

REVISTA JURÍDICA

Eletrônica

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo | Edição nº1 | Dez 2017 / Jan 2018

PROCESSO CIVIL

ARTIGOS SELECIONADOS

REVISTA
JURÍDICA
Eletrônica

**PROCESSO
CIVIL**

ARTIGOS SELECIONADOS

O Tribunal de Justiça de São Paulo apresenta a primeira edição da Revista Jurídica Eletrônica. Sinto-me honrado em ter a possibilidade de viabilizar o projeto idealizado para reunir artigos doutrinários, comentários a acórdão e jurisprudência especialmente selecionada sobre as diversas áreas do Direito.

A Revista Jurídica Eletrônica pretende promover, no ambiente do canal próprio do Tribunal de Justiça, a divulgação da produção intelectual dos magistrados, além de contar com valiosa colaboração de autores e professores das principais universidades.

Diante da atividade intelectual desenvolvida pelos magistrados, advogados e representantes do Ministério Público, o projeto considera que a velocidade da comunicação eletrônica contribui para a pesquisa a partir da criação de um periódico bimestral eletrônico que utilizará as facilidades e funcionalidades das tecnologias da informação e comunicação.

Inicialmente, o projeto terá formato de veículo periódico de comunicação eletrônica, maximizando o uso, a visibilidade e a repercussão desta produção no ambiente do Direito, além de contribuir para emprestar suporte técnico nas atividades de pesquisa e colaborar para melhor reflexão e interpretação da norma jurídica.

Nesse primeiro momento, a proposta gravita em torno da seleção e divulgação de artigos da doutrina, em periódico bimestral e temático. Oportunamente, será possível ampliar o conteúdo da revista eletrônica para permitir a publicação da jurisprudência comentada e acórdãos especialmente selecionados, contando com a valiosa atuação do Conselho Editorial que será constituído reunindo magistrados das áreas do Direito Público, Privado e Criminal.

Nesta edição a Revista reúne trabalhos doutrinários sobre o Direito Processual Civil, considerando, para tanto, as recentes inovações do Código de Processo Civil de 2015. As próximas edições versarão sobre as diversas ciências do Direito: Constitucional, Civil, Penal, Processo Penal, Administrativo, Consumidor, Empresarial, Previdenciário, entre outras.

Indiscutivelmente, a criação de canais apropriados no seio do Tribunal para divulgação da produção intelectual dos magistrados e acadêmicos proporciona o fortalecimento do Poder Judiciário na medida que auxilia os operadores do Direito na reflexão e nos debates sobre temas relevantes do nosso cotidiano forense.

Esperamos que esse canal de publicação sirva para a expansão do conhecimento e para o aprimoramento da nossa atividade. O debate, a crítica, a discussão são ingredientes necessários para o enfrentamento das dificuldades da atividade jurisdicional numa sociedade em constante mutação.

Paulo Dimas de Bellis Mascaretti
Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo



REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA

Edição nº1 - Dez 2017 / Jan 2018 - São Paulo - SP

A Revista Jurídica Eletrônica é uma publicação digital bimestral do TJSP que reúne artigos doutrinários, comentários de acórdãos e jurisprudência sobre diversas áreas do Direito.

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti

Autores

Cláudio Augusto Pedrassi
Fernando Antonio Maia da Cunha
Gilson Delgado Miranda
José Maria Câmara Junior
José Manoel De Arruda Alvim Netto
José Roberto dos Santos Bedaque
Milton Paulo De Carvalho
Milton Paulo De Carvalho Filho
Nelson Nery Junior
Olavo de Oliveira Neto
Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira
Paulo Henrique dos Santos Lucon
Sérgio Shimura
Silas Silva Santos
Swarai Cervone de Oliveira
Teresa Arruda Alvim
Vicente de Abreu Amadei

Layout e Diagramação

Daniel Gaiciner Minghin
Jenifer Yoko Takaki
Mario Cesar Silva

Realização

Tribunal de Justiça de São Paulo
Secretaria da Presidência
Diretoria de Comunicação Social

Periodicidade Bimestral

Endereço eletrônico:
issuu.com/revistajuridicaeletronica

ISSN: 2595-0193



O Art. 379, “Caput do CPC - Do direito de não produzir prova contra si próprio <i>Cláudio Augusto Pedrassi</i>	9
Tutela provisória no NCPC: primeiras impressões <i>Fernando Antonio Maia da Cunha Silas Silva Santos</i>	25
A Extinção do Processo de Execução no CPC/15 <i>Gilson Delgado Miranda</i>	57
Qual a interpretação do §2.º do art.357 do CPC? O que significa a delimitação das questões de Direito pelas partes no saneamento do processo? <i>José Maria Câmara Junior</i>	97
Processo e Constituição <i>José Manoel De Arruda Alvim Netto</i>	119
O novo Código de Processo Civil e o contraditório <i>José Roberto dos Santos Bedaque</i>	257
Um processo civil com liberdade <i>Milton Paulo De Carvalho</i>	283
Ainda a apelação sem efeito suspensivo <i>Milton Paulo De Carvalho Filho</i>	297
Juízes e tribunais observarão (CPC 927): Decisões judiciais vinculantes? <i>Nelson Nery Junior</i>	323
Quatro perplexidades decorrentes da estabilização da tutela de urgência <i>Olavo de Oliveira Neto Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira</i>	335
Técnica de julgamento e extinção dos embargos infringentes <i>Paulo Henrique dos Santos Lucon</i>	357
Considerações sobre a expropriação <i>Sérgio Shimura</i>	379
Apontamentos sobre o negócio jurídico processual <i>Swarai Cervone de Oliveira</i>	399
Cada caso comporta uma única solução correta? <i>Teresa Arruda Alvim</i>	419
Uniformização de jurisprudência no novo CPC e os institutos do IRDR e do IAC <i>Vicente de Abreu Amadei</i>	449

O ART. 379,
“CAPUT” DO CPC -
DO DIREITO DE
NÃO PRODUZIR
PROVA CONTRA
SI PRÓPRIO

Cláudio Augusto Pedrassi

CLÁUDIO AUGUSTO PEDRASSI

Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP.

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, atuando na 2ª Câmara de Direito Público.

Professor dos cursos de Pós-Graduação e de Formação de Magistrados da Escola Paulista da Magistratura e Professor de Direito Processual Civil da FACAMP.

1. Passado pouco mais de um ano e meio da vigência do CPC, **lei nº 13.105/15**, publicado no Diário Oficial da União de 17/03/2015, verificou-se que pouca coisa foi modificada no dia-a-dia forense.

O temor inicial por algumas alterações trazidas se mostrou exagerado, sendo importante destacar que o novo código trouxe avanços e alguns equívocos.

Duas questões, no entanto, são importantes; o primeiro ponto de maior relevo é que, infelizmente, não houve ganho na celeridade processual, como se imaginava.

Além disso, o mais lamentável é que, após mais de cinco anos de “gestação” e inúmeras discussões, é forçoso reconhecer que avançamos muito pouco ou quase nada.

Perdemos a oportunidade de conseguir um CPC que pudesse ser mais arrojado e adequado às necessidades forenses; que realmente prestigiasse uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

É certo que o projeto traz alguns avanços, como a ênfase na conciliação e mediação, concentração da matéria de defesa na contestação (art. 337), a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373 § 1º - como regra de condução do processo e não como regra de julgamento), a redução das hipóteses de agravo de instrumento (art. 1.015) e o incidente de demandas repetitivas (art. 976).

Contudo, trouxe problemas, como a questão da contagem dos prazos em dias úteis (os prazos poderiam ser simplesmente ampliados, observada a forma de contagem

anterior, o que não geraria qualquer confusão), a possibilidade do efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário, dentre outras.

Mas talvez um dos equívocos mais relevantes, é a inserção feita no “caput” do art. 379 do CPC, que diz respeito ao direito de não produzir prova contra si.

2. Durante a elaboração do projeto do Código de Processo Civil, inicialmente foi observada, na regulamentação quanto a prova, nas disposições gerais (teoria geral da prova), o **dever** de todos em colaborar na produção de prova, tanto terceiros (testemunhas, por exemplo), como as próprias partes.

O texto do projeto do novo CPC foi aprovado desta forma no Senado (PL 166/10), sendo que na Câmara dos Deputados, quando apresentado o substitutivo (Substitutivo 8.046/10) é que houve a inserção do direito da parte de não produzir prova contra si; como se vê pelo quadro comparativo abaixo da evolução do CPC de 1973, passando pelos projetos, até o texto final:

CPC de 1973	PL 166/10 - Senado	Subst. 8.046/10 - Câmara	CPC 2015
Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte:	Art. 365. Além dos deveres previstos neste Código, compete à parte:	Art. 386. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria , incumbe à parte:	Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria , incumbe à parte:

3. Tal perigosa inserção foi feita no projeto e agora no Código de Processo Civil e diz respeito ao direito de não produzir prova contra si (*nemo tenetur se detegere*).

Note-se que a regra geral, o princípio decorrente do direito à prova, impôs às partes e aos terceiros a regra geral, o devedor de colaborar com a produção das provas.

O código de processo civil, em seu art. 378, coloca que ninguém se exime de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade, e tal dever se estende às partes.

O art. 378 coloca:

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Sobre tal princípio, a doutrina coloca:

“O art. 378 formulou a respectiva diretriz política, estabelecendo que “ninguém” eximir-se-á de colaborar com o juiz para o descobrimento da verdade.

O pronome indefinido usado no art. 379 indica que o dever de cooperação tem extensão universal. Partes e terceiros têm o dever de colaborar para que o juiz, perseguindo a quimérica verdade objetiva, forme o seu convencimento. Chega-se a afirmar, em exagero, que todos se encontram “subjugados” pela jurisdição.

(...)

A colaboração das partes na investigação da verdade para formar as bases do convencimento do juiz a respeito do tema da prova constitui dever, e, não, ônus.

(ASSIS, Araken; “PROCESSO CIVIL BRASILEIRO”, Parte Geral: Institutos Fundamentais; vol. II – tomo II, ed. Revista dos Tribunais, 1ª edição – 2ª tiragem, ed. 2015, pág. 269/270)

4. No entanto, o art. 379 do novo código de processo civil, inovando em relação ao CPC de 1973, coloca:

Art. 379. **Preservado o direito de não produzir prova contra si própria**, incumbe à parte:

I – comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II – colaborar como juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;

III – praticar o ato que lhe for determinado.

Tal direito, “importado” do processo penal, se refere a possibilidade da parte se furtar à atuação da parte contrária e até do Estado, não produzindo, não colaborando e não participando da produção de prova contra si.

Parte da doutrina processual penal sustenta que tal direito também envolve o âmbito não processual, ou seja, ele pode ser exercido no decorrer de uma investigação criminal ou em qualquer outra esfera não penal.

Este direito está previsto no Pacto De São José de Costa Rica (art. 8º, §2º, alínea “g”), bem como na Quinta Emenda da Constituição Americana, que é expressa em colocar que ninguém será obrigado a testemunhar contra si mesmo, **em processo criminal** (no original: *shall be compelled in any **criminal case** to be a witness against himself*).

Evidentemente que tal direito tem todo o sentido no processo penal, onde a polarização da demanda envolve, de um lado, a pretensão persecutória do Estado e de outro, o direito à liberdade do réu, ambos direitos tutelados constitucionalmente.

No entanto, é um erro, um grave equívoco, importar tal situação para o processo civil.

Isto porque, **os direitos envolvidos e tutelados pelo processo civil são extremamente diversos, o processo civil neste aspecto é multifacetário, não se resume, como o processo penal, à polarização de direitos acima citados.**

No processo civil, a perspectiva do processo, a jurisdição, é substitutiva, pois as partes, não conseguindo resolver o conflito de interesses acabam procurando o Judiciário, que substituindo a vontade das partes, definirá o direito.

Como é possível num contexto como este, ainda mais dentro do novo CPC que procura inserir o princípio do diálogo entre as partes e o Juízo, inserir um preceito que dispensa e autoriza a parte a não colaborar com a produção de provas no processo ?

Nunca é demais lembrar que a prova é para o processo e não para a parte. **Permitir que qualquer das partes deliberadamente deixe de colaborar com a produção de provas é o mesmo que autorizá-la a sabotar a prestação jurisdicional.**

As restrições que já existem no CPC , no artigo 385, por exemplo, que permite que a parte não deponha sobre fatos criminosos que lhe foram imputados ou para observar o dever de sigilo, são suficientes para proteger as partes, exatamente para evitar o transbordamento da questão para a órbita penal, onde efetivamente existe o direito de não produzir prova contra si; **não sendo necessária a aparente ampliação dada pelo dispositivo legal, que atinge qualquer situação que possa ser desfavorável à parte.**

Entendemos que tal direito, se interpretado de forma ampla, **seria inconstitucional**, pois ao permitir que uma das partes não colabore na produção de provas, pelo eventual resultado desfavorável da prova, **implicaria em cercear o acesso da parte adversa à prova e ao Judiciário**; pois de nada adianta garantir à parte o acesso ao Judiciário, sem a possibilidade de atuar produzindo provas, quando estas dependem da participação, ação ou colaboração da parte contrária.

Comentando sobre o direito à prova, Humberto Theodoro Jr. Coloca:

“O acesso à justiça, mediante um *processo justo*, é garantido por direito inserido entre os fundamentais catalogados pela Constituição. Entre os requisitos desse processo,

figuram o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), que envolvem, sem dúvida, o direito inafastável à prova necessária à solução justa do litígio.

Sem a garantia da prova, anula-se a garantia dos próprios direitos,..."

(THEODORO JR., Humberto; "CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL", vol. 1; ed. Forense, 57ª edição, ed. 2016, pág. 869)

Na mesma linha a observação de João Batista Lopes:

"Como decorrência do princípio do devido processo legal (fórmula ampla que, a rigor, já consagra as garantias constitucionais sobreditas) refere-se a doutrina mais recente ao *direito à prova*, aspecto fundamental do direito à ampla defesa.

(LOPES, João Batista; "A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL", ed. Revista dos Tribunais, ed. 2000, pág. 152)

5. Examinando tal preceito com outras regras do CPC, a jurisprudência terá que desenvolver um raciocínio jurídico **para evitar que o sistema seja suicida.**

Isto porque, como será compatibilizada tal regra, do art. 379, ou seja, o direito de não produzir prova contra si, com a pena de confissão (art. 385 § 1º) ?

Poderão as partes invocar o art. 379 para questionar a distribuição dinâmica (inversão) do ônus da prova previsto no art. 373 § 1º?

O novo dispositivo do CPC revogou a Súmula nº 301 do STJ, que acabou convertida na lei nº 12.004/09 e inseriu o art. 2º - A na lei nº 8.560/92 ("Art. 2-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. **A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório**)?

Com base no art. 379 do CPC, poderá o requerido da ação de investigação de paternidade se recusar a colher material para a perícia de DNA?

Poderá o requerido da interdição se recusar a se submeter a perícia médica, invocando o art. 379 ?

Poderá a empresa, nas ações trabalhistas, se recusar a juntar documentação, cartões de ponto etc., invocando o art. 379?

Tais situações dão uma ideia do erro e do perigo de tal dispositivo legal, caso seja indevidamente interpretado.

6. A doutrina tem feito seu papel, e coloca que o dispositivo colocado conflita com os demais princípios e regras do processo, inclusive o princípio constitucional do acesso ao Judiciário, pois com tal conduta, a parte poderia cercear ou impedir o efetivo acesso da parte adversa à prestação jurisdicional.

Neste sentido:

“Aliás, o atual Código de Processo Civil, ao que parece, sem notar a dimensão dessa previsão exagerada, resolveu ampliá-la ainda mais, colocando, o início do art. 379, uma cláusula geral que cria um “imaginado” direito civil para a parte não produzir prova contra si. Esse direito, em que pese a aparente previsão legal, na realidade *não existe e jamais poderia existir em um sistema como o nacional*. Como já se disse, o dever de produzir prova é uma imposição que decorre do próprio texto constitucional, de modo que somente em razão de outro valor também constitucional poderia ser restringido. Por isso, é plenamente justificável que se restrinja o dever de colaboração para a proteção da garantia contra a autoincriminação, já que essa também tem assento constitucional (decorrendo, na ótica da doutrina e da jurisprudência, do contido no art. 5º, LVII, da CF). Todavia, a amplitude da redação – *absolutamente injustificada e absurda, diga-se* – da parte inicial do art. 379 praticamente cria um direito “fundamental” à não colaboração e, assim, um direito também “fundamental” a esconder a verdade no processo civil. Em última análise, a interpretação literal deste preceito (em sua parte inicial) institui e legitima a chicana processual e autoriza a litigância abertamente de má-fé, o que não se pode aceitar.”

(MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel; “CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL”, vol. 2 – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum; ed. Revista dos Tribunais, ed. 2015, pág. 256/257)

7. A Câmara em que atuamos já teve oportunidade de decidir, antes mesmo da vigência do atual CPC:

2073171-34.2015.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento / Funcionamento de Estabelecimentos Empresariais

Relator(a): Claudio Augusto Pedrassi

Comarca: São José do Rio Preto

Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 18/06/2015

Data de publicação: 19/06/2015

Data de registro: 19/06/2015

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Pleito de intimação dos sócios devedores para indicação de bens penhoráveis. Possibilidade. Inteligência do art. 652, § 3º, do CPC. **Princípio da não obrigatoriedade de produzir prova contra si que não se aplica ao processo civil.** Dever das partes e de terceiros de colaborar na instrução do processo, conforme art. 339 do CPC. Falta de indicação dos bens que configura ato atentatório à dignidade da justiça, nos moldes do art. 600, IV, do CPC. Precedentes. Recurso provido.

8. Esperamos que a jurisprudência se consolide no sentido acima colocado, através de interpretações que prestigiem outros dispositivos do próprio código, como os arts. 6º; 77, IV; 80, IV; 370; 378; 385 § 1º e 399, assumindo o entendimento no sentido de que **o direito de não produzir prova contra si se limita às hipóteses que impliquem em repercussão na esfera criminal, continuando a ser observado o dever da parte de colaborar com a instrução do processo, aplicando, se o caso a presunção em desfavor da parte, toda vez que ela se recusar a colaborar com a produção de provas.**

Referências Bibliográficas:

ASSIS, Araken; "PROCESSO CIVIL BRASILEIRO", Parte Geral: Institutos Fundamentais; vol. II – tomo I e II, ed. Revista dos Tribunais, 1ª edição – 2ª tiragem, ed. 2015.

CARNELUTTI, Francesco; "LA PRUEBA CIVIL", ed. Depalma, 2ª edição, ed. 1982.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; "CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL", vol. 2; ed. Juspodium, 11ª edição, ed. 2016.

LOPES, João Batista; "A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL", ed. Revista dos Tribunais, ed. 2000.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel; "CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL", vol. 2 – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum; ed. Revista dos Tribunais, ed. 2015.

MARINONI, Luis Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz; "PROVA"; ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, ed. 2011.

THEODORO JR., Humberto; "CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL", vol. 1; ed. Forense, 57ª edição, ed. 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; e TALAMINI, Eduardo; "CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL", vol. 2, ed. Revista dos Tribunais, 16ª edição, ed. 2016.

TUTELA PROVISÓRIA
NO NCPC:
PRIMEIRAS
IMPRESSÕES

Fernando Antonio Maia da Cunha
Silas Silva Santos

FERNANDO ANTONIO MAIA DA CUNHA

Mestre em Direito Empresarial pela PUC/SP
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

SILAS SILVA SANTOS

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela USP
Coordenador do Núcleo Regional da EPM em Presidente Prudente
Juiz de Direito

Sumário: 1. Introdução; 2. Classificação: uma necessidade prática; 3. Tutela provisória cautelar; 4. Tutela provisória antecipada; 5. Estabilização da tutela antecipada; 6. Tutela de evidência: primeiras reflexões; 7. Conclusão.

1. Introdução

Dentre os temas intrincados do CPC/2015 certamente figura o instituto da tutela provisória, nem tanto pela novidade do assunto, mas sim em virtude de alterações radicais operadas no sistema legislativo. Ilustra-se esse quadro com a extinção do Livro atinente ao *processo cautelar*, circunstância que modifica a própria estrutura do Código, e com a disciplina da *tutela de evidência* e da *estabilização da tutela antecipada*.

Em razão das nuances teóricas que o tema evoca e do seu constante aparecimento no dia a dia do foro, avulta a importância de uma tratativa que exponha algumas das vicissitudes do assunto na perspectiva da atuação judicial.

Nessa perspectiva, elogia-se a iniciativa da Egrégia Presidência do Tribunal de Justiça de disponibilizar, em meio eletrônico e de fácil acesso, esse conjunto de textos destinados a gerar profícua reflexão por parte daqueles que lidam cotidianamente com o direito processual civil, seja no exercício da judicatura, seja em outras trincheiras do contencioso cível.

2. Classificação: uma necessidade prática

Diz-se que não existem classificações corretas ou incorretas; as classificações ou são úteis ou são inúteis: aqui não existe meio termo. À vista da linguagem utilizada no texto do NCPC e da necessidade de comunicação entre os protagonistas do processo civil, mostra-se imprescindível desenvolver um esforço classificatório.

De início, registra-se que o NCPC aboliu o *processo cautelar* como entidade autônoma, de modo que a estrutura do NCPC é diversa daquela que se conhecia sob a égide do CPC/73. Portanto, no NCPC há apenas dois tipos de processos: o *sincrético* [cognição + execução = fase de conhecimento + fase de cumprimento de sentença] e o *processo de execução* [títulos executivos extrajudiciais ou títulos executivos judiciais formados fora do processo civil, *v. g.*, sentença penal condenatória, sentença arbitral, sentença estrangeira, formal de partilha].

Isso não significa, porém, que não existirão mais provimentos cautelares. Não! A *tutela cautelar*, como instrumento inerente ao exercício da jurisdição, persistirá, mesmo porque não seria legítimo, do ponto de vista constitucional, um sistema processual incapaz de assegurar o resultado útil de seus provimentos. Apenas não será necessário, sob a égide do NCPC, um processo específico para a formulação de pedido de natureza cautelar.

Semelhantemente, a chamada *tutela antecipada*, generalizada no sistema anterior pela dicção do art. 273, do CPC/73, permanecerá como tal, embora com alguns ajustes interessantes e algumas novidades bem significativas.

Em razão das semelhanças que caracterizam a tutela cautelar e a tutela antecipada [luta contra o tempo; distribuição igualitária entre autor e réu do ônus do tempo natural do processo; provisoriedade; revogabilidade *etc.*], o legislador optou por agregá-las numa mesma moldura, que é a chamada *tutela provisória*. Esse é o gênero, do qual descendem as espécies a seguir anunciadas. Tanto é verdade que o Livro V da Parte Geral do NCPC traz no título a expressão *tutela provisória* (a partir do art. 294, do NCPC).

É importante notar que a tutela provisória está localizada na Parte Geral do NCPC, motivo por que suas disposições aplicam-se a todo e qualquer tipo procedimental previsto no Código. O instituto também tem aplicabilidade naqueles procedimentos que, embora previstos em legislação extravagante, recebem os influxos subsidiários do NCPC.¹

A tutela provisória, para que seja bem entendida, precisa ser dividida em espécies seguindo *quatro critérios*. Ei-los: (a) quanto ao fundamento; (b) quanto à natureza; (c) quanto ao momento; (d) quanto à estabilização.

Quanto ao *fundamento*, a tutela provisória pode ser *de urgência* ou *de evidência*. A pergunta que precisa ser respondida é a seguinte: o que justifica a concessão da tutela provisória? Se o fundamento for o *periculum in mora* (o risco de perecimento do direito ou risco para o próprio processo), ter-se-á tutela fundada em urgência (daí *tutela de urgência*). Porém, é possível que a precipitação da tutela jurisdicional ocorra com fundamento na fortíssima probabilidade de existência do direito invocado pela parte, *independentemente* da existência de qualquer risco. A isso se chama *tutela de(a) evidência*.

¹ A propósito, o art. 1.046, § 2º, do NCPC, estabelece que permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.

Essa classificação baseada no critério do *fundamento* advém do texto do art. 294, do NCPC, segundo o qual a tutela provisória pode fundamentar-se em *urgência* ou *evidência*.

Quanto à *natureza*, a tutela provisória pode ser *cautelar* ou *antecipada*. A tutela cautelar tem por escopo preservar pessoas, bens ou provas, enquanto a tutela antecipada constitui técnica que outorga a fruição imediata do direito invocado (antecipação dos efeitos da procedência do pedido final). Essa distinção é de suma importância prática, pois existem *procedimentos distintos* para um caso e para outro (conforme se verá adiante) e também porque somente a tutela antecipada é capaz de se *estabilizar* (cfr. *infra* n. 5).

Diante de suas próprias finalidades, a *tutela cautelar* (destinada a preservar ou conservar) sempre estará fundamentada em *urgência*. Diferentemente, a *tutela antecipada* pode estar fundada tanto em *urgência* quanto em *evidência*. Faz-se aqui um diálogo entre o primeiro e o segundo critérios. A origem dessas ideias está na primeira parte do art. 294, p. único, do NCPC: “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada ...”.

Já é possível dizer que a *tutela de urgência*, seja *cautelar* ou *antecipada*, será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*)².

Interessante observar que não existe mais diferença nos requisitos para concessão de tutela cautelar e de tutela antecipada, quando fundadas em urgência. Andou bem o legislador,

² Note-se que o legislador exige a presença dos dois requisitos como necessários para concessão de tutela de urgência. Nessa toada, já se decidiu que, a despeito da dicção das Súmulas 95 e 102, ambas do TJSP, a existência de julgado do STJ em sentido diverso (REsp 1.644.829/SP) afasta a noção de probabilidade do direito invocado, autorizando-se o indeferimento do requerimento de tutela provisória (TJSP, AI 2177336-64.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 19.10.2017).

pois a opção adotada afasta antiga discussão sobre se os requisitos para a tutela antecipada seriam mais rigorosos do que os exigidos para a tutela cautelar³.

Os arts. 300 a 302, do NCPC, regulam a tutela de urgência. Em linhas gerais, prevê-se a possibilidade de fixação de caução idônea (contracautela: art. 300, § 1º) e a designação de audiência para justificação prévia, se for o caso (art. 300, § 2º). Mantém-se a noção de que o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão pode dificultar a concessão de tutela antecipada fundada em urgência (art. 300, § 3º: trata-se de um requisito negativo)⁴. Fixa-se a responsabilidade objetiva para a parte que se beneficiar de tutela de urgência, nos casos arrolados nos incisos do art. 302⁵.

Retomando o discurso classificatório, é lícito afirmar que a tutela provisória, quanto ao *momento*, pode ser *incidental* ou *antecedente*. A pergunta que se propõe é a seguinte: o pedido de tutela final já está formulado? Se o pedido de tutela final já tiver sido formulado, a tutela provisória será *incidental*. Diversamente, se o pedido de tutela final ainda não tiver sido formulado, a tutela provisória será *antecedente*. A origem dessa classificação está no art. 294, p. único, parte final, onde se diz que a tutela provisória pode ser concedida em caráter *antecedente* ou *incidental*.

³ Há quem sustente, todavia, que a natureza satisfativa da tutela antecipada impõe ao juiz maior rigor na apreciação da prova destinada a gerar a *probabilidade do direito* invocado pela parte [LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio *et alli* (coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 211-223].

⁴ Tenha-se presente, porém, que “[a] irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível” (Enunciado 40/CJF).

⁵ Em senso parcialmente divergente, cfr. MITIDIERO, Daniel (*Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 164-165).

Um exemplo pode facilitar o entendimento: suponha-se que o credor necessite de um arresto; se a execução já estiver pendente, a tutela provisória (arresto) será incidental. Porém, no mesmo exemplo, se a execução não tiver sido ajuizada ainda, tem-se tutela provisória antecedente (à semelhança da antiga cautelar preparatória).

A novidade – digna de nota – consiste na previsão de tutela antecipada (satisfativa) antecedente! De fato, o NCPC permite que o autor, *antes mesmo de deduzir seu pedido de tutela final*, requeira uma providência emergencial que antecipe os efeitos práticos da procedência de um pedido que ele (autor) ainda formulará. Assim, em situações de extrema urgência, permite-se pedir uma tutela provisória *antecedente*, de natureza *satisfativa* (antecipada), fundada em *urgência*. Disso trata o art. 303, *caput*, do NCPC.

Quer parecer que as famigeradas “cautelares satisfativas” deixaram, de uma vez por todas, de existir, pois se lançava mão dessa estratégia exatamente porque no sistema do CPC/73 apenas as cautelares podiam ser requeridas em caráter antecedente. Agora, com o NCPC, é plenamente possível pedir *tutela antecipada antecedente*, isto é, antes da formulação do pedido de tutela final.

Quanto à *estabilização*, a tutela provisória pode ser *estabilizável* ou *não estabilizável*. A razão desse critério classificatório resulta do disposto no art. 304, do NCPC, o qual prevê uma novidade que merece toda a atenção. Note-se bem que o art. 304 está localizado no Cap. II do Tít. II, ou seja, no ambiente da *tutela antecipada* (natureza satisfativa) requerida em *caráter antecedente*.

Eis a redação do dispositivo: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”⁶.

Pode-se afirmar, então, que a tutela provisória *estabilizável* é aquela de *natureza antecipada* (satisfativa), *fundada em urgência* e requerida em *caráter antecedente*. Implica dizer que tutela provisória estabilizável é aquela concedida nos termos do art. 303, exatamente como diz o art. 304.

As outras espécies de tutela provisória não são passíveis de estabilização, motivo pelo qual se autoriza chamá-las de *não estabilizáveis*. Por exemplo, a tutela provisória de natureza cautelar jamais se estabiliza, pois não tem sentido estabilizar-se uma providência meramente conservativa (imagine-se um arresto estabilizado; não tem sentido). Outro desdobramento da ideia: a tutela de natureza antecipada requerida incidentalmente também não se estabiliza, já que o pedido de tutela final já terá sido formulado, e, com isso, o processo seguirá rumo à sentença de mérito⁷.

Expostos os critérios classificatórios das várias espécies do gênero *tutela provisória*, permite-se avançar na exposição de assuntos mais específicos, sem intenção de esgotamento.

⁶ Um bom exemplo advém da prática em Vara da Fazenda Pública: o autor pode, nos termos do art. 303, *caput*, do NCPC, limitar-se a requerer o fornecimento de remédio (ou tratamento médico), numa típica hipótese de tutela *antecipada*, fundada em *urgência* e requerida em caráter *antecedente*. Se a Fazenda Pública não recorrer da decisão que conceder a tutela antecipada, assunto encerrado e processo extinto! Tutela antecipada estabilizada, conforme se verá com mais profundidade no n. 5 *infra*.

⁷ Atente-se para a posição doutrinária de Cassio Scarpinella Bueno, segundo a qual a tutela de evidência fundada nos incisos II e III do art. 311 é passível de se estabilizar (*Manual de direito processual civil*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 240).

3. Tutela provisória cautelar

Apesar de extinto o Livro atinente ao chamado processo cautelar, o legislador de 2015 mantém intacta a noção de que a tutela provisória fundada em urgência pode ter natureza *cautelar* (art. 294, p. único). A diferença radical com o sistema revogado advém da superação do dogma segundo o qual a tutela cautelar seria alcançada, como regra, no ambiente de um *processo cautelar*. Deixa de existir, portanto, o que se entendia como processo cautelar.

O NCPC, como já se pôde perceber, construiu um conjunto de tutelas provisórias, no âmbito do qual disciplinou a tutela cautelar, que pode ser concedida *incidentalmente* ou *antecedentemente* (art. 294, p. único, *in fine*).

A tutela cautelar requerida incidentalmente pode exteriorizar-se de dois modos: (a) como capítulo da própria petição inicial; (b) como petição simples, juntada no bojo dos autos. Em ambos os casos, constitui *ônus* da parte *alegar* e *demonstrar* a presença de elementos que delineiem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*). Vale acrescentar que a tutela cautelar requerida incidentalmente não exige o pagamento de custas (art. 295).

Se os fatores que autorizam a concessão da tutela cautelar estiverem desde logo presentes, admite-se o deferimento de medida cautelar liminarmente (*inaudita altera pars*). Nada

impede, porém, que o julgador designe audiência para justificação prévia⁸, isso nas hipóteses em que algum daqueles requisitos exija uma confirmação mais contundente.

Segundo conhecida classificação doutrinária⁹, a cognição judicial que se exerce para análise de requerimento de tutela cautelar é do tipo *sumária*, pois o legislador contenta-se com a *probabilidade* de existência do direito para outorgar proteção contra os perigos do tempo. O pronunciamento judicial de que se cogita tem natureza de *decisão interlocutória* (art. 203, § 2º), que desafia o recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, inc. I).

O caráter provisório da tutela cautelar autoriza a afirmação de que a mudança do panorama com base no qual fora concedida pode acarretar a modificação ou a revogação da medida (art. 296, *caput*), desde que fundamentadamente (art. 298).

Mesmo sem enunciar os respectivos conceitos, o NCPC refere que a tutela cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito (art. 301). Daí a utilidade dos aportes conceituais do CPC/73 para a adequada compreensão do âmbito de incidência dessas medidas, muito embora caiba ao juiz, no caso concreto, determinar as providências que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória (art. 297, *caput*).

⁸ Art. 300, § 2º: A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000, *passim*. “Cognição sumária é aquela que não exaure o conhecimento do caso, não permitindo a formação de um juízo de *verdade* e a convicção de *certeza*. Ela viabiliza tão somente um juízo de *probabilidade* a respeito das alegações fático-jurídicas formuladas no processo” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*, cit., p. 96).

Em termos de competência, tem-se que a tutela cautelar incidental deve ser requerida ao juízo da causa, até porque a demanda já está em curso, e o requerimento alusivo à tutela cautelar é simplesmente introduzido no curso do processo pendente. Em sede recursal, a tutela cautelar incidental pode ser requerida ao relator quando o recurso já tiver sido distribuído, ou ao Tribunal na hipótese contrária (art. 1.012, § 3º).

Esse é o cenário básico da tutela cautelar requerida incidentalmente.

Para a tutela cautelar requerida *antecedentemente* (assimilável à antiga ação cautelar preparatória do CPC/73) o NCPC engendra um procedimento peculiar, tal como previsto nos seus arts. 305 *et seq.*

Tendo em vista a inexistência de um processo no qual a tutela cautelar possa se inserir de modo incidental, a tutela cautelar antecedente é deduzida em petição inicial cujo conteúdo se limita à indicação da “lide e seu fundamento”, à “exposição sumária do direito que se objetiva assegurar” e à alegação respeitante ao “perigo de dano” ou ao “risco ao resultado útil do processo” (art. 305, *caput*).

Implica dizer que o pedido de tutela cautelar antecedente faz surgir um processo, com todas as consequências daí decorrentes¹⁰. Inaugura-se a relação processual mediante a dedução pura e simples de uma medida de natureza cautelar.

¹⁰ “É requisito da petição inicial da tutela cautelar requerida em caráter antecedente a indicação do valor da causa” (Enunciado 44/CJF).

Diferentemente do que sucedia ao tempo do CPC/73¹¹, o valor da causa a ser atribuído pelo autor deve levar em conta não o proveito econômico inerente à cautelar, mas sim o benefício econômico que se buscará obter com o pedido de tutela final. De conseguinte, o recolhimento das custas iniciais – que se fará uma vez só¹² – dar-se-á com base no valor do pedido de tutela final que ainda será formulado.

Consoante já salientado anteriormente, é possível a concessão liminar de tutela cautelar antecedente, isto é, antes mesmo da citação do réu (art. 300, § 2º). Também se mostra viável, caso seja necessária, a justificação prévia, tudo sem prejuízo de o juiz fixar caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, dispensável, porém, quando o requerente economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la (art. 300, § 1º).

Concedida ou não a tutela cautelar liminarmente, o réu deve ser citado para oferecer contestação no prazo de cinco dias (art. 306). Essa contestação versará exclusivamente sobre o pedido de tutela cautelar; a depender do conteúdo da defesa e da matéria fática controvertida, abrir-se-á oportunidade para ampla instrução, sempre tendo por objeto os elementos atinentes à tutela cautelar¹³. Isso é assim porque, uma vez apresentada contestação, seguir-se-á conforme o procedimento comum (art. 307, p. único).

¹¹ A doutrina da época lecionava que na fixação do valor da causa do processo cautelar “não é de se levar em conta o valor do pedido dito *principal*” (ORIONE NETO, Luiz. *Processo cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 152). No mesmo sentido decidia o STJ: “O valor da causa em Ação Cautelar não guarda correlação com o valor atribuído à ação principal (...)” (AgRg no REsp 734.331/RJ, 2º T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. 11/11/2008, DJe 09/03/2009).

¹² Art. 308, *caput*.

¹³ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Editora Castro Lopes, 2016, p. 265.

É factível que depois de todo o debate e da instrução em torno da cautelar o juiz se convença da inviabilidade de concessão da medida pleiteada, caso em que abrirá prazo de trinta dias para que o autor adite a petição inicial e formule o pedido principal¹⁴. A ausência desse aditamento implica a extinção do processo sem resolução do mérito¹⁵.

Na hipótese de concessão da cautelar antecedente, o autor terá o prazo de trinta dias, contados da efetivação da medida, para formular o pedido principal nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar (art. 308, *caput*). A rigor, portanto, tudo acontecerá no *mesmo processo*; aquilo que inicialmente tramitava sob a roupagem exclusivamente cautelar será *transformado*, mediante aditamento da petição inicial, no processo que ensejará o julgamento do pedido principal.

Ao formular o pedido principal, o autor poderá, inclusive, alterar a causa de pedir inicialmente indicada quando da formulação da petição inicial (art. 308, § 2º). Não se descarta a modificação também do pedido anteriormente indicado, embora a lei não o autorize expressamente. Note-se que a alteração do pedido regulada pelo art. 329, do NCPC, está limitada a um marco procedimental que vai além daquele destinado ao aditamento da petição inicial na cautelar antecedente (art. 308, *caput*), de maneira que a interpretação sistemática dessas regras autoriza a formulação de pedido(s) diverso(s) daquele inicialmente indicado na petição inicial da cautelar antecedente¹⁶. É claro que

¹⁴ Embora a lei não o diga expressamente, o prazo de trinta dias para o aditamento (art. 308, *caput*) aplica-se por analogia na hipótese de indeferimento da tutela cautelar antecedente.

¹⁵ Analogicamente, incide a regra do art. 303, § 2º.

¹⁶ Se a alteração cogitada gerar reflexos no proveito econômico a ser obtido pela parte, deve-se alterar o valor da causa, com complementação do recolhimento das custas iniciais.

essa alteração não pode ser totalmente desconexa com “a lide e seu fundamento”, tal como expostos na petição inicial da cautelar antecedente.

Seja como for, uma vez apresentado pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou mediação, *se for o caso*¹⁷, sem a necessidade de nova citação do réu (art. 308, § 3º). Não obtida a autocomposição, o réu poderá oferecer nova contestação, no prazo quinze dias, observando-se a disciplina do art. 335¹⁸.

Noutra perspectiva, saliente-se que o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição (art. 310).

Convém rememorar que o NCPC mantém a noção de *fungibilidade* entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, de maneira que a apresentação de um pedido de tutela cautelar antecedente em vez de um pedido de tutela antecipada antecedente não ensejará o indeferimento de plano do requerimento. Cumpre ao juiz, nesse caso, adotar o procedimento adequado à hipótese, conforme a dicção do art. 305, p. único, desde que concedido *contraditório prévio* a respeito do assunto (art. 10). Incumbe ao juiz, em semelhante hipótese, esclarecer as partes sobre o regime processual a ser observado.¹⁹

¹⁷ Essa expressão justifica-se porque o art. 334, § 4º, estabelece hipóteses em que não se designa a audiência de conciliação ou mediação.

¹⁸ Interessante observar que, nesse modelo, pode acontecer de o processo conter duas contestações: uma a respeito da tutela cautelar (art. 306) e outra pertinente ao pedido principal (art. 308, § 4º).

¹⁹ Enunciado 45/CJF.

Por fim, destaca-se que o pronunciamento judicial que concede ou não a cautelar antecedente, em todos os casos apreciados em primeira instância, reveste-se da natureza de *decisão interlocutória* e, por isso mesmo, se submete ao regime de recorribilidade do agravo de instrumento²⁰.

4. Tutela provisória antecipada

A fruição antecipada do direito material afirmado pela parte pode ser alcançada incidentalmente, isto é, no curso do processo já instaurado. Conforme sinalizado no n. 2 *supra*, a dedução do pedido de tutela final faz com que toda e qualquer antecipação de tutela seja considerada, no sistema do NCPC, incidental.

Assim, na esteira do que já acontecia sob a égide do CPC/73, constitui ônus do autor alegar e comprovar a probabilidade do direito invocado e o perigo de dano (art. 330, *caput*, do NCPC), mediante a abertura de capítulo na própria petição inicial ou por meio de petição simples introduzida no curso do processo já pendente.

Também no campo da antecipação de tutela o juiz pode exigir caução e, se for o caso, marcar audiência de justificação prévia (art. 300, §§ 2º e 3º). São providências que antecedem, porquanto condicionantes, a concessão de eventual liminar. Isso não significa, porém, que em todos os casos será necessária a caução ou a justificação prévia.

²⁰ Art. 1.015, inc. I.

O legislador de 2015 manteve o *requisito negativo* consistente no perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º), de modo que, presente tal situação, dificulta-se a concessão de tutela antecipada. De há muito esse requisito negativo vem sendo compreendido com os devidos temperamentos, pois há casos em que o indeferimento da tutela antecipada acaba por consolidar, de modo também irreversível, uma injustiça²¹.

Concedida ou não a tutela antecipada incidental, o pronunciamento judicial que assim dispõe constitui *decisão interlocutória*, passível de ataque por agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, inc. I, do NCPC.

Sem dúvida alguma, a inovação mais significativa operada pelo NCPC diz respeito à possibilidade da *tutela antecipada antecedente*, aquela formulada antes da dedução do pedido de tutela final.

Em termos procedimentais, incumbe ao autor formular petição inicial, a ser regularmente distribuída²². Tal petição apresentará um conteúdo limitado, reduzido, enxuto. É que bastará a formulação de *requerimento* de tutela antecipada e a mera indicação de qual será, no futuro, o *pedido* de tutela final, com a exposição da lide (crise no plano do direito material), do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo (art. 303, *caput*, do NCPC).

²¹ Nesse sentido, cfr. Enunciado 25/ENFAM: “A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB)”.

²² Em tema de competência, aplica-se a regra do art. 299, *in fine*.

Caso o juiz não se convença do preenchimento dos requisitos para concessão da medida pleiteada, deverá conceder prazo de até cinco dias para *emenda da petição inicial*, sob pena de indeferimento e de o processo ser extinto sem resolução de mérito (art. 303, § 6º)²³. Referida decisão haverá de ser, obviamente, fundamentada de modo claro e preciso (art. 298).

Diferentemente, se o caso for de concessão da tutela antecipada antecedente, na mesma decisão que defere a medida o juiz deve abrir prazo não inferior a 15 dias para que o autor adite a petição inicial, “com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final” (art. 303, § 1º, inc. I)²⁴⁻²⁵. A ausência desse aditamento, no prazo fixado pelo juiz, implica extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 2º).

Ainda na hipótese de concessão, o juiz também deve mandar citar o réu, dando-lhe conta do deferimento da tutela antecedente e cientificando-o da possibilidade de interposição de

²³ Esse dispositivo gera algumas perplexidades, pois a “emenda” do § 6º parece não se confundir com o “aditamento” do § 1º, inc. I, do mesmo art. 303. Porém, a consequência que o legislador confere para a ausência de “emenda” e de “aditamento” é a mesma: extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, §§ 2º e 6º). Assim, a “emenda” mencionada no § 6º não deve ser entendida como uma simples correção de vícios ou como possibilidade de o autor acrescentar elementos para convencer o juiz quanto à presença dos requisitos para concessão da tutela antecipada antecedente. Na verdade, a “emenda” do § 6º está mais para “aditamento” do que para “emenda”; de conseguinte, indeferida a tutela antecipada antecedente, o autor tem o prazo de até cinco dias para formular o pedido de tutela final, não importando o *nome* que se dê a essa atividade (emenda ou aditamento). Incumbe ao juiz, diante dessa dificuldade interpretativa, indicar precisamente qual o objeto da “emenda”.

²⁴ Tenha-se em conta que referido aditamento dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais. Conclui-se, portanto, que o *valor da causa*, exposto na petição inicial, deve levar em conta o pedido de tutela final que será formulado. Apesar de a petição inicial limitar-se ao requerimento da tutela antecipada antecedente, o valor da causa e o recolhimento das custas deverão observar, em perspectiva, o proveito econômico que o autor buscará mediante o pedido de tutela final (art. 303, § 4º).

²⁵ A lei refere-se à “confirmação” do pedido, gerando a impressão de que não poderia haver qualquer modificação por ocasião do aditamento da inicial. Porém, nada impede que no aditamento a parte formule outro(s) pedido(s) diverso(s) daquele anunciado, com a consequente alteração do valor da causa, se for o caso. Aplicam-se aqui a mesma justificativa e o mesmo temperamento indicados acima, quando se tratou do aditamento no âmbito da tutela cautelar antecedente (n. 4, *supra*).

recurso, mesmo porque, a depender da hipótese, a não interposição de recurso acarreta a chamada estabilização da tutela antecipada antecedente, conforme se verá no próximo tópico.

Uma vez apresentado o aditamento à inicial, aí sim mostra-se viável a designação de audiência de conciliação ou de mediação, se for o caso, intimando-se o réu para comparecer à audiência e advertindo-se-o quanto ao prazo para contestar, que se contará da referida audiência (art. 303, inc. II e III). Essa parece ser a interpretação mais adequada desses incisos do art. 303, pois não teria sentido a designação de audiência sem antes certificar-se de que se formulou o pedido de tutela final, o que se dá mediante o aditamento antes referido.

Caso o destinatário da ordem judicial, expressa na tutela antecipada antecedente, não a cumpra voluntariamente, abre-se espaço para a efetivação da tutela provisória, que observará, *no que couber*, as normas atinentes ao cumprimento provisório da sentença (art. 297, p. único).

5. Estabilização da tutela antecipada

Convém relembrar que é passível de estabilização, no sistema codificado, a tutela provisória *antecipada* (satisfativa), fundamentada em *urgência* e requerida *antecedentemente*. Nessa específica hipótese, a tutela provisória torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o recurso cabível na espécie, caso em que o processo será extinto, muito embora sejam mantidos os efeitos da tutela provisória concedida.

Com inspiração nos sistemas processuais francês e italiano, “foi acolhida a ideia denominada genericamente de tutela sumária, em que se admite que a decisão de cognição não exauriente, que contém a antecipação de tutela, possa ter força para resolver a crise de direito material por si só, independentemente do desenvolvimento do pedido principal ou da ação principal em sede de processo de conhecimento de cognição plena”²⁶.

O art. 303, § 5º, do NCPC, esclarece que o autor, quando formular sua petição inicial mais singela, deve dizer expressamente se pretende valer-se da prerrogativa disposta no *caput* do mesmo art. 303. De sua parte, o art. 304, *caput*, quando trata da estabilização, faz direta remissão ao art. 303, donde exsurge a conclusão de que a adoção do regime processual da estabilização da tutela antecipada constitui *opção* do autor da demanda. Chega-se a essa interpretação mediante a leitura conjugada do art. 304, *caput*, com o art. 303, *caput* e § 5º.

