15 é o do pagamento das custas e dos honorários advocatícios. Os honorários do processo pertencem ao advogado, e isso já era assente na Lei nº. 8.906/94, em seu art. 23. Essa assertiva foi confirmada em definitivo no art. 85 do CPC/15.

Existem três modalidades de honorários:

1) honorários contratuais: podem ser oriundos do contrato de prestação de serviços celebrado entre o advogado e seu cliente, ou de cláusula penal de contrato, que tem por base o art. 389 do CC;

2) honorários de sucumbência: aplicável às ações de conhecimento, são fruto da condenação do vencido, chamado também de efeito secundário da sentença;

3) honorários por arbitramento: são honorários fixados pelo magistrado com base em previsão legal específica, como, por exemplo, os honorários fixados ao despachar a inicial executiva²¹⁵.

Os honorários sucumbenciais, assim como os arbitrados, pertencerão ao advogado, pois assim dispõe a lei. A questão que exsurge diz respeito aos honorários contratuais. Afinal, estariam estes incluídos nas custas processuais do art. 82, do CPC?

A resposta é não. Honorários de natureza contratual não estão incluídos nas custas processuais, e não integram a sucumbência, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça²¹⁶. Esses honorários, apesar de terem sido pagos pelo vencedor para a propositura da demanda, ou pelo réu para

2016, p. 1033.

215. Art. 827, do CPC.

216. Informativo nº. 0636, de 23.11.2018.

a defesa de direitos, constituem um gasto necessário para a atuação jurisdicional, mas que não se enquadra no conceito de custas. Seriam esses honorários, então, irrepetíveis?

Para tanto, deve-se considerar as duas modalidades de honorários contratuais apresentadas anteriormente. Os honorários decorrentes da contratação do advogado para a representação em juízo são, de regra, irrepetíveis. Porém, os honorários advocatícios constantes na cláusula penal podem ser cobrados, como questão de mérito ou, nas execuções, em razão da certeza e liquidez da obrigação.

Isso se explica, porque a contratação do advogado para representação em juízo é ato de vontade exclusiva do contratante. Se este quer contratar um advogado que cobra caro ou barato, é escolha sua. Mas os honorários da cláusula penal estarão sempre vinculados ao valor da dívida, o que torna a sua cobrança razoável. Normalmente, a cláusula penal prevê a incidência de multa, juros, correção monetária e honorários advocatícios sobre o montante devido, e é fruto do pacto entre os contratantes. Por isso podem ser cobrados.

Outro ponto importante é a natureza alimentar dos honorários advocatícios, assim reconhecida no próprio art. 85, § 14, e ratificada pela Súmula Vinculante nº. 47, que lhe garante preferência na ordem de pagamento dos precatórios. Mas a execução dos honorários não se confunde com a execução de alimentos. Sob esta ótica, tem-se que, havendo omissão do julgado acerca da sucumbência, a lei permite ao advogado a propositura de ação própria, com o objetivo de ver arbitrados esses honorários, mesmo após o trânsito em julgado da decisão omissa²¹⁷.

A verba honorária está atrelada ao trabalho exercido pelo advogado, devendo o magistrado considerar o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Nesta seara, o legislador permite a redução do valor exigível em determinadas hipóteses:

217. Art. 85, § 18, do CPC.

1) quando, nas execuções, o executado pagar a integralidade da dívida dentro do prazo de 3 dias²¹⁸;

2) quando, na ação monitória, o réu pagar o total da dívida dentro do prazo de 15 dias, ficará isento das custas e pagará 5% a título de honorários²¹⁹;

3) quando, ao arguir a sua ilegitimidade passiva em preliminar de mérito da contestação, o réu nomear ao autor quem é o real legitimado, resultando na sua substituição²²⁰;

4) “se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade”²²¹.

Em todas essas hipóteses a redução da verba honorária tem dupla finalidade. A primeira, é beneficiar o réu que colabora com o processo; e a segunda, remunerar o advogado pelo trabalho exercido com a colaboração daquele que vai pagar os seus honorários.