Sendo o autor titular do direito de ação, o sistema confere a ele a opção de não levar o processo avante, exatamente em razão da possibilidade de a tutela antecipada estabilizar-se, hipótese em que o processo será extinto sem resolução do mérito. Isso pode satisfazer os interesses do autor.

Todavia, se o autor não desejar a estabilização da tutela antecipada, basta que o diga na petição inicial. Observe-se bem: ainda que o autor pretenda obter tutela antecipada, fundada em urgência e requerida antecedentemente, isso não significa, *por si só*, que ele esteja fazendo a opção pelo regime processual da estabilização. É que o regime da

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, n. 492, p. 668, vol. I.

estabilização da tutela antecipada provoca uma possível extinção precipitada do processo, algo que pode não ser do interesse do autor, haja vista que este titulariza, a rigor, o direito ao julgamento de mérito²⁷.

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao modo como o réu pode evitar a estabilização. Existe severa divergência na doutrina²⁸, mas, seguindo o texto legal, a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão não for *interposto* o respectivo recurso (art. 304, *caput*, do NCPC)²⁹. Note-se bem: a lei fala em mera *interposição*, o que não se confunde com *conhecimento* e muito menos com *provimento* do recurso³⁰.

Noutra perspectiva, não se deve confundir estabilização de tutela antecipada com *coisa julgada*. O § 6º do art. 304 é enfático nesse sentido. Aliás, o fenômeno da *coisa julgada material* está geralmente atrelado à noção de *cognição exauriente*; onde não exista cognição com tal característica não há também coisa julgada material³¹. De fato, se a hipótese fosse de coisa julgada não caberia a ação referida nos §§ 2º e 3º do art. 304

²⁷ Em senso parelho, cfr. SICA, Heitor Vitor Mendonça [Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio *et alli* (coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 405].

²⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 621, vol. 2.

²⁹ Se a tutela antecipada for concedida em primeira instância, o recurso adequado é o *agravo de instrumento* (art. 1.015, inc. I, do NCPC). Porém, é possível que a tutela antecipada seja concedida pelo Tribunal, caso em que a não interposição do recurso adequado [*agravo interno*, se se tratar de decisão monocrática do relator; RE ou REsp se se cuidar de decisão colegiada] pode também redundar na estabilização cogitada.

³⁰ “A exceção fica por conta do não conhecimento do recurso por intempestividade” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et alli*. *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral. São Paulo: Forense, 2015, p. 900). Logo, se o não conhecimento do recurso fundar-se na *intempestividade*, a mera interposição não terá o efeito de evitar a estabilização.

³¹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio *et alli* (coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 203.

após a estabilização. Exatamente porque não há coisa julgada material, também não cabe ação rescisória contra a decisão que defere a tutela antecipada que depois vem a se estabilizar (Enunciado 27/ENFAM).

Mesmo após o *prazo decadencial* de dois anos (§ 5º do art. 304)³² para fins de propositura da ação a que aludem os §§ 2º e 3º do art. 304, a estabilização da tutela não alcança o *status* de coisa julgada material³³.

Para demonstrar o acerto da afirmação acima, suponha-se que a tutela antecipada *já estabilizada* tenha por objeto a retirada do nome do autor do cadastro de inadimplentes, ao argumento, acolhido pelo juiz, de que a dívida aparentemente não exista (cognição sumária). Mesmo depois daqueles dois anos, essa estabilização “qualificada” não impedirá que o credor (réu na primitiva demanda já extinta em razão da estabilização) promova ação de cobrança da quantia devida, ressalvada, é claro, eventual prescrição.

Ainda merece análise o conteúdo do § 3º do art. 304, segundo o qual a tutela antecipada estabilizada só pode ser revista, revogada ou invalidada por *decisão de mérito* da ação a que se refere o § 2º do mesmo artigo³⁴. Note-se bem que a tutela antecipada *estabilizada* deixa de ser uma mera tutela antecipada, sob pena de não se justificar o tratamento diferenciado concernente à própria estabilização. Num primeiro relance, então, pareceria

³² Esse prazo de dois anos – note-se bem – conta-se da ciência da extinção do processo, razão pela qual a serventia judicial haverá – sempre e sempre – de intimar as partes quanto à extinção do processo, ainda que o réu não tenha comparecido ao processo.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 199, vol. IV.

³⁴ A competência para essa demanda é do juízo no âmbito do qual se concedeu a tutela antecipada que se estabilizou. Há *prevenção* desse juízo, nos termos do § 4º, *in fine*, do art. 304. Trata-se de competência fixada pelo critério *funcional*, razão por que *absoluta e improrrogável*.

que *somente a decisão de mérito* da referida ação de impugnação fosse capaz de suplantar a estabilização já operada. Em outras palavras, no âmbito dessa ação de impugnação não caberia a *concessão de liminar* para afastar, desde logo, os efeitos da tutela antecipada já estabilizada.

Todavia, se até para suplantar coisa julgada material existe a possibilidade de concessão de liminar em ação rescisória (art. 969, do NCPC), parece estar fora de dúvida que, uma vez ajuizada a ação a que se refere o art. 304, § 2º, admite-se também a concessão de liminar para afastar, desde logo, os efeitos da tutela antecipada estabilizada, a depender da robustez dos argumentos e elementos fático-jurídicos trazidos pelo demandante³⁵.

Noutra ordem de considerações, estabilizada a tutela antecipada e extinto o processo, são devidas verbas de sucumbência? O Código é silente a esse respeito, mas se tem entendido que o réu deve arcar com verbas sucumbenciais, pois, a rigor, deu causa ao ajuizamento da ação em que se requereu a tutela antecipada antecedente, a qual acabou por se estabilizar. Então, uma vez operada a estabilização, na sentença de extinção do processo o juiz condenará o réu a pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios da parte contrária (arts. 84 e 85, do NCPC).

³⁵ Enunciado 26/ENFAM: “Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida, na forma do art. 296, parágrafo único, do CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior”.

Ainda a esse respeito, há quem entenda aplicável o regime de sucumbência pertinente à ação monitória³⁶. Porém, bem vistas as coisas, a ausência de impugnação, pelo réu, da decisão concessiva da tutela antecedente não equivale à satisfação da pretensão do autor, razão por que não se justifica o singelo paralelo com o regime da monitória³⁷. Ademais, a extinção do processo em razão da estabilização configura nítida hipótese de perda superveniente do objeto da demanda, apta a atrair a incidência da regra do art. 85, § 10, do NCPC.

Já se mencionou que a efetivação da tutela provisória dá-se segundo o modelo do cumprimento provisório da sentença (art. 297, p. único). Mas, no regime da tutela antecipada estabilizada, essa regra deve ser aplicada com temperamentos, pois não teria sentido, por exemplo, condicionar-se a fruição dos efeitos estabilizados da tutela antecipada ao oferecimento de caução. Daí a importância da ressalva contida no próprio art. 297, p. único, no sentido de que a adoção do modelo de execução provisória aplica-se *no que couber*.

6. Tutela de(a) evidência: primeiras reflexões

Nos termos do art. 311, do NCPC, a tutela da evidência será concedida, *independentemente* da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do

³⁶ Enunciado 18/ENFAM: “Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, *caput*, c/c o art. 701, *caput*, do CPC/2015)”.

³⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio *et alli* (coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 416.

processo³⁸. O legislador, porém, valorou previamente as hipóteses em que o juiz, mesmo sem o requisito da urgência, pode conceder tutela provisória, antecipando os efeitos do futuro acolhimento do pedido (tutela de natureza satisfativa, e não meramente conservativa). “Combate-se a *injustiça* de, da demora do processo, resultar prejuízo para a parte que, comprovadamente, reúne melhores condições de sair vitoriosa na solução final do processo”³⁹.

O inc. I do art. 311 traz situação de todos conhecida, pois a hipótese já constava do art. 273, do CPC/73 (defesa protelatória)⁴⁰. A dúvida que remanesce, a propósito dessa situação, consiste em saber se, apresentada a defesa protelatória, não seria caso de julgamento antecipado do mérito, em vez de concessão de tutela de evidência.

Também não configura verdadeira novidade a dicção do inc. III do art. 311. Criou-se uma liminar para a antiga *ação de depósito*, independentemente de urgência. Visto que já não se admite prisão civil do depositário (Súmula Vinculante 25/STF), estabeleceu-se uma liminar atrelada a um tipo específico de relação jurídica (o que é bem criticável). Deve-se atentar para o fato de a concessão de liminar condicionar-se à demonstração não só da existência do contrato escrito, como também da mora com que se houve o obrigado (Enunciado 29/ENFAM).

³⁸ Diz-se que a tutela de evidência justifica-se no quadro do devido processo legal em razão da necessidade de *distribuição isonômica do ônus do tempo* necessário para a definição sobre o mérito da causa. Segundo a doutrina, “não é racional que o autor tenha que suportar o tempo do processo quando os fatos constitutivos são incontroversos ou estão evidenciados e a defesa é infundada” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 228-229, vol. IV).

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 56ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, n. 498, p. 676, vol. I.

⁴⁰ “A probabilidade do direito constitui requisito para concessão da tutela da evidência fundada em abuso do direito de defesa ou em manifesto propósito protelatório da parte contrária” (Enunciado 47/CJF).

As grandes novidades estão por conta dos incisos II e IV do art. 311. Segundo o inc. II, admite-se a tutela de evidência quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

O dispositivo em referência vem ao encontro da tônica de se prestigiar, cada vez mais, a força dos precedentes. Então, a princípio, sempre que o autor trazer com a petição inicial *prova documental* apta a comprovar suas alegações fáticas e existir tese firmada em *repetitivos* ou em *súmula vinculante*, o juiz estará autorizado a conceder tutela de evidência, ainda que não haja o mínimo de urgência. Antecipa-se desde logo o efeito de um direito que se mostra bem evidente.

Por julgamento de casos repetitivos deve-se entender aquilo que refere o art. 928: (a) incidente de resolução de demandas repetitivas; (b) recursos especial e extraordinário repetitivos⁴¹.

Nos termos do inc. IV do art. 311, a tutela de evidência também se mostra cabível quando a petição inicial estiver instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

O quadro é bem simples: os fatos constitutivos do direito do autor estão provados *documentalmente*, e o réu, mesmo tendo contestado o pedido, não trouxe prova capaz de gerar dúvida quanto àqueles fatos. Ora, a rigor, a causa estaria *madura* para ser julgada

⁴¹ Parece que esse rol fechado não se sustenta diante de uma interpretação sistemática do NCPC. Nesse sentido, eis o teor do Enunciado 30/ENFAM: “É possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante”. Em sentido parelho: “É admissível a tutela provisória da evidência, prevista no art. 311, II, do CPC, também em casos de tese firmada em repercussão geral ou em súmulas dos tribunais superiores” (Enunciado 48/CJF).

pelo mérito, de modo que o juiz julgaria antecipadamente o mérito da causa, concedendo a *tutela definitiva* em vez da *tutela provisória de evidência*.

De qualquer forma, se o caso exigir, depois da contestação, a apresentação de réplica, haverá ainda algo a ser feito após a contestação. Nesses casos, então, em vez da sentença de mérito, o juiz poderá conceder a tutela de evidência com base no inc. IV do art. 311, isso logo após a contestação e *mediante requerimento do autor*.

Aparentemente, essa hipótese de tutela de evidência pareceria de pouca utilidade, pois o juiz já estaria em condições de conferir a própria tutela definitiva no momento em que se deparasse com o cenário instituído pelo referido inc. IV do art. 311. Porém, não se pode esquecer de que a tutela provisória, se concedida e confirmada *na sentença*, faz com que o *capítulo da sentença* atinente à tutela provisória não se submeta ao duplo efeito da apelação (art. 1.012, inc. V, do NCPC). Daí a notável utilidade prática da referida hipótese de tutela provisória.

Seja como for, admite-se a tutela provisória de evidência também *na sentença*, razão pela qual nada impede que o juiz, ao se deparar com a situação do inc. IV do art. 311, profira sentença e, num dos capítulos desta, pronuncie a tutela provisória *requerida* pelo autor, caso em que a apelação também não terá efeito suspensivo quanto à matéria atinente à tutela provisória.

O texto do art. 311, p. único, admite a concessão *liminar* de tutela de evidência, isto é, sem a necessidade de prévia ouvida da parte contrária e mesmo sem qualquer urgência. Todavia, a doutrina já se encarregou de denunciar a inconstitucionalidade dessa disposição, ao argumento de que “não se pode aferir evidência do direito antes de o réu ter sido citado e apresentado defesa”, advindo daí a “absoluta falta de racionalidade do

dispositivo”⁴². Além disso, se não existe urgência, também não há justificativa plausível para se postergar o contraditório, porquanto “não há risco de que o direito do autor seja inviabilizado durante o curto período necessário para efetivar o contraditório”⁴³. Essa discussão já chegou ao Supremo Tribunal Federal, mediante o ajuizamento, pelo Governo do Rio de Janeiro, da ADI nº 5492, sob a relatoria do Min. Dias Toffoli. Aguardemos, pois!

7. Conclusão

A partir dessas primeiras reflexões sobre tutela provisória confirma-se a hipótese lançada na introdução, no sentido de que o tema é dos mais intrincados da nova ordem processual brasileira. Por isso mesmo, ainda há muito que se discutir e refletir, pois a riqueza do contencioso cível certamente deixará o intérprete perplexo diante das inúmeras lacunas de que se ressente o texto legal.

Nessa construção diuturna do sistema processual, avulta a importância do papel da Magistratura, seja na formação de seu magistério jurisprudencial, seja na disseminação de conhecimento acadêmico. Nessa última perspectiva, a *Revista Eletrônica do Tribunal de Justiça de São Paulo* dá um passo decisivo em prol da formação continuada de seus juízes e contribui, enormemente, para a elevação do sistema de justiça a patamares desejados pela comunidade jurídica em geral.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 274, vol. IV.

⁴³ CINTRA, Lia Carolina Batista. Tutela antecipada fundada na evidência no novo Código de Processo Civil. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos *et alli* (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 77.

A EXTINÇÃO
DO PROCESSO
DE EXECUÇÃO
NO CPC/15

Gilson Delgado Miranda

GILSON DELGADO MIRANDA

Mestre e Doutor (PUC-SP).

Professor dos Cursos de Graduação, Especialização e Mestrado da PUC/SP.

Coordenador do Curso de Especialização em Processo Civil da Escola Paulista da Magistratura – EPM.

Juiz Substituto em Segundo Grau em São Paulo

1. Filosofia Da Reforma Processual

A Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, instituiu o novo Código de Processo Civil. Como se sabe, foram mais de quatro anos de discussão, a partir da criação da Comissão de Juristas por força do Ato do Presidente do Senado Federal n. 379, de 30 de setembro de 2009, Senador José Sarney. Essa Comissão contou com 12 membros e foi Presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, hoje do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux.¹

É verdade que a ideia da necessidade da edição de um novo CPC não era algo unânime entre os operadores do direito. Houve nessa trajetória resistência contundente ao argumento de que a manutenção do sistema revogado era mesmo imperiosa, pois a lei processual, mesmo depois de inúmeras reformas pontuais, era obra cunhada pela boa técnica.

Contudo, apesar das críticas de alguns, o fato é que “a frequência com que vinha sendo submetido a constantes emendas acabou por gerar, nos últimos tempos, um clima social de desconfiança, com sérias repercussões sobre o sentimento de segurança jurídica em torno da prestação jurisdicional civil entre nós. Era, de fato, aconselhável que fosse aplacado o verdadeiro furor renovativo com que se comandava a onda de reformas parciais da última lei processual. Nessa quadra, venceu a ideia de que a adoção de um novo Código, além de incorporar ao direito positivo institutos instrumentais modernos, realizaria a relevante

¹ A Comissão contou com os seguintes membros, além do presidente Luiz Fux: Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezo Pereira Filho (incluído na Comissão pelo Ato do Presidente n. 411/2009), Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Teresa Arruda Alvim (relatora-geral dos trabalhos).

tarefa de pôr cobro ao ambiente desagregador implantado pela onda cada vez mais intensa e desordenada de emendas pontuais”.²

Nesse campo, as justificativas para a instituição desta Comissão foram resumidas, basicamente, no Ato do Presidente do Senado, em quatro frentes: 1ª) as inúmeras alterações aprovadas pelo Congresso Nacional ao Código de Processo Civil vigente desde 17 de janeiro de 1973 (ao todo foram editadas 64 normas legais); 2ª) os instrumentos processuais de proteção dos direitos fundamentais à época da edição do Código de Processo Civil não tinham o mesmo desenvolvimento teórico que temos hoje, o que acarretou, principalmente após a Constituição Federal de 1988,³ uma grande evolução na estrutura e no papel do Poder Judiciário; 3ª) os princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo adquiriam novo verniz ao serem alçados à condição de garantias fundamentais previstas constitucionalmente (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF); 4ª) a sistematização do Código de Processo Civil tem sofrido comprometimento, especialmente em decorrência das inúmeras modificações legislativas após quase quarenta anos de vigência, quebrando-se, em última análise, a coerência interna e o caráter sistêmico fundamentais para se alcançar segurança jurídica à sociedade brasileira.⁴

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1, p. 25.

³ Vale consignar: “nenhum texto constitucional valorizou tanto a ‘Justiça’, tomada aqui a palavra não no seu conceito clássico de ‘vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu’, mas como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania”. In *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 80).

⁴ A respeito: MIRANDA, Gilson Delgado. PIZZOL, Patricia Miranda. “Uma breve reflexão sobre os recursos ordinários no projeto do novo CPC e a duração razoável do processo”. In *Recursos e duração razoável do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 245.

Ao submeter o Anteprojeto de Código de Processo Civil ao Presidente do Senado Federal em 08 de junho de 2010, a Comissão de Juristas buscou identificar, na Exposição de Motivos, os caminhos trilhados para as novas propostas. Realmente, nem poderia ser diferente, não existem fórmulas mágicas. O CPC/15 não significa uma ruptura com o passado, mas apenas a busca de um passo à frente. Desse modo, segundo os propósitos desenvolvidos, os institutos cujos resultados eram considerados positivos foram mantidos, com inclusão, porém, de tantos outros tendentes a atribuir ao CPC alto grau de eficiência.⁵

O arquétipo que foi amplamente desenvolvido foi no sentido de “deixar de ver o processo como teoria descomprometida de uma natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”. O CPC/15, assim, teve como matiz o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. Vale dizer, “a simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa”.⁶

Sem dúvida, a advertência de Humberto Theodoro Junior vem a calhar: “a propósito do ideário do processo justo, prevalece na consciência da civilização de nosso tempo a concepção de que um Código moderno, republicano e democrático, há de observar ‘um modelo social de processo’, que esteja atento às exigências da instrumentalidade, da efetividade e da presteza na promoção da tutela aos direitos subjetivos em crise. Em tal

⁵ MIRANDA, Gilson Delgado. PIZZOL, Patricia Miranda. “Uma breve reflexão sobre os recursos ordinários no projeto do novo CPC e a duração razoável do processo”, p. 246.

⁶ MIRANDA, Gilson Delgado. PIZZOL, Patricia Miranda. “Uma breve reflexão sobre os recursos ordinários no projeto do novo CPC e a duração razoável do processo”, p. 246.

modelo, como é inegável, não podem merecer guarida as espertezas dos litigantes no manejo das puras técnicas procedimentais e argumentativas como a causa do resultado da disputa travada em juízo. Para o processo justo (aquele exigido pelo Estado Democrático de Direito), o mais importante é que o processo seja construído e manejado 'para possibilitar a descoberta da verdade dos fatos', de maneira que só ganhe a 'parte que tiver a verdade ao seu lado' e que, por isso, terá sua situação jurídica protegida pelo provimento judicial. A par disso, o caráter democrático desse moderno processo jurisdicional reside numa concepção inovadora do contraditório que não mais se limita a uma simples bilateralidade de audiência, mas que confere aos litigantes o direito de participar ativamente na formação do provimento jurisdicional que haverá de compor o conflito estabelecido entre eles. O processo deixa de ser 'coisa apenas do juiz' ou 'coisa apenas das partes', para se tornar obra conjunta de todos os sujeitos processuais, fruto de uma empresa compartilhada entre todos eles".⁷

Em resumo, o CPC/15 foi editado para atender cinco objetivos: 1) estabelecer, expressa e implicitamente, verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;⁸ 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais adequada à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas (como o recursal); 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1, p. 26.

⁸ De fato, "sendo a CF a ordem fundamental que dá direção do ordenamento jurídico, nada mais natural que o processo civil se submeta a todas as determinações dela emanadas, para cumprir o papel que lhe é próprio, de pacificação do espaço privado de vivência dos cidadãos, na República, pelo exercício legítimo do Poder Jurisdicional do Estado" (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 196).

mesmo considerado; e, por fim, 5) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe mais coesão.⁹

Vale dizer, o CPC/15 prestigia a jurisprudência dos tribunais superiores, busca a uniformização da jurisprudência e a estabilização do direito.

2. Extinção Do Processo de Execução

A extinção do processo de execução está prevista no art. 924 do CPC/15. A regra do art. 924 do CPC/15 deve ser aplicada ao processo de execução autônomo (título executivo extrajudicial) ou em cumprimento de sentença (título judicial). A extinção, *ex vi* do disposto no art. 925 do CPC/15, deve ser declarada por sentença.

O art. 794 do CPC/73 arrolava apenas casos típicos de extinção vinculados ao processo de execução. Previa a extinção quando: (I) o executado satisfizesse a obrigação; (II) o executado obtivesse, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida; (III) o exequente renunciasse ao crédito. A atual regra é mais completa e amplia as hipóteses de extinção. Primeiro, para incluir os casos de indeferimento da inicial; segundo, para positivar a inovadora modalidade de extinção baseada no reconhecimento da

⁹ MIRANDA, Gilson Delgado. PIZZOL, Patricia Miranda. "Uma breve reflexão sobre os recursos ordinários no projeto do novo CPC e a duração razoável do processo", p. 246.

prescrição intercorrente, complementando, aliás, a sistemática do art. 921 do CPC/15. No mais, guardadas as devidas proporções, o rol é mantido.

Anote-se, porém, que o rol do art. 924 do CPC/15 não é exaustivo, mas exemplificativo. No que couber, à evidência, devem ser aplicadas à execução supletivamente as normas do artigo 485 do CPC/15 [extinção terminativa do processo, ou seja, sem resolução do mérito]. Em verdade, essa interpretação decorre do parágrafo único do artigo 771 do CPC/15: “Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições do Livro I da Parte Especial”.

Mas, por certo, não podem ser aplicadas todas as causas de extinção previstas no art. 485 do CPC/15. No nosso sentir, a paralisação da execução pelo exequente não é causa de extinção da execução, mas de mera suspensão. Com efeito, a extinção pela contumácia do exequente sempre foi muito discutida no processo civil brasileiro.

De fato, apesar da orientação diferente do STJ,¹⁰ no nosso sentir não cabe a extinção do processo de execução se o exequente, intimado nos termos do § 1º do art. 485 do NCPC,

¹⁰ Em execução fiscal, aliás, existe precedente da 1ª Seção relatado pelo Ministro Luiz Fux, exarado pela sistemática dos recursos repetitivos nos moldes do art. 543-C do CPC/73, reconhecendo expressamente a possibilidade de extinção pela contumácia do exequente, a saber: “1. A inércia da Fazenda exequente, ante a intimação regular para promover o andamento do feito e a observância dos artigos 40 e 25 da Lei de Execução Fiscal, implica a extinção da execução fiscal não embargada ex officio, afastando-se o Enunciado Sumular 240 do STJ, segundo o qual ‘A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu’. Matéria impassível de ser alegada pela exequente contumaz (Precedentes: AgRg nos EDcl no Ag 1259575/AP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 15/04/2010; AgRg no Ag 1093239/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 15/10/2009 ; REsp 1057848/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 04/02/2009; EDcl no AgRg no REsp 1033548/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 17/12/2008; AgRg no REsp 885.565/PB, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008; REsp 820.752/PB, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 11/09/2008; REsp 770.240/PB, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/05/2007, DJ 31/05/2007 ; REsp 781.345/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/06/2006, DJ 26/10/2006 ; REsp 688.681/CE, Rel. Ministro

não supre a falta no prazo de cinco dias. Nesse sentido, há vários precedentes do TJSP editados já na vigência do CPC/15, a saber: 1) TJSP, Apelação n. 4001061-38.2013.8.26.0011, 37ª Câmara de Direito Privado, j. 07-11-2017, rel. Des. Israel Góes dos Anjos; 2) TJSP, Apelação n. 0000122-66.2006.8.26.0369, 23ª Câmara de Direito Privado, j. 09-10-2017, rel. Des. Sérgio Shimura; 3) TJSP, Apelação n. 0010340-87.2011.8.26.0011, 23ª Câmara de Direito Privado, j. 22-09-2017, rel. Des. Sérgio Shimura.

Há outros precedentes pelo arquivamento da execução na ordem do revogado CPC de 1973: 1) TJSP, Apelação n. 0009261-98.2004.8.26.0664, 17ª Câmara de Direito Privado, j. 16-12-2013, rel. Des. Afonso Bráz; 2) TJSP, Apelação n. 0025293-21.2004.8.26.0005, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 11-12-2013, rel. Des. Mauro Conti Machado; 3) TJSP, Apelação n. 0002663-79.2008.8.26.0441, 30ª Câmara de Direito Privado, j. 15-01-2014, rel. Des. Orlando Pistoresi.

E mais: perfeitamente viável a aplicação na vigência do CPC/15 a vetusta orientação contida no Comunicado da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo n. 328/1991, segundo o qual se regulou que as demandas sem andamento devem ser

JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2005, DJ 11/04/2005) 2. É que a razão para se exigir o requerimento de extinção do processo pela parte contrária advém primordialmente da bilateralidade da ação, no sentido de que também assiste ao réu o direito à solução do conflito. Por isso que o não aperfeiçoamento da relação processual impede presumir-se eventual interesse do réu na continuidade do processo, o qual, 'm sua visão contemporânea, é instrumento de realização do direito material e de efetivação da tutela jurisdicional, sendo de feição predominantemente pública, que não deve prestar obséquios aos caprichos de litigantes desidiosos ou de má-fé' (REsp 261789/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/09/2000, DJ 16/10/2000). 3. In casu, a execução fiscal foi extinta sem resolução de mérito, em virtude da inércia da Fazenda Nacional ante a intimação do Juízo a quo para que desse prosseguimento ao feito, cumprindo o que fora ordenado no despacho inicial, razão pela qual é forçoso concluir que a execução não foi embargada e prescindível, portanto, o requerimento do devedor. 4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008" (STJ, REsp n. 1.120.097-SP, 1ª Seção, j. 13-10-2010, rel. Min. Luiz Fux). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1248866-RS, 2ª Turma, j. 13-09-2011, rel. Min. Castro Meira.

encaminhadas ao arquivo. Nesse campo, vale destacar o texto do referido comunicado: “O Corregedor Geral da Justiça, tendo em vista o reflexo que os diferentes entendimentos encontrados sobre a oportunidade de arquivamento de feitos vem tendo no movimento judiciário, recomenda aos MM. Juízes do Estado que os feitos sem andamento em seus cartórios sejam arquivados com as cautelas e nos termos do parecer nesta data aprovado.

Lembra que, inexistindo arquivo ‘provisório’ na estrutura administrativa do Tribunal de Justiça, o arquivamento deve ser feito no Arquivo Geral de feitos com a consequente baixa do processo no movimento judiciário”, com observância dos §§ do art. 921 do CPC/15.

Não podemos omitir, porém, que há vários precedentes no seio do TJSP, exarados a partir da orientação forte do STJ, reconhecendo a possibilidade de extinção pela desídia do exequente, em especial antes da citação. Nesse contexto: 1) TJSP, Apelação n. 0511462-88.2010.8.26.0116, 15ª Câmara de Direito Público, j. 09-11-2017, rel. Des. Silva Russo; 2) TJSP, Apelação n. 0500852-22.2014.8.26.0116, 15ª Câmara de Direito Público, j. 09-11-2017, rel. Des. Silva Russo; 3) TJSP, Apelação n. 0021647-47.2012.8.26.0223, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 10-10-2017, rel. Des. Francisco Loureiro; 4) TJSP, Apelação n. 0001586.-21.2008.8.26.0575, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 24-08-2017, rel. Des. Walter Fonseca.

A execução pode ser extinta também em razão do acolhimento dos embargos à execução ou da impugnação ao cumprimento de sentença. Como bem observou o Ministro Luiz Fux, “esta extinção pode operar-se por defeito formal, o que não impede a repositura da

execução ou motivo de ordem material, como, *v.g.*, a extinção da obrigação na forma do direito material, como *v.g.*, o pagamento, a novação, a prescrição”.¹¹

3. Indeferimento da Inicial [Art 924, I]

Como em qualquer processo, o processo de execução também começa pela provocação do exequente por meio de uma petição inicial. Essa petição inicial, por certo, deve preencher os requisitos formais exigidos pelo CPC [arts. 319, 798 e 799]. Sem dúvida, “esta petição, que representa a vontade do exequente e a reclamação da tutela jurídica do Estado – trata-se, consoante observação bem apanhada, ‘de pedido para a realização concreta de um direito já suficientemente reconhecido no título executivo judicial ou extrajudicial, de pedido de prática de atos jurisdicionais que se voltam à satisfação do direito e não ao seu mero reconhecimento’ -, padece com extraordinária frequência do desmazelo e de mal disfarçado desprezo aos seus elementos, embora, se se tratasse de pretensão de outra natureza (*v.g.*, a pretensão à declaração), jamais seriam olvidadas as prescrições do art. 319. E isto que a petição inicial é o ato postulatório fundamental de quem pleiteia a tutela jurídica do Estado, autônoma (processo de execução) ou incidentalmente (cumprimento de sentença), e, por isso, jamais pode faltar”.¹²

¹¹ FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 138.

¹² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 659.

Nessa senda, além da regra geral [art. 319], incumbe ao exequente, ao propor a execução, instruir a petição inicial com: a) o título executivo extrajudicial¹³; b) o demonstrativo do débito atualizado até a data de propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa;¹⁴ c) a prova de que se verificou a condição ou ocorreu o termo, se for o caso; d) a prova, se for o caso, de que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação senão mediante a contraprestação do exequente.

Deve indicar também: a) a espécie de execução de sua preferência, quando por mais de um modo puder ser realizada; b) os nomes completos do exequente e do executado e seus números de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica; c) os bens suscetíveis de penhora, sempre que possível [art. 798].

Agora, verificando que a petição inicial da execução está incompleta ou que não está acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, o juiz determinará que o exequente a corrija, no prazo de quinze dias, sob pena de ser indeferida, com extinção do processo de execução [art. 798, I c/c o inciso I do art. 924 do

¹³ “O art. 798, I, *a*, erige o ônus de o exequente instruir a petição inicial com o título executivo extrajudicial do qual deriva a pretensão a executar. Em princípio, o exequente exigirá o original, porém, em determinados casos, não havendo transferência da titularidade mediante circulação do título de crédito (art. 784, I), admite-se cópia autêntica. E não importa, especialmente no processo eletrônico, o suporte físico ou eletrônico do documento” (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 671).

¹⁴ Esse demonstrativo deve conter: I - o índice de correção monetária adotado; II - a taxa de juros aplicada; III - os termos inicial e final de incidência do índice de correção monetária e da taxa de juros utilizados; IV - a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; V - a especificação de desconto obrigatório realizado (art. 798, parágrafo único, do CPC/15).

CPC/15]. Essa é a única hipótese prevista no art. 924 em que a extinção não aprecia o “mérito” da execução.

A regra do art. 801 do CPC/15, basicamente, reafirma a sistemática adequada prevista no art. 321 do CPC/15 aplicável à fase cognitiva. Aplica-se, como pano de fundo, o princípio da cooperação previsto no art. 6º do CPC/15, com o aproveitamento dos atos processuais visando ao cumprimento do papel constitucional do Poder Judiciário na solução dos conflitos. Sem rodeios, “consagrou-se, em boa hora, o princípio do aproveitamento da inicial (*rectius*: requerimento executivo), por mais grave ou flagrante que seja o seu defeito, abrindo espaço à correção pedagógica dos seus vícios”. Com certeza, “a maior parte dos defeitos, incluindo a falta de apresentação do título ou do demonstrativo, acabará corrigida, e, assim, promover-se-á a economia de tempo e esforços”.¹⁵

Essa regra tem incidência todas as vezes que os atos de execução dependam da instauração de um processo de execução. Isso ocorrerá em se tratando de título executivo extrajudicial, mas igualmente quando estivermos diante dos títulos previstos nos incisos VI a IX do art. 515 do CPC/15. O exequente nesses casos precisará apresentar uma petição inicial que deverá preencher, guardadas as devidas proporções, os arts. 319, 798 e 799 do CPC/15.¹⁶

A petição, além disso, poderá ser indeferida quando, na forma do art. 330 do CPC/15, (I) for inepta; (II) a parte for manifestamente ilegítima; (III) o exequente for carecedor de

¹⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da execução. Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 793.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Comentários ao código de processo civil* [coord. Cassio Scarpinella Bueno]. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 3, p. 819.

interesse processual; (IV) não forem atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321 (inciso IV), isto é, quando o exequente não proceder à diligência determinada pelo juiz para sanar omissões, defeitos ou irregularidades da petição inicial.

Mas não é só: é inepta a petição inicial quando: (I) lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si (art. 330, § 1º, do CPC/15).

Observe-se, ademais, que o juiz em geral indeferirá a petição inicial depois de possibilitar a sua correção; há casos, porém, que o erro se mostra insanável (*v.g.*, inexistência de título executivo ou clara hipótese de não preenchimentos dos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação). Em sendo assim, autoriza-se o indeferimento liminar, isto é, sem observância do disposto no art. 801 do CPC/15. Mas lembre-se: havendo possibilidade de conserto, a intimação do exequente é medida de rigorosa justiça, reclamada inclusive por força do princípio fundamental previsto no art. 5º, LV, da CF. Do indeferimento da petição inicial da execução, à evidência, caberá recurso de apelação. Incide, na espécie, o disposto no art. 1.009 do CPC/15. Se o indeferimento, contudo, for parcial, o exequente nesse caso deve ingressar com agravo de instrumento, *ex vi* do parágrafo único do art. 1.015 do CPC/15, sob pena de preclusão.

4. Satisfação da Obrigação [art. 924, II]

A segunda hipótese de extinção é a que trata da satisfação da obrigação. O executado satisfaz a sua obrigação quando, de modo voluntário ou forçado, realiza o pagamento total da sua dívida, compreendendo, nesse passo, principal, juros, correção monetária, custas, despesas processuais e honorários advocatícios. Vale frisar, o pagamento parcial não autoriza a extinção da execução.

Pode-se dizer que essa hipótese enquadra a chamada extinção normal da execução. Com efeito, “sendo o processo voltado à realização do interesse do exequente (art. 797), é absolutamente possível afirmar que o desfecho normal da execução é o que consiste na satisfação do crédito exequendo, sendo anômalo qualquer outro desfecho”.¹⁷

Cumprido frisar que a extinção pelo pagamento, às escâncaras, impõe regular comprovação nos autos, “estando desautorizada a presunção a seu respeito, salvo nas hipóteses de presunção legal, a exemplo daquelas previstas nos arts. 322, 323 e 324 do Código Civil. Havendo presunção legal, o juiz pode extinguir a execução pelo pagamento se o credor, devidamente intimado - independentemente se de forma pessoal ou por publicação no órgão oficial - a manifestar-se sobre os documentos e alegações do devedor, sob pena de extinção pelo pagamento, quedar-se inerte. Contudo, na falta de presunção legal, nem mesmo a intimação pessoal do credor autoriza a extinção pelo

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Comentários ao código de processo civil [coord. Cassio Scarpinella Bueno]. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 3, p. 819-820.

pagamento se os documentos e alegações do devedor não se mostrarem aptos a permitir tal conclusão”.¹⁸

Anote-se, outrossim, que o pagamento, em se tratando de execução por quantia certa, faz-se por meio da remição da execução e deve observar, às claras, o disposto no art. 826 do CPC/15.

5. Extinção total da dívida [art. 924, III]

A terceira hipótese de extinção ocorre quando o executado, por qualquer outro meio, obtém a extinção total da dívida. O CPC/15 acertou um erro que existia no inciso II do art. 794 do CPC/73. O inciso II do art. 794 do CPC/73 tinha uma evidente impropriedade, pois tratava a transação como meio de remissão de dívida: [“o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão da dívida”]. Realmente, a transação e a remissão são duas formas de extinção das obrigações. Nessa senda, a atual regra acertou a anomalia ao dispor genericamente sobre a extinção do processo de execução quando o executado obtém a extinção total da dívida por qualquer outro meio [transação, remissão etc.], além do pagamento.

Observe-se, no mais, que a “transação é meio liberatório que consiste em prevenir ou terminar o litígio mediante concessões mútuas dos interessados (Código Civil, art. 840). Remissão é forma de perdão ou de liberação gratuita do devedor, ou seja, renúncia ao

¹⁸ STJ, REsp n. 1.513.263-RJ, 3ª Turma., j. 17-05-2016, Rel. Min. João Otávio de Noronha.

direito. Extinguindo-se o direito material de crédito do exequente, é lógico que também desaparece a ação de execução, que se destinava justamente a realiza-lo”¹⁹

6. Renúncia ao Crédito [art. 924, IV]

A quarta hipótese de extinção trata da renúncia. A regra é a mesma do CPC/73. A renúncia pressupõe o perdão da dívida por ato unilateral do credor. Assim, “se o exequente libera o executado de seu vínculo obrigacional, perdendo sua dívida, nada mais haverá a executar e a execução deverá ser desde logo extinta”.²⁰ Para que o processo possa ser extinto a renúncia deve ser expressa e inequívoca. Não existe qualquer chance de se reconhecer a renúncia tácita. O ato de disposição deve ser firmado pelo exequente ou mediante atuação de seu advogado com poderes especiais [art. 105 do CPC/15].

Em outras palavras, para a caracterização da renúncia ao crédito, prevista no art. 924, IV, do CPC/15, “faz-se necessária a presença de atos concretos que revelem a disposição do exequente em não mais exigir a dívida, o que não se confunde com mera omissão sua, após haver sempre diligenciado ao longo do todo o processo, em requerer a continuidade do feito findo o prazo da sua suspensão, acontecida em face de possibilidade de acordo não concretizado”.²¹

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3, p. 759.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Comentários ao código de processo civil*. Comentários ao código de processo civil [coord. Cassio Scarpinella Bueno]. São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 821.

²¹ STJ, REsp n. 261.699-PR, 4ª Turma, j. 12-12-2000, rel. Min. Aldir Passarinho Junior.

A renúncia, outrossim, não se confunde com desistência. O exequente poderá desistir da execução e, nessa quadra, a regra aplicável será aquela prevista no art. 775 do CPC/15. Sem dúvida, o exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva. Mas, para a desistência, deve-se observar o seguinte: (I) serão extintos a impugnação e os embargos que versarem apenas sobre questões processuais, pagando o exequente as custas processuais e os honorários advocatícios que devem ser fixados nos moldes do art. 85 do CPC/15. Nesse caso não precisa o exequente obter a concordância do executado; (II) havendo questões de mérito, a desistência da execução pressupõe a concordância do embargante ou do impugnante.²²

Evidentemente, a extinção da execução pela aplicação do art. 775 do CPC/15 não atinge o crédito, diferentemente da renúncia [art. 924, IV].²³ “Ela se distingue, neste aspecto, da renúncia prevista no art. 924, IV, e, portanto, nada impede a renovação do processo executivo com base no mesmo título. Extinguindo-se a execução, porém, porque declarada a extinção superveniente do próprio crédito, por força da oposição do executado ou por pronunciamento *ex officio* do juiz (v.g. o reconhecimento da prescrição), o credor não poderá renovar o processo”.²⁴ E as demais ações incidentais? Como ficam os embargos de terceiro e o arresto, tendo em vista a desistência da execução? “A analogia com a situação

²² A respeito, na vigência do CPC/73, decidiu o STJ: “O exequente tem a faculdade de, a qualquer tempo, desistir da execução, atento ao princípio segundo o qual a execução existe em proveito do credor, para a satisfação de seu crédito. - Versando os embargos do devedor questão de direito material, a sua extinção depende da anuência do executado embargante. Em caso de discordância, terão eles seguimento de forma autônoma. Recurso especial conhecido e provido para decretar a extinção da execução, sem o conhecimento de mérito” (STJ, REsp n. 489.209-MG, 4ª Turma, j. 12-12-2005, rel. Min. Barro Monteiro).

²³ “Quem renuncia não pode mais voltar a demandar a obrigação que efetivamente se extinguiu. Mas quem desiste pode voltar a disputar a mesma prestação em nova relação processual” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3, p. 760).

²⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 795-796.

prevista no art. 775, parágrafo único, I, mostra-se exata. Desaparecida a penhora, impugnada pelo terceiro, extinguir-se-ão os embargos, porque a providência reclamada se tornou inútil. E, nessa contingência, o credor suportará as despesas e os honorários da demanda incidental”.²⁵

Em última análise, excluída a penhora impugnada nos embargos de terceiro ou no arresto, fácil concluir ter desaparecido o interesse processual, o que leva, ainda que de ofício, a extinção do processo sem apreciação do mérito [art. 485, VI, do CPC/15]. O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 17, reproduzindo, *mutatis mutandis*, o artigo 100 do CPC italiano, é incisivo: **“Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”**. Na lição de Liebman, o pai da divisão ora estudada, “o interesse de agir é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse em obter o provimento solicitado. Ele se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira como se distinguem os dois direitos correspondentes: o substancial que se afirma pertencer ao autor e o processual que se exerce para a tutela do primeiro (...)” “... é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente”.²⁶

²⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da execução. Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 798.

²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil* [tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco], 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 153.

Verifica-se, desse modo, que o interesse processual está qualificado, consoante assevera Rodolfo de Camargo Mancuso,²⁷ pelo trinômio "necessidade-utilidade-adequação" - "**necessidade** do recurso ao Judiciário para obter certo bem da vida, seja porque não se logrou obtê-lo pelas vias usuárias, seja porque o próprio Direito Positivo exige a intervenção jurisdicional; **adequação** do provimento pretendido, isto é, sua idoneidade técnico - jurídica para atender à expectativa do autor; **utilidade** da via processual eleita: conquanto haja alguma dissensão doutrinária a respeito desse quesito, parece-nos que ele integra a compreensão do interesse processual, já que o acesso à tutela jurisdicional tem por pressuposto o fato de que a medida pleiteada será útil, na ordem prática, ao autor" (grifos nossos). Trata-se de "uma condição vinculada estreitamente ao princípio de **economia processual** e resulta da **utilidade** e/ou **necessidade** da atuação da jurisdição e da **adequação** da via processual escolhida aos fins objetivados pelo processo emergente da ação proposta" (grifos nossos)".²⁸

No caso dos embargos de terceiro ou do arresto, como indicado alhures, diante da aplicação do art. 775 do CPC/15, é patente a falta superveniente de interesse processual, pois a via processual eleita perdeu sua utilidade no curso do procedimento.²⁹

²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei n. 7.347/85 e legislação complementar)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 35.

²⁸ ARMELIN, Donaldo. *Condições da ação no processo civil brasileiro*. Publicações da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo, convênio TJES/Amages, 1987).

²⁹ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1205.

7. Prescrição Intercorrente [art. 924, V]

Fazendo coro a essa ideia de estabilização do direito, o CPC/15 trouxe regra inovadora expressa acerca da prescrição intercorrente. A falta de bens e a desídia do exequente canalizam à **suspensão do processo**, com observância dos §§ do art. 921 do CPC/15. A partir daí, decorrido o **prazo prescricional**, o processo de execução deve ser **extinto** [art. 924, V, do CPC/15].

Quanto ao conceito de prescrição, é bom lembrar que o CC de 2002 regulou a matéria no artigo 189 (“Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”), deixando de lado a fórmula desenhada por Câmara Leal, “segundo a qual a decadência extinguiria o direito, enquanto que a prescrição extinguiria a ação”. Realmente, esse modelo nunca se mostrou suficiente “para explicar a complexidade do fenômeno”. De fato, “o melhor critério para conceituar-se e distinguir-se prescrição de decadência é o de Agnelo Amorim Filho, que foi adotado pelo CDC e pelo CC (...)”. Vale dizer, “esse critério não é exclusivamente processual nem parte de premissa processual, como à primeira vista pode parecer; trata-se de critério fundado na pretensão de direito material e de seu exercício e que, por isso, culmina por informar os critérios para a classificação das ações”. Assim, “quando a pretensão de direito material a ser deduzida em juízo for exercitável por meio de ação de natureza condenatória, bem como as de execução dessas mesmas pretensões, o prazo previsto em lei para o seu exercício é de prescrição. Nasce a pretensão com a violação do direito e o titular pode exigir uma prestação do devedor”. Diferentemente, para as

pretensões exercitáveis em juízo por meio de ação constitutiva e ação declaratória, o prazo é decadencial.³⁰

Como se sabe, a execução por quantia certa se realiza pela expropriação de bens do executado [art. 824 do /15CPC]. Vale dizer, “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei” [art. 789 do CPC/15]. Aplica-se, nesse campo, o princípio da execução real, ou seja, são os bens do devedor que devem suportar os atos expropriatórios, não a pessoa do devedor. Não existe execução pessoal [desforço físico do executado] no Brasil. A penhora é o ato constitutivo no processo que individua a responsabilidade patrimonial do devedor. E, por comando legal expresso, a penhora deve incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios [art. 831 do CPC/15]. Assim, não havendo bens livres e desembargados para garantir a execução, inevitavelmente o processo deverá ser suspenso [art. 921 do CPC/15].

Por quanto tempo o processo de execução ficará suspenso? Há prazo? Dez anos? Vinte anos? Pode o exequente requerer o desarquivamento de uma execução suspensa há 70 anos? O CPC/15 resolveu esse claro dilema. Realmente, na vigência do CPC/73, houve muita divergência sobre o tema. Em precedente antigo do STJ, o Ministro Sálvio de Figueiredo, relator do Recurso Especial n. 280.873, 4ª Turma, j. 22-3-2001, verberou: “Estando suspensa a execução, em razão de ausência de bens penhoráveis, não corre prazo prescricional”. Nunca concordamos com essa orientação, especialmente depois da

³⁰ NERY, Nelson Nery. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 11ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 572-573.

edição da Súmula 314 do STJ: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo de prescrição quinquenal intercorrente”. Em outras palavras, no nosso sentir não há foro de prosperidade para se distinguir a orientação adotada em execução fiscal daquela prevista para se aplicar à execução civil. Não comungamos da ideia de que uma execução suspensa há 70 anos possa ser desarquivada para expropriar os bens do executado. Em suma, em prol da segurança jurídica, indisputavelmente, viável a defesa da prescrição intercorrente. O STJ, porém, acabou pacificando o seguinte entendimento nas execuções civis: **“não corre a prescrição intercorrente durante o prazo de suspensão do processo de execução por falta de bens penhoráveis. Para a retomada de seu curso, faz-se necessária a intimação pessoal do credor para diligenciar no processo, porque é a sua recalcitrância injustificada que faz retomar-se o curso prescricional”** (STJ, AgRg-AREsp n. 470.154-MS, 4ª Turma, j. 22-04-2014, rel. Min. Isabel Gallotti). Como dito, o CPC/15 resolveu a divergência, disciplinando, às expensas, a prescrição intercorrente no processo de execução.

Essa orientação, contudo, que era pacífica, passou a ser questionada a partir de um precedente exarado em 2015 pela 3ª Turma do STJ. De fato, diferente dos pronunciamentos anteriores, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela possibilidade de se reconhecer a **“prescrição intercorrente, se o exequente permanecer inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado”**, reconhecendo, ainda, a **“desnecessidade de prévia intimação do exequente para dar**

andamento ao feito³¹. Nesta decisão, propôs-se, outrossim, a revisão da jurisprudência do STJ “**para revigorar o entendimento consolidado na Súmula 150/STF**” [grifei]³² [STJ, REsp n. 1.522.092-MS, 3ª Turma, j. 06-10-2015, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino].³³

Nesse julgado, consignou-se, inclusive, que essa mesma sistemática estabelecida no CPC/15 poderia ser extraída do CPC/73, ainda que este diploma processual não estabelecesse o prazo de suspensão. Em outras palavras, como o Código de Processo Civil de 1973 **não tinha prazo para a suspensão, perfeitamente viável suprir a lacuna por meio da analogia, utilizando-se do prazo de um ano previsto no art. 265, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973 e art. 40, § 2º, da Lei 6.830/80**]. Com efeito, segundo essa nova orientação jurisprudencial, para aplicação da prescrição intercorrente na hipótese de o devedor não possuir bens penhoráveis, a execução deverá ficar necessariamente suspensa [art. 791, inciso III, do CPC/73 e art. 921, III, do CPC/15]) pelo prazo que **o juiz assinalar ou, no silêncio, pelo prazo de um ano** [por aplicação analógica do disposto no art. 265, § 5º]. Findo esse prazo, terá início a contagem da prescrição intercorrente.

Em outro precedente, mais recente, verberou o STJ: “A Terceira Turma do STJ modificou seu entendimento para adotar a tese de que a ocorrência da prescrição intercorrente será reconhecida quando o exequente permanecer inerte por prazo superior ao de prescrição

³¹ No mesmo sentido: **1)** STJ, REsp n. 1.589.753-PR, 3ª Turma., j. 17-05-2016, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; **2)** STJ, EDcl-AgRg-EDcl- REsp n. 1.422.606-SP, 3ª Turma, j. 13-09-2016, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; e **3)** STJ, REsp n. 1.593.786-SC, 3ª Turma, j. 22-09-2016, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

³² STJ, REsp n. 1.522.092-MS, 3ª Turma, j. 06-10-2015, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

³³ STJ, REsp n. 1.522.092-MS, 3ª Turma, j. 06-10-2015, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino

do direito material vindicado, sendo prescindível a sua intimação pessoal prévia, bastando que seja respeitado o princípio do contraditório”.³⁴

Mas não é só: o inciso IV do art. 921 do NCPC também é novo. Trata da suspensão da execução se **a alienação dos bens penhorados deixar de ocorrer por falta de licitantes e o exequente, em quinze dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens para penhora**. A partir da suspensão, identificada a desídia do exequente, entendemos que passará a correr o prazo de prescrição intercorrente, o que poderá levar à extinção da execução. Incide, na espécie, o inciso V do art. 924 do CPC/15. De fato, “não parece razoável que, sem demonstrar o exequente atividade durante o prazo de suspensão do processo - adotando diligências para o êxito da execução -, possa o litígio perdurar indefinidamente, mantendo a instabilidade jurídica e assoberbando o Judiciário com feito que, pela inação do exequente, não caminha para a sua solução. Desse modo, se realizada intimação com advertência, e ainda assim o credor não apresentar bens do devedor ou não requerer outras medidas pertinentes, fica inviabilizado o prosseguimento da execução” [STJ, REsp n. 991.507-RN, 4ª Turma, j. 16-08-2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão], decorrido o prazo de prescrição.

Não tendo sido encontrados os bens do devedor, o juiz primeiro deve suspender a execução pelo prazo de um ano em Cartório. Durante esse prazo não se conta prazo prescricional [art. 921, § 1º, do CPC/15]. Essa hipótese de suspensão da execução pelo prazo de um ano repete a mesma sistemática prevista no art. 40 da LEF e que deu sustentação à edição da Súmula 314 do STJ. Decorrido o prazo máximo de um ano, sem

³⁴ STJ, AgInt no REsp n. 1.615.303-PR, 3ª Turma, j. 25-04-2017, rel. Min. Marco Aurelio Bellizze.

que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz deve ordenar o arquivamento dos autos [art. 921, § 2º, do CPC/15]. Os autos, porém, deverão ser desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhorados [art. 921, § 3º, CPC/15]. Mas vale a advertência: decorrido o prazo de um ano sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente.

Para a decretação da prescrição intercorrente, contudo, o juiz deverá observar o procedimento previsto no § 4º do art. 921 do CPC/15. Mesmo em se tratando de matéria de ordem pública, para se rechaçar a decisão surpresa, o juiz deve ouvir as partes no prazo de quinze dias. Decorrido o prazo, independentemente da manifestação das partes, o juiz poderá reconhecer a prescrição.

O CPC/15 não regula qual é o prazo prescricional neste caso. Entendemos, diante da omissão, incidir a vetusta jurisprudência do STF sedimentada na Súmula 150, a saber: “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”. Logo, por exemplo, em se tratando de obrigação líquida e certa, o prazo prescricional será de 5 anos (art. 206, § 5º, I, do CC). Com efeito, “tendo em vista a segurança que as relações jurídicas devem ter as pretensões condenatórias sempre prescrevem”.³⁵

O termo inicial do prazo de prescrição intercorrente, inclusive para as execuções em curso, será a data do início de vigência do CPC/15. Essa regra transitória está prevista no artigo 1.056 do CPC/15. Como se vê, o comando expresso do CPC/15 interfere inclusive

³⁵ NERY, Nelson Nery. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 11ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 572-573.

na forma da contagem do prazo prescricional para aqueles que entendiam existir prescrição intercorrente na vigência do CPC/73. Nessa senda, pensamos que, se até a vigência do CPC/15 não houver prescrição, ou seja, se o prazo não tiver transcorrido por inteiro, o termo inicial será alterado e a prescrição contará a partir da nova regra.

8. Extinção por Sentença [art. 925]

No processo de execução não é diferente: a extinção ocorre por sentença. Aliás, além da expressa imposição contida no art. 925, o § 1º art. 203 do CPC/15 reforçou: “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”.

Não obstante a extinção declarada por sentença, a orientação que se adota na espécie é de que não há eficácia de coisa julgada, notadamente porque o provimento extintivo da demanda executória não encerra tutela de carga declaratória, constitutiva ou condenatória, mas sim apenas satisfativa (de um crédito). Com efeito, essa sentença é desprovida da eficácia da coisa julgada material [art. 502 do CPC/15].³⁶

Em reforço, em outros termos, força anotar que, em regra, “a sentença que extingue a execução, a teor do art. 925, não assume a autoridade de coisa julgada material, a

³⁶ “Não há, realmente, nenhum provimento de mérito, na espécie, mas apenas o reconhecimento de que a relação jurídica se exauriu, nada mais havendo que realizar no processo, em termo de execução forçada. O provimento executivo é o ato de satisfação do direito do exequente. É ele, e não a sentença do art. 925, que exaure a prestação jurisdicional específica do processo de execução” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3, p. 760).

respeito do direito do exequente, porque este em nenhum momento esteve em litígio dentro da execução forçada, mesmo porque esta não gera um processo de índole contraditória, nem se destina a julgamento ou acertamento de relações jurídicas controvertidas. A indiscutibilidade e imutabilidade da sentença transitada em julgado são fenômenos que dizem respeito ao elemento declaratório das sentenças de mérito, que só podem se localizar no processo de conhecimento. O resultado da execução é em tudo equivalente ao pagamento voluntário da obrigação pelo devedor. Sua perfeição e eficácia subordinam-se, portanto, aos mesmos princípios da validade do pagamento. Por isso, se uma execução foi promovido com base em título ilegítimo, do ponto de vista do direito material, mesmo depois de extinto o processo por sentença, lícito será ao devedor intentar contra o exequente ação de repetição do indébito, na forma do art. 876 do Código Civil. Só não se poderá mais discutir o pagamento executivo quando a matéria de legitimidade da dívida houve sido debatida em embargos, porque aí a sentença da ação incidental será de mérito e, como tal, fará coisa julgada material (NCPC, art. 502), tornando imutável e indiscutível a solução dada à lide e às questões apreciadas (art. 503). Na ausência de embargos, contudo, nada há que impeça o devedor de vir a juízo, em ação de repetição de indébito, reclamar a reposição do prejuízo que lhe acarretou uma execução injusta”.³⁷

Em nenhuma das hipóteses do artigo 924 do CPC/15 o juiz julga, subsumindo o fato à regra jurídica. Vale dizer, “a declaração de que o devedor satisfaz a obrigação não é, de modo algum, objeto do processo de execução, não constituindo, assim o seu ‘mérito’”; logo, “o único efeito do pronunciamento judicial respeita à extinção da relação processual executiva (coisa julgada formal, na concepção clássica). Por isso, admite-se a renovação

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3, p. 763.

do processo executivo, a requerimento do credor, alegando a existência de resíduos insatisfeitos do crédito, ou a sua invalidação, através da ação prevista no art. 486.

Também passíveis de ação anulatória se mostram os atos que tendem ao escopo da satisfação do exequente, como adjudicação e a alienação coativa” (Araken de Assis, “Manual da execução”, 15ª edição, São Paulo. RT, 2013, p. 486/487 e 570/571). Contudo, não é essa a orientação do STJ a respeito: “A Primeira Turma, ao julgar o REsp 1.073.390/PB, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, decidiu que a extinção da execução por força do pagamento perfaz-se por sentença de mérito rescindível ou anulável conforme a hipótese. Caso a exequente tenha prova de que o documento referente ao suposto pagamento não detém conteúdo verdadeiro, deve propor a ação judicial cabível, de natureza desconstitutiva (DJe de 16.3.2010). Tendo em vista que a extinção da execução fiscal fundada no art. 794, I, do CPC perfaz-se por sentença de mérito, mostra-se inadmissível, em virtude da eficácia preclusiva da coisa julgada material, a pretensão da exequente de obter, em outra execução fiscal, a satisfação da mesma obrigação tributária com base na alegação de que estaria fundada em erro a sentença proferida na primeira execução fiscal”.³⁸

9. Despesas Processuais e Honorários

A lei é expressa: salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo,

³⁸ STJ, REsp n. 1.253.922, 2ª Turma., j. 2-8-2011, rel. Min. Mauro Campbell.

antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, **na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título** (art. 82, *caput*, do CPC/15).

As despesas processuais devem ser entendidas de modo amplo, compreendendo, ordinariamente, todos os gastos necessários para que o processo se desenvolva e cumpra o seu papel constitucional.³⁹ Nessa senda, pode-se dizer que as despesas “são todos os gastos necessários despendidos para fazer com que o processo cumpra sua finalidade ontológica de pacificação social. No conceito de despesas processuais estão compreendidas as custas judiciais, os honorários periciais, as custas periciais, as multas impostas às partes, as despesas do oficial de justiça (para citação, arrecadação, penhora, cumprimento de mandado judicial etc.), a indenização, as diárias, as condução de testemunhas etc. Os honorários advocatícios não são despesas processuais e vêm tratados no CPC 85”.⁴⁰

Cabe ao exequente, ao instaurar a execução, a antecipação de todas as despesas necessárias ao desenvolvimento do processo. Mas, como não poderia deixar de ser, a responsabilidade definitiva pelo pagamento dessas verbas, antecipadas ou não, é do executado. Várias disposições do CPC/15 canalizam para essa conclusão (arts. 826, 907, 870 etc.). O móvel dessa responsabilidade do executado, à evidência, “reside na

³⁹Sobre a taxa judiciária, o STF é incisivo no sentido de impor sempre um limite máximo e proporcional ao custo da atividade do Estado. “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA JUDICIÁRIA. NATUREZA JURÍDICA: TRIBUTO DA ESPÉCIE TAXA. PRECEDENTE DO STF. VALOR PROPORCIONAL AO CUSTO DA ATIVIDADE DO ESTADO. Sobre o tema da natureza jurídica dessa exação, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de se tratar de tributo da espécie taxa (Representação 1.077). Ela resulta da prestação de serviço público específico e divisível, cuja base de cálculo é o valor da atividade estatal deferida diretamente ao contribuinte. A taxa judiciária deve, pois, ser proporcional ao custo da atividade do Estado a que se vincula. E há de ter um limite, sob pena de inviabilizar, à vista do valor cobrado, o acesso de muitos à Justiça. Ação direta julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 5º do artigo 114 do Código Tributário de Goiás” (STF, ADI n. 948-GO, Tribunal Pleno, j. 09-11-1995, rel. Min. Francisco Rezek).

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 462.

circunstância de que, não satisfazendo a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo (art. 783), provocou a necessidade de o credor executá-lo". Em outros termos, "o dever de o executado pagar as despesas do processo executivo descansa solidamente no princípio da causalidade".⁴¹ Vale dizer, "não há mais questão sobre a pessoa a quem incumbe o ônus das custas: é o executado. Por isso, sem necessidade de qualquer decisão a respeito, é ele quem as deve pagar; e isso se consegue tirando do produto da execução, antes de qualquer distribuição em favor de outros, as custas que deverão ser pagas a quem as adiantou".⁴²

Mutatis mutandis, essa é a lógica que está expressa na regra que trata da remição da execução pelo executado, a saber: "Antes de adjudicados ou alienados os bens, o executado pode, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, acrescida de juros, custas e honorários advocatícios" (art. 826 do CPC/15).

E os honorários advocatícios? No campo da verba honorária deve ser feita uma divisão: (I) honorários no cumprimento de sentença e (II) honorários no processo de execução.

No cumprimento de sentença, na vigência do CPC/73, diante da omissão da lei, houve muita celeuma tanto nos tribunais como na doutrina. O fato é que, bem ou mal, mal ou bem, o Superior Tribunal de Justiça acabou uniformizando, em âmbito nacional e pela sistemática dos recursos repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973), que **"são cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou**

⁴¹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 814.

⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio, *Processo de execução*. Nº 48, p. 113; *apud* ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 814.

não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC” (STJ, REsp n. 1.134.186, Corte Especial, j. 01-08-2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão). Essa orientação da Corte Especial motivou, inclusive, a edição da Súmula 517 do STJ: “São devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário, que se inicia após a intimação do advogado da parte executada”.

O CPC/15, nessa quadra, manteve a orientação do STJ ao tratar no § 1º do art. 85 serem devidos honorários advocatícios na reconvenção, **no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução**, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. E mais: “Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento” (art. 523, § 1º, do CPC/15). No caso de pagamento parcial, os honorários advocatícios serão devidos em relação à parte da dívida não quitada, *ex vi* do disposto no art. 523, § 2º.

A única diferença substancial entre a orientação que vingou no CPC/73 e o CPC/15 é que no Código revogado os honorários eram fixados por apreciação equitativa do juiz (art. 20, § 4º) e no Código em vigor em 10% do valor exequendo.

E no cumprimento provisório? Há honorários advocatícios? Na vigência do CPC/73 houve enorme polêmica a respeito. O STJ, contudo, pela sistemática dos recursos repetitivos na forma do art. 543-C, pacificou a orientação no sentido do não cabimento da verba honorária. De fato, “não são cabíveis honorários advocatícios em sede de execução provisória (art. 475-O do CPC), pois o devedor ainda não possui a obrigação de cumprir voluntariamente o título executivo. Inteligência do princípio da causalidade e do precedente

firmado pela Corte Especial deste STJ no REsp 1.291.736/PR (submetido ao rito do art. 543-C do CPC, julgado em 20/11/2013, acórdão pendente de publicação)".⁴³

As justificativas mais contundentes podem ser identificadas no Informativo do STJ n. 0533, de 12-02-2014, a saber: no que toca à execução provisória, deve-se notar que, por expressa dicção legal, a fase do cumprimento provisório de sentença 'corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente (art. 475-O, I, do CPC), o que impõe afirmar que a execução provisória se inicia por deliberação exclusiva do credor provisório (e não por iniciativa do devedor provisório). Dessa forma, "como quem dá causa à instauração do procedimento provisório é o exequente (e não o executado), não se pode, em razão do princípio da causalidade, admitir, no âmbito da execução provisória, o arbitramento de honorários advocatícios em benefício dele próprio (do exequente). Ademais, se o manejo da execução provisória constitui faculdade do credor, a ser exercitada por sua conta e responsabilidade, as despesas decorrentes da execução provisória, inclusive os honorários de seu advogado, não de ser suportados pelo próprio exequente".

E mais: "não se pode confundir 'pagamento' - modalidade de extinção da obrigação (arts. 304 a 359 do CC) que significa o cumprimento voluntário, pelo devedor, da obrigação, por sua própria iniciativa ou atendendo a solicitação do credor, desde que não o faça compelido - com "caução" - que representa simples garantia". Assim, anotou-se que "a execução provisória, por sua vez, tem como finalidade principal o oferecimento de garantia (caução) - e não o 'pagamento' da dívida -, visto que apenas eventualmente o credor pode levantar o dinheiro, com caução (art. 475-O, III, do CPC) ou, excepcionalmente, sem a garantia (art.

⁴³ STJ, AgRg no AREsp n. 177715-PR, 3ª Turma, j. 04-02-2014, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

475-O, § 2º, I e II, do CPC). Ademais, o cumprimento provisório de sentença, que ocorre antes do trânsito em julgado, atinge a parte, vencida naquela sentença (executada provisoriamente), que, necessariamente, interpõe recurso destituído de efeito suspensivo. Sendo assim, em relação à execução provisória, não se pode exigir o cumprimento voluntário da obrigação (o pagamento) pelo executado na fase da execução provisória, não só porque a sua finalidade principal é o oferecimento de garantia (caução) - e não o 'pagamento' da dívida -, mas porque esse ato seria, conforme o art. 503 do CPC - 'A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer' -, incompatível com o seu próprio direito constitucional de recorrer, o que prejudicaria, por consequência, o recurso interposto por ele. Diante de tais considerações, a Corte Especial do STJ (REsp 1.059.478-RS, DJe 11/4/2011) acolheu a tese segundo a qual a multa prevista no art. 475-J do CPC não se aplica à execução provisória - incidindo somente após o trânsito em julgado da sentença na hipótese em que a parte vencida, intimada por intermédio do seu advogado, não cumpra voluntaria e tempestivamente a condenação -, na medida em que a possibilidade de aplicar a multa do art. 475-J do CPC em execução provisória implicaria situação desproporcional em que o recorrente (executado provisoriamente) terá que optar por pagar a quantia provisoriamente executada para afastar a multa e, ao mesmo tempo, abdicar do seu direito de recorrer contra a decisão que lhe foi desfavorável em razão da preclusão lógica."

Mas não é só: "Na mesma linha de raciocínio, haveria manifesta contradição em, por um lado, afastar a incidência da multa do art. 475-J do CPC - pelo fato de o devedor provisório não estar obrigado a efetuar o cumprimento voluntário da sentença sujeita a recurso - mas, por outro lado, condená-lo ao pagamento de honorários na execução provisória exatamente porque ele não realizou o cumprimento voluntário da mesma

sentença. Além do mais, tenha ou não o vencedor o direito de propor execução provisória, é certo que ele ainda não tem, em sede de cumprimento provisório de sentença (no qual resta pendente recurso sem efeito suspensivo), o acerto definitivo do seu direito material, do qual decorreriam os honorários de sucumbência relativos à fase de execução.

De mais a mais, somente incidem honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença se a parte vencida, depois de intimada para pagar, não cumprir voluntária e tempestivamente a condenação. Isso porque, se houver o cumprimento voluntário da obrigação, não haverá sequer execução definitiva, inexistindo, portanto, trabalho advocatício para gerar condenação em honorários (REsp 1.054.561-SP, Primeira Turma, DJe 12/3/2009). Dessa forma, admitir o cabimento de honorários no âmbito da execução provisória implicaria o seguinte paradoxo: quem pagar posteriormente, depois do trânsito em julgado do título, pagará menos (sem multa e sem honorários) em comparação a quem realiza o pagamento antecipado, em sede de execução provisória, porquanto à condenação seriam acrescidos os honorários da execução. Ademais, nessa hipótese, o cabimento dos honorários advocatícios relativos à fase de execução ficaria sempre ao arbítrio exclusivo do vencedor, que poderia, se assim desejasse, desencadear o cumprimento provisório do título e acrescer a dívida principal com os honorários sucumbenciais”.⁴⁴

Em arremate, “deve-se observar que não se está afastando, em abstrato, o cabimento de honorários advocatícios em sede de cumprimento provisório de sentença, mas apenas afirmando o descabimento de honorários no âmbito de execução provisória em benefício do exequente; o que não implica obstar a possibilidade de arbitramento de honorários no

⁴⁴ Informativo do STJ n. 0533, de 12-02-2014.

cumprimento provisório em favor do executado provisório, caso a execução provisória seja extinta ou o seu valor seja reduzido. Teses firmadas para fins do art. 543-C do CPC: ‘Em execução provisória, descabe o arbitramento de honorários advocatícios em benefício do exequente.’ e ‘Posteriormente, convertendo-se a execução provisória em definitiva, após franquear ao devedor, com precedência, a possibilidade de cumprir, voluntária e tempestivamente, a condenação imposta, deverá o magistrado proceder ao arbitramento dos honorários advocatícios.’. Precedente citado: REsp 1.252.470-RS, Quarta Turma, DJe 30/11/2011. [REsp 1.291.736-PR](#), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 20/11/2013”.⁴⁵

A questão do não cabimento dos honorários em execução provisória na vigência do CPC/73, em boa hora, está superada. E por quê? Porque o CPC/15 é expresso: 1. “São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente” (art. 85, § 1); 2) “A multa e os honorários a que se refere o [§ 1º do art. 523](#) são devidos no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa” (art. 520, § 2º).⁴⁶

Já no processo de execução, a regra que vigora é um pouco diversa. Com efeito, ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a

⁴⁵ Informativo do STJ n. 0533, de 12-02-2014.

⁴⁶ Nesse sentido, vale indicar precedente do TJSP exarado de acordo com o CPC/15, a saber: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. Insurgência à inclusão da multa de 10% e honorários advocatícios previstos no artigo 523,§1º do CPC, por não verificado o trânsito em julgado. Execução provisória iniciada já na vigência do CPC/2015, a determinar a incidência da regra do artigo 520,§3º do CPC/2015, que permite inclusão de multa e honorários no cumprimento provisório da sentença que reconhece exigibilidade da obrigação de pagar quantia certa. Distinção entre execução provisória e definitiva que não prevalece na nova legislação. Decisão mantida. RECURSO IMPROVIDO” (TJSP, AI n. 2159379-84.2016.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 14-11-2017, rel. Des. Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira). Do mesmo modo: TJSP, AI n. 2035543-40.2017.8.26.000, 35ª Câmara de Direito Privado, j. 02-06-2017, rel. Des. Melo Bueno; TJSP, AI n. 2181499-24.2016.8.26.000, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 09-03-2017, rel. Des. Matheus Fontes.

serem pagos pelo executado. O valor dos honorários poderá ser, porém, elevado até **vinte por cento**, quando rejeitados os embargos à execução, podendo a majoração, caso não opostos os embargos, ocorrer ao final do procedimento executivo, levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente.

Como se vê, na execução de título extrajudicial os honorários também são de dez por cento, mas podem ser elevados até vinte por cento quando: (I) opostos embargos à execução; ou (II) não opostos embargos, ao final do procedimento executivo, levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente (art. 827, § 2º).

Essa regra de majoração da verba honorária prevista para a execução de título extrajudicial, no nosso sentir, não se aplica ao cumprimento de sentença. Primeiro, porque os regimes (do cumprimento e da execução) são propositadamente diferentes; segundo, porque, diante da possibilidade da fixação da verba na fase cognitiva (em primeiro grau e na fase recursal), o resultado prático no caso do cumprimento poderia onerar demasiadamente o executado, ultrapassando-se, inclusive, o teto previsto no art. 85 do CPC/15.

Esse entendimento, aliás, foi aplicado no enunciado 51 da ENFAM: “A majoração dos honorários advocatícios prevista no art. 827, § 2º, do CPC/2015 não é aplicável a impugnação ao cumprimento de sentença”.

QUAL A INTERPRETAÇÃO
DO §2.º DO ART. 357 DO CPC?
O QUE SIGNIFICA A
DELIMITAÇÃO DAS QUESTÕES
DE DIREITO PELAS PARTES
NO SANEAMENTO
DO PROCESSO?

José Maria Câmara Junior

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil

Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

O novo Código de Processo Civil reúne normas vocacionadas para fazer o processo render e, por isso, os dispositivos que versam sobre o julgamento no estado albergam medidas comprometidas com a solução do litígio.

A moderna concepção do processo reconhece o influxo de normas constitucionais para colorir a interpretação e a aplicação das regras processuais. Não por outro motivo, o Código de Processo Civil de 2015 positivou – de maneira quase didática – a incidência dos valores e normas fundamentais da Constituição Federal¹.

O modelo constitucional do processo civil se manifesta ao longo de várias normas positivadas pelo novo Código, que não passam ao largo daquelas que disciplinam o julgamento conforme o estado do processo, especialmente o saneamento com ênfase para o contraditório, efetividade da tutela e cooperação entre os sujeitos da relação processual.

A transição da fase destinada à postulação das partes para aquela em que o juízo procede ao julgamento no estado compreende a adoção das providências preliminares, na forma do art. 347, e que deverão ser adotadas nas seguintes situações: (i) revelia sem efeito material; (ii) defesa indireta ou pedido reconvenicional na contestação; (iii) defesa

¹ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

processual; (iv) irregularidade; (v) defesa instruída com documentos; (vi) pedido de intervenção de terceiros, e, por ultimo, (vii) controle quanto à formação de litisconsórcio.

Adotadas as providências preliminares indispensáveis para ordenação do processo a fim de que a tramitação ocorra sob domínio do contraditório e da ampla defesa, abre-se o caminho para o julgamento conforme o estado, como anuncia o art. 357², e que compreende as seguintes hipóteses: (i) a sentença processual ou definitiva; (ii) o julgamento parcial de mérito e (iii) o saneamento.

² Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

Como se vê, se não houver a extinção do processo será realizado o seu saneamento, momento em que serão adotadas atividades para corrigir eventuais defeitos e organizar a marcha dos atos processuais.

Incumbe ao juiz o poder-dever de fiscalizar e organizar os atos processuais e, com isso, promover a eficiência do processo, contando com a participação do juiz e das partes, em regime de cooperação, como anuncia o art. 6.º do CPC^{3,4}.

A tônica que inspira o novo processo civil está na efetividade da tutela e, para tanto, atribui ao juiz deveres e poderes para atuar como agente promocional do resultado que dê solução ao litígio, deixando de ser um mero expectador, como se estivesse a reboque das partes. Assim, respeitando o núcleo do devido processo legal, que preserva a marcha processual sob o domínio do contraditório e da ampla defesa, competirá ao juiz, na gestão do processo, desempenhar a função organizatória e, com isso, empregar todos os esforços para que seu desenvolvimento se dê de maneira racional, adequada e eficiente.

³ “O saneamento destina-se a propiciar eficiência à atuação jurisdicional – e consequentemente economia processual (duração razoável do processo). Mas também se presta a assegurar previsibilidade (segurança jurídica) e a tornar mais qualificado o debate entre as partes e o juiz (contraditório), ampliando-se as chances de uma solução justa e eficaz” (Eduardo Talamini, Saneamento e organização do processo no CPC/15, disponível em

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235256,11049-Saneamento+e+organizacao+do+processo+no+CPC15>)

⁴ Mas não é só do juiz que se espera o comprometimento para extrair o melhor proveito do processo, daí o novo CPC albergar e positivar, expressamente, o regime da cooperação ao estabelecer a comunhão de esforços do juiz e das partes para que o processo possa atingir a sua finalidade e dissipar o conflito de interesses. Nesse cenário, afirma-se, com razão, que o processo não diz respeito exclusivamente às partes, tampouco é destinado ao juiz, mas constitui o método empregado pela jurisdição, a partir da exigência do esforço comum, entre juiz e partes, para obter, em tempo razoável, a decisão de mérito que resolva a lide de maneira justa e efetiva.

O art. 357 anuncia uma série de atos destinados à arrumação e organização da marcha processual: (i) “resolver as questões processuais pendentes, se houver” (inciso I), corrigindo vícios e direcionando os atos a serem praticados; (ii) “delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória” (art. 357, II, primeira parte) e, assim agindo, o juiz estará preparando o processo para a produção dos meios de prova, indicando os pontos controvertidos que exigem esclarecimento, desempenhando, aqui, seu dever de diálogo com as partes, cumprindo o princípio do contraditório (CF, art. 5.º, LVI; CPC, arts. 9º e 10); (iii) especificar “os meios de prova admitidos” (art. 357, II, segunda parte), anunciando não apenas os meios de prova dos quais as partes poderão lançar mão, mas também os que reputa indispensáveis para elucidação dos fatos (art. 370); (iv) “definir a distribuição do ônus da prova” (art. 357, III), considerando o ônus do autor quanto ao fato afirmado e o ônus do réu para buscar excluir a consequência jurídica pretendida pelo autor, na forma do art. 373, permitindo, ainda, que o juiz faça a distribuição de tais ônus de maneira diversa, se houver impossibilidade ou excepcional dificuldade no cumprimento do encargo ou, ainda, se a obtenção de prova do fato contrário for mais fácil (art. 373, § 1.º); (v) “delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito” (art. 357, IV), o que significa aplicar a parêmia “*iura novit curia*”, competindo ao julgador interpretar quanto à incidência das normas e qualificações jurídicas para dar solução para o litígio, sem necessidade de manifestação das partes, ressalvadas as situações que ensejam o dever de diálogo do juiz com as partes, assegurando-lhes a possibilidade de influir na decisão, como se extrai do direito ao contraditório (CF, art. 5º, LV; CPC, art. 9.º e 10, que vedam a denominada “decisão surpresa”); (vi) nomear perito se houver designação da prova pericial, assinando o prazo de entrega do laudo e, se possível, estabelecendo calendário para a realização da perícia (art. 357, § 8.º, c/c art. 465); (vii)

designar audiência de instrução e julgamento para produzir meio de prova (art. 357, V), assinalando prazo de até quinze dias para a apresentação do rol de testemunhas (exceto se for designada audiência de saneamento compartilhado, ocasião em que será apresentado o rol de testemunhas).

O § 3.º do art. 357 disciplina o compartilhamento do saneamento, ou seja, o consenso entre todos os protagonistas do processo, juiz e partes, para, em regime de cooperação, promover a organização dos atos a serem praticados.

O saneamento consensual propicia o contato direto do juiz com as partes ou seus procuradores e, nesse ambiente, serão delimitados os pontos sobre os quais gravita a discussão e, por conseguinte, a atividade probatória.

As partes debatem sobre temas que interessam para formar a decisão de saneamento e, se não houver consenso, o juiz irá decidir. Somente irá prevalecer o entendimento do juiz se não houver uma solução consensual sobre os pontos controvertidos e os meios de prova. Incumbe ao juiz buscar maior precisão e objetividade das alegações das partes e, por isso, poderá solicitar esclarecimentos ou complementações, como anuncia o art. 357, § 3.º, parte final, o que permitirá melhor definir os limites e instrumentos da instrução probatória.

Seguramente o saneamento compartilhado bem realizado pode ser determinante para inibir ou diminuir a impugnação das partes, porque elas contribuem juntamente com o juiz para a decisão interlocutória que organiza o curso do processo⁵.

A delimitação consensual das questões de fato e das questões de direito, na forma do § 2º art. 357 do CPC, representa inovação que altera a dinâmica da processualística civil. Diante da redação empregada pela norma surge a dúvida sobre o que, de fato, significa a fixação destas questões pelas partes na fase de saneamento do processo, o que desafia a atuação do intérprete.

As interpretações sobre o conteúdo e alcance da norma despertam a atenção porque podem determinar profunda repercussão para o processo civil.

A reflexão sobre a novidade do §2.º do art.357 certamente deverá considerar a regra do art. 190 e, por isso, está inserida no ambiente de contratualização, que se contrapõe ao publicismo do processo civil, na exata medida em que confere às partes o poder para

⁵ Eduardo Talamini adverte que “se a fixação dos pontos controvertidos ocorrer de modo a que as partes, por seus procuradores, dessa atividade participem ativamente, é possível que ocorra a delimitação de pontos controvertidos e das respectivas provas em regime de consenso, não havendo sequer interesse recursal para que a parte se insurja contra essa decisão, seja como preliminar de futura apelação, seja, no caso do art. 1.015, XI, por meio de agravo de instrumento”. No mesmo sentido: Luiz Rodrigues Wambier, “A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento ‘compartilhado’ e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes”, RePro 118/137.

estabelecer regras para o processamento da demanda⁶. Certamente os dois dispositivos legais inovam de maneira significativa o processo civil e merecem especial atenção dos intérpretes.

Nesse cenário, o CPC adota mecanismos processuais voltados à consensualidade entre as partes sobre a dinâmica da marcha processual, a partir das convenções por elas entabuladas como alternativa para atingir a maior eficiência e a economicidade da atividade jurisdicional. O fenômeno da contratualização dos atos processuais transborda para a flexibilização das normas promovendo o ajuste do processo às peculiaridades do caso concreto.

Sem olvidar o seu caráter cogente, anota-se que será o grau de imperatividade das normas processuais que irá permitir a convenção entre as partes sobre atos a serem praticados que versam seus ônus, faculdades, garantias e direitos, sem permitir o aviltamento do núcleo duro do devido processo legal, ou seja, o ajuste não pode repercutir de maneira significativa para violar as garantias constitucionais voltadas ao controle jurisdicional. Preserva-se, assim, a atividade do juiz para o desempenho de sua tarefa na composição do litígio. Por exemplo, não se admite convenção das partes para ampliar o tempo de sustentação oral, tampouco será possível impedir a instrução probatória de

⁶ Sobre os negócios processuais importa anotar que incumbe ao juiz fazer o controle de validade da manifestação de vontade das partes.

ofício, se houver dúvida do julgador sobre fato relevante para formar o convencimento motivado⁷.

A consensualidade que se admite no plano da atividade jurisdicional fica restrita às partes e vincula a jurisdição apenas em relação aos atos que repercutem para os interesses dos litigantes. Como se disse, o negócio jurídico processual regula os atos processuais que se amoldam às especificidades da causa e, com isso, promove a aceleração, a eficiência, a economicidade e o melhor gerenciamento do processo.

Na doutrina alguns sustentam que a delimitação das questões de direito constitui novidade entre nós, com significativa repercussão para o processo civil, porque mitiga o princípio “iura novit curia” e, nessa linha de raciocínio, advertem que regra do § 2.º do art. 357 representa verdadeiro negócio jurídico processual permitindo que as partes possam estabelecer o direito aplicável ao caso concreto e que irá motivar a sentença.

⁷ A despeito de regular a prática de ato processual, a convenção processual tem natureza de negócio jurídico e, portanto, é instituto afeto ao direito material. O controle de validade deve considerar a natureza material da convenção processual à luz da teoria geral do negócio jurídico. Deste modo, para fins de aferição da validade do ajuste das partes, considero que será indispensável identificar os elementos de validade do negócio jurídico, na forma do art. 104 do Código Civil, quais sejam, agente capaz, forma prescrita ou não defesa em lei, autonomia de vontade e objeto lícito, possível, determinado ou determinável. No que tange a este último elemento, a licitude do objeto deve ser aferida a partir da própria redação do art. 190 do CPC, que irá determinar o sentido e alcance da disposição sobre o conteúdo do negócio processual. O dispositivo determina que as partes podem “convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. A redação é clara em delimitar que o objeto da convenção refere-se às atividades que dizem respeito às próprias partes, e não àquelas conferidas ao Estado-juiz. A melhor interpretação indica que deve haver manutenção de um conteúdo mínimo do perfil constitucional do processo, preservando-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais, bem como resguardando integralmente o papel desempenhado pelo julgador.

Desse modo, há registro doutrinário anunciando que *“o §2º do art. 357 permite que as partes levem ao juiz, para homologação, uma organização consensual do processo. Note que, nesse caso, temos um negócio bilateral, em que as partes chegam a um consenso em torno dos limites do seu dissenso – uma ‘litiscontestatio’ contemporânea. Ou seja: as partes concordam que controvertem sobre tais ou quais pontos de fato”*. Prossegue anotando que *“as partes delimitam consensualmente as questões jurídicas que reputam fundamentais para a solução de mérito. Podem, por exemplo, negociar qual o Direito aplicável ao caso (choice of law⁸) à semelhança e nos mesmos casos em que podem fazer isso no processo arbitral (art. 2º, §1º da lei 9.307/96)⁹”*.

A lição da doutrina aponta para a mitigação – ou até aniquilação – do princípio *“narra mihi factum dabo tibi jus”*, segundo o qual as partes entregam os fatos, aos quais o juiz atribuirá a devida qualificação jurídica. Diante desse panorama, considera-se que a

⁸ “Choice of law”, no sistema norte-americano, refere-se às situações em que a Corte competente para o julgamento decide quais as lei aplicáveis ao caso concreto. Isto porque, no que tange à validade de determinados atos jurídicos, a forma federativa de Estado americana determina a multiplicidade de regimes jurídicos regulamentando um mesmo instituto jurídico. Tome-se, por exemplo, o casamento. Cada Estado-membro tem competência legislativa para disciplinar regras internas sobre o casamento. Diante disso, o “Defense of Marriage Act (DOMA)”, ato normativo com *status* de lei federal, apontou que, para fins legislativos, ‘casamento’ diz respeito apenas à união entre homens e mulheres. Mas as Cortes estaduais, reconhecendo a inconstitucionalidade do dispositivo, mas identificando a necessidade de apurar se um dado casamento é válido ou não, precisam solucionar o conflito aplicando as regras de validade do casamento conforme a legislação do local em que exercida a jurisdição, independentemente do Estado-membro em que tenha sido celebrado, ou reconhecendo a validade da união se compatível com a legislação do domicílio do casal. Deste modo, imagine-se a situação em que um casamento é celebrado entre pessoas do mesmo sexo em um Estado-membro cuja legislação reconhece a legalidade do casamento homoafetivo. O casal se instala e estabelece moradia em Estado-membro diverso, em que não há autorização legal para celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo. O casamento seria nulo conforme a legislação do Estado-membro em que originado o conflito, mas reputa-se válido se a Corte levar em consideração a legislação do Estado-membro em que realizado o casamento. É neste sentido que a Corte de Nova York vem decidindo: embora o Estado de Nova York não permita o casamento entre pessoas do mesmo sexo, muitos casais viajavam para o Estado de Massachusetts para celebração do matrimônio. Deste modo, caso houvesse algum conflito de interesses a ser decidido pela jurisdição de Nova York, a Corte reconhecia a validade do ato.

(Baude, William, em http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5707&context=journal_articles)

⁹ Fredie Didier Jr. “Curso de Direito Processual Civil”, Volume 1, 18ª edição, editora Juspodivm, 2016, p. 705.

possibilidade de delimitação das questões de direito que interessam para formar a convicção do julgador significa ressuscitar o caráter *privatístico* do processo¹⁰. Tal interpretação atribui à regra do § 2º do art. 357 potencial para ampliar o alcance do art. 190, porque permite que o negócio jurídico processual avance sobre a formação do convencimento do julgador.

Sobre o tema, Fernando Gajardoni comenta que *“ao apresentar ao juiz proposta de delimitação das questões de fato e de direito, as partes contribuem para uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, pois substituem a atividade de elaboração das questões pelo juiz, pela de conferência e homologação das questões apresentadas pelas partes”*¹¹.

Nesse cenário, será possível, inclusive, imaginar a possibilidade do consenso das partes para ampliar o espectro do processo agregando outras questões de fato que não foram deduzidas, tampouco controvertidas. Nesse ambiente de consenso, as partes deliberam sobre as questões de fato e de direito que serão julgadas, alterando, inclusive, os limites da demanda, na linha do que já estabelece o art.329¹².

¹⁰ Oliveira, Swarai Cervone de. Apontamentos sobre o saneamento e a organização do processo. in Revista do Advogado – O Novo Código de Processo Civil. São Paulo: AASP, 2015, p. 196.

¹¹ <https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-saneamento-compartilhado-no-ncpc-08082016>.

¹² É possível a alteração da causa de pedir e do pedido até o saneamento do processo: Art. 329. O autor poderá: II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Curioso notar que a flexibilização a partir dos limites estabelecidos para o juiz julgar as questões à luz do direito material, que será aplicado em conformidade com a vontade das partes, não se coaduna com a parte final do dispositivo, qual seja, a advertência de que a delimitação será homologada pelo juiz¹³. Importa notar que existe igual previsão acerca do controle jurisdicional de validade no parágrafo único do art. 190.

Apesar das lições trazidas pela doutrina, penso que sobrevive a dúvida sobre o significado do § 2º do art. 357, competindo ao intérprete extrair o conteúdo e a extensão da norma. Não me parece tão simples admitir que as partes possam negociar o direito aplicável para a solução da lide. Exemplifico. Imaginado uma disputa que se resolve à luz da legislação consumerista, será possível para as partes subtrair do julgador o poder de formar convencimento sobre a incidência do CDC para dar justa solução para a matéria? Será que as partes podem ajustar que o julgamento do pedido de rescisão de um contrato de locação, objetivando a retomada de imóvel, somente deve estar motivado nas regras de direito civil que versam sobre a proteção do direito possessório? As partes podem estabelecer a prevalência de uma lei municipal sobre o direito constitucional?

¹³ "Delimitadas as questões de direito relevantes (ressalta-se: partindo-se da definição de questão de direito como fundamento jurídico controvertido), não poderia o juiz, após a homologação, pautar seu julgamento em outros fundamentos jurídicos, em desacordo com a delimitação feita pelas partes. De outra forma, como entender a locução: vincula o juiz?" (Oliveira, Swarai Cervone de. Apontamentos sobre o saneamento e a organização do processo. in Revista do Advogado – O Novo Código de Processo Civil. São Paulo: AASP, 2015, p. 194.

Parece-me que a resposta somente pode ser negativa, pois admitir a delimitação da controvérsia sobre as questões de direito não é o mesmo que definir a qualificação jurídica dos fatos¹⁴.

Diante da dúvida, será possível interpretar que a delimitação consensual das questões de fato e de direito, na forma do § 2º do art. 357, qualifica um prolongamento das faculdades conferidas aos litigantes pela regra contida no art. 190 do CPC. De todo modo, delimitar a extensão da matéria (isto é, as questões de fato e de direito) a ser julgada não significa propriamente a limitação do princípio da *"iura novit curia"*. Interpreta-se, aqui, que a regra quer apenas permitir o consenso das partes para firmar o desinteresse sobre determinada questão de fato ou de direito (antes deduzidas e controvertidas), ou identificar aquelas questões que realmente serão relevantes para o julgador formar seu convencimento, simplificando a extensão e o conteúdo da matéria que será julgada¹⁵.

¹⁴ Relevante anotar julgado sobre a delimitação da atividade cognitiva do julgador: *"Não compete à parte delimitar para o julgador o direito material aplicável para formar seu convencimento. Indispensável assegurar o núcleo duro do devido processo legal e, com isso, inibir a delimitação da atividade cognitiva do julgador em relação à qualificação jurídica a ser empregada para a solução da matéria. Prevalência do princípio "iura novit curia"* (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2073887-90.2017.8.26.0000; Rel. Des. José Maria Câmara Junior; 8ª Câmara de Direito Público).

¹⁵ Para esta segunda hipótese, não é incomum que o juiz, no ato de fixação dos pontos controvertidos, deixe de estabelecer aspectos relevantes para as partes, sobre os quais deverão versar os meios de prova. Tome-se por exemplo uma ação de reconhecimento de união estável. É possível que, na fixação dos pontos controvertidos, o juiz se limite a estabelecer "a existência de união estável entre as partes", ao que elas podem reagir para que a atividade probatória recaia, apenas ou também, sobre os termos inicial e final do relacionamento (questões de fato) e sobre o regime de bens a ele aplicável (questão de direito), no cenário em que a sentença contendo simplesmente a declaração de existência e validade da relação jurídica de direito material se mostraria insuficiente para pôr fim ao litígio.

Em realidade, a regra do § 2º do art. 357 versa sobre a delimitação da atividade cognitiva do julgador a partir do ajuste das partes sobre as questões de fato e de direito que devem ser julgadas, sem, contudo, definir o direito material que se aplica ao caso. O negócio jurídico processual de que trata o art.190 e a delimitação de questões na forma do §2º do art.357 versam sobre realidade distinta daquela que se vê na aplicação da "*iura novit curia*".

Novamente exemplificando: se uma das questões da controvérsia sobre determinado contrato envolve a discussão que gravita em torno da configuração de comodato ou mútuo, as partes podem ajustar que será irrelevante identificar o objeto ou a qualificação jurídica do negócio e postular que o julgamento fique adstrito à possibilidade de sua anulação.

A redação do dispositivo normativo ora examinado (§ 2º do art. 357) fala expressamente em questão, que nada mais é do que um ponto controvertido. O que a norma quer é delimitar as controvérsias a serem julgadas, sejam elas de fato ou de direito. Penso que o parágrafo 2º do art. 357 não entrega para as partes o poder de direcionar a qualificação jurídica a ser dada pelo juiz na solução da lide.

Relevante observar que o CPC/73 estabelecia que o juiz delimitava a controvérsia fática e, agora, a inovação assegura às partes o poder de delimitar a controvérsia jurídica, a questão a ser resolvida à luz do direito e, com isso, a regra representa significativo avanço para abreviar o processo e acelerar o controle jurisdicional. Com o § 2.º do art. 357 passa a existir, no saneamento, a pré-determinação das questões de fato e de direito¹⁶.

De toda sorte, se correto afirmar que a delimitação do § 2.º do art. 357 aproxima-se do art. 190, será perfeitamente possível que as partes, no momento reservado para o saneamento, possam apresentar o negócio jurídico processual e, com isso, após ultrapassar o controle de validade realizado pelo juiz, serão definidos os atos processuais a serem praticados a partir de então, como por exemplo, a redistribuição convencional do ônus da prova, os meios de prova admitidos, as formas dos atos de comunicação e, até, a limitação do poder de recorrer. Poderão, ainda, estabelecer o calendário processual para a fase probatória, nos termos do art. 191.

Importante consignar que não podem ser objeto de limitação cognitiva do juízo fatos e fundamentos jurídicos que envolvam direitos indisponíveis, já que deve ser viabilizada

¹⁶ Não há “prejulgamento” ofensivo à imparcialidade, mas o correto desempenho de seu dever de diálogo com as partes, imposto pelo princípio do contraditório. A norma pretende imprimir celeridade e efetividade ao processo, na medida em que a delimitação da controvérsia jurídica poderá evitar o prolongamento de debates inúteis à solução do mérito. Importantes consequências emergem desta inovação, notadamente diante da estabilidade adquirida pela decisão em comento e pela possibilidade das partes influírem ativamente sobre a delimitação da controvérsia de direito a ser decidida em posterior fase decisória.

possibilidade de amplo conhecimento dos fatos e das questões de direito subjacentes à causa de pedir.