6.4 Intervenções de terceiro

As intervenções de terceiro constituem modalidade de alteração subjetiva da demanda. Enquanto a petição inicial define quem figura nos polos ativo e passivo, a estabilidade subjetiva dependerá de muitos fatores para acontecer. Tem-se a alteração de parte por ilegitimidade passiva, o litisconsórcio necessário, a reconvenção envolvendo terceiro e a intervenção de terceiro²²².

Quando um terceiro intervém na demanda, deve-se considerar a sua pretensão, o seu interesse processual para tanto. Justamente por conta disso, duas intervenções de

218. O legislador, ao mencionar integralidade da dívida, se referiu ao principal, acrescido das custas e dos honorários. Não faria sentido autorizar a redução da verba honorária para o executado que paga o principal, mas deixa a execução continuar em relação às custas e aos honorários. Essa previsão está presente no art. 827, § 1º, do CPC.

219. Art. 701, do CPC.

220. Art. 338, do CPC.

221. Art. 90, § 4º, do CPC.

222. Previstos, respectivamente, nos arts. 338, 339, 115 e 343, §§ 3º e 4º, do CPC.

terceiro do CPC/73 perderam esse *status*: a oposição, que passou a ser modalidade própria de ação, que tramita por meio de procedimento especial de jurisdição contenciosa, e a nomeação à autoria, que, apesar de existir exatamente como era antes, admite a alteração subjetiva por meio da troca da pessoa que figura no polo passivo, o que lhe retira a característica de intervenção de terceiro.

A intervenção de terceiro deve obedecer a algumas classificações:

1) em razão da sua natureza, pode ser ação, quando o magistrado precisa resolver, na intervenção, pretensão própria do interveniente, ou incidente, quando a decisão sobre a intervenção de terceiro não atingir mérito;

2) em relação ao momento, pode ser inicial, quando requerida na petição que inaugura o processo, ou ulterior;

3) em relação à participação do terceiro, pode ser simples ou litisconsorcial.

A lei prevê as seguintes modalidades de intervenção de terceiro:

a) assistência: pode ser simples ou litisconsorcial, instaura-se na forma de incidente, e, em caso de omissão do assistido, o assistente atuará como seu substituto processual;

b) denunciação da lide: é modalidade de ação, e, como intervenção de terceiro, é litisconsorcial *sui generis*, já que o terceiro, mesmo compartilhando o polo passivo da demanda com o réu, aduz pretensão própria, a fim de garantir, nos próprios autos, o seu direito de regresso;

c) chamamento ao processo: é incidente e litisconsorcial. Apesar de haver direito de regresso, o interveniente não vem ao processo defender pretensão exclusivamente sua, mas a defesa é compartilhada com o seu devedor solidário ou sub-rogado;

d) descon sideração da personalidade jurídica: um incidente litisconsorcial, que tem por objetivo descon siderar os limites de responsabilidade previstos expressamente no contrato social consolidado. Apesar de muito parecidos, é

importante não confundir a desconsideração da personalidade jurídica com a fraude à execução;

e) *amicus curiae*: incidente na modalidade simples. Um dos principais pontos do instituto está na irrecorribilidade da decisão que aceita ou que determina a sua participação no processo.

Dessas modalidades de intervenção, a desconsideração da personalidade jurídica apresenta inúmeras peculiaridades que merecem um capítulo à parte. Em apertadíssima síntese, pode-se pontuar que o magistrado, ao julgar o incidente, deverá modular a sua decisão, a fim de atingir apenas aqueles que possuem poder de administração ou que se locupletaram com o ato de confusão patrimonial ou desvio da atividade fim.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos sistemas processuais e modelos processuais apresentada neste texto não pode ser feita de maneira pura, isolada ou de forma meramente acadêmica. O estudo da correlação entre modelo processual e sistema processual demanda uma dose de empirismo típica das disciplinas dogmáticas, como são as da Teoria Geral do Processo e a do Processo Civil. E uma ruptura de modelo, de paradigma, apenas na elaboração de um novo CPC, é pouco para corrigir erros históricos, como demonstra o próprio *codex*, que foi alterado antes mesmo de entrar em vigor.