Outro aspecto relevante que obsta a delimitação pelas partes sobre a qualificação jurídica a ser empregada considera a existência de situações em que na fase do saneamento do processo ainda não seja possível extrair dos elementos trazidos aos autos um cenário apto a delinear a incidência do direito material aplicável.

Exemplificando. Imagina-se uma demanda que versa sobre a exata localização de um imóvel para o fim de atrair a incidência das normas de direito ambiental ou das posturas municipais. Nessa hipótese, somente a produção dos meios de prova poderá identificar se o imóvel foi edificado em área de preservação permanente apta a determinar incidência das normas ambientais ou não.

Nessas circunstâncias, afigura-se indispensável o exaurimento da instrução processual para que o julgador conclua sobre a correta qualificação jurídica dos fatos. Daí porque não é possível admitir que as partes decidam, nessa fase e peremptoriamente, o direito material aplicável, delimitando a atividade cognitiva do julgador.

Por tudo isso, interpretar que a delimitação das questões de direito significa definir a qualificação jurídica dos fatos certamente implicaria vulneração ao princípio constitucional da persuasão racional do magistrado, o que não se pode admitir.

Bibliografia

Eduardo Talamini, "Saneamento e organização do processo no CPC/15", disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235256,11049-Saneamento+e+organizacao+do+processo+no+CPC15>, acessado em 24.04.17.

Fernando Gajardoni, <https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-saneamento-compartilhado-no-ncpc-08082016>.

Fredie Didier Jr., "Curso de Direito Processual Civil, Volume 1, 18ª edição, editora Juspodivm, 2016.

Humberto Theodoro Júnior, "Novo Código de Processo Civil antotado", 20ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, 2016.

Humberto Theodoro Júnior, "Curso de Direito Processual Civil", Volume 1, 55ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, 2014.

Luiz Rodrigues Wambier, "A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento 'compartilhado' e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes", RePro 118/137.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, "Curso de Processo Civil Comentado", 16ª edição, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

Swarai Cervone de Oliveira, "Apontamentos sobre o saneamento e a organização do processo". in Revista do Advogado – O Novo Código de Processo Civil. São Paulo: AASP, 2015.

Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, "Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo", editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coord.), "Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil", editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

William Baude, "Beyond DOMA: choice of State Law in Federal Statutes", http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5707&context=journal_articles.

PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

José Manoel de Arruda Alvim Netto

JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Professor Titular de Direito Civil da PUC/SP. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado e Coordenador da área de Direito Processual Civil da PUC/SP.

Desembargador aposentado do TJSP.

Advogado.

Sumário: 1. A evolução sofrida pela crescente e prática importância do papel das Constituições – O papel da magistratura (Poder Judiciário) e o dos Parlamentos. 1.1. O papel da magistratura (Poder Judiciário) e o dos Parlamentos. 1.2. Do liberalismo ao Estado Social. 1.3. As Constituições como diplomas consagradores de direitos e sistemas de controle (controle da constitucionalidade). 2. O papel contemporâneo das Constituições e um ângulo da evolução da hermenêutica – O princípio da proporcionalidade. 2.1. A normatização dos princípios e o papel do princípio da proporcionalidade como estipulador de parâmetros de interpretação e controle de constitucionalidade. 2.2. A nova conformação do ordenamento e o papel do princípio da proporcionalidade como balizador das atividades – ampliadas – do juiz na interpretação principalmente de preceitos indeterminados e no controle de constitucionalidade das normas constitucionais e infraconstitucionais. 3. A gama hodierna dos direitos objeto de proteção constitucional e os princípios e instrumentos destinados à proteção destes direitos. 3.1. A Constituição Federal brasileira de 1988 e as modificações estruturais destinadas à salvaguarda do ordenamento jurídico brasileiro. 3.2. Os princípios existentes na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação ao processo. 3.3. Os instrumentos tradicionais mantidos e os instrumentos novos da CF/88. 3.3.1. Instrumentos direcionados à proteção dos direitos fundamentais de índole subjetiva. A) A ação popular. B) Mandado de Injunção. C) Mandado de Segurança Coletivo. 3.3.2. Dos instrumentos direcionados à proteção do Direito Objetivo (Controle de Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos pelo Supremo Tribunal Federal). 3.4. Duas inovações oriundas da Emenda Constitucional 45/2002 voltadas à otimização da atividade do STF. 4. Breve Síntese Conclusiva

Palavras-chave: Constituição – Juiz – Interpretação – Lei – Limites – Princípios Processuais – Instrumentos

1. A evolução sofrida pela crescente e prática importância do papel das Constituições

1.1. O papel da magistratura (Poder Judiciário) e o dos Parlamentos

É importante para compreender a evolução do direito constitucional, frisar que, no plano teórico, desde muito antigamente se afirma que as Constituições se sobrepõem ao direito ordinário; em termos práticos, todavia, *ajustando-se a afirmação teórica à sua realização prática*, isso ocorreu no sistema continental europeu – diferentemente dos Estados Unidos, em que sempre as Constituições gozaram de grandeza *teórica e prática* – somente no século XX.

O Estado oriundo da Revolução Francesa consistiu num ente deliberadamente pequeno, que se encarregava da estrutura do Estado, das leis e da polícia. É compreensível que as Constituições desse tempo, marcadas pela ideologia do Estado liberal, protegessem o indivíduo contra o Estado. Daí o nome de *Estado Polícia (État Gendarme)*.

Essa contextura do Estado coincidia com os propósitos dessa Revolução, inclusive, entre outros, o da noção *radical* de liberdade. Daí a não interferência do Estado nas relações privadas. Por isso, o tecido jurídico era muito mais destituído de normas cogentes do que

ulteriormente veio a ocorrer; essa noção conviveu com a da *igualdade* (de todos perante a *lei*), no plano abstrato, sem preocupação alguma com as desigualdades *reais*, no plano dos fatos.

A ideia de liberdade dos indivíduos, a que foi correlata a de um Estado apequenado, teve como instrumento fundamental de realização do sistema a *lei*, transferido que foi o poder político do rei para o do povo, e a lei era tida como se realmente fosse a expressão da vontade geral. O papel dos juizes era *apequenado*, submissos à *letra* da lei, e, em realidade, percebeu-se o *predomínio dos Parlamentos*, cujas leis, em fins do século XVIII e no início do XIX, insuscetíveis de serem sequer interpretadas, garantiam também essa preponderância dos Legislativos.

Essa posição dos Parlamentos em relação aos juizes (Poder Judiciário) tinha na *lei* o seu instrumento primordial. Com a utilização da *lei* (e do Direito que à dimensão dessa se reduziria), assim concebida na ordem jurídica, *i.e.*, uma lei minuciosa e que, nos primeiros tempos, não deixava sequer espaço para interpretação, vingaram os propósitos dos que caldearam a Revolução Francesa.

Nos pontos centrais do tecido legislativo, preponderavam normas mais minuciosas, com mais elementos definitórios das situações e condutas em que deveriam incidir, de tal sorte

que essa técnica legislativa estabelecia condições normativas para melhor controle do juiz, *i. e.*, preponderância radical da *mens legislatoris*. Ainda que fossem utilizados conceitos vagos, estes não se alojavam em pontos capitais do sistema jurídico, diferentemente do que atualmente ocorre; some-se, ainda, em nosso tempo, a alta significação dos *princípios*.¹⁻² Nos momentos próximos do final do século XVIII em diante negou-se ao juiz, sequer, a possibilidade de interpretação literal, a qual veio a ser admitida aproximadamente na altura da terceira década do século XIX.

Não foi pequena, como já se sabe, a desconfiança compreensível dos legisladores franceses em relação aos juízes, porque eram oriundos da antiga nobreza. Em decorrência disso, acabou-se restringindo a atividade jurisdicional a um âmbito estrito, especialmente no que diz respeito à interpretação, pois o juiz era tido como um ser inanimado e não deveria ser senão, que a boca da lei.

A Corte de Cassação francesa nasceu como órgão anexo ou auxiliar do *Corps Legislatif*. Sucessivamente, veio a admitir-se a *interpretação literal*, e, por isso mesmo, ainda ancorada na *mens legislatoris*. Deve-se ter presente que, no meio da década de 1880 cristalizou-se alteração de profundo significado, no que diz respeito à hermenêutica, reconhecendo-se ao juiz um campo maior de atuação, falando-se,

¹ Estas alterações vieram a alterar profundamente os valores da *segurança, previsibilidade (do que virá a ser decidido)*, pois nosso tempo assumiu valores em parte expressiva diferentes daqueles que presidiram o individualismo e o liberalismo.

² Para um enfoque lapidar a respeito de *princípios*, v. a obra de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. São Paulo: RT, 2008, itens 3.1., 3.1.1., p. 61 e seguintes, e, *passim*.

então, em interpretação sociológica. Precedentemente a essa época, ancorados os juristas nos referenciais originários da Revolução Francesa, admitia-se, apenas, que se interpretasse a vontade do legislador.

Proximamente ao fim do século XIX, mercê dos trabalhos de WACH, BINDING e KOHLER, quase simultâneos (e coincidentes nos seus propósitos), verificou-se a inviabilidade – porque não mais atendia aos anseios sociais dominantes – de uma tal limitação na hermenêutica, passando-se, então, a cogitar de hermenêutica, gravitando, agora já não mais em torno da vontade do legislador, senão que procurando entender a vontade da lei, *i.e.*, passou-se a admitir a interpretação teleológica.³ Essa mutação no âmbito da hermenêutica acabou prevalecendo e esse entendimento, oriundo da Alemanha, explicava-se porque esta já sobrepujava a França em prestígio no campo do direito.

Refere-se MAURO CAPPELLETTI ⁴ aos limites possíveis ou ao espectro limitado da interpretação nessa época. Pode-se – neste particular, atentos às origens do Tribunal de Cassação francês, decorrente da lei de 19.11.1790 –, dizer que o escopo da atividade jurisdicional (no dizer de P. Foriers) era o de assegurar-se “um controle da lei, do seu conteúdo, de sua

³ V sobre isto, KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. portuguesa, tradução da 6ª ed. alemã (1991), Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, pp. 42-43.

⁴ Cf. MAURO CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, cap. I, § 4º, p. 40 e ss.

observância (...) com o fito de salvaguardar a obra legislativa”.⁵ Em relação ao que se disse, deve-se remarcar que o objetivo era o de preservar a lei, com o significado perdurável e preciso tal como no momento em que havia sido editada. De certa forma, nesse contexto, ficava fora da possibilidade de um controle eficiente tendo em vista o referencial do direito constitucional, como será acentuado. É o que observa MAURO CAPPELLETTI, debitando essa situação à ausência, na Europa, de um sistema eficaz de controle da constitucionalidade.⁶

Disse GEORGES RIPERT que, com o Código de Napoleão, o reinado do direito começava e que o Código Civil francês foi, durante muito tempo, havido como intangível, dizendo um outro autor que nesse Código somente se poderia tocar “com a mão trêmula”.⁷⁻⁸ A ideia de segurança ligava-se em grande parte à de previsibilidade e muito mais à de manutenção do *status quo*.

⁵ V. CHAIÏM PERELMAN, *Logica giuridica – Nuova retorica*. Vol. 39 da coleção *Civiltà del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1979, n° 26, p. 75.

⁶ MAURO CAPPELLETTI, *Le Pouvoir de Juges*. Coletânea de trabalhos traduzidos para o francês pelo Prof. René David. Paris: Presses Universitaires d’Aix-Marseille e Econômica, 1990. V. o estudo *Le Pouvoir Judiciaire dans un État fédéral*, p. 284, nota 4, onde diz: “De même l’absence d’un contrôle judiciaire de constitutionnalité a été l’une des principales raisons qui ont rendu vain en Europe, au XIX^{ème} siècle et dans la première moitié du XX^{ème} siècle les efforts faits pour assurer la suprématie du droit constitutionnel et limiter de façon efficace les pouvoirs du Parlement” (v. também, no mesmo trabalho nota 17, p. 289, em relação à Suíça, onde há ausência de controle sobre a constitucionalidade, senão que, apenas, há controle “sur la conformité des lois cantonales au droit fédéral”; e, nota 28, p. 291, noticiando os esforços desenvolvidos na Áustria e Alemanha, esta com a Constituição de Weimar, para colmatar a lacuna ou alterar essa situação).

⁷ *Le Déclin du Droit – Études sur la Legislation Contemporaine*, Paris: LGD], 1949, n° 2, p. 2 e ss..

⁸ V., a respeito: GEORGES RIPERT, *Le Déclin du Droit*, cit., n° 2, p. 3.

O que parece ser legítimo dizer-se é que os *Códigos* “eram mais importantes” que as Constituições, no plano prático. Se as Constituições consagravam direitos, cujo perfil e qualidade foi evoluindo ao longo do tempo, na realidade, pode-se dizer que no século XIX a eficácia das normas constitucionais *restavam represadas ou podiam ficar represadas pelo legislador ordinário*, dado que, se este não criasse condições ordinárias para a eficácia daquelas, não passariam de *normas programáticas*, cujo destinatário era o legislador ordinário. É manifesto o paradoxo, porque o legislador ordinário *limitaria o constituinte*.

A noção, inclusive *histórica*, de que as Constituições se sobrepõem ao direito ordinário, sempre foi verdadeira, mas custou para vir a ser praticada como nos dias correntes. Para tanto, fez-se necessária uma evolução que se iniciou no sistema europeu no limiar do século XX – exceção feita à situação dos Estados Unidos, onde as Constituições nasceram com a grandeza prática, que somente ao longo do século XX vieram a ter no continente europeu.

Lembrou, com oportunidade ímpar, o Min. MOREIRA ALVES, quando da instalação da Constituinte que: “De há muito se encontra no pensamento jurídico o postulado da supremacia de normas fundamentais. Sob formas diversas, ela já existe na Idade

Média. A distinção, na França, de leis do rei e de leis do reino remonta, quando menos, ao século XV".⁹

1.2. Do liberalismo ao Estado Social

Se o liberalismo foi caracterizado por um *Estado absenteísta*, deliberadamente não intervindo na vida social, é certo que esse modelo marcava a 'vocação' dos legisladores ordinários.

As fraturas que vieram a ocorrer em diversos segmentos no seio das sociedades, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, comprometendo o liberalismo, evidenciaram que largos setores da sociedade vieram a padecer dos males do liberalismo. Isto não significa que o liberalismo não tenha incorporado à civilização conquistas que perduraram, como, entre outras, a separação de poderes e o princípio da igualdade.

Pode-se ainda ter presente que o término da Grande Guerra – que muitos simbolicamente a identificam como o *fim do século XIX* – acabou por ser o momento em que se constatou a

⁹ V. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, discurso de instalação proferido ao ensejo da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, in Revista de Informação Legislativa, nº 83, janeiro a março de 1987, ano 24, p. 5.

queda do Estado Liberal e a assunção do modelo do Estado Social, de que é o exemplo marcante o da Constituição de Weimar.

Esse novo modelo do Estado refletiu-se na Constituição Federal de 1934. Entre nós, foi pela CF de 1934 que vieram a ser objeto de previsão os direitos sociais, no seu Título IV do Capítulo II, e, no âmbito do processo, resultou consagrado o mandado de segurança, inserido na parte das *garantias individuais*. Na redação dada ao texto se percebe que a criação deste instrumento mandamental teve presente a dicotomia entre ação dominial (ordinária) e as ações possessórias, havendo referência mesmo *as 'ações petitorias competentes', i.e.*, das que pudessem ser ulteriormente promovidas. É que não se conheciam modelos que não fossem predominantemente os referentes ao direito privado, tal como esse do juízo possessório e dominial.¹⁰ Foi igualmente consagrada, no campo do processo, a ação popular, instrumento atribuído aos cidadãos para *evitar lesões* ao patrimônio público. Enquanto o primeiro instrumento citado consistia em medida de proteção de direito individual contra o Estado, cuidava-se a ação popular¹¹ de medida igualmente destinada a fiscalizar a legalidade de atos administrativos, porém em defesa a direitos que, em última análise, pertencem à coletividade dos cidadãos (patrimônio dos entes políticos da época).

¹⁰ Dispunha a CF/34 no seu art. 113, 33: “33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes”.

¹¹ Dispunha o art. 113, 38, da CF 1934: “38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

1.3. As Constituições como diplomas consagradores de direitos e sistemas de controle (controle da constitucionalidade)

As constituições sempre consagraram direitos. Variou o significado e a função dos direitos que têm sido objeto de proteção. Assim também as declarações de direitos.¹² Se as primeiras constituições se preocuparam em proteger os indivíduos contra o Estado, posteriormente chegou-se à conclusão de que de uma atuação do Estado nas sociedades não se poderia prescindir, e foi a Constituição de Weimar que, mantendo os direitos individuais, a estes somou os chamados direitos sociais.¹³

Assim, sucessivamente às constituições típicas do liberalismo – em que o Estado abdicava de interferir na vida social –, e, surgindo a consciência de que determinadas situações haveriam de ser protegidas, por obra do legislador, isto passou a ser feito originariamente através das próprias constituições, com a previsão de proteção aos direitos sociais, abrigo dos direitos fundamentais oriundos das relações de trabalho, referentes à habitação, à saúde, e à educação etc. Naturalmente, a previsão desses direitos levava a mudanças na legislação ordinária.

¹² Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, esta noção vinha estampada no seu texto (art. 16): “toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição.”

¹³ Devese lembrar que anteriormente à Constituição de Weimar, a Constituição Mexicana de 1.917, igualmente, veio a consagrar direitos de caráter social.

O que parece ser perceptível é que a consagração de direitos sociais não leva à exclusão de precedentes direitos, senão que o que existe é cumulatividade dos precedentes com os sucessivos, naturalmente, com a necessária acomodação proporcionadora da possibilidade de convivência desses direitos. Denominaram-se os *direitos contra o Estado de primeira geração*; os *direitos sociais* foram nominados de *direitos de segunda geração*.

E, nos dias contemporâneos, as constituições vieram a dotar o Estado de instrumentos destinados a uma proteção maior de grandes partes da sociedade e vieram então ser consagrados os direitos relacionados ao meio ambiente, ao consumidor e outros de calibre menos significativo, cuja titularidade é *coletiva*. Destes, no plano do direito interno devem ser apontados os chamados *interesses e direitos difusos e coletivos*, servindo-nos da classificação objeto de lei entre nós.¹⁴ Cuidam-se dos *direitos de terceira geração*. A previsão destes direito conduziu ao desenvolvimento, no plano do processo, das *ações coletivas*.

Essas mutações, que levaram à previsão de direitos de segunda, e, sucessivamente de terceira geração, decorreram do que poderia ser designado como *efeitos colaterais*, emergentes da ausência de interferência do Estado no âmbito da sociedade, o que levou à identificação de segmentos expressivos e majoritários no tecido social que se mostraram manifestamente desprotegidos.

¹⁴ É a classificação extraível do que dispõe o art. 81, parágrafo único, nos incisos I a III, do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor.

Com a previsão desses direitos, que se expressavam pelo fim absenteísmo do Estado em intervir na ordem social, verificou-se o fim do modelo liberal e a inauguração do Estado Social, de que é o grande exemplo a Constituição de Weimar de 1919, havendo de recordar no plano da América latina a Constituição mexicana, anterior àquela e do ano de 1917.

As constituições vieram, então, crescentemente, a consagrar direitos, especialmente os de caráter social. Como assinalado, no Brasil inaugurou-se a previsão de direitos sociais, ao lado dos individuais, com a Constituição de 1934, ao influxo do modelo inaugurado pela precitada Constituição de Weimar.

Diante de uma nova consciência do Ocidente em relação ao papel das Constituições – exceção feita aos Estados Unidos, que sempre tiveram consciência aguda do significado *prático* de sua Constituição – os textos constitucionais passaram a ter mais decisiva e *prática* influência na vida social, “*jugulando mais intensamente*” o direito ordinário.

Como já se disse, somaram-se a isto os sistemas de controle de constitucionalidade, em que veio se estabelecer praticamente a possibilidade de avaliação das leis ordinárias com o texto constitucional, com vistas à compatibilidade daquelas com este, e a supressão das

leis inconstitucionais. Em muitos casos, nos dias contemporâneos, ocorrem aplicações diretas dos textos constitucionais.¹⁵

¹⁵ A jurisprudência, ao que parece, vem, pouco a pouco, abrindo espaço à aplicação imediata do direito constitucional às relações jurídicas em geral, inclusive àquelas de caráter privado. Diz CLAUS-WILHELM-CANARIS, na introdução da obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado* (Coimbra: Almedina, 2003, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto), que o século XXI (este século) será o século da aplicação direta das Constituições, inclusive no próprio direito privado. A partir de uma hipótese exemplificativa, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA expõe, de forma clara, a distinção entre a aplicação direta dos direitos fundamentais previstos na Constituição nas relações entre particulares e naquelas em que o Estado participa: “Um pequeno exemplo pode esclarecer bem a tese da aplicabilidade direta. Quando se fala em liberdade de reunião (CF, art. 5º, XVI) como mera liberdade pública, entende-se com isso que o Estado não deve restringir a liberdade de reunião dos cidadãos. Mas poderia alguém ou um grupo de pessoas perturbar uma manifestação pacífica de forma tal que essa manifestação não tenha como ser exercida de forma plena? Se a liberdade de reunião for encarada meramente como direito de defesa contra a ação ilegítima do estado e, se ao mesmo tempo, não houver nenhum dispositivo legal que vede a perturbação de reuniões pacíficas por meio de entes privados, o caso seria difícil de ser solucionado sem um recurso direto ao direito fundamental garantido pelo art. 5º, XVI da Constituição”. Pela eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas sustenta-se que o tratamento dado ao caso deveria ser idêntico à solução adotada quando o agente perturbador fosse o Estado. Isso porque o direito de reunião deve ser considerado como um direito de defesa não apenas contra o Estado, mas também contra particulares que possam vir a violá-lo (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87). Por aplicabilidade direta – conforme o citado autor e no sentido por nós aqui adotado – designa-se a incidência dos direitos fundamentais sem qualquer mediação legislativa. Nesse ponto, deve ser registrado que a opinião de CANARIS sobre a natureza direta ou imediata dessa aplicação depende também da necessidade ou não de intermediação do juiz, sentido que se afasta parcialmente do aqui adotado (Cf., sobre o ponto, a análise da questão feita por MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2010, item 6.6, pp. 77 e ss., especialmente pp. 82 e 83, notas de rodapé 58 e 59). O Prof. J. J. Gomes Canotilho observa o seguinte a este respeito: “**Aplicabilidade direta** significa, desde logo, nesta sede – direitos, liberdades e garantias – a rejeição da “idéia criacionista” conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. Krüger) que, na época atual, se assistia à deslocação da doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva da lei” para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*... Significa também [a aplicação direta] que eles [os direitos fundamentais] *valem diretamente contra a lei*, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição (...). (Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 2ª tiragem, Coimbra, Almedina, s/d (mas 2003), Parte Quarta, capítulo 3, III, D, III, 2, pág. 1.178). Entre nós, podem-se citar diversas hipóteses jurisprudenciais de aplicação direta das normas constitucionais, tanto no âmbito das relações privadas como nas relações que envolvam o Estado. A propósito, do tema, analisamos, em nossos *Comentários ao Código Civil Brasileiro (Do Direito das Coisas. Volume XI. Tomo I. Livro Introdutório*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009, pp. 361 e ss.) julgado em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (cf. RT 723/205) procedeu à aplicação direta do princípio da função social da propriedade – e da posse – para afastar a pretensão reivindicatória sobre área ocupada e favelizada, atribuindo a esse princípio (o da função social) significado que ultrapassa aquele que lhe confere a lei ordinária (inclusive o Código Civil vigente, como procuramos demonstrar naquele sede). O STJ, ao proceder ao juízo de admissibilidade do recurso especial interposto contra aludido acórdão, não deixou de apreciar a questão, conferindo-lhe, igualmente, solução que se encarta no plano das normas constitucionais (Recurso Especial nº 75.659/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 21.6.2005, pp.361 e ss.). VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (*A Constitucionalização...*, cit., n. 5.6.2.1 p. 93 e ss.) cita outros dois exemplos, ambos extraídos de julgados do Supremo Tribunal Federal: a) aplicação direta do princípio do devido processo legal às relações privadas, em hipótese de expulsão sumária de membro de cooperativa (STF, RE 158.215, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 7.6.1996); b) aplicação direta do princípio da igualdade às relações de trabalho em favor de um

Isso, todavia, exige a máxima cautela, devendo atentar para a observação de ROBERT ALEXY. Diz este: “Se o Judiciário pretendesse resolver os conflitos privados valendo-se apenas da Constituição, e, fazendo tábula rasa da legislação ordinária, ele agiria de forma incompatível com a proteção da segurança jurídica”. Se o juiz assim agir “pesará sobre ele o ônus da argumentação, pois terá de demonstrar que a solução alvitrada pelo legislador não proporciona a tutela do direito fundamental exigida pela Constituição”.¹⁶

Ainda quanto ao tema da aplicação direta das normas constitucionais, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA anota uma preocupação específica no que concerne às relações entre particulares. Segundo o autor, é preciso notar que “o modelo de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares não implica que todo direito fundamental necessariamente seja aplicável a tais relações. A verificação dessa aplicabilidade deve ser individualizada e dependerá das características de cada norma de direito fundamental. Nesse sentido, o que o modelo propõe é mais restrito do que se costuma imaginar. Ele apenas sustenta que *se* o direito fundamental for aplicável às relações entre particulares, *então* essa aplicabilidade será direta. Mas o modelo não exclui a possibilidade de que alguns direitos sejam aplicáveis somente nas relações cidadãos-Estado”.¹⁷

funcionário de companhia aérea brasileiro, cujo plano de carreira diferia daquele aplicado aos funcionários estrangeiros pela companhia (STF, RE 161.243, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 19.12.1996).

¹⁶ V. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 523.

¹⁷ *A constitucionalização ...*, cit., p. 19, n. 6.5.1.

Mas superou-se, de certa forma, um profundo paradoxo, consistente em que os textos constitucionais – especialmente os instituidores de direito – careciam, praticamente sempre, de regulamentação ordinária. Esse paradoxo consistia em que o legislador ordinário *continha* o constituinte, salvo a hipótese deste mesmo subordinar a vigência do texto constitucional a uma regulamentação infraconstitucional.

Pode-se afirmar que houve, de fato, a prática da supremacia constitucional sobre as normas jurídicas, sob diversas perspectivas, que serão abordadas nos tópicos subsequentes: **a)** à valorização da Constituição seguem-se novos critérios e princípios hermenêuticos que propiciam formas de controle e efetivação das normas jurídicas à luz da Constituição;¹⁸ **b)** à criação dos novos direitos, provenientes da interferência estatal em prol dos direitos sociais e coletivos, segue-se a criação de novos instrumentos de tutela de direitos e, bem assim, o reforço na aplicação dos instrumentos já existentes; e, por fim, **c)** a própria constitucionalização, no plano da realidade prática, dos direitos individuais já existentes, reforça os instrumentos e princípios protetivos.

¹⁸ Um exemplo que nos parece expressivo é o da modificação do entendimento da Corte de Cassação italiana em face da norma do art. 833 do Código Civil italiano (rigorosamente correspondente ao § 2º, do art. 1.228, do Código Civil brasileiro). Nos primeiros momentos entendia-se que, afetado um terceiro pelo exercício do direito de propriedade, o proprietário não poderia ser havido como tendo agido *emulativamente* (à luz do art. 833 do Código Civil italiano), se o seu agir tivesse para ele “qualquer utilidade”. Sucessivamente à promulgação da Constituição italiana, que no seu art. 42 consagrou o princípio de que a propriedade deve observar sua função social, alterou-se o entendimento, de tal forma que haver-se-á de avaliar – à luz do princípio da proporcionalidade – o grau de utilização da conduta do proprietário em relação à extensão com que o terceiro é afetado. Ou seja, o texto constitucional influíu decisivamente na alteração do entendimento acerca do direito privado (V. SALVATORE PATTI. *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*. 1º ed. Roma-Bari, 1999, p. 19, na parte do trabalho de nº 7, “*Costituzione e ‘rilettura’ del codice civile*” [*Codificações e evolução do direito privado, Constituição e “releitura” do Código Civil*]).

2. O papel contemporâneo das Constituições e um ângulo da evolução da hermenêutica – O princípio da proporcionalidade

2.1. A normatização dos princípios e o papel do princípio da proporcionalidade como estipulador de parâmetros de interpretação e controle de constitucionalidade

A chamada *constitucionalização do direito*, especialmente estudada nas relações entre o *direito civil* e o *direito constitucional* – mas que absolutamente não se esgota nesse âmbito –, apenas denota a importância desse fenômeno de maior e mais significativo “*peso*” das constituições sobre o direito infraconstitucional. Por exemplo, há decisões entre nós que chegam ao ponto de, em nome da *função social* da propriedade, deixar mesmo de aplicar o direito ordinário (Código Civil), em determinadas circunstâncias.¹⁹

Há institutos que sempre tiveram sede de disciplina no direito civil, e, atualmente, encontram também disciplina na Constituição Federal. Igual sorte mereceram institutos de natureza processual, com o efetivo reforço de direitos e garantias formais pela Constituição.

¹⁹ *V.*, a propósito, o que dissemos na nota rodapé *supra*, de n. 15, a respeito da aplicação direta da Constituição, especificamente quanto ao exemplo por nós fornecido nos *Comentários ao Código Civil (Do Direito das Coisas. Volume XI. Tomo I. Livro Introdutório*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009, pp. 361 e ss.)

O surgimento de diversos direitos e garantias de índole constitucional, assim como o soerguimento de outros a tal estatura, conduziu, pois, o intérprete do direito à necessidade de rever o modo de aplicação das normas infraconstitucionais, mediante interpretação mais próxima, *mais intensamente* ligada à Constituição Federal.

Nesse contexto, os princípios constitucionais ganham especial relevo, tanto pelo reconhecimento de sua caracterização como verdadeiras *normas*, como também por sua importância no âmbito da hermenêutica²⁰. Dentre todos os princípios constitucionais, sublinha-se aqui a importância do princípio da proporcionalidade, porquanto destina-se à própria aplicação do direito (particularmente o constitucional, e, também o infraconstitucional), influenciando seus critérios na interpretação dos demais princípios e das regras.

De fato, o princípio da proporcionalidade constitui-se num genuíno epíteto do grau de influência das Constituições sobre os ordenamentos jurídicos, ao permitir que se identifiquem parâmetros *mais profundos e 'sofisticados'* de interpretação e controle da validade das normas jurídicas. Esses consistem em que, a partir da previsão constitucional de determinados direitos, particularmente valorizados – os direitos fundamentais, principalmente – não é legítimo, por inconstitucionalidade, ao legislador ordinário estabelecer restrições injustificáveis em relação àqueles.

²⁰ No Brasil, as novas concepções dos princípios como normas efetivas e as técnicas para sua aplicação e diferenciação das regras jurídicas têm como principais referências as obras de ROBERT DWORKIN (*Taking Rights Seriously*) e ROBERT ALEXY (*Teoría de Los Derechos Fundamentales*), amplamente utilizadas pelos estudiosos brasileiros na análise da nova hermenêutica constitucional.

É interessante observar-se que não se aplica esse princípio, exclusivamente, na estrita e rígida submissão da lei à Constituição, senão que também no direito administrativo [de resto, onde foi originariamente concebido ou idealizado], no direito penal, onde comporta vasta aplicação, e, igualmente, em outros ramos do direito.^{21 - 22} Em texto enviado ao Ministro da Justiça, que teria sido o § 2º, do art. 273, do Código de Processo Civil, se levado adiante, surpreendia-se o critério da proporcionalidade.²³

O princípio (ou máxima) da proporcionalidade conecta-se estreitamente com a teoria dos princípios. A máxima da proporcionalidade, segundo ALEXY, desdobra-se em máximas parciais, quais sejam, a da (I) adequação, a da (II) necessidade (postulado do meio mais benigno) e a da (III) proporcionalidade em sentido estrito.²⁴

²¹ V. a obra de TERESA AGUADO CORREA, *"O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal"*, Madrid: EERSA, 1999, ed. *passim*.

²² Em recente obra o Prof. CLAUD-WILHELM CANARIS (*Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto), refere-se a inúmeros exemplos assentados, total ou parcialmente, no critério da proporcionalidade. Nesta obra o autor aborda assuntos, também, estribado no critério de "princípio da insuficiência", ou seja, quando o legislador ordinário se omite em disciplinar aquilo que deveria tê-lo feito, ou, fazendo-o, o faz insuficientemente em relação à significação e à grandeza do direito fundamental. Como exemplo, indique-se o que está às pp. 91 e seguintes, tendo em vista a relação entre a Constituição e o direito ordinário, à luz de pretensão de filho, nascido fora de casamento, dirigida contra a sua mãe, com vistas à obtenção de dados de identidade sobre a pessoa do seu pai biológico. Às pp. 92 e 93 são *sopesados* todos os valores em jogo, ponderando o autor, em que medida "o resultado depende de considerações situadas ao nível do direito civil, e não de uma ponderação de direitos fundamentais especificamente jurídico-constitucional" (p. 93, *fine*).

²³ Lira-se aí a respeito de poder ou não poder ser concedida tutela antecipada, cuja concessão se mostrasse irreversível ou eventualmente irreversível: "Art. 273. § 2º A antecipação será indeferida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, exceto se da denegação puder resultar, manifestamente, maior e irreversível prejuízo ao autor". Atualmente diante do bem jurídico postulado admite-se abertamente a irreversibilidade do provimento antecipatório, sempre que se puder verificar que o sacrifício ao contraditório é justificável diante da grandeza do iminente prejuízo daquele que requer a medida (Cf. EDUARDO ARRUDA ALVIM, *Antecipação da Tutela*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 143 e s., de onde se pode extrair a perpetuação da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade nas hipóteses do art. 273, § 2º, do CPC, a despeito da proibição taxativa da lei vigente).

²⁴ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001, cap. III, 8, p. 111.

De outra parte, segundo este mesmo autor, “princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas e fáticas”.²⁵

É por isto que, alguns autores, comparando o chamado princípio da razoabilidade com o princípio da proporcionalidade, afirmam que este vai além do que aquele alcança. Como esclarece entre nós HELENILSON CUNHA PONTES²⁶, aqui, no campo do princípio da proporcionalidade, não se exige apenas “que a atuação estatal e a decisão jurídica sejam razoáveis, mas que sejam os melhores meios de maximização das aspirações constitucionais”. A esse respeito, discorreremos com vagar mais à frente.

Para PAULO BONAVIDES²⁷ o princípio da proporcionalidade objetiva “instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível o controle do excesso”; sucessivamente diz: “(...) “trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas”.

²⁵ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., cap. III, 8, p. 112.

²⁶ *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2000, pp. 190-191.

²⁷ *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1993, 4ª ed., p. 315.

LUÍS ROBERTO BARROSO,²⁸ abordando esta temática em relação a assunto *paralelo*, ou seja, com referibilidade ao princípio da razoabilidade, diz que “o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão exclusivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”

MARIA ROSYNETE OLIVEIRA LIMA²⁹ afirma que o princípio da proporcionalidade enseja a procura de um equilíbrio entre o exercício do poder estatal e a preservação dos direitos fundamentais do homem, fazendo brotar, na jurisprudência e doutrina pátrias, análises que ora chamou de razoabilidade, ora de proporcionalidade, não só da atuação administrativa, mas também legislativa.

GILMAR FERREIRA MENDES – que no seu texto a seguir refere-se a ambos os princípios, como sinônimos –,³⁰ vendo, já há algum tempo, o princípio (da proporcionalidade) como consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, disse: “o desenvolvimento do

²⁸ *Interpretação e Aplicação da Constituição, Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 205-206.

²⁹ *Devido Processo Legal*, Porto Alegre: 1999, ed. Sergio Antonio Fabris Editor, pp. 273-276.

³⁰ *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Repertório de Jurisprudência IOB, n. 23/94, 1º quinzena de dezembro de 1994: 469/475.

princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, LIV)”; afirma, a seguir, que há “de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido)”.

Conforme ainda ressalta GILMAR FERREIRA MENDES ³¹, subsidiado por forte aparato doutrinário alemão, o pressuposto da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas pelo Estado mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos, e, que, portanto, o meio gravoso concretamente utilizado não merece censura. Assim, apenas o que é adequado é necessário, mas nem tudo o que é adequado pode ser necessário.

Um juízo correto sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o fim a ser atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).

³¹ *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 39

2.2. A nova conformação do ordenamento e o papel do princípio da proporcionalidade como balizador das atividades --- ampliadas --- do juiz na interpretação de preceitos indeterminados e no controle de constitucionalidade das normas constitucionais e infraconstitucionais

O contexto da crescente importância que vem adquirindo o princípio da proporcionalidade se deve a uma evolução profunda do Direito, em cujo evoluir se surpreendem especialmente: **(a)** engrandecimento crescente e paulatino da figura do juiz (e, daí, o engrandecimento do **Poder Judiciário**, sublinhando-se nesse contexto a significação das supremas cortes), tomando-se como lapso temporal em que isto ocorreu, desde o limiar da Revolução Francesa até nossos dias; **(b)** alteração *paralela* do tecido normativo, em que o legislador acabou por modelar, em *pontos centrais*³² o sistema jurídico, *com a utilização de conceitos vagos e de cláusulas gerais*, objetivando atribuir ou liberalizar maior espaço para o juiz, ao lado de imprimir ao sistema jurídico um sentido social, deliberadamente desconhecido nos quadros do liberalismo; **(c)** particularmente, maior conscientização do papel da Constituição, com significação engrandecida do direito constitucional –

³² Por exemplo, dois institutos centrais do Direito, a propriedade e o contrato. A propriedade era considerada como um direito absoluto (com significado ou *pretense* significado no plano do direito e enfático no plano ideológico ou da crença social), afirmado como posto precedentemente ao Estado, ao qual incumbia respeitá-la e discipliná-la, sem restringir esse direito; e, o contrato, em que avultava a *vontade dos contratantes*, valendo *como lei entre as partes* e o que convivia num ambiente de escassas normas de ordem pública e de uma noção *radical* de liberdade, que o Estado era *ausente*. O que se pode afirmar é que, ambos os institutos, *eram rigidamente disciplinados*, a propriedade como direito absoluto e o contrato regado pela vontade (o que é contratual, é justo [Fouillé]. Atualmente, a propriedade, constitucionalmente garantida (art. 5º, XII, da CF), deve implicar para o proprietário o desempenho de uma *função social* (CF, art. 5º, XXIII, Código Civil; pelo art. 1.228, § 1º, do Código Civil, em que são referidos diversos outros direitos (em rigor, *direitos difusos*), que interferem e delimitam o direito de propriedade *especialmente*, assuntos que estão disciplinados em outros textos de lei). O direito de propriedade *tem de conviver* com esses outros direitos. E, o contrato, será legítimo quando a sua função social seja observada (art. 421, do Código Civil), sob pena de nulidade (art. 2.035, parágrafo único). Este texto se refere à função social do contrato através da qual não pode ser violada a função social da propriedade, e, trata-se de uma hipótese de nulidade *aberta*, i.e., que atribui grande escala de deliberação ao juiz.

ajustando-se uma postura teórica com o seu exigente sentido prático –, que passa a submeter mais rígidamente e eficazmente a legislação infraconstitucional.³³

Tendo em vista as considerações precedentes sobre o contexto histórico do século retrasado, sua evolução cambiante para o século passado (item 1.1) e, nesse ambiente, a linha de evolução pela qual passou pelo direito processual civil, podem-se verificar as profundas transformações havidas na relação entre juiz e a lei, o que veio a significar paulatinamente o engrandecimento dos poderes do juiz e uma compreensão diferente da lei.

Se nos primórdios da Revolução Francesa não se concebia sequer interpretação a literal da lei, sucedeu-se a aceitação de que esta pudesse ser literalmente interpretada para, enfim, chegar-se aos dias atuais, em que a lei é um referencial para o juiz decidir, em cujo âmbito de aplicação – em particular quando haja cláusula geral ou conceito vago – se reconhece um espaço largo de deliberação para a atividade jurisdicional.

³³ Tecendo considerações sobre os ensinamentos de LUIGI FERRAJOLI, LENIO STRECK observa que: “Até cinquenta anos atrás, alude Ferrajoli, não existia nem no pensamento jurídico e nem no sentido comum a idéia de uma lei acerca das leis, isto é, de um Direito do Direito, sendo inconcebível que uma lei pudesse vincular a lei, sendo a lei a única fonte, e, portanto, onipresente, do Direito: seja fosse concebida como vontade do soberano, seja fosse legitimada como expressão da maioria parlamentar. De maneira que o legislador, na melhor das hipóteses, o parlamento, era sua vez concebido como onipresente; e onipotente era o parlamento em consequência da política, da qual o Direito era o produto e, ao mesmo tempo, o instrumento. Tudo isso se altera, diz Ferrajoli, com a afirmação, ou se assim se prefere, com o reconhecimento da Constituição como norma suprema, à qual todas as demais estão subordinadas rigidamente” (*Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 47; 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.48).

Na pauta originária da pregação e da consolidação do liberalismo individualista, podem-se apontar os seguintes pontos: 1.º) a lei, a que estão submissos Executivo e Justiça, “tem de ser igualmente obrigatória para todos”; 2.º) pretendia-se que as “leis do Estado correspondessem às leis do mercado:....”.³⁴

JÜRGEN HABERMAS observa que, com a transformação sócio-estatal, do Estado liberal de Direito para o Estado social-democrata, conquanto se tenha operado através da continuação do mesmo Estado, necessária se revelou a intervenção deste, que veio a pretender realizar a “justiça”, diante do ‘esvaziamento’ da concepção liberal de dois dos seus elementos chaves: **a)** “a generalidade como garantia da igualdade”; **b)** “a correção”, isto é, “a verdade como garantia da justiça”, acrescentando-se que isto ocorreu “a tal ponto que o preenchimento de seus critérios formais não bastava mais para uma normatização adequada da matéria”.³⁵

Não é implausível enxergar-se na estrutura do processo civil clássico reflexo dessas realidades, marcado que foi pela “indiferença” em relação às situações de que ele se constituiu palco.

³⁴ V. JÜRGEN HABERMAS, *Mudança Estrutural da Esfera Pública (Investigações quanto a uma Categoria da Sociedade Burguesa)*. Tradução Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 100-102.

³⁵ V. JÜRGEN HABERMAS, *op. ult. cit.*, p. 262.

De certa forma, o juiz 'aumentou' e a 'lei' diminuiu, ou seja, a figura do juiz ganhou importância e diminuiu a relevância da lei, *enquanto apenas e exaurientemente considerada em sua literalidade*; ou seja, ao juiz veio a reconhecer-se o poder de desvencilhar-se da literalidade da lei. A capacidade de penetração do juiz, em relação à lei, é que aumentou, mas certamente balizado por parâmetros.

Mas, parece-nos legítimo dizer que, por causa do princípio da proporcionalidade, os textos constitucionais é que se "engrandeceram", dentro de um contexto mais amplo e crescente de maior significação das Constituições, de tal forma que as leis disciplinadoras de direitos fundamentais haverão de concretizar mandamentos constitucionais precisamente à luz da dimensão neles cunhada.

Possivelmente, a evolução da relação entre o juiz e a lei, que consistiu em que a lei passou a "jugular" menos intensamente a atividade do juiz,³⁶ deva ser vista como um ambiente e um rumo antecedentes e mesmo necessários à possibilidade ulterior de utilização do princípio da proporcionalidade.

³⁶ O que, principalmente, quer-se afirmar no texto é que a própria contextura das leis se modificou, passando o legislador, *em pontos nodais do sistema jurídico*, a utilizar-se de cláusulas gerais e conceitos vagos, deixando, então e por isso, deliberadamente *maior espaço para o juiz*. O legislador, ao fazê-lo, abandona em relação a muitos setores da vida social, por ele disciplinados, normas minuciosas e plenas de elementos definitórios de conduta, e, por isso mesmo, mais intensamente disciplinadoras da realidade objeto da legislação.

Deve-se acentuar, nesse itinerário, marcado pelo crescente engrandecimento da figura do juiz e do Poder Judiciário, mais “próximos” do direito constitucional, que o que se verificou foi uma constante e crescente abertura para uma maior proteção jurisdicional, fazendo-se com que cada vez mais pudessem estar à disposição do juiz, no plano do processo, instrumentos mais ajustados à realização do Direito, da restauração do ilícito que houvesse ocorrido e mesmo de caminhos novos para evitar que o ilícito ocorresse ou que se repetisse, e, quando verificado, que viesse a ser minimizado.

A intensidade com que, além da função restauratória do ilícito, passou o Judiciário a procurar evitar *preventivamente* os ilícitos, passando a trabalhar com os chamados *ilícitos de perigo*, mostra, ainda sob esta faceta, o aumento da presença avultada do juiz nas sociedades. Em relação os *ilícitos de perigo*, i.e., ameaça a direito, com a CF/88 veio a ser estabelecida, inclusive, previsão constitucional, no art. 5º, inc. XXXV, completando-se o velho mandamento constitucional do art. 141, parágrafo 4º, da CF/46, mantido nas sucessivas Constituições.^{37 - 38}

Paralelamente a isto – nos quadrantes da evolução por que passou a relação entre o juiz e a lei –, em pontos de grande importância, nos sistemas jurídicos, passou-se à utilização,

³⁷ Ao lado dessa modificação, resultou ainda alterada a redação desse texto, em que se prevê o acesso à justiça, para não mais circunscrevê-la à proteção somente dos *direitos individuais*, senão que abrangendo, também os *direitos sociais* e os *direitos supra-individuais*, conforme salientado linhas atrás.

³⁸ A proteção de direitos *dianete de ameaça* significou uma modificação no entendimento da noção de lesão. A *noção de perigo* passou a ter alta significação para o direito processual civil, antes apenas preocupada com a lesão suscetível de ser reparada em pecúnia.

cada vez mais frequente, de conceitos vagos ou indeterminados, como já se aflorou, que, sabida, intencional e necessariamente, adjudicam maior poder ao juiz, justamente porque, em tais normas, há menos elementos definitórios da conduta. Sendo o conteúdo da norma mais vazio de elementos, correlatamente, o juiz acaba por ter de preencher espaços.

É certo que esse relacionamento entre o juiz e a lei acaba por implicar a própria releitura do princípio da separação de poderes, pois permite ao magistrado adequar os conceitos legais (vagos) às hipóteses específicas e diversificadas da realidade concreta, sempre à luz dos ditames constitucionais. Esses, os conceitos vagos são, particularmente úteis, senão absolutamente indispensáveis, numa sociedade complexa e heterogênea, dado que os possíveis acontecimentos são *irredutíveis a uma norma minuciosa*.

Parece-nos ter-se reconhecido maior espaço para o juiz, no exame da lei, a partir da conscientização intensificada de que esta deve submeter-se à Constituição,³⁹ em especial em relação aos direitos fundamentais, viabilizando um controle mais intenso e profundo da constitucionalidade das leis.

³⁹ Nesse sentido, ainda LENIO STRECK: “Por tudo isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. (...) Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. (*Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, pp. 52 e 53; 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 55).

Isto porque, precisamente, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, o que se colima, talvez primordialmente, é um *radical* primado por método *refinado* da Constituição, em especial no que concerne aos direitos fundamentais.