A teoria dualista do ordenamento jurídico, adotada nos modelos processuais anteriores, mostrou-se absurdamente falha para os padrões judiciários nacionais. O livre convencimento motivado resultou em distorções incalculáveis em nível nacional. Juízos diferentes (e às vezes o mesmo juízo) passaram a aplicar a norma a casos idênticos de maneira tão díspar a ponto de amplificar a sensação de injustiça e minimizar a segurança jurídica.

Por uma mesma situação danosa, chegou-se a registrar decisões que a consideraram um mero dissabor até decisões que condenaram a ré ao pagamento de mais de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). Qual o critério da discrepância? Nunca uma norma foi tão correta como a que prevê que “mais vale um juiz bom e prudente que uma lei boa. Com um juiz mau e injusto, uma lei boa de nada serve, porque ele a verga e a torna injusta a seu modo”²²³. E o mesmo se aplica aos advogados, que devem mudar a cultura da chicana, da aventura judicial, que abarrota o Poder Judiciário com expedientes inúteis na busca pelo enriquecimento do seu cliente, por vezes sem causa.

O livre convencimento continua existindo, mas foi reduzido à análise da prova e aos casos de decisões para as quais

223. Código Geral da Suécia, de 1734.

não exista precedente. Essa verticalização dos entendimentos judiciais tem um forte apelo na *common law*, exceto pelo fato de os precedentes nacionais não se enquadrarem nos preceitos do modelo anglo-saxão. A própria corte suprema, responsável pela criação dos precedentes daqueles países, não tem correspondente no Brasil. Mais, o sistema processual brasileiro que realizará a criação de precedentes o faz de maneira estratificada, difusa, permitindo tanto ao STF, como aos STJ, TJs e TRFs essa atividade.

Pode-se concluir que o Brasil adotou um modelo processual misto, que traz alguns elementos da *common law* e outros da teoria unitária do ordenamento jurídico. Essa ruptura só não foi completa com o modelo anterior porque todo o sistema processual brasileiro, que engloba tanto o Poder Judiciário, a advocacia e o Ministério Público, como as normas que regem diretamente ou indiretamente o processo estão calcadas na *civil law*. Repita-se: de nada adianta mudar apenas o modelo processual adotado pelo CPC e vê-lo incompatível com todo o sistema processual pátrio.

Mais do que uma ruptura legislativa, o modelo adotado pelo CPC deverá alterar toda a cultura judiciária. Tanto os magistrados deverão mudar sua forma de ver o processo, como os advogados e promotores deverão adaptar as suas condutas para um modelo mais enxuto e menos liberal, em que a colaboração das partes se tornou fundamental. O processo se torna caro e técnico, e somente valerá tal pena se as partes realmente tiverem dúvidas acerca do seu resultado.

A certeza e a segurança jurídicas trazidas pela vinculação dos precedentes torna muito mais eficaz a atuação extrajudicial na busca da autocomposição. Mesmo se as partes chegarem a ponto de buscar o Poder Judiciário para resolver o litígio, ainda existirá a chance de evitar o contencioso e a instrução e a sentença do feito, desde que se trabalhe com seriedade e profissionalismo nos sistemas de conciliação e de mediação.

Talvez um dos agravantes seja o canibalismo praticado pelo Congresso Nacional que, durante a tramitação do

projeto de lei que resultou no CPC, mexeu indiscriminadamente no texto legal, violando muito do que seria um sistema integrado e coeso. A ruptura, porém, depende de elementos diversos; talvez mais culturais do que efetivamente normativos. O Brasil viveu durante muito tempo um sistema processual viciado, que se repete em desacertos por vezes injustificáveis; uma verdadeira praxe viciosa por parte de todos os sujeitos que integram o processo. Se essa cultura não mudar, de nada adiantará um novo modelo processual.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable** – un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALECRIM, Kennedy. A Teoria geral do conflito. In: BOM-FIM, Ana Paula Rocha do e MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (coord.). **MESCs**. Manual de mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: RT, 2001.