Constituiu-se, nesse contexto, o princípio da proporcionalidade como que – segundo nos parece –, um coroamento de toda essa evolução, numa de suas facetas, consolidando-se teoria particular da validade das normas infraconstitucionais, com vistas a um maior e mais eficiente resguardo de direitos fundamentais, que não devem ser “arranhados” ou “minimizados”, pela legislação ordinária, não compatível com a grandeza desses direitos, tais como tenham sido cunhados na Constituição⁴⁰ Trata-se de um rigoroso resguardo desses direitos.

Proporcionou-se, assim, um critério representativo de uma sintonia fina entre textos constitucionais em que se prevêm direitos fundamentais, viabilizando que se identifiquem

⁴⁰ Nesse sentido, ainda esta vez, LENIO STRECK: “Trata-se, enfim, segundo o jurista italiano (Ferrajoli), de um câmbio revolucionário de paradigma no Direito: alteram-se em primeiro lugar, as condições de validade das leis que dependem do respeito já não somente em relação às normas processuais sobre a sua formação, *senão também em relação às normas substantivas sobre seu conteúdo*, isto é, dependem de sua coerência com os princípios de justiça estabelecidos pela Constituição; em segundo lugar, altera-se a natureza da função jurisdicional e a relação entre o juiz e a lei, que já não é, como no paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, *senão que é uma sujeição, sobretudo, à Constituição que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através de sua reinterpretção em sentido constitucional e sua declaração de inconstitucionalidade*; em terceiro, altera-se o papel da ciência jurídica, que, devido ao câmbio paradigmático, resulta investida de sua função à não somente descritiva, como no velho paradigma paleojuspositivista, *senão crítica e construtiva em relação ao seu objeto; crítica em relação às antinomias e às lacunas da legislação vigente em relação aos imperativos constitucionais, e construtiva relativamente à introdução de técnicas de garantia que exigem para superá-las; altera-se, sobretudo, a natureza mesma da democracia.*” (*Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 4^o ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 47; 6^o ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, pp. 48 e 49).

ou que se flagrem inconstitucionalidades – menos evidentes, ou, em tempos passados, menos detectáveis, ou, então havidas mesmo como inexistentes – decorrentes do descompasso entre o significado albergado pelo texto constitucional e não corretamente compreendido ou obedecido pelo legislador ordinário. Por outras palavras, entende-se, hoje, que tais valores constitucionais têm de ser considerados e ser eficazes na inteireza com que hajam sido assumidos e protegidos pela Constituição, havendo, por isso, para o conteúdo da lei ordinária, critérios preordenados a que isso não ocorra.

Com isso, quer-se que não haja restrições a direitos fundamentais *desnecessariamente*, i e., que a disciplina, por lei ordinária, não seja inadequada à preservação da inteireza de tais direitos; eventuais delimitações haverão de considerar o equilíbrio ou a proporcionalidade entre dois direitos fundamentais.

Em decorrência, o Judiciário deve ser considerado também, senão fundamentalmente, como uma *longa manus* expressiva do constituinte, na fiscalização dessa rigorosa congruência entre as leis ordinárias concretizadoras de mandamentos constitucionais em relação ao que a Constituição a respeito dispõe. O princípio da proporcionalidade presta-se, sob essa ótica, a balizar a validade das normas infraconstitucionais quando, através destas, se estabeleçam restrições desnecessárias ou desproporcionais a direitos e garantias de índole constitucional.

Deve-se ponderar, contudo, que o controle ensejado pelo princípio da proporcionalidade não se restringe à análise abstrata das normas, por ser possível que, no plano concreto, uma norma formalmente válida (i.e. constitucional, em tese) possa infringir a Constituição quando aplicada a uma hipótese específica.

Para essas hipóteses de inconstitucionalidade da aplicação da norma em casos específicos – que pela doutrina foram denominadas *hard cases* (casos difíceis) –, aplicam-se as teorias relativas à ponderação das normas constitucionais, que possibilitam a análise da constitucionalidade das normas em cada caso específico, por um processo intelectual que “tem como fio condutor o princípio constitucional da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*”.⁴¹ A título exemplificativo, LUÍS ROBERTO BARROSO identifica alguns dos principais temas constitucionais cujo equacionamento depende da ponderação de valores -- ou seja, da utilização dos parâmetros ofertados pelo princípio da proporcionalidade --, que bem ilustram a importância da proporcionalidade como balizadora da atividade judicial: “(I) o debate acerca da relativização da coisa julgada, onde se contrapõem o princípio da segurança jurídica e outros valores socialmente relevantes, como a justiça, a proteção dos direitos da personalidade e outros; (II) o debate acerca da denominada ‘eficácia horizontal dos direitos fundamentais’, envolvendo a aplicação das normas constitucionais às relações privadas, onde se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais”; (III) o debate acerca da liberdade de imprensa,

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 301.

liberdade de expressão e o direito à informação em contraste com o direito à honra, à imagem e à vida privada”.

O que se percebe é que a incidência do princípio da proporcionalidade, ao mesmo passo em que amplia a margem de atuação do órgão jurisdicional na aplicação do direito – que, há muito deixou de refletir a previsão fria da lei infraconstitucional –, fornecendo ao juiz parâmetros que, embora não possam ser considerados totalmente objetivos, reduzem significativamente a subjetividade da interpretação das normas jurídicas.

Desse modo, a análise do alcance e significado dos conceitos jurídicos indeterminados, bem como o controle da validade e eficácia das normas jurídicas, deve se orientar pelos critérios de adequação e necessidade precedentemente descritos, de forma a evitar-se o sacrifício desnecessário de direitos e garantias constitucionais em detrimento de valores menos relevantes.

3. A gama hodierna dos direitos objeto de proteção constitucional e os princípios e instrumentos destinados à proteção destes direitos

3.1. A Constituição Federal brasileira de 1988 e as modificações estruturais destinadas à salvaguarda do ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 representou uma retomada da idéia de crença e de realização de uma prática democrática plena. Valorizou aspectos sociais do direito, procurou descartar marcas individualistas (individualistas no sentido de afastar *direitos sociais*) e, do ponto de vista processual, manteve instrumentos precedentes e incorporou outros instrumentos.

Na linha da *constitucionalização de direitos* em que se insere a promulgação da Constituição vigente, as normas relativas à estrutura e organização dos Poderes refletem a necessidade de salvaguardar o ordenamento jurídico, sobretudo no tocante à aplicação das normas constitucionais.

Em relação à estrutura do cume do Poder Judiciário, criou o Superior Tribunal de Justiça, diante da crise do Supremo Tribunal Federal que, possivelmente desde os anos 50 crescia. A expectativa, manifestamente ingênua, era a de que o Superior Tribunal de Justiça,

instituído com competência para julgar todo o direito federal infraconstitucional, desafogasse o Supremo Tribunal Federal.

Verificou-se, diferentemente, que ambos os Tribunais de cúpula vieram a suportar sobrecarga manifestamente absurda e não passível de que dela esses Tribunais possam dar conta; o mesmo se passa com o Tribunal Superior do Trabalho.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal isto veio a ser corrigido com o instituto da *repercussão geral*, filtro destinado a que a nossa mais alta corte somente aprecie o que realmente tem um interesse que transcenda ao das partes. Anote-se que, conquanto a competência do Supremo Tribunal Federal tenha ficado circunscrita a matéria constitucional, em grande escala, o crescimento do acesso ao Supremo tornou – apesar da criação do Superior Tribunal de Justiça – inviável o Tribunal, o que possivelmente ao longo de tempo médio poderá vir a ser solucionado pela implementação das alterações trazidas pela EC 45/2004.

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, igualmente veio a arcar com carga absurda de trabalho, o que se pretende corrigir através da *lei dos processos repetitivos*, i.e., a Lei 11.672, do ano de 2008, que institui mecanismo de agilização do processamento e julgamento de recursos especiais, sem a necessidade de alteração constitucional.

Restou mantida a separação de poderes (art. 2º, CF). Os grandes escopos a serem atingidos encontram-se alinhados no art. 3º, CF, onde se percebe o significado social abrangente perseguido pelo constituinte, em que se lê que o direito deve desempenhar acentuadamente uma função social, inclusive, programaticamente, alterando os quadros da sociedade tal como existente – reduzindo desigualdades dos seus membros e de regiões – à época da promulgação da Constituição Federal.

3.2. Os princípios existentes na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação ao processo

O *devido processo legal*, conquanto pudesse ser percebido ou vislumbrado, desde a Constituição Federal de 1946 (art. 141, § 4º) – mais nitidamente consagrado em relação ao processo penal, no art. 141⁴² –, é com a vigente Constituição que esse princípio fundamental, por cujo intermédio se ilumina o processo (e, valores essenciais do direito material), e de que, de certa forma, derivam os demais outros princípios que gravitam em torno das garantias que devem ser proporcionadas pelo processo (sem que com isto seja restringido ao direito processual, pois no inc. LIV, do art. 5º há referência à *liberdade e a bens*), ganha realmente uma genuína dimensão. A Constituição de 1988 prevê esse princípio, especialmente, no seu art. 5º, incs. LIV e IV, que dispõem:

⁴² Dispunha o art. 141, nos seus parágrafos 25 a 27: “§ 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória. § 26 - Não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção. § 27 - Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior”.

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Compreendem-se doutrinariamente no âmbito desse princípio a proibição de usar em juízo prova obtida por meio ilícito ⁴³, o do juiz natural, ⁴⁴ do contraditório e o do procedimento regular.

Entre nós, o direito constitucional refere-se *especificamente* ao *juiz natural* nos incisos XXXVII e LIII e à inadmissibilidade de utilização em juízo de provas obtidas por meio ilícito no inciso LVI, ⁴⁵ ambos do art. 5º, CF; a exigência de observância de procedimento regular “deve ser lida” dentro da previsão do inciso LIV, do art. 5º ou deste texto extraída. Estas três hipóteses seriam suscetíveis de serem “lidas” no princípio do devido processo legal, não fosse o tratamento próprio, pois nesse sentido é o entendimento doutrinário consolidado.

⁴³ Cf. GRINOVER (1990, p. 60 e ss.).

⁴⁴ Em relação ao *princípio do juiz natural* a CF/88 o prevê específica ou ao lado do princípio do devido processo, no art. 5º, incs. XXXVII e LIII:

“XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”

⁴⁵ Dispõe esse inc. LVI, do art. 5º, da CF/88:

“LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”;

Ou seja, esse *princípio do devido processo legal* tem permitido uma leitura ampla. No caso do direito constitucional brasileiro, portanto, os incisos LIII e LVI, do art. 5º, são especificações do princípio. É princípio que se insere no âmbito do processo, quaisquer que sejam as sub-disciplinas deste.

No entanto, a leitura desse princípio integralmente deve conduzir – conquanto não seja normalmente esse o tratamento ou abordagem entre nós, como já se adiantou – a uma leitura abrangente, também fora das fronteiras do processo, compreensiva de que nele estão abrigadas também realidades disciplinadas pelo direito material, quais sejam, as que, sintetizadas num trinômio, dizem respeito à *vida*, à *liberdade* e à *propriedade*.⁴⁶

O *princípio do contraditório* significa o direito de poder alegar em juízo tudo que possa demonstrar o direito do que alega (e, no âmbito de processo administrativo também), bem como o direito de comprovar esse direito, na medida do necessário; e, principalmente, está implicado nesse princípio o direito a uma resposta do Poder Judiciário, em relação a tais alegações e o direito à apreciação pelo juiz da prova que tenha sido produzida.

⁴⁶ Entre nós, a propriedade é especificamente garantida no art. 5º, inciso XXII, ao lado da exigência de que seja o seu uso presidido por sua *função social* (art. 5º, inc. XXIII).

O *princípio da igualdade* encontra-se previsto no art. 5º, *caput* e inciso I.⁴⁷ Literalmente trata-se da previsão de *igualdade formal*, o que não exclui, senão que convive com o dever de tratar de desigualmente os desiguais. E, na esteira deste entendimento, desenvolve-se intenso trabalho para virem a ser minimizadas as desigualdades sociais.

Há, em relação à observância ou não, do princípio da igualdade, pelo legislador ordinário do processo, considerações amplas no processo – inseridas na interação antiga entre a previsão constitucional da igualdade e a situação em que *hipoteticamente* possa aquela não ter sido respeitada –, destinadas a identificar e a saber em que situações se justifica, ou não, o tratamento desigual estabelecido pelo legislador infraconstitucional.

Na legislação do consumidor, partindo-se da premissa de que o fornecedor é o forte e o consumidor é o fraco, e, portanto, que já estão materialmente desiguais, o legislador procura igualá-los, melhorando a situação processual (e, como se disse, a substancial, também) do consumidor em relação ao fornecedor. Como exemplo, refira-se a regra do art. 6º, inc. VIII, do CDC, que garante ao consumidor *“a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as*

⁴⁷ Dispõem o art. 5º e seu inc. I:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

regras ordinárias de experiências."⁴⁸ Essa regra não é senão desdobramento do disposto no art. 4º, em que se se determina a proteção do consumidor, por reconhecê-lo como o fraco da relação jurídica de consumo, ou seja, se prescreve que o legislador deve – reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (inc. I, do art. 4º) e que a ação governamental deve ser no sentido de proteger efetivamente o consumidor (inc. II, do art. 4º), todos do CDC. E essa concretização desenvolve o mandamento do art. 5º, inc. XXXII, da CF; e, ainda, a outros comandos na CF (art. 149, § 5º), como, ainda o significativo comando do art. 170, inc. V (a ordem econômica exige a proteção do consumidor).

No sistema do Código de Processo Civil há também, tradicionalmente (mesmo antes do atual sistema do CPC), a desigualação das partes. Assim, por exemplo, em favor da Fazenda Pública e do Ministério Público: **(a)** no art. 188, o prazo para contestar é contado em quádruplo (no que está implicado também o prazo para reconvir, mercê de combinação com o art. 315, do mesmo CPC)⁴⁹. Para recorrer, está previsto para essas mesmas entidades o prazo em dobro (art. 188, CPC).^{50 - 51} O Projeto de Lei no Senado

⁴⁸ Essa regra, todavia, deve ser aplicada à luz do princípio do contraditório. Ou seja, não é possível inverter-se o ônus da prova na sentença, *dando-se por consumado que o fornecedor, porque nada provou – quando quem haveria de ter provado teria sido o consumidor – perde a ação*. A inversão do ônus da prova deve ser feita com respeito ao princípio do contraditório, o que exige tempo e oportunidade para aquele, sobre quem não pesava esse ônus, possa com essa inversão, dele se desincumbir adequadamente.

⁴⁹ Se a reconvenção deve ser apresentada concomitantemente à contestação, sob pena de preclusão consumativa, não é plausível supor que apenas à segunda se aplique a dilação referida no art. 188. Na realidade, consoante registram Nery e Nery, a prerrogativa em tela é considerada aplicável, pela jurisprudência dominante, à resposta do réu em sentido amplo – o que abrange todas as exceções, a ação declaratória incidental e a reconvenção (NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 394/396, inclusive com referência à jurisprudência).

⁵⁰ De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – com interpretação destituída de restrições –, a dilação do prazo, prevista no art. 188 do CPC, aplica-se também ao agravo regimental dirigido àquela corte: "A Fazenda Pública e o

166/2010 (Projeto de Novo Código de Processo Civil) estabelece que, para todas as manifestações da Defensoria Pública, do Ministério Público e dos entes políticos, o prazo passa a ser em dobro para todas as manifestações (art. 106) e as despesas dos atos processuais efetuados a requerimento da Fazenda Pública serão pagas ao final pelo vencido, exceto as despesas periciais, que deverão ser pagas de plano por aquele que requerer a prova (art. 93 do PLS 166/2010, na redação encaminhada pelo Senado à Câmara dos Deputados em dezembro de 2010, onde recebeu o nº 8.036/2010).

Em relação ao *reexame necessário*, de que o legislador tem diminuído o espectro, vislumbra-se também um *legítimo favorecimento* da parte em relação à qual existe a possibilidade desse duplo exame. Não há aí, propriamente, um efeito devolutivo apenas, senão que o âmbito desse reexame é presidido por efeito *translativo*, ou seja, não haverão de ser reconhecidas preclusões em desfavor daquele em prol de quem ou da situação em que foi instituído o reexame necessário. Afasta-se, todavia, a possibilidade de *reformatio in peius*, em desfavor daquele ou da situação em função da qual existe a possibilidade de reforma dentro do espectro do reexame necessário (é o que está cristalizado na Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça), pois esse efeito translativo não deve ser entendido a dano do recorrente, e, no caso, ao dano daquele ou da situação protegida pelo reexame necessário. O reexame necessário é, pela doutrina,

Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça (STJ, Corte Especial, j. 27.10.1994, DJ 07.11.1994, p. 30050).

⁵¹ A contagem em dobro não se estende, porém, ao prazo para apresentação da peça original do recurso interposto via fac-símile, previsto na Lei 9.800/1999 (Lei do Fax). Nesse sentido: STJ, AgRg no AgRg no REsp 687.361/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, 2º T., j. 11.10.2005, DJ 12.12.2005, p. 293; STJ, AgRg nos EDcl no REsp 951677 / MG; Rel. Min. Massami Uyeda; 4º T.; j. 19/02/2008; DJ DJ 17.03.2008, p. 1; STJ, AgRg nos EDcl no Ag 833.369/SP, Rel. Min. Castro Meira, 2º T., j. 24.04.2007, DJ 07.05.2007, p. 304).

predominantemente havido como legítimo ⁵², diante da pessoa para a qual existe ou em relação à situação para a qual foi previsto. ⁵³⁻⁵⁴

Em relação à vigente Lei nº 12.016/2009, restou estabelecido o seguinte: “Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé”. Com esta disposição, por certo, termina o divórcio de entendimentos que sempre existiu entre a jurisprudência e doutrinadores.

⁵² Conquanto a remessa necessária não seja, em si, considerada inconstitucional pela doutrina, registram-se críticas ao modo como vem sendo interpretada pelo Superior Tribunal de Justiça, isto é, à impossibilidade, acima referida e enunciada na Súmula 45 do STJ, de se proceder à *reformatio in pejus* em relação à Fazenda Pública. Nesse sentido, Nelson Nery Jr. afirma que “mais correta se nos afigura a jurisprudência do TRF 3º, que entende possível, por exemplo, a majoração dos honorários de advogado em remessa necessária, cuja translação é amplíssima, comportando verdadeiro reexame da sentença e não apenas proteção aos interesses e direitos da Fazenda” (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8º ed. São Paulo: RT, 2004, p. 95). Não é, como se percebe do texto, o nosso entendimento; julgamos correta a súmula 45.

⁵³ Em relação à precedente lei especial sobre mandado de segurança – a Lei 1.533/51 –, que gerou duas súmulas, do STF e do STJ, no sentido de que o vencido em mandado de segurança não deve pagar honorários de advogado ao vencedor, a doutrina diverge desse entendimento, porquanto nesta está afirmado que não se justifica essa *discriminação*, que conduz a uma ilegítima desigualdade (pois o impetrante, ainda que vencedor, tem de arcar, sem reembolso com os honorários do seu advogado), além de se criticar o argumento de que, pela Lei 1.533 somente o assunto relacionado com litisconsórcio (art. 1º, da Lei 1.533) levaria a aplicação do CPC a essa lei especial, o que não é correto. Essas posições sumuladas (Pelo não cabimento de condenação em honorários de advogado em mandado de segurança, STJ: “súmula: 105 - Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios”. STF: Súmula 512: “*Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança*”), em realidade, colidem com a firme posição oposta da doutrina (A respeito do tema, com absoluta razão, aqueles que defendem a primazia do interesse dos cidadãos sobre o interesse – secundário, diga-se de passagem –, da Fazenda Pública, quando se está diante das ações constitucionais. O argumento do autor é no sentido de que o mandado de segurança – tal como ação popular e a ação civil pública, onde há isenção de honorários ao cidadão, salvo manifesta má-fé –, foi instituído pela Constituição Federal para *proteger* o cidadão contra ato ilegal e abusivo praticado pela administração pública e seus agentes ou delegatários, de maneira que a disciplina deste instrumento deve-se voltar a tal objetivo. Em suma, não há qualquer sentido em privilegiar a Fazenda Pública em caso de sucumbência nesse *writ*, porquanto a prática de ato ilegal ou abusivo não justifica a isenção de honorários (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8º ed. São Paulo: RT, 2004, p. 91).

⁵⁴ Relativamente ao princípio da proibição da *reformatio in pejus* e sua aplicação à remessa necessária (Súmula 45 do STJ), diz Eduardo Arruda Alvim que conquanto aludido sucedâneo não tenha natureza recursal, não se pode conceber que ele possa vir a prejudicar a Fazenda Pública na hipótese de não interposição de recurso voluntário por aquele que estiver litigando contra a Fazenda, haja vista que a remessa veio a ser instituída em favor desta última (ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 760).

Esse mesmo divórcio sempre existiu – e, por fundamentos análogos, de um lado a jurisprudência e de outro a doutrina, que se contrapunham – em relação ao cabimento ou não do recurso de embargos infringentes quando houvesse voto vencido no julgamento de apelação, em mandado de segurança.⁵⁵ O que sempre nos pareceu também, em conformidade com a doutrina prevalecente, em ambos os casos – honorários e cabimento de Embargos Infringentes – é que não se justificava a não aplicação do Código de Processo Civil, e, entre outros argumentos, pelo princípio da igualdade, porquanto amputava-se injustificadamente os honorários e um recurso, que, se utilizado outro instrumento processual, uns e outro tinham cabimento. Conforme dissemos, acima, contudo, sem embargo disto, o art. 25, da Lei 12.016/2009 veio a tornar regra expressa o não cabimento de embargos infringentes em mandado de segurança.

Outro tema que, dentre vários, suscita especial discussão acerca da conformidade com o princípio da isonomia processual, diz respeito às restrições impostas à concessão de medidas de urgência contra o Poder Público, em especial pela Lei n.º 8.437/1992, com a redação alterada pela Lei n.º 9.494/1997. Referido diploma estabelece, no artigo 1º, a impossibilidade de se conceder medida de urgência contra o Poder Público, sempre que tal providência for vedada no âmbito do mandado de segurança, como, por exemplo, no caso do revogado art. 5º da Lei n.º 4.348/1964, hoje reproduzido mais amplamente pelo art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009, que veda a concessão de liminares em mandado de

⁵⁵ No sentido do cabimento de embargos infringentes em mandado de segurança, em franca oposição ao entendimento dos Tribunais Superiores, cf., dentre outros: BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000, p. 205/208; FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (individual e coletivo): Aspectos polêmicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 188/189; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 12ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 527.

segurança que tenha por objetivo a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. No bojo da ADC 4/MC, o Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses de que cogita tal dispositivo, até que se analisasse a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997, que lhe atribuiu a redação atualmente vigente.⁵⁶ Referida ação declaratória de constitucionalidade (ADC 4) veio, posteriormente, a ser julgada procedente no dia 01.08.2008, declarando-se a constitucionalidade do art. 1º, da Lei 9.494/1997.⁵⁷

Na mesma linha restritiva, o art. 2º da aludida norma institui a vedação de se conceder medida de urgência *inaudita* contra o Poder Público, determinando que a Fazenda Pública

⁵⁶ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Antecipação da Tutela*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 349.

⁵⁷ De acordo com o Informativo n.º 522, do *site* do Supremo Tribunal Federal, "Entendeu-se, tendo em vista a jurisprudência do STF no sentido da admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela do juiz, desde que fundadas no critério da razoabilidade, que a referida norma não viola o princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). O Min. Menezes Direito, acompanhando o relator, acrescentou aos seus fundamentos que a tutela antecipada é criação legal, que poderia ter vindo ao mundo jurídico com mais exigências do que veio, ou até mesmo poderia ser revogada pelo legislador ordinário. Asseverou que seria uma contradição afirmar que o instituto criado pela lei oriunda do poder legislativo competente não pudesse ser revogada, substituída ou modificada, haja vista que isto estaria na raiz das sociedades democráticas, não sendo admissível trocar as competências distribuídas pela CF. Considerou que o Supremo tem o dever maior de interpretar a Constituição, cabendo-lhe dizer se uma lei votada pelo Parlamento está ou não em conformidade com o texto magno, sendo imperativo que, para isso, encontre a viabilidade constitucional de assim proceder. Concluiu que, no caso, o fato de o Congresso Nacional votar lei, impondo condições para o deferimento da tutela antecipada, instituto processual nascido do processo legislativo, não cria qualquer limitação ao direito do magistrado enquanto manifestação do poder do Estado, presente que as limitações guardam consonância com o sistema positivo. Frisou que os limites para concessão de antecipação da tutela criados pela lei sob exame não discrepam da disciplina positiva que impõe o duplo grau obrigatório de jurisdição nas sentenças contra a União, os Estados e os Municípios, bem assim as respectivas autarquias e fundações de direito público, alcançando até mesmo os embargos do devedor julgados procedentes, no todo ou em parte, contra a Fazenda Pública, não se podendo dizer que tal regra seja inconstitucional. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes incorporaram aos seus votos os adendos do Min. Menezes Direito. Vencido o Min. Marco Aurélio, que, reputando ausente o requisito de urgência na medida provisória da qual originou a Lei 9.494/97, julgava o pedido improcedente, e declarava a inconstitucionalidade formal do dispositivo mencionado, por julgar que o vício na medida provisória contaminaria a lei de conversão. ADC 4/DF, rel. orig. Min. Sydney Sanches, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 1º.10.2008. (ADC-4)".

seja ouvida no prazo de 72 horas sempre que houver contra si requerimento de liminar. A doutrina considera inconstitucional tal disposição, porquanto cuida-se de restrição incompatível com a própria natureza do mandado de segurança – ação de rito sumário destinada à defesa dos direitos do cidadão.

EDUARDO ARRUDA ALVIM propõe que a aplicação de tais dispositivos não se dê de forma a tornar os provimentos almejados ineficazes, ou seja, não se deve dar a tais preceitos “*uma extensão tal, que acabe conduzindo ao perecimento do direito (melhor dizendo, da afirmação de direito) veiculado na petição inicial, adiando-se a concessão de liminar quando houver situação de urgência*”, pois “*se o dispositivo, pura e simplesmente, vedar a concessão de liminar, não há, segundo pensamos, como compatibilizá-lo com o texto constitucional*”⁵⁸. Tem-se aqui, claramente, a busca de uma interpretação conforme a Constituição, embasada no precitado princípio da proporcionalidade: a concessão do prazo de 72 horas para oitiva prévia da Fazenda Pública, prevista na legislação processual infraconstitucional, apenas se justificará se a urgência da situação narrada for tal que se sobreponha ao interesse público de se ouvir o ente fazendário antes de lhe impor medida liminar.

Essa interpretação, como tantas outras que envolvem princípios constitucionais aplicáveis ao processo, bem reflete a crescente influência da Constituição na interpretação das normas

⁵⁸ *Antecipação da Tutela, ... cit.*, p. 348.

infraconstitucionais e, bem assim, a utilização do princípio da proporcionalidade como balizador das decisões judiciais acerca da interpretação e validade das normas jurídicas.

3.3. Os instrumentos tradicionais mantidos e os instrumentos novos da CF/88

3.3.1. Instrumentos direcionados à proteção dos direitos fundamentais de índole subjetiva

Os direitos fundamentais surgidos com intensidade e consagrados em diversos textos constitucionais, depois da Segunda Guerra mundial, constituem-se em ponto central da política e do direito constitucional contemporâneo.

Como já se salientou, os chamados direitos de primeira, segunda e de terceira gerações convivem, uma vez que os de segunda foram somados aos de primeiras geração, e os de terceira geração às duas precedentes. Isso reforça o contexto de constitucionalização do direito, na medida em que se verificou um aumento em relação à criação de direitos em sede constitucional, com alteração do perfil dos direitos consagrados que tendem à proteção, não apenas contra o Estado, senão que configuram proteção a bens jurídicos e a situações sociais.

Especialmente para os chamados direitos de terceira geração, no plano da legislação interna, criou-se um sistema coletivo de proteção, uma vez que os chamados interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são insuscetíveis de serem protegidos pelo instrumental processual *clássico* ou segundo alguns, *individualista*. Até mesmo um sistema clássico, no qual se hajam inserido considerável normas de ordem pública, envergando a posição do juiz, não atende, sob ângulo algum, aos requisitos necessários à proteção de tais interesses e direitos.

Dentre os instrumentos destinados à tutela dos direitos fundamentais preexistentes à Constituição de 1988 e por ela mantidos, podem-se citar o *habeas corpus*, o *mandado de segurança individual* e a *ação popular*. Já com relação àqueles instrumentos criados --- ou erigidos à categoria constitucional --- pela vigente Constituição, merecem destaque a *ação civil pública*, o *habeas data*, o *mandado de segurança coletivo* e a *ação de impugnação de mandato eletivo*. De alguns deles, irá se tratar pormenorizadamente, conferindo-se particular relevo às questões constitucionais que os cercam.

A) A ação popular:

A Ação Popular, no Direito brasileiro foi, fundamental e historicamente, remédio para a restauração da lesividade perpetrada contra o patrimônio público, quando a essa

lesividade se somasse a ilegalidade do ato provocador da lesão. Inserida na Constituição Federal de 1934, foi, em rigor, o primeiro processo de caráter coletivo, em nosso sistema. A partir da ação popular, concebeu-se a possibilidade de o legitimado ativo --- no caso, o cidadão ---, pleitear direito que extrapola sua esfera individual, cuja titularidade não se pode afirmar que seja do autor, senão que de toda a sociedade.

Entre nós, a disciplina da Ação Popular tem etiologia constitucional. Vale dizer, no Império, a Constituição de 1924 trazia previsão deste instrumento, com perfil diferente; e, na República, desde a Constituição de 1934, com exceção da Carta de 1937, vem esta ação prevista no texto constitucional ⁵⁹. Nos dias correntes, a previsão normativa na Constituição Federal encontra-se no art. 5º, inciso LXXIII e é regulamentada pela Lei n.º 4.717/1965.

Teve e tem a ação popular uma dignidade ímpar no sistema, e o bem por ela protegido ou, os bens por ela protegidos, o são através de rigidez normativa bastante grande, *i. e.*, por normas cogentes, com o que se evidenciou um grande descortínio do legislador. O legislador cuidou, também, de afeiçoar a disciplina processual ao valor do bem protegido. ⁶⁰

⁵⁹ Estava prevista no seu art. 113, inciso 38: "**38)** Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios".

Na Constituição Imperial de 1824 havia a previsão da seguinte ação popular: "Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra eles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei".

⁶⁰ O legislador, pioneiramente, *então*, previu hipótese de julgamento antecipado (quando não requeridas prova testemunhal ou pericial), ainda que sem esse *nomen iuris* (art. 2º, V), o que revela o intuito de solução rápida; no parágrafo único, do art. 7º,

No entanto, a Ação Popular disciplinada pela Lei 4.717/1965 não é propriamente a única modalidade de Ação Popular existente entre nós,⁶¹ e a ação popular constitucional é tradição do nosso direito republicano.⁶²

Se passarmos topicamente os olhos pela História do Direito, constataremos que a Ação Popular não se constitui propriamente numa novidade recente dos sistemas jurídicos contemporâneos e, bem assim, não é ela uma novidade no próprio sistema jurídico brasileiro.

No que diz respeito, por exemplo, ao Direito Romano, verificaremos que já existia, digamos assim, a possibilidade de dissociação entre o titular da ação e do alegado direito subjetivo colimado, pois que o alegado direito subjetivo podia não dizer respeito ao autor.

estabeleceu-se uma pena, tanto em relação ao merecimento, quando em relação à antiguidade, em relação ao juiz, quando demorasse para proferir sentença além do prazo (art. 6º, VI), o que, igualmente, ostenta que o legislador quis solução rápida; sujeita a pena de desobediência, aos que especifica (art. 8º), quando deixarem de atender, sem justificação, a determinação do juiz em relação ao fornecimento de documentos necessários à instrução da causa; ainda, pelo disposto no art. 9º, se houvesse *absolvição de instância* (hoje, *extinção do processo sem julgamento de mérito, na forma do art. 267, II e III, do CPC*), o processo não seria extinto, senão que dar-se-ia publicidade ao fato, e, dentro do prazo de 90 dias, qualquer outro legitimado (cidadão) poderia prosseguir, ou, então, o Ministério Público, que, nessas circunstâncias seria, também, legitimado. Por fim, idêntica legitima se verifica – inclusive para o Ministério Público – na hipótese de o autor popular não apelar, quando, então, qualquer cidadão e o Ministério Público podem recorrer (art. 19, § 2º), sendo que o texto legal refere-se a “sentenças e decisões proferidas contra o autor”, no que estão incluídas, também, as decisões interlocutórias.

⁶¹ Encontramos, por exemplo, a Ação Popular para anulação de ato de naturalização, prevista na Lei 818 de 1949 (art. 35, § 1.º) e, bem assim, a Ação Popular para seqüestro e perdimento de bens por atos praticados, em detrimento da Fazenda Pública, isto é, preordenada, esta última à defesa do patrimônio da Fazenda Pública, estando esta disciplinada pela Lei 3.502 de 1958, no seu art. 5.º, § 2.º. Todas estas leis referidas e, bem assim, a Lei 4.717 encontram um denominador comum, qual seja, o consistente em que qualquer *cidadão* tem legitimidade para acionar o Poder Judiciário e pleitear a obtenção dos efeitos previstos nessas leis.

⁶² Sucessivamente à Constituição Federal de 1946, seguiu-se o texto do art. 150, § 31, da Constituição Federal de 1967: “§ 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”; e, sucessivamente, o do art. 153, § 31, da Constituição Federal de 1967, Em. 1/69, no seu art. 153, § 31, com a mesma redação.

Portanto, o autor acionava a Jurisdição, impulsionado por um interesse que não era sinônimo ou coincidente com um interesse pessoal seu, que deste não decorria ou que a este não se sobrepunha, isto é, defluente de um agir necessário à proteção do seu patrimônio (no seu patrimônio no sentido "bens" ou no seu "patrimônio" moral). Por exemplo, a ação para que se limpasse a via pública, a ação para que se modificassem determinadas construções etc., eram expressões concretas de descoincidência entre a ausência de maior *interesse pessoal* do autor e a situação concreta em nome da qual agia, e, se assim era e se assim podia fazê-lo esta circunstância (ausência de simetria entre a situação de fato pessoal e o direito de agir) não obstava que se admitisse, em hipóteses determinadas, o reconhecimento, pelos sistemas jurídicos, de interesse de agir em juízo, por alguém, apenas tênue ou topicamente relacionado com tal situação fática.

A ação para fazer com aquele que tivesse tirado pedras divisórias de prédios, ou seja, quando se tivesse, objetivado por isso, confundir limites entre eles, ensejava legitimidade a qualquer um do povo, o que evidencia que, nesses casos, se entendia que a limitação dos edifícios era representativa de um bem público, no sentido de que a delimitação da propriedade transcendia ao interesse daquele proprietário, que, eventualmente, tivesse sido prejudicado.

Ainda há que se recordar o chamado interdito de *homine libero exhibendo* que guarda uma certa semelhança com o "Habeas Corpus" contemporâneo, e, que, portanto, encontra a sua etiologia ou o seu ponto histórico mais remoto no Direito Romano.

Várias teorias explicativas da Ação Popular haurem sua inspiração no Direito Romano. No sentido de se tentar categorizar, sob um denominador comum, qual seja o significado destas ações que, evidentemente, fugiam à regra geral (legitimidade só de alguém quando estivesse pessoal ou materialmente envolvido numa situação concreta), verifiquemos quais as principais construções. Encontramos ações populares pretorianas, que eram ações criadas, e *criadas*, no sentido pleno e real da expressão, pelo Pretor, sabidamente em decorrência do grande poder que lhe era outorgado, inclusive com respeito à própria criação de institutos jurídicos. Coexistiam com essas criações pretorianas, as chamadas Ações Populares legais, decorrentes, portanto, de textos legais romanos.

Ainda distinguam-se as Ações Populares das demais ações no que tange ao modo do seu exercício. Coexistiam com estas ações populares, que tinham uma feição e uma fisionomia similar à nossa ação cominatória, as *interdicta populares*⁶³, que guardavam certa similitude com as ações possessórias, embora classicamente reportadas estas às coisas corpóreas.

No que diz respeito à natureza jurídica das Ações Populares no Direito Romano, poderíamos apontar as seguintes opiniões: 1. alguns as entendiam como tendo natureza penal, e essa era a opinião de Bonfante, dado que, geralmente, acompanhava a procedência destas ações e imposição de uma pena; daí, possivelmente ter esse autor pinçado este aspecto, e, cunhado essa natureza jurídica, naquilo que entendeu como

⁶³ BONFANTE, Pietro. *Storia del Diritto Romano*. 4ªed. Vol. I. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1934, p. 464.

descritivo do significado maior da ação popular romana⁶⁴; 2. outros lembram que o interesse residia na proteção de uma lesão do interesse público, e era esta a opinião do romanista italiano Fadda⁶⁵, e 3. outros, como Bruns, historiador alemão, entendiam que, na verdade, o que se objetivava era a defesa do interesse público.

Verifica-se que pela própria *ratio* do instituto, basicamente, quer pelo enunciado, ou, pela descrição de tais ações, quer pela sua própria natureza jurídica, e, pelas teorias que procuram explicar essa mesma natureza jurídica, que gravitam em torno do tema, existe, realmente, uma similitude entre tais instrumentos históricos e a Ação Popular, de que estamos a tratar.

O que se pode dizer, ainda num plano histórico, é que no Direito Intermédio houve, como que um “recesso” deste tipo de ação. Trata-se de uma consequência histórica, correlacionável com o despotismo e a ausência de maior institucionalização que existiu na Idade Média, como, ainda pela atomização do poder político, o que conduziu à inexistência de Estados.

O pressuposto sócio-cultural para que se possa disciplinar a Ação Popular é o de que o

⁶⁴ *Op. Cit.*, p. 412. Assim também: SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1954, p. 477-478.

⁶⁵ FADDA, Carlo. *Le azione popolare*. Torino: 1894.

povo possa se manifestar por canais jurídicos. Em tempos mais recentes, principalmente a partir do século XIX, e, especialmente, a partir de uma democratização – utilizada aqui a palavra no sentido de democratização já emergente da Revolução Francesa –, encontramos Ações Populares no Direito Comparado que apresentam uma fisionomia, agora efetivamente bem mais próxima à da nossa Ação Popular.

Assim, na Bélgica, ter-se-ia estabelecido uma modalidade de Ação Popular em 1836; na França em 1867; na Inglaterra existem as Ações Populares; na Itália, também desde 1859. Então, rigorosamente, desde antes da própria criação política na Itália, até hoje, têm tido aí as ações populares o escopo de discutir problemas de eleições e de ensejarem o caminho jurisdicional contra atos praticados por organismos de natureza administrativa, através de uma ampla abertura do espectro da legitimidade.

No Direito brasileiro do século retrasado, entendia-se que valiam algumas regras romanas, ou seja, algumas daquelas regras a que há pouco nos referimos.

No século retrasado, ainda, a Ação Popular foi objeto do art. 157 (v. nota 1) da Constituição Imperial de 1824. Esse artigo criou uma Ação Popular dirigida contra a prevaricação de Juízes, e poderia ela ser proposta por qualquer um do povo. O texto constitucional brasileiro convivia, segundo a lição dos historiadores, com parte dos textos

romanos, que se reputavam vigentes entre nós durante a época das Ordenações.

Com o advento do Código Civil de 1916 – sabidamente marcado por um profundo individualismo, o qual, no tema da legitimidade cristalizou a noção no seu art. 75 ---- negava a doutrina a possibilidade de Ações Populares, calcadas no Código Civil, o que significou que, a partir do Código Civil até a Constituição de 1934 negou-se a possibilidade deste tipo de ação e, só com a Constituição Federal de 1934, veio a ser consagrada a ação popular. Esta consagração se insere no fenômeno de que significativas mudanças no sistema jurídico brasileiro, e, em outros, vieram a ocorrer a partir do direito constitucional, lembrando, ainda, que a Constituição Federal de 1934 inseriu em nosso sistema, também, a função social da propriedade e o mandado de segurança (com caráter de proteção de direito individual).

Tratava-se, todavia, e na verdade, de uma inteligência extremamente individualista do sistema jurídico, praticamente *excludente* de um significado transindividualista, dado que, nem pelo fato de constar do art. 75, do Código Civil de 1916, que a todo direito correspondia uma ação que o assegura, ficar-se-ia necessariamente inibido de se disciplinar a ação popular, cujo regramento conviveria -- *como veio a conviver* --, com a regra do art. 75, citado. Não era um mandamento que, *per se*, excluísse a ação popular, curialmente; e, depois da Constituição Federal de 1934, o argumento ficou destituído de qualquer valor, pois um código não poderia interferir em mandamento constitucional.

Pode-se apontar, todavia, nessa linha histórica, a Lei baiana 1.384, do ano de 1920, elaborada e promulgada, quando aos Estados Federados cabia competência para legislar sobre processo e que era uma lei ensejadora de que qualquer munícipe poderia acionar o seu município, servindo-se do direito de ação, em nome e por causa de interesse dos negócios municipais.

Com a Constituição de 1934, no seu art. 113, § 38, afirmou-se essa tendência e ganhou ela sede e dignidade constitucionais. Previu-se a ação popular para a anulação e decretação de nulidade de atos que dissessem respeito à União, aos Estados e ao Município. Vale dizer, referiu-se a CF de 34, exclusivamente, às pessoas políticas, diversamente do que passou a ocorrer com vários textos sucessivos, inclusive constitucionais, eis que estes últimos alargaram a amplitude de legitimidade passiva no que diz respeito à possibilidade de Ação Popular, pois que, no início tinha-se um campo de abrangência ainda relativamente pouco amplo; como, ainda, os outros organismos que vieram a ser objeto da ação popular, na década de 30, não tinham a importância que vieram a ter.

Quando da discussão do projeto constitucional que se cristalizou nesse art. 113, se debateu muito no Brasil a respeito de utilidade do remédio. Clóvis Bevilacqua foi um dos que contra o projeto se manifestou, pois entendeu que suficiente seria a fiscalização pelo Ministério Público, e que, significado ou sentido não tinha o estabelecimento de uma ação com esta esfera de legitimidade tão ampla. Manifestamente, era um homem marcado por uma profunda e radical

visão individualista da ordem jurídica, contra a qual evidentemente se insurge todo um sistema que enseje o aparecimento da Ação Popular, exatamente porque se insere num quadro ou num contexto nitidamente não ou não tão individualista.

Sucessivamente, foi a Ação Popular prevista na Constituição de 1946, no art. 141, § 38, e, em 1967, no art. 150, § 38, não mais se especificando os sujeitos passivos, mas, em se utilizando o legislador constitucional da expressão *entidades públicas*; esta última dicção permaneceu como redação, na Constituição Federal de 1967, Em. 1/69, constante do seu art. 153, § 31. E a especificação das entidades em que se possa vislumbrar a prática de atos que acarretam lesividade. à coisa pública somada à anulabilidade ou decretação de nulidade de atos administrativos, se encontra disciplinada no art. 1.º da Lei 4.717. A vigente Constituição, nessa parte refere-se à anulação de atos lesivos ao "...patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe...".

De maneira que, na evolução do nosso Direito, inclusive ao nível constitucional, a contar de 1934, e, até hoje, se hipertrofiou o espectro dos legitimados passivos desta ação. O que, acentue-se, é significativo de um maior enriquecimento do instituto no que diz com o fortalecimento da tendência para que se dê cada vez mais uma maior proteção ao patrimônio público, embora sempre ao depois da prática do ato que se tenha por anulável e/ou nulo, e, igualmente lesivo ao patrimônio público.

No que diz respeito a um ponto, que se há de considerar já, agora, à luz do texto legal e à luz da exegese e da dogmática Ação Popular, poderíamos dizer o seguinte: prevê a Lei 4.717 a possibilidade de *anulação* e decretação de *nulidade* de atos *lesivos*. Então parece que se colocam dois elementos fundamentais, como requisitos básicos à configuração do interesse processual, para propositura da Ação Popular: **a)** a lesividade; e **b)** o vício do ato.

A *injuridicidade* do ato jurídico (ato administrativo) assim, se desdobra em anulabilidade e nulidade, e há de estar somada ao fato da *lesividade*. Constam, de outra parte, do art. 1.º, *caput*, todos os legitimados passivos, cuja leitura do texto extravasa até mesmo do âmbito da autarquia, empresas públicas para compreender também as sociedades de economia mista.

Verifica-se que, cresceu, por disposição de lei ordinária, o espectro de abrangência da legitimidade passiva, no que diz respeito à possibilidade de controle dos negócios públicos, tendo em vista o remédio da ação popular.

E evidente -- retomando algumas idéias -- que não diz, essa Ação, com uma pretensão em que se retrate ou em que se objetive um direito subjetivo, ou em que se colime fazer valer uma pretensão individual, mas na realidade o seu escopo é a defesa do patrimônio público. Esta defesa, na verdade, tal como instituída a ação em nível constitucional e infraconstitucional, objetiva fornecer, a todos nós, cidadãos, um remédio para que a Administração seja proba e que se consiga através e também da atividade direta dos

cidadãos, o quanto possível, uma conduta da Administração pautada dentro da moralidade administrativa e informada pelo princípio da legalidade, que hão de se refletir em cada ato administrativo que seja praticado.

Pela vigente Constituição Federal a administração há de estar, igualmente, informada pelo princípio da moralidade administrativa.

Do ponto de vista das garantias existentes no sistema brasileiro, poderíamos lembrar que várias modalidades de garantia existem em nosso sistema constitucional. Garantias políticas, cívicas e jurídicas, dentre as quais se insere ao nosso ver, a Ação Popular. Ao lado disto há outras garantias constitucionais como as institucionais, tais como as em que se garante a família, garantias tributárias, no sentido de que se observe a legalidade na imposição do tributo etc.

Do ponto de vista do enfoque do tipo de controle dentro do qual se insere a Ação Popular, lembraríamos que, no sistema constitucional brasileiro, encontramos dentro da mecânica e do organograma estatal, a possibilidade de vários tipos de controle dos órgãos, como, o controle interno, ou seja, os próprios órgãos são controlados pela própria pessoa jurídica de direito público em que se enrustam, a qual, se controla a si própria, o que ocorre, por exemplo, com uma autarquia, através de sua própria direção; e há, também o controle

externo, ou seja, *v.g.*, através do qual uma autarquia é controlada externamente por aquele ente da administração "direta", ao qual ela "geneticamente" está ligada.

Trata-se, portanto, de um controle da legalidade, realizado externamente pelo ente político ao qual pertence a autarquia. Um tem lugar *dentro* da própria pessoa jurídica, tendo em vista órgãos que a constituem; é o controle interno da legalidade; e, o outro, o da pessoa jurídica (pessoa política) à qual está ligada uma pessoa jurídica de direito público, porque se encontra esta autarquia no campo de gravidade de tal pessoa política.

Temos também o controle político, como é o caso do *impeachment*. E, ainda, o controle jurisdicional dos atos da administração pública; aqui poderíamos lembrar o mandado de segurança, o direito de representação e, transcendendo ao âmbito do controle da administração, ainda, a própria inconstitucionalidade das leis, embora este não diga propriamente respeito à administração em si mesma, senão que a um controle mais genérico da *legalidade* do sistema jurídico, ou seja, a da constitucionalidade das leis, submisso o sistema infraconstitucional à Constituição, fonte *formal* e *material* de validade primária daquele.

A Ação Popular, em nosso entender, se insere como o mais amplo instrumento de controle jurisdicional dos negócios e do tráfego do dinheiro público. Abrange, *lato sensu*, todo o

patrimônio público. ⁶⁶ A referência, já em 1977, através da Lei 6.513 a bens de valor “artístico, estético, histórico ou turístico”, revela a inserção no âmbito da ação popular de bens que, tipicamente, se constituem hoje em bens também defensáveis por ação civil pública – sem prejuízo do cabimento de ação popular –, encartáveis que são na categoria jurídica de interesses ou bens difusos e coletivos (Lei 7.347/85, art. 1º). ⁶⁷

Do ponto de vista da classificação das ações, nas conhecidas categorias existentes, diríamos que a Ação Popular, tendo em vista a perspectiva classificatória ancorada na hipótese de sua procedência, é uma ação mista, no sentido de ser (= poder ser) uma ação constitutiva negativa (ou, desconstitutiva) e uma condenatória. Isto porque se trata de ação, quando procedente, que poderá levar à condenação de reposição de pecúnia aos cofres públicos, em razão de ter sido anulado ou decretada a nulidade do ato administrativo que tenha dado margem à lesão.

Sob uma outra classificação, assentada agora no escopo colimado, dizem alguns que as Ações Populares podem ser preventivas, ⁶⁸ característica essa que, ao nosso ver, não existe na Ação Popular, tal qual prevista pelo nosso ordenamento jurídico-positivo; supletivas,

⁶⁶ Ao lado da noção fornecida no art. 1º, *caput*, da Lei 4.717, estendeu-se essa noção para valores que originariamente não se encontravam no texto. Reza o parágrafo único, do art. 1º: “§ 1º Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. (*redação dada pela Lei nº 6.513, de 20/12/77*).

⁶⁷ A Lei 7.347/85, poucos anos depois da Lei 6.513, veio a referir-se no seu art. 1º a bens de interesse “...artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

⁶⁸ A circunstância do que está previsto no art. 5º, § 4º, da Lei da Ação Popular parece não ser suficiente para entendê-la, ontológica ou essencialmente como uma *ação preventiva*. Reza o texto: “4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado (incluído pela Lei nº 6.513, de 20/12/77).

quando alguém propõe subsidiariamente a ação, quando outrem poderia, ou, deveria tê-lo feito, mas não o fez; e, finalmente corretiva.

Entre nós a Ação Popular é uma *ação corretiva*, porque, por seu intermédio, se objetiva decretar a nulidade ou anulabilidade do ato administrativo, no qual se encontra imantada tal ou qual invalidade, e, do qual decorreu uma lesão ao patrimônio público. O fato de o juiz poder mandar suspender o ato impugnado, não é suficiente, como se disse -- de resto, porque, para as demais ações, em que há essa possibilidade, nem por isto se alojam em tal categoria --, para caracterizar a ação como *propriamente preventiva*.

Do ponto de vista do objeto, encarado o tema em face das categorias do direito processual, e, desdobrando, da perspectiva do objeto imediato, isto é, aquele tipo de eficácia que deve imediata e diretamente nascer da sentença (em função do que se pediu), ela é constitutiva ou constitutiva-negativa, ou, como sinônimo da precedente, ainda desconstitutiva.⁶⁹ Diga-se que são expressões diferentes, mas atinentes à mesma realidade, pois, ou se anulará, e ou decretará a nulidade, e será condenatória na medida em que determine a restauração do patrimônio público lesado, condenado o réu a tal reposição.

⁶⁹ Originariamente a ação popular era sempre constitutiva e condenatória, se julgada procedente. Em relação à 'imoralidade' praticado pelo administrador, e, que poderá vir a ser anulada ou decretada a nulidade do ato imoral (ainda que não explicitamente prevista a submissão da imoralidade a um *quadro normativo* próprio), é possível que não haja o que indenizar.

Um problema que impende desenvolver, nesta altura de nossas considerações, é o de se saber se, além da lesividade, é necessário que o ato seja nulo e/ou anulável. A nossa impressão é a de que se colocam essas duas realidades sempre como pressupostos necessários, com fulcro até no próprio texto constitucional. A leitura da Lei 4.717, deixa bastante claro, em seu art. 1.º, que haverá de ocorrer a lesão e que o objetivo da ação será o anular e/ou o de decretar a nulidade.

De tal forma, que, nos parece ser inaceitável que haja uma lesividade sem que o ato que tenha levado a esta lesão seja nulo ou anulável. Por outras palavras, a injuridicidade do ato é indissociável da lesão, não podendo haver lesão sem que o ato padeça de nulidade ou de anulabilidade, salvo na hipótese do art. 4º, da Lei 4.717, porquanto este entendimento decorre da própria lei. Esta nos parece a opinião corrente, e, é a nossa opinião. Recentemente, em causa de que fomos advogados, o Superior Tribunal de Justiça, em embargos de divergência, pela maioria de 8 votos a favor e 1 contra, confirmou, com várias declarações de voto esse entendimento.⁷⁰ Esta decisão, em nosso sentir, julgada pela Primeira Seção do STJ vale como sólida confirmação desse entendimento.

Creemos não ser correto o entendimento de que pode haver ato administrativo lesivo, e, todavia, jurídico ao mesmo tempo. Isso seria em nosso sentir uma *contraditio in terminis*. Essa posição foi muito bem e exaurientemente examinada numa sentença que,

⁷⁰ Embargos de Divergência nº 260.821-SP, de que foi relator sorteado o Min. João Otávio de Noronha, julgada em 23 de novembro de 2005 e publicada na RSTJ vol. 201/pág. 36.

justificadamente fez fortuna, do então Juiz José Frederico Marques, a qual se encontra publicada na RT 181/836.⁷¹ De maneira que se nos afigura que a anulabilidade ou a nulidade são os vícios fundamentais (essenciais), que, somados, evidentemente, à lesividade, virão a configurar as circunstâncias que ensejem a propositura de Ação Popular.⁷² Recentemente, no já mencionado caso de que fomos advogados,⁷³ o STJ confirmou essa compreensão dos requisitos para a ação popular, por essa expressiva votação.

Sob uma ótica submissa ao sistema jurídico positivo, compreensivo do constitucional e do que lhe está abaixo, e, que somente tem validade na medida em que com o constitucional for compatível, e, que há de ser o enfoque do jurista, *enquanto aplicador da lei*, a anulabilidade ou a nulidade são indissociáveis da *lesividade*. Já os próprios textos

⁷¹ O Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES foi dos mais sólidos juristas brasileiros, e, foi, também, um juiz excepcional. Em sentença proferida antes da edição da Lei 4.717/65, analisou magistralmente o texto constitucional, então vigente, e, depois de densa argumentação, conclui, no particular: “Donde inferir-se o seguinte: o controle judiciário, nas ações populares contra atos lesivos, apenas pode ser exercido se esse ato for também nulo ou anulável” (*Revista dos Tribunais*, vol. 181 p. 843). Sucessivamente, diz, ainda: “Não há em nosso direito positivo remédio jurídico para rescindir ou declarar nulo ato administrativo apenas lesivo” (*rev. cit.*, p. 844). Entendeu-se nessa sentença – que foi proferido em 20 de dezembro de 1948 – que faltava ao autor, por esse fundamento, e, outros, possibilidade jurídica do pedido, tendo considerado ter havido mesmo “erro grosseiro na propositura da ação” (*rev. cit.*, p. 845).

⁷² Em obra recente e de mérito, LUIZ MANOEL GOMES JÚNIOR (*Ação Popular – Aspectos Polêmicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., nº 2.6., p. 32 e seguintes, depois de alinhar algumas decisões opostas a esse entendimento, coloca-se ao lado desta posição, que se pode dizer tradicional em nosso direito. Essa obra é referida no voto do Min. Castro Meira, nos Embargos de Divergência 260.821, através de citação do Prof. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (*Ação Popular*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 118).

⁷³ No caso, o acórdão restou assim ementado: “ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE. 1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. 2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade. 3. Embargos de divergência providos”.(EREsp 260821/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. para o Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 1ª Seção, j. 23.11.2005, DJ 13.02.2006, p. 654).

constitucionais precedentes⁷⁴ revelam – em relação à proteção do patrimônio público – que esse é o entendimento correto.

Dentro deste quadro lógico-sistemático, não será possível se entender como *lesivo*, o que não seja anulável ou nulo, isto é, o ato que seja *válido*. Se o ato foi praticado em estrita conformidade com a ordem jurídica, qual seria a justificativa aceitável para entendê-lo como lesivo?

Do ponto de vista do comprometimento do ato administrativo em face da teoria dos vícios dos atos jurídicos, há três correntes na doutrina. Uma delas, por exemplo, é a do Prof. e Des. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, que os entende como atos inexistentes, nulos e anuláveis. Outros os têm por nulos e anuláveis. No outro extremo se encontra o Prof. HELY LOPES MEIRELLES, o qual afirma que os atos administrativos ou são válidos ou inválidos, o que significa que se elimina a categoria da anulabilidade. Aqui não nos parece, que tenha acertado este último ilustre jurista. Cremos que a única lei, pelo menos a lei

⁷⁴ Em relação às Constituições Federais precedentes à de 1988, os respectivos textos sempre permitiram identificar como requisitos necessários à admissão e à procedência da ação, os quais sempre haviam de estar simultânea ou cumulativamente presentes, quais sejam, os de: (i) ilegalidade e de (ii) lesividade. A Constituição de 1934 referia-se à *declaração de nulidade* ou a *anulabilidade de ato lesivo*; a de 1946 aludia ao cabimento da ação para *anular atos lesivos*; a de 1967, e, a de 1969, ou, de 1967, com a redação da Em. 1/69, referiam-se também a *anular atos lesivos*. A de 1988 – neste particular da lesividade – dispõe que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo.....”. Ora, se há, como sempre houve, referência a *anular* ou a *declarar nulidade* de *ato lesividade* e, tendo-se em mente que a *anulabilidade* ou a *declaração de nulidade* pressupõem necessariamente infração à lei, é certo que, em relação à proteção do patrimônio público, este sempre foi havido como lesado, desde que comparecessem *lesividade*, *em si mesma* e *também a ilegalidade*. Ou seja, só é possível entender-se como *lesão*, no plano do direito, se ocorrer infração à lei. Se a conduta do administrador houvesse sido pautada pela lei, é certo que não se poderia reputar-se *lesividade* a prática de ato dentro da legalidade. Dessa hipótese refogem as que estão referidas no art. 4º da Lei da Ação Popular.

fundamental -- para a hipótese --, que define os vícios dos atos jurídicos com referibilidade ao Direito Administrativo é exatamente a Lei da Ação Popular. E a Lei da Ação Popular, com uma nitidez absoluta, estabelece em seu art. 2.º: "são *nulos* os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos: ...". E, no art. 3º, a mesma lei refere-se à anulabilidade.

Na verdade, focou o legislador os elementos constitutivos dos atos administrativos "às avessas", isto é, esses elementos aparecem já sob a forma de que se revestem após estarem eivados de vício.

Ou seja, tendo em vista a competência, a forma, o objeto, a motivação e a finalidade, vemos no texto a incompetência, o vício da forma, a ilegalidade do objeto, a inexistência de motivos e o desvio da finalidade. Então, se qualquer um dos elementos constitutivos do ato administrativo estiver viciado, ou inexistir mesmo, nas letras "a" a "e" do art. 2.º da Lei 4.717/65, configurar-se-á um caso de nulidade do ato. Todavia, o art. 3.º da mesma lei prescreve: "os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ... *serão anuláveis*, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles. Ou seja, para estas hipóteses é assumido o regime do direito privado.

Ora se diz a lei, claramente, aludindo a hipóteses outras, que não as de nulidade, vale

dizer, ". .. cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior (que foi o que acabamos de ter presente) serão anuláveis esses outros atos administrativos, segundo as prescrições legais".

Vê-se que nestes arts. 2.º e 3.º se discrimina nitidamente entre *nulidade*, definindo-se-as ou tipificando-as, e, no art. 3.º, se reporta o legislador a anulabilidade, naquilo que for aplicável. As anulabilidades, no caso, ao nosso ver, serão as daqueles casos do anulabilidades, tais como previstas no Código Civil e outro diploma que as preveja, *na medida em que sejam compatíveis* com o sistema dos atos administrativos, e, nesse particular devemos dizer que a nossa literatura é extremamente escassa na exegese e análise deste aspecto da Lei 4.717.⁷⁵

Nessa ordem de idéias, justamente por ser impossível afirmar-se a lesividade de um ato juridicamente válido é que se pode dizer que a lesão à *moralidade administrativa* não

⁷⁵ Mas, ao nosso ver, poderíamos fixar duas premissas: 1º) que os fundamentos da anulabilidade são os do Direito comum, porque diz a lei: "segundo as prescrições legais. .. enquanto compatíveis com a natureza deles; . . ."; e, 2º) fariamos aqui uma segunda observação, pois os vícios dos atos jurídicos, erro, dolo, coação, anulação, eram, pelo sistema do Código Civil de 1916, prescritíveis em quatro anos ao passo que a ação popular é prescritível em cinco. Quer- nos parecer que se haverá de aplicar o prazo de "prescrição" maior desta lei, justamente porque, no particular, o direito comum não é compatível com o disposto na Lei 4.717/65. Atualmente, o erro, o dolo, a fraude contra credores, o estado de perigo ou a lesão, ficam sujeitas à decadência (art. 178, do Código Civil). E, na realidade, o regime jurídico do prazo há de ser, não o prescrição, senão que o de decadência, pois a Lei 4.717/1965 remete ao direito comum e este prevê decadência e não prescrição. Existindo outra lei em que se tipifique nulidade ou anulabilidade, essa terá aplicação.

Ou seja, compareceram os motivos de anulabilidade do Código Civil, enquanto compatíveis com os possíveis motivos de anulabilidade dos atos administrativos; mas, já quanto ao prazo, o do Código Civil, *v. g.*, será ele inaplicável, eis que é de quatro anos o prazo decadencial, ao passo que o da ação popular da Lei 4.717/65 é de cinco anos e é prazo de decadência. Prevalecerá, ao nosso ver, este prazo, ou seja, o tipo do prazo, de decadência e o sua dimensão temporal, embora os motivos (erro, dolo, coação) devam ser os do Código Civil, se configurados na seara do direito administrativo, os pressupostos respectivos, tais como definidos no Código Civil.

constitui fundamento dissociado da *anti-juridicidade*, do ato no âmbito da ação popular. Prova disso é que, mesmo nas hipóteses concretas em que não haja infração a conduta expressamente defesa em lei, a imoralidade, do ponto de vista jurídico, somente se configura se constatada contrariedade aos objetivos da administração pública. Verifica-se, em tais casos, a figura do *desvio de finalidade* ou *abuso de direito* que, tanto no âmbito do direito administrativo (art. 2º da Lei 4.717/1965) como na seara do direito civil (art. 187 do Código Civil) é considerada ato nulo e ilícito.

Assim, o próprio critério de *moralidade administrativa*, para o juriconsulto-aplicador da lei, é aquele retratado pelo sistema positivo, vale dizer, o princípio da legalidade que haverá de informar e enformar os atos da Administração, a seu turno é o espelho da moralidade existente, tal como eleita pelo Legislador, que se sobrepõe à Administração e ao Juiz.

Resolve-se desta forma o problema em se responder se a parte do texto do inc. LXXIII onde se lê "...moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural,..." , especialmente, em relação à *moralidade administrativa*, há de prescindir-se

da ilegalidade⁷⁶ Como, ainda, impende responder a outra implicação – na hipótese de admitir-se a *lesão à moralidade administrativa* como *causa petendi isolada* ou *suficiente* –, ou seja, quais serão as possíveis implicações dessa anulação, no plano patrimonial do que seja condenado.

Como assinalado, não nos parece correta a posição consistente em pretender que a *mera imoralidade* possa ser fundamento suficiente para dar pela invalidade do ato administrativo, mormente na hipótese de poder ser demonstrado que a prática do ato está baseada em lei. Não é razoável supor que se possa anular ato que tenha sido praticado com esteio na legislação vigente pelo mero fato de estar em desconformidade com parâmetros morais indefinidos.

Por outro lado, mesmo nas hipóteses em que a própria lei tipifica os atos ofensivos à

⁷⁶ A esse questionamento o Prof. BARBOSA MOREIRA (*Revista de Processo*, vol. 61, p. 192) respondeu que, também na hipótese de alegação de imoralidade também é necessária a alegação de vício do ato jurídico. *Verbis*: "(...) só prevalecem para os casos em que se pode alegar, no ato que se impugna, algum vício de ilegalidade (...). O ato só pode ser anulável quando contenha algum defeito jurídico. Não basta ao autor popular afirmar que o ato atenta contra a moralidade administrativa; é preciso que se configure isso com a indagação de alguma infração à disposição de lei – lei em sentido lato, qualquer norma jurídica; do contrário, cairíamos aqui num subjetivismo total, evidentemente, não desejável, porque daria margem a aventuras jurídicas". No mesmo sentido, LUIZ MANOEL GOMES JÚNIOR (*Ação Popular – Aspectos Polêmicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n° 2.4., p. 24-25, que fundamenta seu entendimento, principalmente, na separação de poderes, p. 26). Parece-nos que essa compreensão do assunto é a correta, pois não colhe o argumento de que, se todos são obrigados a fazer ou não fazer o que a lei determina (art. 5º, II, CF), e, se a lei se refere à *imoralidade*, esta, ainda que conceito vago, seria suficiente para vulnerar o ato administrativo imoral. Parece-nos, ademais, que se à *lesividade* é necessário somar-se a *ilegalidade*, o mesmo raciocínio há de ser feito em relação à *imoralidade*.

moralidade administrativa, como é o caso da Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992),⁷⁷ deve persistir o entendimento no sentido de que a moralidade constitui *princípio jurídico*, desprezando-se, para fins de ação popular, os atos que sejam imorais sob a ótica meramente subjetiva, e considerando, apenas, aqueles que sejam imorais do ponto de vista *jurídico* e *legal* também. A partir de tal entendimento, e da utilização de parâmetros *jurídicos* – legais ou constitucionais – para aferir a imoralidade, pode-se descortinar a antijuridicidade do ato.⁷⁸

Um outro problema, e, que ainda respeita ao ato administrativo, pois não se pode realmente tratar deste assunto sem fazer algumas referências ao ato administrativo, pois que é exatamente esse ato que há de ser comprometido, eventualmente, pela Ação Popular, diz respeito à classificação citada por quase todos os autores e que consiste em

⁷⁷ Seguindo a trilha da Constituição Federal, referida lei arrola a moralidade como princípio da Administração Pública (art. 4º) para, em seguida (art. 11) caracterizar como “improbidade administrativa” o ato que “atenta contra os princípios da Administração Pública (*caput*, parte inicial).

⁷⁸ Acerca dos atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/1992, o Superior Tribunal de Justiça, muito embora divirja sobre a possibilidade de se apenarem os atos meramente *culposos*, não deixa de sinalizar a necessária cautela nas hipóteses de imputação de ilegalidade ou imoralidade, por se tratarem de conceitos amplos. De qualquer forma, o fato é que, a imoralidade, mesmo que objetivamente considerada (para aqueles que assentem com essa hipótese) deve guardar, ao menos, um desvio de finalidade, o que, em última análise, poderia configurar um ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil, que cuida da utilização abusiva do direito. Está-se, pois, diante de uma ilegalidade e, não, de inobservância à moralidade *subjetiva*. Sobre esse tema, o STJ ponderou, no Resp 480.387/SP, de Relatoria do Min. Luiz Fux, que “a má-fé é premissa do ato ilegal e improbo” e, sendo a imoralidade uma espécie de improbidade, não há que se prescindir da má-fé para sua configuração; acrescentando ainda, que, “No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa” (STJ, REsp 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1º T, j. 16.03.2004, DJ 24.05.2004, p. 163). Assim, também, o julgado a seguir: “Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposo (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa” (STJ, REsp 604.151/RS, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1º T, j. em 25.04.2006, DJ 08.06.2006, p. 121).

dividir os atos em função da rigidez do modelo legal como atos administrativos vinculados e discricionários.

No que diz respeito à *eficácia* pode dizer-se que os atos cuja eficácia não ultrapassa o âmbito da pessoa de direito público, seriam atos administrativos internos; e, se transcendem os limites da pessoa de direito público, externos. E quanto ao *fim* serão atos constitutivos de direitos, ou, além de constitutivos serão também atos administrativos executórios. Portanto, os atos administrativos podem ser, ou vinculados ou discricionários, internos ou externos, e, finalmente, ou constitutivos de direito (apenas constitutivos) ou executórios.

Aos *elementos* constitutivos do ato, poderíamos acoplar a classificação comum dos autores relativamente aos *vícios*. É necessário que compareça no ato administrativo, essencialmente, a *vontade* do órgão dentro dos limites de sua competência, ou seja, dentro daquelas atribuições e dentro do círculo dos atos, cuja prática esteja afeta ao órgão; é necessário que exista um *motivo*, para a prática do ato administrativo, e, na grande maioria dos casos, este motivo é o que serve exatamente como padrão ou paradigma concreto ao controle da legalidade, eis que a motivação concreta será confrontada com a desejada pelo legislador, cristalizada no modelo legal; é necessário que o ato tenha um *objeto* que diz com a sua eficácia; que tenha ele uma *forma* que é exatamente a maneira através da qual se exterioriza; e que tenha ele uma *finalidade específica* que é, evidentemente, duma perspectiva empírica, o resultado prático a ser realizado, o qual deve

coincidir com os desígnios do legislador.

Voltem-se, agora, os nossos olhos para a distinção entre os atos vinculados e os atos discricionários, discrimen a que já nos referimos. Nos vinculados existe um modelo legal pormenorizado, com elementos definitórios dirigidos a moldar a conduta do administrador na prática do ato, através do qual o legislador fornece ao agente da administração, *i. e.*, àquele que há de praticar o ato administrativo, com uma minudência extremamente grande, todos os elementos que deverão constar do ato.

Nos casos dos atos de imposição tributária, que receberam do direito administrativo o seu modelo, *v. g.*, basta que se coloquem, lado a lado, o modelo legal e o fato empírico (ato de imposição tributária concretamente praticado), e que se verifique, normalmente, a perfeita adequação deste àquele (= subsunção), ou não, de tal forma que em matéria de tributação, e, em face de uma determinada atuação é fácil constatar o ato praticado no mundo empírico com o do modelo legal. É facilmente verificável, pois, a ilegalidade que possa atingir um ato vinculado, vinculação esta que deve ser entendida como a correspondência concreta do ato aos elementos normativos. Trata-se de verificar se há adequada subsunção do ato realizado no mundo empírico àquele modelo previsto na norma, em que se disciplinam os requisitos de um ato válido. E, à não ocorrência possível desta subsunção, dir-se-á que o ato está viciado, e, ao vício do ato administrativo vinculado se dá o nome de ilegalidade.

Todavia, como a Administração, para concretizar os seus objetivos, necessita de liberdade-flexibilidade, em largos espaços de sua ação, através de critérios ou dados talvez mais relevantes do ponto de vista prático, do que estar ela jugulada à geométrica e fria subsunção a um tipo legal rígido – útil para outros setores do seu agir –, e, por isso não se pode confinar a praticar somente atos defluentes da obediência a modelos legais rígidos, tais como os dos atos vinculados; e, então é inevitável que exista entre nós, e, em todos os países, uma área reservada em que se adjudica mais liberdade de agir para a Administração, embora e também disciplinada pela ordem jurídica.

Assim, esta liberdade – ainda que imprescindivelmente dentro de um ambiente jurídico – consiste em se ofertarem critérios funcionais de opção, caminhos-parâmetros ou referenciais, para o administrador, que se caracterizam pela possível avaliação da oportunidade e da conveniência da prática, do modo, do momento, etc., dos atos administrativos, porque sem esta flexibilidade, em inumeráveis hipóteses, seria impossível o próprio administrar. O administrador evidentemente, se não estiver investido desta liberdade seria um verdadeiro autômato, sem que a lei pudesse fornecer referenciais, pois há situações de fato – que precisam ser controladas pelo direito -- previamente irreduzíveis a um esquema legal, em todas as suas minúcias e pormenores. Desta forma, ao lado dos atos vinculados, existem os chamados atos discricionários, que, na verdade, investem aquele que os há de praticar, de uma margem legítima (legal) de liberdade.

Estamos diante de uma questão extremamente difícil na teoria do Direito Administrativo e mesmo na própria Teoria Geral do Direito. Por quê? Se, de um lado, se tem que conferir esta liberdade ao administrador, de outra parte, o interesse público é a categoria limite e a razão de ser da própria discricionariedade. De maneira que a discricionariedade há de ser operada no mundo empírico sempre com vistas, *sempre* colimando a realização e a concretização do interesse público. É, portanto, uma liberdade jurídica necessariamente emergente da lei, existente no espaço por essa aberto à deliberação do titular do poder discricionário e limitado por ela; com isto, não pode ser confundida com o arbítrio.

Aqui é que se instalam os grandes problemas. O vício do chamado ato discricionário é representado pelo chamado desvio de poder. É exatamente no ato discricionário, quer nos parecer, que ganha particular delicadeza o problema do exame da legalidade, que é assunto complexo, ou, pelo menos, da identificação da juridicidade que embasa o ato, ou, ainda, por outras palavras, nesta esfera mais ampla de liberdade, o papel da justificação à luz do sistema jurídico, em relação à legitimidade dos motivos que devem sustentar o ato discricionário.

Exatamente porque a lei, digamos assim, é "completada" por um ato do administrador, pois se lhe confere quase que um "cheque semi em branco", é que aquele, para justificar o recebimento deste "cheque", há de justificar, a seu turno, os motivos que o tenham levado a agir desta ou daquela maneira. De forma que o vício do ato discricionário é representado pelo desvio de poder, e nos parece que a sede de exame da legalidade,

digamos, é mais difícil numa perspectiva quase que de refração visual e de não tanta nitidez, já diversamente de quanto ocorre no ato administrativo vinculado, onde a ilegalidade é facilmente detectável.

Assunto ou tema especialmente difícil é o relativo ao problema do mérito do ato administrativo, ou seja, daquilo que se configura como *oportunidade* e daquilo que representa *conveniência* para a Administração, tais como projetados uma e outra no âmbito do poder discricionário adjudicado ao administrador (e, não ao Judiciário). A posição do Judiciário, dos administrativistas e demais juristas, é convergente no sentido de não se viabilizar o exame de mérito. Esta posição encontra mesmo a sua raiz na própria Constituição Federal. Lê-se no art. 2º que “Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, e, esta separação é da tradição do nosso direito republicano. Os Poderes, porque são independentes, devendo conviver em harmonia, leva a que cada um deles há de exercer a sua função, por isso que o Judiciário não pode substituir-se ao administrador, em relação ao juízo de conveniência e de oportunidade que presidam a prática de ato administrativo, justamente porque ao Judiciário não foi atribuído esse poder discricionário; ou seja, o Judiciário não tem – na hipótese – poder da mesma qualidade que o administrador.

Já escrevemos sobre este assunto o seguinte: “Na discricionariedade, propriamente dita, o que ocorre é a *intencionalidade*, constante da lei, no sentido de proporcionar efetivamente dualidade, ou pluralidade de soluções, na ordem prática, cuja solução eleita haverá de ser

devidamente motivada, e cuja motivação tem por fim demonstrar a legalidade do exercício do poder discricionário, no caso concreto; ou seja, que o caminho eleito é o adequado à situação posta (e, pois, que o outro ou outros, ofertados pela norma não o são). A adequação do caminho, ou a solução escolhida como a correta são da exclusiva competência do administrador. Ainda que pudesse o Judiciário entender que a melhor solução não haja sido a eleita, ainda assim, isto representará, apenas, um juízo de valor diferente quanto à conveniência e oportunidade da solução. É área, todavia, em que não é lícito ao Judiciário adentrar, pois refoge isto da esfera do poder do Judiciário. Este somente examina a solução para verificar se ela era possível, diante do quadro normativo posto. Só poderá alterar se impossível a solução, porque ilegal ou estribada em abuso de poder, cujo tema, agora, se assenta na esfera da “legalidade”.

Parece-nos que, na discricionariedade, propriamente dita, podem estar postos pelo Legislador quadros fáticos próximos, mas algo diferentes, e a tarefa de identificá-los fica adjudicada ao titular do poder discricionário. Daí a possibilidade de, então, dar-lhes soluções eventualmente diferenciadas.⁷⁹

À Administração fica afeta a consecução das atividades concretas do Estado à luz dos fins por esse propostos, e, se a ela é outorgado, via poder discricionário, o direito-dever de verificar se há oportunidade e conveniência, que são os referencias presentes para o Legislador, quando estabelece a discricionariedade. Atribui o Legislador o

⁷⁹ V. Arruda Alvim, *A Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário*, São Paulo, 1987, ed. RT, 1ª parte.

poder discricionário ao administrador, exclusivamente, e, esse, à luz daqueles parâmetros, para resolver a situação objeto da disciplina normativa e da situação de fato que se lhe apresenta.

É evidente que o Judiciário não pode ingressar no mérito e se colocar no lugar do administrador, vindo a dizer que não é conveniente ou que não é oportuno, ou que o é *de forma diferente* daquela havida como adequada pelo administrador; ou seja, desdizendo o que o administrador afirmou conveniente ou que asseverou ser oportuno, pois isto não diz com a tarefa do Judiciário que se há de confinar no exame do ato da administração ao problema da legalidade, *stricto sensu*, em relação ao ato discricionário; *lato sensu*, digamos assim, poderá o Judiciário verificar se o ato discricionário foi praticado circunscritamente à esfera do poder discricionário deferida ao administrador, e não fora dela.

É certo que a ilegalidade do ato discricionário poderá ser surpreendida pelo 'abuso' ou pelo desvio de poder, caso em que, certamente, o Judiciário tem o dever de invalidar o ato, pois de assunto de legalidade se trata. Por outras palavras, o extravasamento das fronteiras de norma instituidora do poder discricionário é redutível ao tema da legalidade.

Isto significa que diante de um ato discricionário, onde fique patenteada, pelo exame da motivação do ato a constatação do desvio de poder perpetrado, *i. e.*, pela utilização do

ato para outros fins, que não o norteado pela consecução do interesse público, pela manipulação, digamos, de um ato que, na verdade, e, em última *ratio* não corresponde nem consubstancia ato inserido nos quadros da realização do interesse público, isto não significa que não possa e não deva o Poder Judiciário dar pela sua nulidade, em função do exame dos motivos ilegítimos que não sustentam juridicamente esse ato.

De outra parte, se levado ao Judiciário um ato administrativo, em relação ao qual se afirme desvio de poder, o Judiciário deverá dar pela invalidade do ato, mas não poderá praticar outro, no lugar daquele, que viria a ser destituído – no entender do Juiz – daquele vício.

E, ainda, de outra banda, se o Judiciário entender que o ato *não foi o mais conveniente*, ou, então, *que não foi propriamente oportuno*, mas, de qualquer forma, a sua prática, pelo administrador, não transbordou da esfera que a ele pela lei foi reconhecida como área de liberdade, deverá, o Judiciário, em tais hipóteses, reconhecer a legitimidade do ato, *quase que agindo por um critério do não exercício da jurisdição*, em relação ao mérito desse ato.

No reexame do ato administrativo pelo Poder Judiciário ocorrerá uma “cognição para fins negativos”, no sentido de, delimitado pelo Judiciário o âmbito da discricionariedade, situar-se, quando decidir fora de tal espectro, que a este poder não diz respeito. Ou seja, abster-se de se pronunciar sobre a discricionariedade, enquanto tal, salvo se verificar que ocorreu extravasamento das fronteiras da discricionariedade, tendo o administrador

praticado desvio de poder.

Vale dizer, em face do mérito do ato administrativo, não existe jurisdição do Judiciário – porque a prática de tal ato não é ato jurisdicionalmente suscetível de revisão – cabendo, apenas, identificar a área ou âmbito do mérito, abdicando de a respeito desse de sobrepor seu entendimento ao do administrador. Somente poderá alterar o ato administrativo, se comparecer ilegalidade (desvio de poder).

O quadro que se apresenta ao administrador, exatamente por causa dessa margem de liberdade, é ensejador, muitas vezes, de um panorama que se pode apresentar algo confuso, e parece que dificilmente poderia deixar de ser complexo, envolvendo um problema bastante delicado quando trazido ao Poder Judiciário um ato discricionário, onde se impute ao agente a prática de desvio de poder.

Uma outra questão que impende referir, é a de indagar se os atos legislativos comportam a ação popular. A nossa jurisprudência, através de um acórdão publicado na RDA 56/262, tendo como Relator o egrégio jurista e administrativista de escol que foi o Professor e Des. Bandeira de Mello, admitiu-o, e porque se estava diante de uma lei *de efeitos concretos*, ou seja, uma lei, do ponto de vista formal, emanada, do Legislativo, mas que não se compadecia com a Constituição e que no caso concreto era uma Resolução da Câmara de

Vereadores que lesava o patrimônio público; entendeu-se que podia o cidadão se valer da ação popular. Se se tratar de lei abstrata, propriamente dita, a tendência correta é a de inadmissibilidade, porque enquanto não aplicada a Lei, impensável e inconfigurável é a ocorrência de uma *lesão* propriamente dita.

Quanto aos atos jurisdicionais mesmos não cabe a Ação Popular.

Um outro aspecto que merece referência, é aquele que diz com os tipos de conduta do administrador. Devemos recordar que a ilegalidade ou a injuridicidade (anulabilidade ou nulidade), ao lado da lesão, pode decorrer de um ato comissivo ou de um ato omissivo. Encontramos bastante nítida essa distinção no art. 6.º da lei 4.717/65, que se refere a uma atividade comissiva ou, então a uma omissão de quem deve obstar a lesão e não o fez.

De maneira que, dentre os motivos ou causas da nulidade ou anulabilidade que podem ocasionar a lesão, pode comparecer também juridicamente a própria omissão de quem deveria ter praticado, dentro da Administração, um ato comissivo preordenado a impedir a perpetração da lesão. Ou, muito mais comumente, a lesão origina-se de ato comissivo. No que diz respeito à *causa petendi*, devemos dizer que esta, na ação popular, é representada pela necessidade jurídica da *supressão* de um ato administrativo conjugada, evidentemente, à reparação do dano ou da lesividade causado por esse ato aos cofres públicos.

De outra parte, se se objetivar evidenciar um desvio de poder ter-se-á de demonstrar que o ato administrativo pretendeu atingir um fim discrepante daquele idônea e idealmente identificável, com raiz na lei e realizável pelo administrador no âmbito do poder discricionário de que este foi investido para atingir a finalidade determinada amplamente pelo bem público, não se verificou na ordem prática. Seria atingir um fim diferente e não efetivamente representativo do bem público, para cuja finalidade, e, só para tal consecução foi o agente investido deste poder discricionário .

Segundo QUEIRÓ, ilustre administrativista português, por exemplo, em estudo publicado na RDA vol. 6.^o⁸⁰, temos que há desvio de poder ou o abuso de poder, como denominam a essa figura os autores franceses, quando se verifica um fim, divergente daquele que a lei, explicitamente por esta assumido ou implicitamente dela perceptível, determina ao agente. Consta-se que é um conceito quase que coincidente com o da letra "e", do art. 2.º, da Lei 4.717/65.

Quanto ao problema da identificação dos pressupostos da responsabilidade, pergunta-se: é necessário o dolo? Não. Parece que é suficiente o erro e mesmo diante da hipótese de ausência de culpa pode haver responsabilidade, pois o que é relevante verificar é se houve, ou não houve, uma injuridicidade, representada pela anulabilidade ou pela

⁸⁰ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder no Direito Administrativo, *RDA*, v. 6.

nulidade, e, cumulativamente, pela lesão mesma.

Portanto, parece que o tema da culpa fica colocado fora do âmbito da Ação Popular, no sentido de não se constituírem em possíveis defesas das pessoas que tenham praticado o ato para elidir a sua responsabilidade. Relevante é o interesse do autor, legitimado nesta perspectiva de 'interesse difuso' seu e relacionado com a preservação do patrimônio público, para tentar o comprometimento do ato administrativo nos termos do art. 2.º, hipóteses de nulidade, ou art. 3.º, casos de anulabilidade e a demonstração de ter ocorrido a lesão ao patrimônio público.

Outros problemas, para os quais alguns autores chamam atenção são os de se saber se algo apreciado no Tribunal de Contas pode ser objeto de ação popular.

A nossa impressão – e, já há decisões nesse sentido –, é a de que sim. No caso de haver uma “coisa julgada” formal será *interna corporis*, isto é, se um determinado procedimento administrativo chega ao seu termo no Tribunal de Contas, *esse Tribunal* não mais poderá rever a matéria, mas isso não significa que esta “coisa julgada” administrativa, a seu turno, extravase do Tribunal e se constitua ela, agora, em óbice ao acesso do Poder Judiciário, através do caminho da ação popular.

O ponto que diz com o esgotamento da via administrativa também representa um aspecto a ser considerado. Parece-nos que não há necessidade de esgotamento da via administrativa, em regra, embora haja uma decisão isolada, confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, e publicada na RT 186/650, onde se entendeu tal espera como necessária.

No que diz respeito à legitimidade, o requisito especial que se impõe é o de que se trate de cidadão (mesmo não estando em dia com suas obrigações eleitorais), *i.e.*, deve ser eleitor, para que esse possa figurar no pólo ativo da relação processual. O requisito de ser *eleitor* é dessumível do texto constitucional, quando se refere a *cidadão*; mas, isso que restringe o universo dos *cidadãos*, o que, todavia, parece ser inteiramente aceitável.

Também alude a lei a cidadão, e, evidentemente, aqui surgia um problema, no sistema do Código Civil de 1916: saber se o menor de idade, relativamente incapaz, entre 18 e 21 anos, pelo Código Civil, de 1916, dado que o art. 7.º do CPC se reporta ao Código Civil, para configurar o perfil do possível exercício do direito de estar em juízo, se se haverá de ficar com os parâmetros desse Código Civil e do Código de Processo Civil ou, então, se este menor relativamente incapaz de 18 anos, pois que é eleitor, pode, por isso mesmo comparecer em juízo. A nossa impressão é a de que podia. Se se trata de cidadão, e se ele pode votar, quer nos parecer que tem, em nosso sistema, o direito à ação popular, antes mesmo de ter o direito *per se* à ação civil, de acordo com a maneira como o CPC, no art. 7.º regrou o tema, ou seja, somente aos 21 anos de idade, *em regra*.

Com o vigente Código Civil a menoridade cessa aos dezoito anos (art. 5º). Na forma da letra “c”, do inc. II, do § 1º, do art. 14, da Constituição Federal, para os menores entre 16 e 18 anos o alistamento é facultativo. Parece, então, que a solução fica a depender do alistamento. Se o menor de 16 anos for eleitor, e, ainda não tenha cessado a sua menoridade, no regime civil (art. 5º, referido), nem por isso lhe falecerá legitimidade para a propositura da ação popular.

O assunto da Ação Popular, na realidade, inseriu-se na temática do processo, um dos aspectos do que hoje vem sendo extremamente desenvolvido no Direito Processual Civil moderno, ou seja, o estabelecimento de uma dissociação entre aquele que postula em Juízo e seu alegado direito de ser possível a alguém ter legitimidade no plano e no nível do processo, sem que esteja, propriamente, pretendendo o seu direito alegado e de que se afirme tenha sido lesado.

Para estas hipóteses há que refugir-se da noção, propriamente, de direito subjetivo, porquanto essas possibilidades, decorrentes da lei, são muitas, mas se assentam ou proliferaram no âmbito do que se denomina de *direitos e interesses difusos ou coletivos*.

Por definição, o legitimado que postulará não é o titular da situação jurídica, e, no caso da ação popular, poderá sê-lo em parcela infinitesimal; em termos práticos, não o é. Porém, os

benefícios que decorrerão da procedência da ação são de caráter social, pois beneficiarão a todos da sociedade, em vista da ampliação dos efeitos subjetivos da coisa julgada (e da eficácia da sentença) prevista no art. 18 da Lei 4.717/65, disposição esta precursora de diversos outros textos que lhe seguiram o modelo.⁸¹

Esta questão se coloca – como se disse –, no Direito Processual Civil, naquilo que se designa habitualmente como representativo da defesa de "interesses difusos". Nessa temática, o que ocorre é um aumento do próprio espectro de legitimidade (legitimidade ativa).

Confere-se legitimidade a pessoas que, na verdade, não estão propriamente a postular uma pretensão representativa só do seu interesse, ou do seu alegado direito subjetivo, mas sim de uma pretensão que, efetivamente, dizem respeito a uma situação e a uma finalidade que transcendem à figura do autor, isto é, daquele que é parte no processo; ou, uma pretensão que àquele que postula não diz respeito.

Quanto à função primordial exercida e tendo em vista fim objetivado pelo autor da ação popular, diversas posições existem. Há quem diga que é o defensor de um patrimônio autônomo, à semelhança de um curador na falência, opinião esta que não nos parece a

⁸¹ Reza esse art. 18: "Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

aceitável. Outros entendem que seja um órgão da comunidade, o que também não nos parece de todo correto, porque, na verdade, não há qualquer afetação específica e prévia de competência da comunidade a este ou àquele autor, e, portanto, discriminatória, conferindo-se a A ou a B – e, não a todo e qualquer cidadão, num espectro da máxima abrangência, que é o da Constituição Federal e o da lei – uma legitimidade, diretamente emergida da comunidade. Outros aludem a representante ou mandatário de entidade pública, posição esta que também é rejeitável, até porque se esta figura existisse entre nós, seria ilegal. Outros como Zanobini, se referem a sujeitos privados, no exercício de uma função pública, posição essa que também não nos parece ser a encampável, pois não se trata de uma função pública, senão que uma expressão de cidadania.

A posição que nos parece correta – tendo em vista as categorias que gravitam em torno da noção ampla de parte – é a de se entender o autor da ação popular como um substituto processual, em que o substituído processual é a comunidade, ainda que em parcela mínima a situação também lhe diga *ou* possa lhe dizer respeito.

Esta posição é aceita por muitos, e colhe na lei os seguintes argumentos para ser aceita: (i) estabelece a lei 4.717/65, no § 5.º do seu art. 6.º, que a qualquer cidadão é lícito habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor. Então, todos aqueles que forem cidadãos, isto é, forem eleitores, têm legitimidade, não só para propor a ação, que haverá de ir para o Juízo prevento (o § 3.º do art. 7.º, prescreve que a propositura de uma ação popular previne a competência para todas as outras, desde que intentadas pelos mesmos

fundamentos), como também para se habilitarem no Juízo prevento, coadjuvando o autor primitivo.⁸² Ora, *a contrario sensu*, se não houve esta habilitação os atos praticados por aquele que é autor e está levando à frente o processo, processo esse, e, sentença que irá produzir efeitos, acabará fazendo com que a eficácia de procedência desta sentença, nos termos do art. 18 da Lei, prevaleça para todos, o que comprova que substituiu os demais membros da comunidade e agiu por todos, cujo resultado, como dito, afeta a todos. Se a eficácia for de improcedência, igualmente, afetará a todos, salvo se o tiver sido por insuficiência de prova.

Se assim é, ou seja, se a atividade de alguém afeta outros e a legitimidade para isso decorre de lei, o que esse alguém está fazendo é substituir-nos, no plano processual, praticando atos que são válidos e eficazes, sem que os outros nada tenham feito. E a lei ainda, no art. 18, ao nosso ver, completa o perfil desta substituição processual.

A sentença que julgue procedente a ação popular terá eficácia revestida por coisa julgada oponível *erga omnes*, o que quer dizer que, se um cidadão promover a ação, o resultado emergente desta eficácia e a qualidade que vai se agregar a essa eficácia valem *erga omnes* de tal forma que, ele nos terá, por inteiro, substituído.

⁸² Há, na disciplina desta lei, uma diferença em relação ao regime da substituição processual, tendo em vista o fenômeno da *litispêndência* e o da *coisa julgada*. Existe uma simetria – raramente deixa de existir – entre esses dois institutos. Em face da litispêndência, entendida aqui como o conteúdo postulatório do processo – a lide –, é sobre esse conteúdo que ocorrerá coisa julgada. E, a seu turno, essa possibilidade, quando se verifica na hipótese em que o autor é um substituto processual, normalmente, impede o ingresso de outros. No caso, em face da disciplina da Lei da Ação Popular é precisamente o contrário que ocorre. Ou seja, conquanto haja substituição processual, e, o resultado da coisa julgada, nos termos do art. 18, da Lei 4.717/65 atinge a todos, nem por isso inibe a postulação de alguns substituídos, i.e., de outro ou outros cidadãos.

Isto é, há coisa julgada obstativa da propositura dessa outra ação popular, depois de precedente ação popular, idêntica, houver sido julgada procedente. Ressalva a lei apenas – e, ao nosso ver bem –, e, com prudência, que, salvo a hipótese da ação vir a ser julgada improcedente, por deficiências de provas;⁸³ neste caso será possível repetir a ação, inclusive com idênticos fundamentos e pelo mesmo cidadão (ou, outro), desde haja prova não produzida anteriormente. Aqui, o cuidado do legislador, foi o de não fazer com que, nesta hipótese, por deficiência de prova, ocorresse coisa julgada, pois, se se verificasse, como muitos processualistas já opinaram, há algumas décadas passadas, fácil seria para a Administração pública encontrar um testa-de-ferro que promovesse mal a ação, que seria julgada improcedente, e, com isto obviamente, estaria em termos práticos, através de uma eficácia da coisa julgada irrestrita – isto é, sem a solução de o ser *secundum eventus litis* –, definitivamente tamponada a via estabelecida, pelo legislador constitucional e ordinário para fiscalização dos atos do administrador público.

⁸³ O disposto no art. 18 da Lei 4.717/1965 *inauguro* um modelo de eficácia das ações coletivas, e, bem assim, a ocorrência da coisa julgada respectiva, *secundum eventus litis*. Esse modelo veio a ser seguido pela Lei 7.347/85 (art. 16), como, ainda, pelo Código de Proteção e de Defesa do Consumidor (art. 103). A solução normativa consistente em que se a ação for julgada improcedente, *tendo isto ocorrido por deficiência de prova*, bem evidencia que no processo coletivo os bens jurídicos por este protegidos, ao lado de o serem por normas de ordem pública, levaram a que essa proteção repercutisse no plano do processo, encontrando nesse sistema uma forma significativa de resguardo. Vale dizer, a improcedência – sem ter sido por deficiência probatória – somente ocorrerá quando o juiz houver ficado, efetivamente convencido, de que não houve lesão a um desses bens. Ou seja, está provada a legitimidade do ato praticado. Se, ao contrário, entender que a lesão não resultou provada, *mas que eventualmente poderá vir a ser provada*, fará constar isso da fundamentação de sua decisão, em virtude desse fundamento, ao afirmar que a improcedência decorreu de “deficiência de prova”. O modelo da ação popular, além de ter sido o adotado na LACP e no CDC, consta de outras leis que, fundamentalmente seguem o modelo, tais como as Leis nºs 7.853/1989 (destinada à defesa de pessoas portadoras de deficiência); 7.913/1989 (atinentes à responsabilidade por danos causados a investidores no mercado de valores mobiliários). Por fim, recordemos a Lei de nº 8.069/1990 [Estatuto da Criança e do Adolescente], que também perfilhou o ‘modelo’ de mais intensa eficácia do processo [possibilidade de tutela específica liminar] e no pertinente às facilidades para o acesso à justiça do Código do Consumidor, e, em certa escala, no que diz respeito à ‘concepção’ das ações coletivas [art. 201, inciso V], tanto bastando, entre outros textos, lembrar o art. 210 [quanto aos legitimados] ainda que no art. 212, esteja determinada a aplicação do Código de Processo Civil para as ações previstas na lei 8.069; esta lei, entre outros textos, refere-se no parágrafo único, do seu art. 212, à configuração de interesses difusos e coletivos, e, isto ocorrendo, aplicar-se-á o mesmo sistema da eficácia da sentença e da coisa julgada. Reza esse texto: “Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela lei”.