ASSIS, Araken de. **O contempt of court no direito brasileiro**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis(4)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 07 mar. 2016.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Fundamentos e distribuição de conflitos**. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOMFIM, Ana Paula Rocha do e MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (coord.). **MESCs**. Manual de mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.

BRASIL. **Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Lei dos Juizados Especiais.** 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm

BRASIL. **Lei 12.153 de 26 de outubro de 2011. Lei dos Juizados da Fazenda Pública.** 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12513.htm

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil.** Vol. 4. Tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** Vol. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil.** Vol. 1. Campinas: Servanda, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil.** 4. ed. Buenos Aires: Bdef, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

DIDIER JR., Fredie. **Condições da ação e o projeto do novo CPC.** Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/>. Acesso em: 11 mar. 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil.** Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. Vol.2. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 2. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Obrigações, Vol. 2. 8. ed. Salvador: JusPodium, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Juízo de valor e cientificidade da hermenêutica jurídica no pensamento de Miguel Reale. In: ZILLES, Urbano (coord.); PAIM, Antônio; DE BONI, Luis Alberto e MACEDO, Ubiratan Borges de. **Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens**. Berlín, Springer, 1925. Prof. Dr. Burkhard Hess (translation). Disponível em: http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/institute/Goldschmidt_DerProzess_als_Rechtslage_final.pdf. Acesso em: 26 fev. 2016.

LACERDA, Galeno Velhino. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990.

LAMY, Eduardo de Avelar e RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Curso de processo civil, de acordo com o novo CPC**. Teoria Geral do Processo. Vol. 1. São Paulo: Conceito, 2011.

LOVATO, Luiz Gustavo. **Contratos eletrônicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOVATO, Luiz Gustavo. **Curso de processo civil**. Teoria Geral do Processo, Vol I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, no prelo.

LOVATO, Luiz Gustavo. **Curso de processo civil**. Tutelas provisórias, Juizados Especiais e Procedimento comum. Vol. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LOVATO, Luiz Gustavo. **Curso de processo civil**. Execuções. Vol. 5. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LOVATO, Luiz Gustavo. **Curso de processo civil**. Meios de Impugnação das Decisões Judiciais. Vol. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MACEDO, Elaine Harzheim. Anotações aos artigos 926 a 928. In: MACEDO, Elaine Harzheim e MIGLIAVACCA, Carolina Moraes (coord.-geral). **Novo código de processo civil anotado/ OAB**. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

MACEDO, Elaine Harzheim e MIGLIAVACCA, Carolina Moraes (coord.-geral). **Novo código de processo civil anotado/ OAB**. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHARDT, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. Vol. 1. Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Teoria geral do processo. In: CAVALCANTI, André Cleófas Uchôa; ARAUJO, Luis Carlos de (coord.). **Coleção programa de processo**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo I – Ação, classificação e eficácia. São Paulo: RT, 1970.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo II – Ações declarativas. São Paulo: RT, 1970.

PILATI, José Isaac (trad.). **Digesto de justiniano**. Livro segundo: jurisdição. Florianópolis: UFSC, 2015.

PINHO, Humberto, Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Revista Consultor Jurídico. **Ministros de STF e STJ criticam mudança no juízo de admissibilidade do novo CPC**.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-20/ministros-stf-stj-criticam-mudanca-juizo-admissibilidade>. Acesso em: 07 mar. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. Processo de Conhecimento. Vol 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TETLEY, William. **Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded)**. Disponível em: [ttp://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1999-3-tetley1-e.pdf](http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1999-3-tetley1-e.pdf). Acesso em: 15 fev. 2016.

ZILLES, Urbano (coord.) e PAIM, Antônio; DE BONI, Luis Alberto e MACEDO, Ubiratan Borges de. **Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

Composto com a família tipográfica Adobe Garamond Pro.

Miolo impresso em papel Pólen Soft 80g^{m2}.

Capa impressa em papel Tripléx 300g^{m2}.