Deve-se, ainda, acrescentar que a prova que possa vir a ser produzida em nova ação, poderia mesmo ser contemporânea ao ajuizamento da ação popular que veio a ser julgada improcedente, por insuficiência probatória. O art. 18 da Lei da Ação Popular não faz qualquer restrição, e, a ausência dessa justifica-se em face das finalidades da ação popular: proporcionar em grau amplo a identificação de ilegalidade lesiva ao patrimônio público.

Parece verificar-se uma tendência sistemática, inclusive no direito privado, para a hipótese de que o agir de um legitimado aproveite àqueles que se encontram em idêntica situação, ou, mais precisamente, quando desse agir resultar por sentença a identificação de um ilícito.⁸⁴

É nesse contexto que se insere a ação popular. E é exatamente na defesa do patrimônio público e objetivando que a Administração Pública se pautе pelo estrito princípio da legalidade, e, com vistas à defesa da moralidade administrativa, praticando-se atos,

⁸⁴ Veja-se o que se passa em relação a ações de sócios contra ilegalidades cometidas em sociedades. O Código das Sociedades Comerciais, de Portugal, disciplina, entre outras, as sociedades por quotas de responsabilidade limitadas. Esse Código das Sociedades Comerciais foi aprovado pelo decreto-lei 262/86, de 2 de setembro (v. a respeito do histórico da lei: VENTURA, Raúl. *Sociedade por Quotas*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1989, vol. I, pp. 15 ss, esp. p. 16. A obra de JORGE HENRIQUE DA CRUZ PINTO FURTADO (*Deliberação dos Sócios*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1993) integra a mesma coleção, tendo sido desta última a transcrição do texto da lei). Dispositivo similar ao do art. 61, nº1 e 2, do CSCs, de Portugal, é o do art. 122, da lei espanhola de sociedades anônimas (Real Decreto 1564/1989, versão corrigida em 1.1.1990): "art. 122. 1. A sentença que julgue procedente a ação de impugnação produzirá efeitos em relação a todos os acionistas, mas não afetará os direitos adquiridos por terceiros de boa fé em consequência da deliberação impugnada", determinando-se o nº 2, o registro da sentença que declare a nulidade de uma deliberação registrável, no registro do comércio, e o Boletim Oficial do Registro Mercantil publicará um extrato. O nº 3, desse art. 122, dispõe que "3. No caso de a declaração impugnada ter sido registrada no registro comercial, a sentença determinará também o cancelamento de sua inscrição, assim como a dos assentos posteriores em contradição com ela". O Código Civil italiano, a seu turno, no seu art. 2.377, dispõe: "A anulação da deliberação tem efeito relativamente a todos os sócios e obriga os administradores a adotar todas as providências consequentes, sob a responsabilidade própria. São, em todos os casos, ressalvados os direitos adquiridos de boa fé por terceiros com base nos atos realizados em execução da deliberação". A Lei Alemã das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada foi a inspiradora da lei portuguesa (v. PINTO FURTADO, *Deliberações dos Sócios*, cit., p. 528).

legítimos, e, por isto moralmente respeitáveis, destinados à consecução do bem comum, que existe a Ação Popular, disciplinada pela Lei 4.717/1965, de tal forma que qualquer cidadão possa “fiscalizar eficientemente” através da via jurisdicional, o comportamento da Administração Pública.

Podemos, portanto, dizer que o interesse processual e, conseqüentemente, a legitimidade, defluem da própria causa pública e da própria defesa que os cidadãos podem fazer, do patrimônio público, alvancados pela iniciativa do cidadão, submetidos evidentemente, aos requisitos do modelo legal da Lei 4.717/1965 por cujo intermédio se encarregou o Legislador de disciplinar esta ação, a qual como se disse, se encontra, hoje prevista na CF, no art. 5º, inc. LXXIII, na esteira do direito constitucional desde 1934.

No que diz respeito ao Ministério Público, funciona ele, seja no processo de conhecimento da ação popular, seja no da execução que àquele se siga. E os livros mais antigos, aludem, inclusive, ao próprio processo cautelar. Apenas lembramos hoje que o § 4.º do art. 5.º, que foi colocado na Lei 4.717/1965 pela Lei 6.513/1977, estabelecendo que, na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato impugnado. Este texto, inserido no da Lei 4.717/1965, revela, também, uma posição do legislador em acudir a situações de urgência, ao prever a possibilidade de suspensão do ato impugnado, i. e., não permitindo que produza efeitos, ou, que não produza mais do que aqueles que já possa ter produzido, impedindo ou minimizando a dimensão do ilícito.

Assim, salvo excepcionalmente, não há necessidade de um processo cautelar autônomo, uma vez que existe a possibilidade de tal suspensão liminar, que é um tipo de medida cautelar embutida na própria lei. Quer nos parecer apenas que o processo cautelar há de ser considerado em função dos pressupostos comuns do direito à cautela, a saber o *fumus bani juris* e o *periculum in mora*, mesmo porque um dos textos finais, que é o art. 22 da Lei 4.717/1965, estabelece que o Código de Processo Civil se aplica subsidiariamente à lei, naquilo que for com ela compatível.

Contemporaneamente, afiguram-se-nos, no particular, aplicáveis também ou precipuamente aplicáveis, no tema da urgência, disposições processuais do CDC e da LACP, diante da proximidade e sintonia da ação popular com essas ações coletivas. É óbvio que, se se for suspender um ato administrativo porque lesivo, neste caso, então, se aplicarão os pressupostos gerais do procedimento cautelar do livro respectivo do Código de Processo Civil. Nesse sentido e nessa medida, ou seja, na dimensão em que seja possível se determinar a suspensividade para evitar uma lesão maior, a ação popular revela ter no seu próprio corpo essa possibilidade, indicativo de ter parcialmente caráter preventivo (sem que isto permita que seja classificada como *preventiva*). Em princípio, não há a necessidade de formulação de pedido cautelar autônomo.

O Ministério Público funciona, no processo, do começo ao fim. Estabelece o § 4.º do art. 6.º, que lhe é vedado assumir, em qualquer hipótese, a defesa do ato impugnado. Ele tem que funcionar sempre atacando o ato, ou seja, coadjuvando a posição do autor. É

evidente que, no particular, o zelo do legislador foi o de exigir a presença da atividade do Ministério Público, de tal forma, e, em tal posição, e, através da sua dialética, somada à do autor, ou autores, se consiga, via percuciente argumentação, demonstrar, o quanto possível, a lesão ao patrimônio público, e, portanto, colocando-se aqui a Instituição como um agente defensor também da moralidade que deve presidir os atos gestores do patrimônio público.

Ainda cabe frisar nesta perspectiva processual, que a figura de litisconsórcio a que se refere o § 5.º do art. 6.º, é a do litisconsórcio unitário, ou seja, se alguém entra ao lado do autor, no Juízo prevento e nos moldes do § 3.º da art. 5.º, entra em regime de litisconsórcio unitário, porquanto comunga, em tudo e por tudo, com aquele autor, dado que no litisconsórcio unitário o que ocorrerá é que, no plano do Direito Material, a sorte há de ser idêntica para todos. É uma possibilidade que se aplica pela figura do litisconsórcio facultativo-unitário, uma vez que o ingresso no processo de outro cidadão é faculdade sua. E, há de ter-se presente que a sentença pode produzir efeitos que afetem a comunidade toda, ou seja, afetando os que não foram partes.

Se se está atacando o ato administrativo pelos mesmos fundamentos, tendo em vista o (s) mesmo (s) objetivo (s), de duas uma: ou o ato vale ou o ato não vale em face de tais fundamentos, e nos parece pelo que foi dito que quando o texto, sem adjetivar, no § 5.º do art. 6.º, se refere a assistente, em realidade de assistência litisconsorcial se trata. Porque, na verdade, o outro cidadão que ladeia o autor, se foi rotulado de assistente, na

verdade tem igual interesse em comprometer, o ato administrativo. De tal forma não se trata de uma assistência simples, como a define a Código de Processo Civil, mas se trata de assistência litisconsorcial, tal como do mesmo CPC consta, onde comparece um antagonismo da assistente em relação à parte, ou às partes contrárias.

No que diz respeito ao problema da competência, diríamos que a competência, nos termos da art. 5.º da Lei, se estabelece no sentido de que, se o ato tiver sido praticado por agente público da União – caberá a causa à Justiça Federal. Se praticado por agente público do Estado e houver Juízo privativo a este caberá, e, assim também tendo em vista o Município. E no que diz respeito à administração "indireta" ou desconcentrada como é o seu *nomen juris* mais adequada, tendo em vista a União, o Estado e o Município, a competência se aferirá igualmente, ou seja, para se saber a competência do juízo onde se aciona uma autarquia federal, no que diz respeito a uma Ação Popular, ver-se-á que ela se encontra no círculo ou esfera agregados à União e a competência, então, será da Justiça Federal. E identicamente se diga com a Justiça Estadual na que diz respeito a uma autarquia estadual, e, da mesma forma na que diz respeito à municipal.

Ainda no tema da competência, o § 2.º do art. 5.º estabelece uma preferência pelo fato da União', na hipótese de o ato dizer, simultaneamente, respeito à União, ao Estado e ao Município. Dá-se, então, prevalência a União, ao depois ao Estado e finalmente ao Município, de tal maneira que se houver uma convergência de atividades destes entes políticos, então' para um mesmo ato a competência será levada para a

União, para o Estado, e, finalmente para o Município', que se coloca como o terceiro nesta linha hierárquica.

No que respeita ao procedimento, a nossa doutrina tem chamado ou classificado o da ação popular, de procedimento ordinário, modificado. E isto porque, na realidade, em grande parte é um procedimento que em tudo e para tudo se assemelha ao procedimento ordinário, tal como era disciplinado no Código de 1939 e tal como o é no Código vigente. Estabelecem-se, todavia, penas bastante severas conducentes ao dever de fornecimento de documentação e, inclusive no art. 8.º, e se alude à pena de desobediência que, a seu turno, se reporta ao delito do art. 330 da CP.

O prazo para contestação é de 20 dias, ou de 40 dias, a requerimento. Previa-se, já no inc. V do art. 7.º da Lei 4.717, o que então era uma certa novidade (em face do ulterior sistema do Código de Processo Civil, de 1973, que generalizou o julgamento antecipado), a possibilidade desse julgamento antecipado da lide, no que resultou sua congruência com a sistema geral que veio a ser instalado com o CPC/73.

Há, ainda, uma diferença no procedimento, a ser remarcada, no que diz com a posição do juiz, na aferição da prova. Pensamos que pelo sistema do Código, a Juiz não deve ter iniciativa tão ampla na determinação oficiosa da atividade probatória, embora

reconheçamos que, de um modo geral, os magistrados extravasem um pouco os limites do Código de Processo Civil, os quais ao nosso ver, são mais estreitos porque informados pelo princípio dispositivo, à luz do que consta no art. 333, CPC.

Mas no caso da ação popular o problema se passa de forma patentemente diferente: No Código de Processo o Juiz tem de ser absolutamente imparcial, não determinar provas a não ser que tenha dúvidas, pois, se determinasse, desequilibraria a figura de ônus da prova, aí prevista (art. 333, CPC). De tal forma que, ao nosso ver, no sistema do Código, bem ou mal – embora reconheçamos que em nossa literatura e no Direito Comparado, a tendência é diferente – existe avultadamente o ônus de prova, e, a única maneira de funcionar o ônus da prova de forma útil é o Juiz ficar inerte e só determinar prova quando ele tiver dúvida. Em comparecendo dúvida, no espírito do Juiz, é evidente que ele não pode resolver pelo ônus da prova, senão depois de determinar a produção de prova.

Nesta lei, examinada a letra "b", do art. 7.º, n. 1, verificamos serem bem amplos os poderes do Juiz, pois, além do solicitado na petição inicial, e, na defesa, o Juiz tem poderes outros que se lhe afigurem necessários ao esclarecimento do fato. E temos o texto que outorga em nome do interesse público e da defesa do patrimônio público, maiores poderes para o Juiz, que aqui, em nosso entender, pode agir com maior liberdade, diversamente do que ocorre no Código de Processo Civil.

Coloca-se o juiz, na ação popular numa postura mais envergadamente inquisitória. Tanto assim que, as hipóteses de inércia ou concordância com o pedido por parte da pessoa jurídica ré (art. 6º, § 3º da Lei da Ação Popular) não implicam as consequências necessárias da incidência dos efeitos da revelia ou da homologação do reconhecimento da procedência do pedido. É dever do juiz apurar os fatos e as consequências jurídicas relativas ao ato ou omissão impugnados, tendo em vista o interesse público de que se reveste a matéria.

Por se tratar a hipótese de ação coletiva ajuizada pelo cidadão em substituição processual, fica inviabilizada, na ação popular, a utilização da reconvenção (aplicação subsidiária do art. 315, § 3º, do CPC).

A sentença proferida em ação popular produz, como já assinalado, efeitos *erga omnes*, com a ressalva da possibilidade de repositura em caso de improcedência por insuficiência de provas, quando se aplica a regra da coisa julgada *secundum eventum probationem*.

No tocante à verba sucumbencial, o art. 13 da Lei 4.717/65 libera as partes da condenação a tal título, salvo em casos de comprovada má-fé, o que costuma ocorrer nas hipóteses de lides temerárias, propostas com o exclusivo e deliberado intuito político e despidas de fundamentação jurídica.

Apenas lembraríamos que entre nós a Ação Popular se marca e se marcou por ser um remédio que, dotado de dignidade constitucional, o que espelha termos um sistema avançado, pois, participa esta lei, da rigidez e das vantagens do sistema constitucional. Pensamos que tem dado bons frutos, o que depende em larga escala, da independência do Poder Judiciário, uma vez que as leis não valem por si, mas valem, na verdade, pelos homens que as aplicam, e, em função da conscientização de todos os cidadãos de que têm em sua mãos uma forma para colaborar com a moralidade da Administração Pública.

Quanto maior for a independência do Poder Jurídico, sob o seu aspecto substancial e real, e, não meramente formal, e, quanto mais intensa e mais nítida seja a consciência dos cidadãos de que possam coadjuvar em que a Administração se paute pelos princípios da legalidade e moralidade administrativa, tanto mais eficiente será este *remedium iuris*.

B) Mandado de Injunção

Dentre os instrumentos novos da CF/88 encontra-se o mandado de injunção. Cuida-se do “meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de

norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.⁸⁵

Seu objeto consiste na tutela de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição, antes inviabilizada por inação do Poder Público em expedir as normas regulamentadoras pertinentes.⁸⁶

Foi criado para conferir efetividade às normas constitucionais que não possuiriam eficácia plena por depender de regulamentação infraconstitucional, de forma que o indivíduo (ou a coletividade, no caso da injunção coletiva) não pudesse usufruir deste direito. Pelo mandado de injunção, permite-se o exercício do direito conforme reconhecido judicialmente.

⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 24ª ed. Malheiros: São Paulo, 2002., p. 243.

⁸⁶ No sentido de que o mandado de injunção também se prestaria à regulamentação de prerrogativas constitucionais previstas na legislação infraconstitucional e não apenas para regulamentar as normas constitucionais, veja-se a observação de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “No tocante especialmente às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania poderá acontecer que a falta da norma regulamentadora esteja impedindo o exercício de alguma prerrogativa deste gênero contemplada em *lei*, e não na própria constituição. Faltaria norma de nível inferior ao da própria lei”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Mandado de Injunção*. *Revista de Processo*, vol. 56, 1989, p. 12).

Na jurisprudência tradicional do STF o mandado de injunção limitava-se a constituir em mora o órgão legislativo ao qual incumbia e continuará incumbindo, apesar do uso do mandado de injunção, a edição da lei. Não tinha, porém, o mandado de injunção, o condão de atribuir ou reconhecer a eficácia do dispositivo da constituição, *i.e.*, criar uma regra concreta para o caso, equiparando-se, por isso, à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

Mais recentemente, inclina-se o Supremo Tribunal Federal por entendimento que confere maior eficácia ao mandado de injunção, porquanto tem atribuído a esse instrumento processual existente na Constituição Federal a própria possibilidade de o STF colmatar a lacuna, editando a norma para reger a hipótese trazida a julgamento. Esta mudança acaba por ler na CF um instrumento que mais plenamente responde à efetiva proteção dos direitos que podem ser objeto de mandado de injunção. É aspecto que deve ser sublinhando, porquanto representativo de alteração de entendimento de que se podia dizer tradicional do STF.

É certo que, se o STF tiver editado a *regra para o caso*, se o Poder Legislativo então omisso vier a editar a norma jurídica, esta é que passará a reger os casos,⁸⁷ inclusive o que tenha

⁸⁷ Sirva de exemplo o Mandado de Injunção n.º 721-7, Distrito Federal, relator Min. Marco Aurélio, j. em 30 de agosto de 2007, onde, à falta de norma regulamentadora, indicou o STF o regime jurídico para a hipótese: "MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada". (STF, Tribunal Pleno, MI 721 / DF; Rel.

sido objeto do mandado de injunção, o que evidencia o caráter tendencialmente provisório da decisão. É entendimento mais sintonizado com uma maior realização da plenitude do ordenamento jurídico, porquanto supre – ainda que temporariamente – a ausência de legislação "constitucionalmente prometida".

C) Mandado de Segurança Coletivo

Como instrumento novo, oriundo do mandado de segurança de caráter individual, cumpre considerar o mandado de segurança coletivo. Ambos estão previstos na Constituição Federal,⁸⁸ sendo que o instrumento coletivo distingue-se do já conhecido mandado de segurança individual pela natureza do objeto, pelo caráter coletivo da legitimação e pela extensão da eficácia da sentença e da coisa julgada.

É de se ressaltar que uma das grandes novidades que defluíram da nova lei do mandado de segurança (Lei 12.016/2009) foi justamente a regulamentação do mandado de

Min. Marco Aurélio; j. 30/08/2007, DJe-152 –pub. 30-11-2007, DJ 30-11-2007, p. 29, RDDP n. 60, 2008, p. 134-142). Na mesma linha, o MI 758/DF, j. 01/07/2008, também relatado pelo Min. Marco Aurélio.

⁸⁸ Estão previstos no art. 5º, da CF: "LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

segurança coletivo no plano infraconstitucional, mais precisamente nos arts. 21 e 22 de referido diploma legal.

A previsão do mandado de segurança coletivo no art. 5º da CF, sucessivamente à previsão constitucional, também, do mandado de segurança individual torna inviável o seu atrofimento por lei ordinária.⁸⁹ Dessa afirmação, podemos extrair que o mandado de segurança coletivo serve para tutelar direitos difusos, coletivos *stricto sensu*, bem como direitos individuais homogêneos, nada obstante a lei 12.016/2009 refira-se somente aos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos nos incs. I e II do parágrafo único do art. 21.

Abordaremos mais especificamente o mandado de segurança impetrado por associação em prol dos seus membros ou associados, com pequena introdução sobre as linhas gerais do processo coletivo e considerações em relação à coisa julgada no mandado de segurança coletivo em que seja autora uma associação.

Não há possibilidade de estabelecer-se uma disciplina ordinária que não seja prestável para a defesa “dos interesses” dos associados ou membros da associação impetrante. A disciplina infraconstitucional não pode mutilar, alterar ou modificar, o que com clareza e elementos suficientes decorre do texto constitucional.

⁸⁹ Daí SÉRGIO FERRAZ – em consonância com afirmação assente na doutrina e na jurisprudência – dizer que a Constituição é o “berço primário” do mandado de segurança (Cf. *Mandado de segurança*, 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 12).

A eficácia subjetiva de decisões em processos coletivos e a noção de coisa julgada difere radicalmente daquela do processo individual, e, essas diferenças dizem, precisamente, com a própria razão de ser do processo coletivo.

No caso do mandado de segurança coletivo – atualmente disciplinado pelos arts. 21 e 22 da Lei 12.016/2009 –, extrai-se do texto constitucional a extensão dos efeitos da decisão, bem como do art. 22, *caput*, da Lei 12.016/09.

Atribui a Constituição – na esteira e em consonância com princípio do processo coletivo – a legitimidade a quem não fica materialmente sujeito à eficácia da sentença, diferentemente do que ocorre com os sistemas individualistas, como o do Código de Processo Civil, como regra absolutamente geral deste último diploma, e, correlatamente, nos sistemas coletivos, são outros os ficam sujeitos (resultam beneficiados) por essa eficácia – se favorável a decisão. São aqueles em prol de quem se age; estes é que são os beneficiários dos efeitos favoráveis da sentença e beneficiários da imutabilidade de tais efeitos, recobrando-se-os com a chamada imutabilidade da coisa julgada.

Negar-se isso, é negar-se a razão cardeal de ser do processo coletivo. Esta estrutura é inteiramente coincidente com a da Lei da Ação Civil Pública e a do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor.

Do lado ativo, quem atua no processo – *v. g.*, no caso de uma associação, como autora coletiva – do seu resultado não se beneficia. Quem não atua no processo, mas é ligado à associação (seus associados e seus membros, integrantes da classe ou da categoria) é que são os sujeitos a serem alcançados pelos efeitos do processo e, sendo favoráveis esses efeitos são os que serão beneficiados, em definitivo, com a coisa julgada.

Estas premissas são aceitas sem discrepância no direito brasileiro, e o são, em rigor, universalmente, nos países que cuidam de ações coletivas.

Do lado passivo – em mandado de segurança coletivo, tal como no individual –, a parte não é o órgão coator,⁹⁰ senão que a pessoa jurídica de direito público (ou de direito privado, delegatária de serviço público). *Ad absurdum*, se fosse o órgão coator, nunca haveria coisa julgada que submetesse a pessoa de direito público.^{91 - 92} Esta afirmação é

⁹⁰ Nesse sentido, entre inumeráveis outros autores, *v.* FREDIE DIDIER, Natureza das Informações da Autoridade coatora. In: BUENO, Cássio Scarpinella, ARRUDA ALVIM, Eduardo e WAMBIER, Teresa Arruda. *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança, 51 anos depois*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2002, n° 2, p. 369.

⁹¹ É o que observa GELSON AMARO DE SOUZA, no artigo intitulado *Parte passiva no mandado de segurança*, publicado na *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 15, item 6.2.2, letra “b”, p. 13, editada em Curitiba, pela Genesis; o pensamento deste autor é acolhido por João Batista Lopes, o qual conclui, que “O sujeito passivo no mandado de segurança **é a pessoa jurídica** a cujos quadros pertence a autoridade de quem emanou o ato impugnado. A autoridade pública **não pratica o ato em nome próprio**, mas como representante da pessoa jurídica, e, por isso, não ostenta titularidade para funcionar no pólo passivo da ação. A coisa julgada no mandado de segurança opera-se em relação à pessoa jurídica, e não à pessoa física” (V. JOÃO BATISTA LOPES, *Sujeito Passivo no Mandado de Segurança, nºs 8 e 9* e pp. 419 e 420, publicado na obra *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança, 51 anos depois*, coordenada por CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, EDUARDO ARRUDA ALVIM e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002).

⁹² Especificamente considerando o mesmo assunto, no plano do mandado de segurança em relação ao direito tributário, no artigo *Sujeitos do Mandado de Segurança em matéria tributária*, da autoria da Profa. Dra. REGINA HELENA COSTA, publicado na obra *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança, 51 anos depois, cit.*, no item 3.2, pp. 734 e 735, firma o mesmo entendimento, qual seja, o órgão não é a parte; ele, apenas, representa ou apresenta a pessoa jurídica de direito

uniformemente aceita no direito brasileiro e não foi alterada pela Lei 12.016/2009, ainda que referido diploma legal refira-se a mais uma forma de comunicação dos atos processuais, a saber, a ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada (art. 7.º, II, da Lei 12.016/09).

O processo individual do CPC fixa como regra a de que deve haver identidade entre o que postula e o direito a respeito do qual se postula; dizem respeito – tanto a postulação quanto o beneficiário dessa –, em função dessa princípio geral, à mesma pessoa. É a regra que está no art. 6º do CPC:

Há muito o professor MAURO CAPPELLETTI já observara – e suas palavras fizeram eco e foram assumidas entre nós e fora do Brasil: “Era inevitável que a tradicional concepção privatística do processo civil se refletisse ainda na participação do juiz no processo, e, mais particularmente, sobre tipos de remédios e de sanções remetidas ao poder do juiz, e *também sobre efeitos dos provimentos judiciais*. De um lado, segundo aquela concepção, a tarefa do juiz é, sobretudo, de reintegrar a parte em Juízo no gozo de seu próprio direito; de outro lado, os efeitos da coisa julgada se limitam, essencialmente, às partes na causa”. Mas, “no caso de ações para tutela dos interesses coletivos (que, por brevidade, podem chamar-se ‘ações coletivas’), tais esquemas resultam, evidentemente, inadequados. A parte presente no processo não age por si, mas para a coletividade: é a coletividade

público, que é a parte, fazendo menção expressa aos ensinamentos de EDUARDO ARRUDA ALVIM, *Mandado de Segurança no Direito Tributário*, São Paulo: RT, 1998, pp. 49 e 64 a 74, onde se aborda com largueza o assunto).

inteira que deve ser reintegrada no gozo de seu 'direito coletivo'. E, como isso comporta, obviamente, o aprimoramento das exigências de lealdade e colaboração das partes e do interventor e controle do juiz sobre o processo; e, comporta, outrossim, que os efeitos das decisões devam estender-se também aos sujeitos não presentes na causa." ⁹³

Autor que tem se dedicado intensamente ao estudo das ações coletivas – Prof. ANTONIO GIDI, professor hoje na Universidade de Houston, Estados Unidos, onde leciona também o direito coletivo do Brasil – estudando com densidade as ações coletivas do Brasil em relação à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos – observa que “A sentença [coletiva] deve ter efeitos obrigatórios ultra partes, para além das partes. O caráter erga omnes (contra todos) da coisa julgada é elemento essencial do processo de ação coletiva.” ⁹⁴

Enfim, deve-se sublinhar que a marca da tutela coletiva dos direitos – e aí se insere, evidentemente, o mandado de segurança coletivo – diz respeito aos beneficiários do resultado do processo e, assim, aos limites subjetivos da eficácia da decisão e da sua coisa julgada em que, diversamente da coisa julgada tradicional, o rol de pessoas que deverá

⁹³ Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil. *Revista de Processo* vol. 5, 1977, pp. 151-152.

⁹⁴ Cf. ANTONIO GIDI, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, México: edição da Universidade Nacional Autónoma do México, 2004, tradução do inglês para o espanhol, por Lucio Cabreba Acevedo, capítulo sexto (Coisa Julgada Coletiva), item III, p. 98.

ter as suas esferas jurídicas afetadas será mais amplo, de molde a atingir, a coletividade substituída pelo Impetrante.⁹⁵

Precisamente porque o mandado de segurança coletivo é uma garantia constitucional, tal como assegurado pelo inc. LXX do art. 5.º, é que os beneficiários dos efeitos da coisa julgada da sentença que venha a ser nele proferida não podem ser aqueles contemplados nos arts. 467 e 472, do CPC.⁹⁶

A bem da verdade, os efeitos da coisa julgada do mandado de segurança coletivo impetrado pelas entidades descritas na alínea "b", do art. 5.º, LXX, da CF (*"organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados"*) alcançam todos os membros ou associados, como expressamente assegura o texto constitucional, bem como o art. 22 da Lei 12.016/2009, que estatui que "no mandado de segurança

⁹⁵ Esse ponto foi remarcado por HUGO NIGRO MAZZILLI: "Entre as peculiaridades da coisa julgada coletiva, a primeira delas está, naturalmente, na extensão da imutabilidade do *decisum* [ao lado dos seus efeitos, além das partes, também] para além das partes formais do processo – o que não ocorre nas ações estritamente individuais." (Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo, *Revista de Processo* vol. 125, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, julho/2005, p. 11). Os colchetes são nossos.

A esse respeito, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE assevera que "a coisa julgada *erga omnes*, portanto, nos processos cujo objeto seja um interesse difuso ou coletivo, decorre de circunstância inerente à própria natureza do direito, isto é, sua indivisibilidade. Também nos chamados interesses individuais homogêneos, ou seja, aqueles direitos subjetivos, divisíveis, que por circunstâncias, receberam tratamento coletivo, a coisa julgada atinge terceiros, mas *secundum eventum litis*. Tais observações visam demonstrar que o regime da coisa julgada tem peculiaridades nas demandas coletivas, em virtude da natureza da relação jurídica material, mormente do objeto dessa relação." (*Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*, 2.ed., SP, RT, p. 96).

⁹⁶ Cf. CLEIDE PREVITALI CAIS, *O processo tributário*, 4.º ed., São Paulo: RT, 2004, p. 399; 5.º ed., São Paulo: RT, 2007, p. 413.

coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”.

Quanto aos partidos políticos, cuja legitimação se depreende da alínea “a”, a titularidade para o mandado de segurança coletivo não se encontra expressamente vinculada aos interesses de seus filiados. Contudo, pelo só fato de a alínea “a” não se referir aos interesses que podem ser tutelados por esta via, não se pode entender que a legitimação é irrestrita.

Os limites da legitimidade dos partidos políticos encontram-se circunscritos ao programa, às propostas defendidas pelo mesmo, uma vez que o partido político deve exercer suas atividades em conformidade com seu estatuto e programa (art. 5º, Lei 9096/95). O art. 21, *caput*, da Lei 12.016/2009 parece ter consagrado essa idéia ao estatuir que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária.

Orientação diversa era a ostentada por CELSO AGRÍCOLA BARBI, que, tendo escrito à luz da Lei 1.533/1951, após relatar os diversos posicionamentos a respeito da legitimação dos partidos políticos, terminava por compreendê-la da forma mais ampla possível. Veja-se:

“Estabelecido pela Constituição quais as pessoas legitimadas, surge o primeiro problema: quando os partidos políticos são legitimados para requerer mandado de segurança coletivo? Dentro dessa mesma linha liberal que sempre adotei, penso que os partidos políticos, desde que tenham representação no Congresso Nacional, podem requerer Mandado de Segurança coletivo para proteger quaisquer interesses difusos ou direitos subjetivos de pessoas. Essa posição ampla, defendida por mim e por Ada Pellegrini Grinover, baseia-se em princípios mais liberais e também no fato de que a Constituição não restringe, não cria nenhuma limitação. Essa interpretação, no entanto, não é esposada por outras pessoas: Calmon de Passos limita e expressa seu pensamento da seguinte forma: ‘Não, o partido político só pode agir, só tem legitimação para agir, quando não houver uma entidade de classe, sindicato ou associação; só age supletivamente.’

Não vejo razão para essa limitação. Diz Calmon: ‘se não for assim, os partidos políticos vão sair requerendo mandado de segurança a esmo’. Esse é argumento ad terrorem. Pode parecer que realmente o Poder Judiciário brasileiro iria ficar tumultuado, sufocado por milhares de demandas dos partidos políticos. Na verdade, isso não acontece. Acho perfeitamente defensável a tese de uma legitimação ampla dos partidos políticos, porque os mesmos, ainda que agindo por interesse eleitoral, atuam; e, na prática, não estão abusando desse direito de requerer o mandado de segurança. Se eventualmente houver algum abuso, cabe ao Poder Judiciário reprimir, indeferindo mandados incabíveis...

Alguns autores procuram uma interpretação intermédia, nem tanto na posição mais liberal, nem tanto na posição mais limitativa do professor Calmon de Passos. Encontramos aqui a posição intermédia de Barbosa Moreira e Athos Gusmão Carneiro. Barbosa Moreira entende que os partidos políticos são legitimados em duas hipóteses: primeiro, quando se trata de direitos de seus filiados. Nesse caso quase nunca será utilizado, porque os filiados de partidos políticos, na verdade, são muito poucos, uma vez que a maior parte da população vota, mas não se filia. Segundo, quando as pessoas interessadas forem destinatárias de pontos do programa partidário. Já o Ministro Gusmão Carneiro considera legitimados os partidos se os direitos questionados forem aqueles sob direta e imediata tutela constitucional, acima de considerações pertinentes a classe, profissões, etc. Exemplifica: seria então o direito à liberdade de culto, de pensamento, etc. Quer dizer, só estes direitos mais amplos, mais gerais, que dizem respeito à liberdade de pensamento, liberdade de palavras, liberdade de culto, é que seriam reclamados pelos partidos políticos. Confesso que, nessa parte, não comungo com o Ministro Gusmão, não vejo razão para essa limitação. (...)

Apesar do respeito que tenha pela opinião do Professor Barbosa Moreira e do Ministro Gusmão, continuo na tese liberal: deve-se reconhecer aos partidos políticos, principalmente pela amplitude do campo em que agem, uma liberdade muito grande para reclamarem, através do mandado de segurança coletivo, quanto à ilegalidade de lese direitos ou interesses difusos".⁹⁷

⁹⁷ *Mandado de Segurança Coletivo*. 7ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 288/290.

No caso dos partidos políticos, parece-nos, na linha do que sustenta José CARLOS BARBOSA MOREIRA, justificável a pertinência *mínima* entre o programa do partido e o interesse veiculado pela via do mandado de segurança, à vista do próprio sistema partidário previsto na Constituição Federal e essencial à concretização do Estado Democrático de Direito.

Por conta disso, não se afigura razoável que um partido político possa impetrar mandado de segurança em defesa de interesse coletivo ou difuso que se encontre em dissonância com sua plataforma política. Isso não significa que se esteja a exigir autorização estatutária expressa para a impetração ou defesa dos interesses exclusivos dos filiados ⁹⁸, porquanto a Constituição Federal não prevê tal possibilidade, tampouco a Lei 12.016/2009; também não se está a defender uma interpretação restritiva dos programas partidários ⁹⁹, mas, isto sim, que não se pode conceber o ajuizamento desse *writ* por partido político em defesa de interesses que colidem com seu programa.

No caso das entidades associativas e dos sindicatos (alínea *b*), contudo, a vinculação da eficácia aos respectivos membros encontra-se prevista no texto da Constituição. E, é por isso que não é possível que qualquer norma infraconstitucional venha a alterar-lhe – menos

⁹⁸ Em sentido diverso, o STJ entendeu pela necessidade de autorização estatutária e configuração do interesse dos filiados do partido no julgamento do MS 197/DF Rel. Ministro José de Jesus Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Garcia Vieira, 1ª Seção, j. 08.05.1990, DJ 20.08.1990 p. 7950. Conquanto atualmente a jurisprudência do STJ não exija autorização dos substituídos para a impetração de mandado de segurança por associação, não há notícia de julgados que tenham infirmado esta interpretação restritiva da legitimidade partidária, mormente quanto a sua restrição às questões políticas que envolvam os filiados.

⁹⁹ Como a que se pôde verifica no MS 1252/DF (Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, , Rel. p/ Acórdão Ministro Américo Luz, 1ª Seção, j. 17.12.1991, DJ 13.04.1992, p. 4968).

ainda restringir – o seu alcance. Como bem observa SÉRGIO FERRAZ, na afirmação de que o mandado de segurança coletivo foi erigido à estatura de garantia fundamental pela Constituição da República está implicado que “A Constituição é um patamar mínimo de direitos; sua incidência, e seu elenco mesmo, podem ser ampliados; o que não se admite é sua restrição ou estreitamento; (...)”.¹⁰⁰

O art. 22, *caput*, da Lei 12.016/09 encampou a eficácia do mandado de segurança coletivo aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Por outro lado, em relação ao sujeito passivo, impetrado que tenha sido contra pessoa jurídica de direito público, através da autoridade coatora, é aquela que será o sujeito passivo e que suportará a eficácia da decisão.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é precisamente nesse sentido, ou seja, que “a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade ou o órgão tido como coator, é o sujeito passivo do mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para recorrer da decisão que defere a ordem.”¹⁰¹ Com este mesmo entendimento, reconheceu-se que “O Estado do Mato Grosso do Sul, pessoa jurídica de direito público a que pertence o órgão tido como coator, é o sujeito passivo do presente mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para se insurgir contra a

¹⁰⁰ SÉRGIO FERRAZ, *op. cit.*, p. 27. De acordo, v. SEABRA FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.ed, Rio de Janeiro: Forense, p. 332.

¹⁰¹ STF – RE-AgR 233319 – PB – 2ª T. – Relª Min. Ellen Gracie – DJU 12.09.2003 – p. 43. (destaques nossos).

decisão que deferiu a ordem.”¹⁰² Igualmente, é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.¹⁰³ Tal orientação não veio a ser modificada pela Lei 12.016/09.

¹⁰² STF – RE-AgR 368715 – MS – 2º T. – Rel. Min. Ellen Gracie – DJU 22.08.2003 – p. 00047. No mesmo sentido, ainda, v. a respeito da jurisprudência do STF, GELSON AMARO DE SOUZA (Parte passiva no mandado de segurança. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 15, p. 17, nota 36, p. 13, Gênese: Curitiba.

Na doutrina, LÚCIA DO VALLE FIGUEIREDO, *A Autoridade coatora e sujeito passivo do mandado de segurança*, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 36.

¹⁰³ V. jurisprudência do STJ, no mesmo sentido, coletada por GELSON AMARO DE SOUZA (*Parte passiva no mandado de segurança, cit.*, p. 17, nota 35, editada em Curitiba, pela Genesis. E, especialmente, ver, ainda:

“PROCESSUAL CML – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCURADOR DO ESTADO – PUBLICAÇÃO – DIÁRIO OFICIAL – ART. 169, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC – OFENSA – INEXISTÊNCIA – 1. Em publicação de sentença em mandado de segurança, mesmo que o nome da parte venha expresso por abreviatura pela qual ela é conhecida, não ocorre ofensa ao parágrafo único do art. 169 do CPC, porquanto o pólo passivo da relação processual é ocupado sempre pela pessoa jurídica de direito público (ou pela pessoa jurídica de direito privado que exerça funções delegadas do poder público a que se vincula a autoridade coatora), estando expressos na publicação o número do processo, os nomes do autor e dos advogados, facilmente identificáveis. Precedentes. 2. Recurso não conhecido.” (STJ – REsp – 279419 – MA – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 10.09.2001 – p. 00426)

“ (...) 3. A autoridade coatora, no mandado de segurança, é notificada para prestar informações, cessando sua intervenção, quando oferecidas estas, razão pelo qual a legitimatio *ad processum* para recorrer da decisão deferitória do mandamus é do representante da pessoa jurídica a que pertence o órgão supostamente coator. 4. Outrossim, é cediço em sede clássica doutrinária que: “a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora.(...) o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem ‘capacidade de ser parte’ do nosso direito processual civil”. E continua o referido autor: “A circunstância de a lei, em vez de falar na citação daquela pessoa, haver se referido a ‘pedido de informações à autoridade coatora’ significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo: o coator é citado em juízo como ‘representante’ daquela pessoa, como notou Seabra Fagundes, e não como parte” CELSO AGRÍCOLA BARBI (Do Mandado de Segurança, 10ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 125). E “a abertura de vista ao apelado é formalidade essencial” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao CPC, Vol.V, Rio de Janeiro: Forense, 7ª Edição, p. 456). No mesmo sentido, o entendimento do STF: (RE-AgR 412430 / MS . Min. Ellen Gracie, 2º T, j. 13/12/2005; DJ 17-03-2006, p; 40) 5. “Em tema de mandado de segurança, o coator é notificado para prestar informações. Prestadas estas, sua intervenção cessa. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do mandamus. A legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada” (Acórdão unânime da 1ª T., Rel. Min. Soares Muñoz, RE 97.282-9PA , DJU de 24.9.92)” (Hely Lopes Meirelles, in Mandado de Segurança, 20ª Ed., p. 97) 6. Precedentes: RESP 619461/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 06.09.2004; ROMS 14.176/SE, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 12.08.2002; RESP 601.251/CE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 04.04.2005; RESP 646.253/MA; Rel. Min. Castro Meira, DJ 07.03.2005; RESP 647.409/MA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 28.02.2005; EDcl no RESP 647.533/MA, Rel. Min. Castro Meira, DJ 27.09.2004. 7. A nova redação dada pela Medida Provisória n.º 2.180/2001, ao § 4º, do art. 1º, da Lei n.º 8.437/92, determinando que “Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado”, revela evidente a necessidade de intimação pessoal das liminares concedidas em sede de mandado de segurança e, com muito mais razão, reforça a imperatividade da intimação da sentença. 8. Precedentes da Primeira Seção: EREsp 785.230/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, 1ª Seção, julgado em 10.10.2007, DJ 22.10.2007 p. 188; EREsp 647.366/MA, Rel. Ministra Eliana Calmon, 1ª Seção, julgado em 14.03.2007, DJ 09.04.2007 p. 221; REsp 649.019/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, , julgado em 27.04.2005, DJ 21.05.2007 p. 531. 13. Recurso Especial provido para anular o acórdão recorrido, determinando a intimação do Estado do Maranhão da sentença concessiva da segurança.” (REsp 842.279/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª T., j. 03.04.2008, DJe 24.04.2008)

Cumpre-nos aprofundar o assunto da abrangência da coisa julgada coletiva no Mandado de Segurança Coletivo, na hipótese de ter sido impetrado por associação.

Se a parte no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público (ou de direito privado, delegatária de serviço público), disto se segue que, num mandado de segurança impetrado, *v.g.*, contra autoridade coatora integrante dos quadros da União, quem ficará vinculada à eficácia da decisão será a União. Se o órgão que presta informações não é a parte, disto se segue que não há de ser considerado para o estabelecimento da identidade da lide contida no mandado de segurança, senão que a parte passiva é a pessoa jurídica e é esta que conta para a identificação da ação (lide).

A autoridade coatora, ou a autoridade em relação à qual se teme a coação, igualmente designável como autoridade coatora, é órgão integrado na pessoa de direito público, e esse órgão não é o sujeito passivo, senão que apresenta ou representa a pessoa de direito público prestando informações e, sucessivamente, quem atua é a própria pessoa de direito público. Quem passa a agir, sucessivamente, é a pessoa de direito público.

Se a parte no mandado de segurança coletivo é a pessoa jurídica de direito público, é em relação a esta que se produzem os efeitos decorrentes da concessão, sendo, por isso, absolutamente irrelevante considerar-se esta ou aquela autoridade, este ou aquele órgão

público, que representou a pessoa jurídica de direito público, para o fim de saber se a pessoa jurídica de direito público está ou não submetida à eficácia da decisão e à coisa julgada. A consideração do órgão é relevante, no entanto, para se identificar a pessoa jurídica de direito público, pois entre aquele e esta há de haver relação, dado que aquele deve estar alojado nesta.

O fato de a lei determinar a notificação da autoridade coatora para a prestação de informações e exigir sua indicação no pólo passivo não a torna, tecnicamente, ré no mandado de segurança, já que, em última análise, quem irá suportar a eficácia de eventual sentença desfavorável será a pessoa jurídica de direito público (ou de direito privado, delegatária de serviço público); como, ainda, denegado a segurança, pelo mérito, é a pessoa jurídica que disso será beneficiária. Tanto assim que, atualmente, é exigido que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito. Tal ciência visa, em última análise, que a pessoa jurídica de direito público possa, por intermédio de seus procuradores, oferecer subsídios técnicos para a defesa no mandado de segurança. Além disso, é exigida a comunicação da pessoa jurídica de direito público no prazo de 48 horas da notificação da medida liminar pelas autoridades administrativas para que possam tomar as providências quanto à suspensão da medida (art. 9.º da Lei 12.016/09).

Deve-se observar, outrossim, que a pessoa jurídica é, de ordinário, legitimada para a interposição de recursos contra decisões desfavoráveis no mandado de segurança. A Lei

12.016/09 veio de certa forma a inovar a esse respeito, ao estender legitimidade recursal à autoridade coatora, nos termos do § 2.º, do art. 14, da Lei 12.016/2009.

Se a pessoa jurídica de direito é uma das partes, a outra parte processual, é a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; os beneficiários são os associados ou os sindicalizados. São aqueles em prol de quem a parte processual age ativamente que serão os beneficiários dos efeitos da decisão, cobertos pela coisa julgada.

Desta forma, a eficácia da decisão e sua coisa julgada, pois, atingem a pessoa jurídica de direito público, e, de outra parte, se direciona beneficentemente – no caso de procedência – para os membros da organização sindical, entidade de classe ou associação civil ou a coletividade substituída pelos partidos políticos. A finalidade colimada e suscetível de ser obtida em mandado de segurança coletivo é, precisamente, a proteção dos membros ou associados e, no caso da legitimação dos partidos políticos, a própria coletividade afetada.

À semelhança do que ocorre – raramente, diante da escassez das previsões de substituição processual no processo individual – em que o substituído processual é aquele em relação ao qual se opera o efeito da coisa julgada e, se favoráveis os efeitos da decisão é este, o

substituído, o beneficiário do resultado, em decorrência do agir do substituto, no mandado de segurança, . em relação à atividade da impetrante em prol da coletividade (alínea *a*) ou de seus membros e associados (alínea *b*), a configuração é a de substituição processual.¹⁰⁴

Tratando-se de substituição processual, a legitimidade para o processo decorre da lei, por isso que não há de cogitar-se de autorização.

Nessa linha, o art. 21, *caput*, da Lei 12.016/09 veio a consagrar a orientação de dispensa de autorização ao estatuir que "o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos, relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em

¹⁰⁴ Nesse sentido, já se pronunciou o Pleno do Superior Tribunal de Justiça:

"1 – A legitimização das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5.º, LXX.

II – Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5.º, CF, que contemple hipótese de representação." (STJ, Pleno, MS 22.132/RJ, relator Min. Carlos Velloso, DJU de 18.11.1996, p. 39.848) (grifos nossos).

E, mais recentemente, com o mesmo sentido: "CONSTITUCIONAL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – ASSOCIAÇÃO – ATUAÇÃO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL – AUTORIZAÇÃO DOS ASSOCIADOS – DISPENSÁVEL – ART. 5º LXX, DA CF – 1 – Já é entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência no sentido de que as associações não precisam estar autorizadas pelos seus associados para impetrarem Mandado de Segurança Coletivo em defesa de seus respectivos direitos e interesses. Trata-se de legitimização extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual, com base no art. 5º, LXX, da CF. 2 – Precedentes (RE nº 193.382/SP, RMS nºs 3.298/PR e 12.748/TO). 3 – Recurso conhecido e provido para, anulando o V. Acórdão de origem, conhecer da impetração, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo, para exame do mérito." (STJ, RONS 14849/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU 04.08.2003, p. 00333).

Identicamente ainda o Supremo Tribunal Federal: "A legitimização das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5.º, LXX." (STF, 2.ª Turma, RE n.º 212.707-DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 20.02.1998). (negritos nossos). Neste norte, aliás, a STF veio a editar duas Súmulas com referência ao tema, antes da entrada em vigor da Lei 12.016/2009, a saber: **Súmula 629/STF**: "A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes." – **Súmula 630/STF**: "A entidade de classe tem legitimização para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria."

funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, *dispensada, para tanto, autorização especial*".

Quando, por exemplo, uma associação atua em relação àqueles pelos quais essa atuação é realizada, são estes os beneficiários dos efeitos favoráveis, que resultem protegidos pela coisa julgada.¹⁰⁵

A esse respeito, HELY LOPES MEIRELLES preleciona que "a coisa julgada afeta toda a coletividade representada ou substituída pelo impetrante se o pedido for julgado procedente (no caso do mandado de segurança coletivo, se a ordem for concedida)."¹⁰⁶

Corroborando esse entendimento, SÉRGIO FERRAZ escreveu: "O primeiro ponto tem que ver com o sujeito ativo da ação, mais particularmente, com a extensão de sua representatividade. Assim, e por exemplo, sendo o *writ* ajuizado por sindicato, não só os seus associados, mas toda a categoria econômica ou operária, por ele tutelada, é atingida pelos efeitos da coisa julgada. (...) Por isso, a decisão concessiva da segurança aqui terá

¹⁰⁵ É o que observa THEREZA ALVIM, para quem "Em havendo a legitimação extraordinária, aquele que não participou do processo é alcançado pela decisão judicial e pela coisa julgada material, que, sobre ela, recairá." (*O direito processual de estar em juízo*, São Paulo: RT, 1996, p. 89).

¹⁰⁶ V. HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de segurança*, 21.ª ed, atualizada por Arnaldo Wald, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 101.

cunho declaratório amplo, normativo mesmo, e beneficiará toda a gama de componentes do universo que o sindicato, por força legal, tutela, e não apenas seus efetivos associados.”¹⁰⁷

Nesse norte enfileiram-se inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando que a orientação deste Tribunal é consolidada no sentido de que a eficácia da coisa julgada se estende a todos os associados – indistintamente – da entidade autora da impetração.¹⁰⁸ Sendo indivisível o direito tutelado, já decidiu o STJ, em Acórdão de relatoria do Min. Luiz Fux, que a coisa julgada aproveita a todos os que integrem a classe titular do direito coletivo.¹⁰⁹

¹⁰⁷ *Mandado de segurança*, 2.ªed, São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 144-145.

¹⁰⁸ “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO POR ASSOCIAÇÃO. EFEITOS DA COISA JULGADA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. I - A ausência de prequestionamento da matéria relativa ao quantum fixado a título de honorários advocatícios, embora opostos embargos declaratórios, impede sua admissibilidade, a teor da Súmula nº 211 do STJ. II - Quando se tratar de mandado de segurança coletivo impetrado por associação de classe, os efeitos da coisa julgada são estendidos aos seus associados, bastando a comprovação de que são filiados à referida entidade, o que restou configurado nos autos. Precedentes: AgRg no AG nº 435.851/PE, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 19/05/03 e RMS nº 9.624/MS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 06/09/99.III - Agravo regimental improvido.”(AgRg no REsp 672810 / PR, Ministro Francisco Falcão, DJ 01.07.2005 p. 410)..

¹⁰⁹ Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 435.851-PE, 1ª Turma, j. em 6.maio.2003, rel. Min. Luiz Fux, v. u., onde se frisou: “Por ser indivisível o interesse coletivo é que a coisa julgada no *writ* a todos aproveita, sendo filiados à entidade associativa impetrante, sejam aos que integram a classe titular do direito coletivo, dizendo-se, aliás, possuir eficácia ultra partes” (págs. 5 e 6, do acórdão), aí referida doutrina no mesmo sentido do fundamento do acórdão.

3.3.2. Dos instrumentos direcionados à proteção do Direito Objetivo (Controle de Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos pelo Supremo Tribunal Federal)

Ganham relevo os instrumentos destinados ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, visto que devem ser considerados instrumentos de tutela do direito objetivo constitucional. Sua evolução revela por si só, a grande influência das normas constitucionais sobre o direito nos dias atuais.

É possível, pois, afirmar, que ao lado dos instrumentos que tutelam os direitos subjetivos fundamentais (de índole coletiva e individual), a Constituição Federal de 1988 previu instrumentos destinados ao próprio controle e salvaguarda do Direito Objetivo, mormente constitucional, muitos dos quais são tradicionais no direito constitucional brasileiro e que atualmente estão no art. 102, da CF; a saber: no seu inciso I ¹¹⁰ e no seu inciso III. ¹¹¹

¹¹⁰ Cabe ao STF processar e julgar originariamente: **art. 102, I:** “a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [\(redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993\)](#)”. A eficácia do resultado deste processo encontra-se disciplinada no § 2º, do art. 102 e na Lei 9.868/99.

¹¹¹ Dispõe esse texto, que cabe ao STF processar e julgar: **art. 102,.....** “III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. [\(incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#). **§ 1.º** A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. [\(transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93\)](#). **§ 2º** As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. [\(redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#). **§ 3º** No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal

Inovou o constituinte ao prever, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, instrumento destinado à declaração de inconstitucionalidade por omissão (ação direta de inconstitucionalidade por omissão - art. 103, § 2º, CF)¹¹² e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º)¹¹³ --- este último instrumento verdadeiramente inovador no direito brasileiro, por se tratar de controle concentrado e, ao mesmo tempo, concreto, que parte de caso específico para permitir ao Supremo declarar, em primeira e última instância, a inconstitucionalidade de determinada conduta, com efeitos *vinculantes e erga omnes*.

O entendimento que prevalece no STF é o de que não cabe a arguição de preceito fundamental se existirem outros meios para solucionar o que se pretenderia resolver através da arguição de preceito fundamental.

Embora o STF admita que a subsidiariedade da utilização da arguição de preceito fundamental não pode servir impedimento ao ajuizamento da ADPF nas hipóteses de ofensa ampla a preceito constitucional, que mereça uma resposta imediata, o Supremo

examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#).

¹¹² Cuida-se de ampliação do objeto da ação direta, assim instituída pela CF/88: “§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

¹¹³ “§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. [\(Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93\)](#)”. Este dispositivo foi regulamentado pela Lei 9.882/99. É a lei 9.882/99, no seu art. 10, parágrafo 3º, que estabelece eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”, como, ainda, é nesta lei que se estabelece a possibilidade de modulação da eficácia.

Tribunal Federal já negou cabimento à ADPF por este fundamento por diversas vezes, conforme se exemplifica a seguir: ADPF 03 (CE); ADPF 12 (DF) ; ADPF 13 (SP) ; ADPF 15 (PA) ; ADPF 17 (AP) ; ADPF 18 (CE); ADPF39 (DF) ; ADPF 56 (DF) ; ADPF 63 (AP) ; ADPF 64 (AP) ; ADPF 74 (DF) ; ADPF 76 (TO) ; ADPF 78 (RJ) ; ADPF 84 (DF) ; ADPF 85 (CE) .

Há, todavia, autorizada interpretação, mais ampla, relativizadora da subsidiariedade no tocante às decisões judiciais, por vezes autorizadas. Trata-se do entendimento no sentido de que “A subsidiariedade de que trata a legislação diz respeito a outro instrumento processual-constitucional que resolva a questão jurídica com a mesma efetividade, imediatidade e amplitude que a própria ADPF. Em se tratando de decisões judiciais, não seria possível o manejo de qualquer ação de nosso sistema de controle concentrado. Da mesma forma, o recurso extraordinário não daria resolução de maneira definitiva como a ADPF” (ADPF 79 MC (PE), Ministro Cezar Peluso).

A noção desta interpretação ampliativa da Constituição permite concluir que o descumprimento que autoriza o ajuizamento da ADPF não se refere a preceito constante da CF, mas também, a preceito fundamental dela decorrente. Sob esta perspectiva, a violação poderia se referir à lei, desde que acarretasse descumprimento a preceito fundamental da Constituição, ainda que pela via reflexa. Este entendimento é bastante abrangente, mas deve ser conciliado ou somado ao requisito da “relevância da matéria constitucional”.

Além disso, de acordo com o entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a gravidade da violação à lei, a que se há de agregar a importância da matéria constitucional a que geneticamente se liga a lei, autoriza o entendimento de que foram descumpridos preceitos fundamentais. Embora admita as dificuldades decorrentes da orientação no sentido de que “toda violação à norma infraconstitucional configura também violação à Constituição”, Gilmar Mendes preconiza a adoção deste entendimento para fins de se delinear o conceito de preceito fundamental nos casos de ADPF ajuizada com base em decisões judiciais sem base legal ou com falsa base legal.

Este entendimento não exclui, portanto, a necessidade de se demonstrar que **o grau de intensidade da violação, ainda que reflexa, a preceito fundamental autoriza a ADPF.**

A análise do enquadramento do caso à hipótese de cabimento da ADPF dependerá, portanto, da avaliação do STF acerca da gravidade do descumprimento à legislação infraconstitucional e, por consequência (contaminação), à própria Constituição.¹¹⁴

Todas essas matérias encontram-se na Constituição Federal por ser o Brasil uma Federação. Assim se passa com o Recurso Extraordinário (e, com o Recurso Especial), à semelhança do que ocorre com os Estados Unidos, Alemanha e Argentina, também

¹¹⁴ GILMAR FERREIRA MENDES, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007, p. 72 e s.

federações, ainda que nem todos esses países prevejam o cabimento de um recurso, análogo ao extraordinário, em suas Constituições. A Constituição Federal deve ter uma unidade de entendimento (STF), e, igualmente, o direito federal ordinário (STJ).

Considerado o assunto no plano da constitucionalidade das leis federais e estaduais em relação à CF, há de ser referido o que está previsto em relação ao âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, da competência do STF, ao abrangerem também as leis estaduais havidas como contrárias à Constituição Federal. Acresce ter presente, ainda, estar previsto pedido de medida cautelar em tal modalidade de ação (art. 102, I, letra “p”, da CF; art. 10 e ss. da Lei 9.868, de 10.11.1999, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal).

O controle concentrado da constitucionalidade é, por excelência, o instrumento destinado à guarda e prevalência da Constituição Federal sobre a legislação infraconstitucional, abrangida pelo espectro deste processo objetivo,¹¹⁵ que com aquela, material ou formalmente colida, colimando expungir do ordenamento norma inconstitucional; ou, imprimindo a uma norma a interpretação possível à luz da Constituição Federal – interpretação conforme; ou, ainda, declarando a constitucionalidade de lei.

¹¹⁵ Do âmbito dessa ação refoge o exame das leis municipais em relação à Constituição Federal.

Na chamada *nulidade parcial sem redução de texto*, não há fratura no texto normativo, senão que se trata de atividade de identificação algum ou alguns significados em face da Constituição, em que, se atos fossem lastreados nesses sentidos, o significado seria inconstitucional. A orientação do STF não inclui no âmbito de controle o confronto de lei anterior com a Constituição posterior, por isso que entende tratar-se de assunto relacionado com a revogação de norma.

A competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de lei federal ou de Estado federado inconstitucionais --- e mesmo para declarar a inconstitucionalidade por *omissão legislativa* ---, em relação à CF, é competência exclusiva¹¹⁶ e nenhum outro órgão do Poder Judiciário do país a tem em identidade de condições; i.e., na esfera federal, em que se inclui o controle das leis estaduais contrárias à Constituição Federal.

¹¹⁶O Ministro Moreira Alves observa lúcida e judiciosamente que "O controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, a forma *incidenter tantum* é de natureza excepcional, se só se permite nos casos expressamente previstos na própria Constituição, como consectário, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado" (cf. no REextr. 91.740-RS, publicado na RTJ vol. 93, págs. 461-462). Igualmente, essa mesma e idêntica ideia é sublinhada pelo mesmo Min. Moreira Alves, *A Evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil*, p.7, *fine*, publicado na obra *As Garantias do Cidadão*, coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo, São Paulo, 1993, ed. Saraiva.

O mesmo se há de dizer respeitadamente à ação declaratória de constitucionalidade, com objeto análogo, mas com resultado perseguido às avessas.¹¹⁷

Sem qualquer pretensão de exaurir o tema atinente ao controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, seja pela via concentrada --- através das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, *caput* e § 2º, CF), e ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, § 4º, CF) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e ---, seja pela via difusa --- por meio do recurso extraordinário ---, o que sobreleva notar é a importância da função do STF como guardião

¹¹⁷ Dispõe a CF que aos Estados federados caberá criar esta modalidade de ação (art. 125, § 2º, CF), em relação às leis estaduais e municipais com referência às respectivas constituições estaduais. Interpretando este dispositivo (art. 125, § 2º), já teve oportunidade de entender o Supremo Tribunal Federal que a Constituição Federal somente admite o controle em abstrato de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Estadual, perante o Tribunal de Justiça do Estado, pelo que incabível, por via da ação direta, o contraste de leis emanadas destes componentes da Federação perante a Constituição da República, seja diante o STF, seja diante os Tribunais de Justiça locais. Neste sentido, cf. *RJ* 147/404 e ADIn 1.268-1/MG, rel. Min. Carlos Velloso, j. 18.04.1995, *DJU*, I, 26.04.1995, p. 10.727. Já se decidiu, no entanto, em julgado mais recente, que, havendo propositura simultânea de ADIn contra lei estadual perante o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça, deve-se determinar a suspensão do processo no âmbito da justiça estadual, até a deliberação definitiva do STF (STF, Pet. 2.701-AgR, rel. para o ac. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 19.03.2004).

Diferente é a questão atinente à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça dos Estados, alegando que determinadas leis municipais violam dispositivos das Constituições Estaduais, que nada mais sejam que repetições de dispositivos constantes da Constituição Federal. Em longo e erudito voto, o Min. Moreira Alves acabou por firmar o entendimento, acolhido por maioria no Plenário do STF, de que é possível, nestes casos, a ação direta perante a Corte local, sendo resguardada a competência do STF pela possibilidade de interposição de recurso extraordinário quando a interpretação dada pela Corte Estadual contrariar o dispositivo constitucional símile (Reclamação 383-3/SP, j. 11.06.1992, acórdão inserto em *O controle de constitucionalidade por via de ação*, São Paulo, 1994, de Dircêo Torrecillas Ramos, p. 147-178). Esta orientação tem sido seguida em julgados mais recentes: "Parâmetro único de controle: a Constituição do próprio Estado-membro ou, quando for o caso, a Lei Orgânica do Distrito Federal. Impossibilidade, contudo, tratando-se de jurisdição constitucional *in abstracto* do Estado-membro (ou do Distrito Federal), de erigir-se a própria Constituição da República à condição de paradigma de confronto. A questão da incorporação formal, ao texto da carta local, de normas constitucionais federais de observância obrigatória. 'Estadualização', nessa hipótese, de tais normas constitucionais, não obstante o seu máximo coeficiente de federalidade. Legitimidade desse procedimento. Hipótese em que as normas 'estadualizadas' poderão ser consideradas como parâmetro de confronto, para os fins do art. 125, § 2.º, da Constituição da República" (STF, Rcl. 3.436-MC, rel. Min. Celso de Mello, *Informativo* 394).

De todo o modo, tal como ocorre com as ações declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade julgadas pelo STF, "a declaração de inconstitucionalidade de norma estadual em face da Constituição estadual, quando se torna irrecorrível, tem eficácia *erga omnes*, vinculando, por isso, necessariamente o Tribunal local de que ela emanou, como corretamente salientou o acórdão recorrido" (STF, AI 255.353-AgR, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 10.08.2000).

da Constituição Federal, que, inclusive, ensejou parte das inovações implementadas pela Emenda Constitucional n.º 45/2002.

3.4. Duas inovações oriundas da Emenda Constitucional 45/2002 voltadas à otimização da atividade do STF

Por intermédio do disposto no art. 103-A, CF, instituiu-se a chamada *súmula vinculante*. A partir da edição do enunciado vinculante sobre determinado assunto – o que pressupõe o preenchimento dos requisitos constitucionais adiante analisados –, a interpretação dada pelo STF deverá irrefragavelmente prevalecer, sendo inviável outra, que não a vinculantemente sumulada.

A instituição da súmula vinculante afeta o disposto no art. 5º, II, da CF, no sentido de que se a lei era e é, normalmente, o comando *imediato* para os juízes, administrações públicas e jurisdicionados, na hipótese da súmula vinculante a lei continuará sendo esse comando, *mas tal como o haja interpretado e como tenha sido estabelecido vinculantemente pelo STF* e não comporta entendimento diferente desse. Isto é, a súmula vinculante afasta a lei como comando imediato. Pode-se dizer que, na hipótese de súmula vinculante, o comando imediato é o que dessa súmula consta.

A certeza, entendida sob a ótica de um dos seus mais significativos aspectos em direito, o da previsibilidade, é um dos valores funcionais máximos dos ordenamentos; e é insuprimível – além de certo limite –, sob pena de gerar caos. A previsibilidade significa segurança em relação ao futuro.

Principalmente quando esse valor puder resultar seriamente comprometido, surge a situação ou o ambiente previsto para a possibilidade da edição de súmula. Afirma-se isto porque o art. 103-A, no seu § 1º, da CF, se refere a matérias que poderão vir a ser vinculadamente sumuladas quando “acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Como se disse, a previsão da súmula vinculante afasta a lei como comando direto ou imediato para os jurisdicionados, juízes, organismos administrativos, porquanto, ainda que se haja de aplicar a lei, esta somente poderá vir a ser entendida e aplicada tal como, vinculadamente, vier a fixar o STF a respeito do seu entendimento, já preexistente à edição da súmula vinculante, em decisões suas anteriores.

Nos casos em que haja súmula, o art. 5º, inc. II, da CF, haverá de ser lido através da interpretação estabelecida pelo STF. É certo que, revogada a lei, desaparecerá a súmula.

¹¹⁸ As normas são vocacionadas a comportarem uma única interpretação numa mesma quadra histórica. Como as normas são interpretadas e aplicadas por muitos magistrados, essa unidade de entendimento, ainda que num mesmo segmento temporal e à luz das mesmas circunstâncias, não incomumente se desfaz. ¹¹⁹ E, especialmente, essa circunstância (da norma ser aplicada por vários juízes) gera diversidade de entendimentos que, por sua vez, ocasiona insegurança jurídica. ¹²⁰

A insegurança que se constitui no ambiente em que pode ser editada uma súmula vinculante, como se disse, deve ser grave, e se expressará pela multiplicação de processos, em que se consubstancia essa colisão de entendimentos, que não atende à posição firmada pelo STF em outras decisões dele mesmo e precedentes à possibilidade de uma súmula

¹¹⁸ Em relação às súmulas *persuasivas*, às vezes, estas continuaram a ser invocadas, diante de revogação, *por lei que vinha dispor no mesmo e exato sentido que a lei anterior*; isto inclusive se passou com normas constitucionais, *v. g.*, entre outras, com as súmulas 282 e 356, do STF. Alteraram-se Constituições Federais e estas súmulas *persuasivas* sobreviveram. Em outras hipóteses, *que serão as comuns*, havendo incompatibilidade da súmula com o regime jurídico superveniente à edição daquela, a súmula não poderá ser invocada. É o caso da súmula 228, do STF, que dispunha: “Não e provisória a execução na pendência de recurso extraordinário, ou de agravo destinado a fazê-lo admitir”. Com a superveniência do CPC/73, isto se alterou diante da inequívoca clareza de que, em tal hipótese, a execução era provisória.

¹¹⁹ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a respeito, acrescenta: “Vendo agora o *avesso* representado pela imensa fragmentação de julgados presente na realidade brasileira, tem-se que nos julgamentos repetitivos e absolutamente desvinculados residem fatores que podem comprometer cada um desses ideais da boa justiça, porque (a) somente os que puderem e se animarem a subir ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça poderão afastar de si os julgamentos desfavoráveis suportados nas instâncias locais, (b) por isso mesmo ou por outros fatores, reinará sempre entre os jurisdicionados alguma incerteza sobre o futuro dos litígios em que se acham envolvidos, (c) o Poder Judiciário prossegue envolvido em um trabalho inútil e repetitivo, quando poderia liberar-se da carga da repetição e dedicar-se com maior proficiência e celeridade a outros casos, e (d) as decisões do órgão competente para dada matéria ficariam sempre prestigiadas, prevalecendo soberanas e com homogeneidade em todos os casos.” (*Decisões vinculantes* – palestra realizada em Salvador, aos 16.06.1999, na III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, e publicada na *Revista de Processo* 100, p. 169).

¹²⁰ Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Decisões vinculantes* – palestra realizada em Salvador, aos 16.06.1999, na III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, e publicada na *Revista de Processo* 100, pp. 181-182. Referido professor anota que “Toda ordem jurídica tem a missão e a responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança das pessoas e grupos quanto aos seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderem prever conseqüências do descumprimento próprio ou alheio. Tal é o valor da *segurança*, indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado.” (op. ult. cit., p. 182).

vinculante. Há alusão a decisões precedentes porque parte do texto instituidor da súmula vinculante alude a ela como só podendo vir a ser editada “após reiteradas decisões [do STF] sobre matéria constitucional,...”.

Por isso, a súmula vinculante objetiva, especialmente, suprimir esses muitos entendimentos colidentes que comprometem seriamente a certeza jurídica. As súmulas *persuasivas*, normalmente, representam e representaram o resultado e síntese linguística de jurisprudência dominante e no enunciado dessas súmulas consta a suma desse resultado de tais decisões, com descarte de peculiaridades que não interessem à essência ou ao núcleo da descrição, retratada no enunciado sumular, que deve ser o descritor de uma situação geral, usualmente em linguagem análoga à da lei. Parece que são criadas através de um processo *indutivo*, a partir de decisões iguais em sua essência – ainda que verbalizadas diferentemente –, cuja ‘tradução’ no enunciado da súmula deve ser o entendimento do que se pode dizer ser o *denominador comum e constante* dessas diversas decisões. Referimo-nos à indução no sentido de que apurado e verbalizado o resultado comum, este, ainda que não substitua a lei, por certo, ilumina o entendimento dessa ou da questão sistemática que resultou sumulada. Em regra será inócuo pretender não se seguir o que desse enunciado consta, em se tratando de súmula *persuasiva*. E, esse enunciado, a seu turno, virá a proporcionar que dele se deduza, *similarmente ao que faria se de lei se tratasse, a solução*. Valerá como uma premissa maior.

Já em relação à sumula vinculante as decisões que se constituirão no conteúdo do enunciado serão as do STF, seja porque em relação ao conjunto de decisões dos demais Tribunais, seja porque em relação a estes e os organismos da administração grassou “controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão” (CF, art. 103-A, § 1º e art. 2º, § 1º, da Lei 11.417, de 2006, que regulamentou a aplicação do instituto), o respectivo enunciado valerá incontestavelmente, sendo vedado desrespeitá-lo.

A súmula vinculante deverá nascer após “*após reiteradas decisões sobre matéria constitucional*” (art. 103-A, *caput*, CF), o que é indicativo de jurisprudência já firmada dentro do STF, e, com vistas a suprimir a incerteza existente entre órgãos judiciários e entre estes e os administrativos, e, também finalisticamente com vistas a vir a eliminar a multiplicidade de processos em que se manifesta essa incerteza. A escolha do instituto pelo cabimento da reclamação como meio *específico* destinado ao prevalecimento do entendimento vinculantemente sumulado, especialmente, nas hipóteses de *negativa de vigência* ou de *contrariedade à súmula*, explica-se pela circunstância de que, a hipótese – no que diz respeito à sua interpretação – já se encontra vinculantemente decidida pelo STF, e, sendo vinculante essa decisão, há de ter sido integralmente respeitada. Diversamente das *súmulas persuasivas*, a *súmula vinculante* incide coativamente.

Acrescentou, ainda, a Emenda Constitucional n.º 45, o § 3º do art. 102 exigindo-se que, para o cabimento do Recurso Extraordinário, além dos seus precedentes requisitos de admissibilidade, a questão objeto do recurso tenha *repercussão geral*.

A repercussão geral tem por objetivo – alterando quantitativamente o que deverá ser julgado pelo STF – que ao STF caiba apenas a apreciação de questões que tenham importância para o país, justamente porque transcendem as decisões a elas respeitantes ao interesse dos litigantes; e, paralelamente, colima desafogar o Tribunal, que tem suportado há anos carga imensa, que não tem cessado de crescer. Hão de revestir-se os recursos extraordinários de um interesse nacional.

É um requisito que completa o perfil que deve ter um Tribunal de cúpula, particularmente o STF, que é “o” Tribunal de cúpula do país, para apreciar detidamente o que a ele é atribuído, produzindo com melhores condições, decisões paradigmáticas e amadurecidas, que irão melhor servir ao Direito e ao país. A disciplina da repercussão geral completou-se com a Lei 11.418/2006 e com modificações no Regimento Interno do STF.¹²¹

¹²¹ Para um texto mais amplo, de nossa autoria, v. publicado na Argentina, em *El Papel de Los Tribunales Superiores – Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello*, coordenação de Roberto Omar Berizonce, Juan Carlos Hitters e Eduardo David Oteiza, publicação do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, Santa Fe, 2006, edição de Rubinzal – Culzoni, vol. I, páginas 301-351, intitulado: “O recurso extraordinário brasileiro e o instituto da repercussão geral (EC 45/2004). Notícia de projeto para sua disciplina por legislação ordinária”.

4. Breve Síntese Conclusiva

Numa análise evolutiva do papel das Constituições sobre o direito, os direitos e instrumentos instituídos --- e desenvolvidos --- ao longo das constituições, especialmente a Constituição Federal de 1988, tornam perceptível, no plano prático, o crescimento da importância das normas constitucionais, não só no direito processual, como também nos demais ramos do direito.

É sensível, no plano do Direito pátrio, a ampliação da abrangência da atividade jurisdicional, guiada, não mais pela literalidade das regras infraconstitucionais, mas, antes iluminadas pelos próprios princípios constitucionais orientadores da hermenêutica jurídica hodierna, dentre eles o princípio da proporcionalidade, que sobressai como critério balizador da aplicação dos demais princípios e regras.

O princípio da proporcionalidade, ao mesmo tempo em que, por seu *status* constitucional, justifica a ampliação da atividade dos magistrados no cumprimento de seu mister de aplicar o direito, limita tal atuação à observância de dois critérios que, senão se podem dizer absolutamente objetivos, ao menos servem como parâmetros mínimos a serem observados pelo intérprete. Por este princípio, afasta-se o sacrifício excessivo ou desnecessário a direitos fundamentais que, numa determinada circunstância, possam

entrar em colisão com outros, de igual hierarquia, mas que se revelem menos importantes no caso específico.

Pode-se afirmar, assim, que o princípio da proporcionalidade termina por orientar tanto a interpretação das normas jurídicas como, também, o controle de sua validade --- e, porque não dizer, de sua constitucionalidade --- em determinadas situações. E, no contexto atual da *constitucionalização do direito* e da disseminação dos *conceitos jurídicos indeterminados*, a utilização do princípio da proporcionalidade revela-se de crucial importância na atividade interpretativa do julgador.

Ao lado da nova conformação da hermenêutica, as Constituições --- de que é exemplo a nossa --- têm evidenciado sua supremacia também mediante a criação de novos direitos fundamentais, sem, com isso, desprezar os direitos precedentes, e cuidando de viabilizar seus respectivos instrumentos de tutela.

Assim é que sobressaem os instrumentos constitucionais de defesa dos direitos fundamentais, alguns já existentes (como é o caso da ação popular, do mandado de segurança) e outros instituídos pela CF/88 ou por ela erigidos à categoria de garantias constitucionais (como ocorre com a *ação civil pública*, o *mandado de segurança coletivo*, o *habeas data* e o *mandado de injunção*).

O controle de constitucionalidade, por sua vez, que cuida da validade e eficácia do próprio direito objetivo, merece destaque pela manutenção de instrumentos tradicionais --- ações diretas e ações declaratórias de inconstitucionalidade; recurso extraordinário --- e pela criação de novos mecanismos de controle, que têm por objetivo garantir o cumprimento dos preceitos fundamentais (ADPF) e exercer um controle efetivo sobre a atuação do legislador na consecução das normas constitucionais (ação direta de inconstitucionalidade por omissão).

A evolução que se observa, porém, não se restringe às normas postas na Constituição Federal, visto que são reflexo da aplicação mesma dos princípios e normas da CF/88.

Assim é que se pode perceber que o mandado de injunção já começa a ser utilizado como instrumento para garantir o efetivo suprimento da inação legislativa, como se noticiou alhures; e que a utilização dos instrumentos voltados à defesa dos direitos coletivos *lato sensu* conduzem ao laborioso trabalho interpretativo dos tribunais em matérias como a legitimação e a coisa julgada coletivas.

Ainda, todas essas modificações resultaram na preocupação do Constituinte derivado com a viabilização de recursos estruturais e procedimentais à atuação dos órgãos estatais, em

especial do guardião maior da Constituição Federal, cuja otimização das atividades constituiu um dos principais objetivos da Emenda Constitucional n.º 45.

Numa visão panorâmica, verificam-se as conseqüências legais, jurisprudenciais e estruturais de uma mudança de paradigma que, no decorrer de três a quatro séculos, resultou na efetiva concretização da supremacia constitucional, de molde a se poder afirmar que a Constituição de 1988 encontra, nos dias atuais e no plano prático, prevalência *real e prática* sobre a legislação infraconstitucional.

O NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL
E O CONTRADITÓRIO

José Roberto dos Santos Bedaque

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

Desembargador aposentado do TJSP.

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP.

Professor da Escola Paulista da Magistratura.

Membro da Comissão constituída pelo Senado Federal para elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil.

Advogado.

1. Considerações Gerais Sobre Contraditório

1. A moderna doutrina processual enfatiza a ideia de contraditório como garantia de prévio conhecimento, pelas partes, de todos os fundamentos passíveis de adoção na decisão judicial, inclusive e principalmente aqueles cognoscíveis de ofício, para poder influir no convencimento do julgador. A cooperação entre os sujeitos do processo é fundamental ao acesso à ordem jurídica justa.¹

Nessa linha, a legitimidade das decisões judiciais pressupõe prévio diálogo entre os sujeitos da relação processual – partes, terceiros intervenientes e juiz –, bem como a participação de todos na formação do ato. É a legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal a que se refere DINAMARCO.²

A propósito desse tema, já tive oportunidade de afirmar que:

“contraditório nada mais é do que o conjunto de atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo, reveladoras da existência de diálogo efetivo entre eles, visando à correta formação do provimento jurisdicional. A participação das partes é fundamental para

¹. “o contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo com o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de ofício inesperadas” Grifei, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, pp. 284-285.

². *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Malheiros, 6ª ed., vol. I, pp. 220-221; nesse mesmo sentido, cfr. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, “O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo”, *Revista Forense*, vol. 388, pp. 1113 e 15; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, Morano Editore, 1958, pp. 31/32.

conferir legitimidade à tutela, pois significa que a elas foi assegurado o poder de influir no convencimento do juiz.

Decisão judicial fundamentada em convicções decorrentes de elementos não submetidos ao debate frustra a efetividade do contraditório, reduzindo injustificadamente o conteúdo da regra constitucional.

Daí entender-se que o modelo processual constitucional, ao consagrar o princípio do contraditório, impede o juiz de tomar qualquer decisão, sem ouvir as partes a respeito de questões a serem abordadas no provimento. (grifei)

Aliás, entre os óbices a serem removidos pelo juiz, a fim de que o processo atinja o objetivo desejado, encontra-se exatamente o risco de que as partes não possam se desincumbir plenamente dos ônus processuais.

Nessa medida, não se concebe contraditório real e efetivo sem que as partes possam participar da formação do convencimento do juiz, mesmo tratando-se das questões de ordem pública, cujo exame independe de provocação. O debate anterior à decisão é fundamental para conferir eficácia ao princípio. (grifei)

Para tanto, deve ser abandonada a ideia de juiz como mero árbitro, para transformá-lo em verdadeiro condutor dos rumos do processo, garantindo às partes a adequação do instrumento.

Toda essa preocupação está voltada à preservação do contraditório real, ou seja, aquele em razão do qual o juiz tem o dever de proporcionar às partes condições de

participação efetiva na elaboração do julgamento, influenciando no resultado.

Essa conclusão se aplica inclusive às questões de ordem pública, pois deve haver correspondência absoluta entre o âmbito do diálogo desenvolvido entre os sujeitos do processo e o conteúdo da decisão final. Sem isso, inexistente aquele mínimo indispensável ao direito de defesa, que se identifica com a possibilidade concreta de as partes influírem na formação do convencimento do juiz”.³

Tamanha é a preocupação com a efetividade do contraditório que o legislador processual de 2015 deixa clara, em diversos dispositivos, a necessidade de observância dessa garantia constitucional em relação à motivação a ser adotada na decisão judicial. O mais enfático, artigo 10, estabelece: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha de decidir de ofício”.

Além desse dispositivo, outros revelam ser a preocupação com a efetividade do contraditório uma das mais relevantes. Ainda na parte geral, o art. 9º determina, com algumas ressalvas, seja a parte previamente ouvida a respeito de situação da qual possa resultar decisão contrária a seus interesses. Há também normas específicas, das quais se extrai revela o cuidado do legislador com essa garantia constitucional do processo (arts. 133/137; 272, § 5º; 493, parágrafo único; 503, § 1º, II e 1.009, § 2º, por exemplo).

³. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo, Malheiros, 5ª edição, pp. 103/104.

Nesta oportunidade, abordar-se-ão duas situações passíveis de verificação no curso do processo, cuja regulamentação está diretamente relacionada à efetividade do contraditório.

2. Observações Iniciais sobre Desconsideração da Personalidade Jurídica e Responsabilidade Patrimonial

O legislador processual prevê situações nas quais o patrimônio de terceiro – alguém não vinculado ao título executivo – pode ser atingido por atos constitutivos inerentes ao processo de execução (art. 790). Uma delas verifica-se com a desconsideração da personalidade jurídica, por força da qual seus bens podem ser objeto de constrição – responsabilidade patrimonial – embora ele não integre a relação jurídica de direito material com fundamento na qual a pretensão executiva é deduzida (inciso VII).

Em princípio, a responsabilidade patrimonial recai sobre aquele apontado pelo exequente como devedor, pois somente ele, por figurar como parte na relação substancial e no título executivo, é o sujeito legitimado para ocupar o polo passivo do respectivo processo. Significa que seu patrimônio está sujeito às medidas satisfativas inerentes à execução ou ao cumprimento de sentença, cujo objetivo é eliminar coercitivamente a crise de adimplemento verificada no plano material (art. 789).

A regra tem origem no direito português (art. 821). No direito alemão não há previsão expressa a respeito, mas infere-se essa conclusão dos §§ 807 e 918 da ZPO.

Os atos processuais realizados por força do exercício da atividade jurisdicional executiva, versando o inadimplemento de obrigação de pagar quantia⁴, seja no processo de execução fundado em título extrajudicial, seja na fase do cumprimento de sentença, implicam a invasão do patrimônio do executado. A autorização para tanto estaria, segundo alguns, fundada no inadimplemento do direito subjetivo deduzido pelo exequente.

Essa construção, todavia, tem raízes privatistas. A relação obrigacional, estudada analiticamente, pode ser decomposta em dois elementos conceitualmente distintos:

- a) Débito, correspondente ao dever de cumprir a obrigação, a que corresponde o direito subjetivo conferido ao credor de exigir o respectivo adimplemento;
- b) Responsabilidade, que representa a garantia de satisfação coativa do direito, mediante os bens do devedor, assegurando ao credor o direito de invasão desse patrimônio, pela via processual adequada.

Trata-se da conhecida distinção formulada pela doutrina alemã e acolhida na Itália entre *Schuld* e *Haftung*. Ambos os elementos sempre foram tratados pelos civilistas como partes integrantes da própria obrigação. A responsabilidade seria o momento real da obrigação. Chegou-se a aventar a existência de duas relações substanciais. Uma

⁴ Embora haja outras modalidades de prestação (dar coisa, fazer e não fazer), o problema na responsabilidade patrimonial está diretamente relacionado ao pagamento de quantia em dinheiro, que pode ser originalmente pactuado ou resultar da transformação em perdas e danos da obrigação de dar coisa, fazer ou não fazer. De qualquer modo, só faz sentido o pedido de desconsideração eventuais medidas executivas implicarem expropriação patrimonial, porque a obrigação original versava sobre pagamento de quantia ou nela foi transformada, pela conversão da prestação inicial em perdas e danos.

pessoal, representada pelo débito; outra, de natureza real, por força da qual haveria vinculação do patrimônio do devedor ao valor da dívida.

Ao ver do processualista, todavia, essa visão do fenômeno não corresponde à realidade. Existe apenas uma relação obrigacional, em razão da qual pode o credor exigir do devedor o pagamento de determinado valor. Caracterizado o inadimplemento, pelo não cumprimento desse dever a partir do vencimento ou do implemento da condição, porque vedada a autotutela, pode o credor valer-se da via judicial, visando à satisfação coercitiva de seu direito de crédito. Surge, então, o fenômeno processual denominado “interesse de agir”. Terá ele de propor a demanda e pleitear a respectiva tutela jurisdicional, condenatória ou satisfativa, dependendo da preexistência ou não do título executivo. Com fundamento nele, que pode ser judicial (sentença condenatória ou declaratória) ou extrajudicial, pleiteará a imposição da sanção executiva ao suposto devedor, representada pela invasão de seu patrimônio, para satisfação coercitiva do crédito. Essa responsabilidade patrimonial imposta ao executado – e, eventualmente, a terceiros – configura vínculo de direito público processual, consistente na sujeição de seus bens à satisfação do direito ostentado pelo exequente. Em outras palavras, não satisfeita de forma espontânea obrigação exigível, representada por título executivo judicial ou extrajudicial, poderá o credor pleitear a tutela jurisdicional satisfativa a que, em tese, tem direito. Ao fazê-lo, pede a realização da sanção executiva, ou seja, a invasão do patrimônio sujeito à satisfação de seu direito.

A responsabilidade patrimonial, portanto, é instituto de direito processual e guarda relação de instrumentalidade com o débito, este sim, regulado no plano material.⁵

2.1. Responsabilidade Patrimonial Primária e Secundária

A execução recai sobre todo o patrimônio livre do devedor,⁶ ainda que eventualmente em poder de terceiro ou adquirido após o inadimplemento. A responsabilidade subsiste enquanto não cumprida a obrigação ou até sua extinção por outro motivo. Esta é a regra geral, ou seja, a responsabilidade patrimonial é primária. Está, em princípio, limitada ao patrimônio do devedor (NCPC, art. 789).

A legislação prevê, todavia, a possibilidade de a sanção executiva alcançar bens de terceiros. Trata-se de ampliação dos limites da responsabilidade patrimonial, que coloca sob sujeição patrimônio pertencente a pessoas estranhas à relação de direito material. A responsabilidade executiva de terceiro, ou secundária, tem caráter excepcional (NCPC, art. 790). Embora ele seja, em regra, imune à eficácia dos atos constritivos realizados na execução, existe a possibilidade de a responsabilidade atingir seu patrimônio, se verificada uma das hipóteses legais.

⁵ Por não estabelecer essa diferença, Alcides Mendonça Lima conteúdo substancial no art. 591 do Código anterior. Segundo ele, tal dispositivo continha "norma de direito material, incluída neste Código inutilmente, porque a *responsabilidade, que no mesmo se lê-se vincula à obrigação em si mesma, independentemente da regra de direito positivo; ao Código somente resta regular como se realiza a transmissão forçada (que tem por base a imissão, a busca ou a penhora) e ditar as exceções a essa regra geral (impenhorabilidade, que, lato sensu, abrange os demais atos de constrição)*". A seu ver, a responsabilidade existe desde a constituição da obrigação, vinculando os bens do devedor em caso de inadimplemento. Essa responsabilidade seria princípio de direito material (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, vol. VI, tomo II, pp.504/507 e ss.).

⁶ Ou seja, não sujeito a restrições legais ou voluntárias e, portanto, suscetíveis de penhora (NCPC, art. 833).

Dentre as hipóteses de responsabilidade secundária, interessa-nos a previsão do art. 790, inciso VII: São sujeitos à execução os bens do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

Por força desse dispositivo, desconsiderada a personalidade jurídica do responsável, seus bens ficam sujeitos à sanção executiva, ou seja, podem ser constritos, embora não figure ele como devedor no título executivo. A responsabilidade secundária não se confunde com a legitimidade para figurar no polo passivo do processo de execução, prevista no art. 779 do NCPC. Além daquele reconhecido como devedor no título executivo (inciso I), outros podem assumir essa condição, posteriormente, em razão de determinados fatos jurídicos (incisos II a VI), motivo pelo qual tornam-se também legitimados a figurar como executados no processo. Todos são responsáveis primários, embora estranhos, ao menos inicialmente, à relação de direito material. São sucessores do devedor, em decorrência de acontecimentos verificados no plano do direito material. Trata-se de fenômeno relacionado ao débito.

Já a responsabilidade patrimonial secundária não autoriza seja a execução movida ao terceiro, que não é nem se torna devedor. Limita-se a sujeitar seu patrimônio aos atos de constrição praticados no processo movido ao legitimado passivo. Aqui, estamos no âmbito da responsabilidade patrimonial exclusivamente.

Em resumo, a responsabilidade patrimonial primária ou ordinária implica a sujeição dos bens do devedor ou de eventuais sucessores, todos aqueles de quem o adimplemento é exigível. Por isso, pode a tutela jurisdicional ser pleiteada em relação a eles. Os secundariamente responsáveis não integram a relação de direito material

representada pelo título executivo. Embora terceiros, seus bens ficam sujeitos à execução, por força do disposto no art. 790 do NCPC. Entre as hipóteses ali previstas, encontra-se a desconsideração da personalidade jurídica.

Mediante o incidente regulado no Capítulo IV do Título III, o legislador estabelece as regras a serem observadas sempre que o autor de demanda judicial pretender, desde logo ou no curso do processo cognitivo-satisfativo (pedido de tutela declaratório ou condenatória seguida, eventualmente, do respectivo cumprimento coercitivo) ou simplesmente satisfativo (fundado em título executivo extrajudicial), sujeitar o patrimônio de terceiro aos atos de execução.

O terceiro será chamado a intervir no incidente e, dependendo do resultado, poderá continuar participado do processo na condição de assistente (art. 119).

2.2. Natureza Jurídica do Instituto

O pedido de desconsideração da personalidade jurídica encontra-se previsto no Livro III, reservado à intervenção de terceiros. É tratado como incidente processual.

Corretas as opções do legislador. O titular do patrimônio, cuja sujeição aos atos executivos é pleiteada, não integra a relação processual e nem teria legitimidade para tanto, visto não participar do contexto jurídico-material com fundamento em que a tutela jurisdicional foi pleiteada. A legitimidade para ocupar o polo passivo do processo pertence a quem, pelos motivos deduzidos pelo autor, é responsável por determinada

obrigação de pagar quantia em dinheiro. A respeito do objeto do processo, como já esclarecido, nada obsta seja outra a prestação (fazer, não fazer ou entrega de coisa), desde que o requerente, ao formular o pedido de descon sideração, avenge a possibilidade de transformação do objeto original da obrigação em perdas e danos, se tal fenômeno já não tiver ocorrido.

Formulada a pretensão ao terceiro, passará ele a integrar o processo, ainda que a participação, ao menos por enquanto, esteja limitada ao incidente.

O pedido de descon sideração representa verdadeira demanda incidental proposta pela parte. Pretende ela a verificação de determinados fatos previstos pelo legislador material (causa de pedir), em razão dos quais deve ser reconhecida a responsabilidade patrimonial do terceiro (pedido). A tutela tem natureza constitutiva, pois cria a situação de sujeição, por força da qual o patrimônio do terceiro passa a responder pela obrigação assumida por outrem (v. arts. 790, VII e .795, § 4º).

A decisão proferida no incidente, não obstante interlocutória, tem conteúdo de mérito. É apta, pois, ao trânsito em julgado. Torna-se imutável, observados os respectivos limites, especialmente subjetivos.

Essa tutela constitutiva incidental, proferida após o devido processo legal – desenvolvido na forma de incidente – não era necessária no sistema anterior. Podia o julgador, à luz dos fatos deduzidos pela parte, simplesmente descon siderar a personalidade jurídica do terceiro e sujeitar seus bens à execução. Como o legislador do NCPC exige seja qualquer decisão judicial precedida de contraditório (arts. 9º, 10), não seria razoável manter-se a prática, especialmente porque os efeitos da decisão

atingem quem sequer é parte no processo. Daí a nova modalidade de intervenção de terceiros (arts. 133/137).

Houve, na verdade, inversão do ônus de pleitear a tutela jurisdicional. Antes, cabia ao terceiro, mediante demanda autônoma (embargos de terceiros), desconstituir o vínculo, criado pela decisão judicial, entre seu patrimônio e a obrigação assumida por outrem. Hoje, deve o autor pleitear pronunciamento judicial apto a criar a sujeição patrimonial até então inexistente.

Nessa linha, tratando-se de decisão capaz de atingir diretamente terceiros, para evitar abusos, a legislação prevê a necessidade de instauração de incidente prévio de desconsideração da personalidade jurídica, com intimação do terceiro para exercer o direito de defesa. Somente após a observância do contraditório, com a produção das provas necessárias à demonstração dos fatos controvertidos, pode o julgador desconsiderar a personalidade jurídica e sujeitar à execução o patrimônio de terceiro.

Essa exigência visa a assegurar também ao terceiro as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV).

Como o modelo processual atualmente em vigor também deve adequar-se ao sistema constitucional, admitir-se a invasão do patrimônio de alguém alheio às relações material e processual, sem prévio contraditório, constitui violação ao devido processo legal. Na medida em que não só o legislador ordinário, mas também ao juiz compete zelar para que o procedimento se desenvolva em conformidade com os postulados das garantias constitucionais do processo, imprescindível seja a ele concedida oportunidade de se opor ao pedido de desconsideração. Daí a necessidade de prévia citação.

A respeito da necessidade de observância do modelo constitucional de processo, já afirmei que: *“para produzir resultado prático dotado de utilidade e realmente capaz de solucionar o litígio, a tutela jurisdicional depende da existência de sistema adequado de princípios relacionados ao processo em si, mas também da regulamentação adequada dos deveres e garantias daqueles a quem foram incumbidas sua condução e direção. A Constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios. Daí poder-se afirmar ser o processo permeado de valores éticos, exatamente aqueles que norteiam a própria Constituição. Cada país tem seu modelo processual-constitucional, construído em conformidade com as opções ideológicas dominantes. Exatamente por isso, o sistema processual deve ser construído a partir das regras constitucionais em que estão consubstanciados seus princípios fundamentais. Constitui método equivocado de interpretação das regras instrumentais considerá-las independentemente do modelo processual-constitucional e somente depois verificar a existência de compatibilidade”*.⁷

Com fundamento nessas premissas, também já concluí de maneira peremptória que: *“eventual violação desses princípios implica evidente nulidade dos atos processuais praticados posteriormente. Se, por algum motivo injustificado, qualquer das partes foi impedida de participar ativamente do processo e influir na convicção do julgador, tudo o que se realizar após esse falha estará comprometido”*.⁸

Em síntese, a sujeição ou constrição de bens pertencentes a quem não é parte no

⁷. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, pp. 66/67.

⁸. *Efetividade do processo e técnica processual*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 495.

processo e nem integra a relação de direito material invocada como causa de pedir, sem prévia oportunidade de exercício, por ele, do contraditório e da ampla defesa, configura violência não compatível com os sistemas constitucional e infraconstitucional em vigor.⁹

Inafastável, portanto, antes do reconhecimento da responsabilidade patrimonial de terceiro, a observância do devido processo legal, entendimento também adotado pelos Tribunais, mesmo no sistema anterior.¹⁰

Eventual desconsideração da personalidade jurídica sem a observância do procedimento legal possibilita ao terceiro, atingido pelos efeitos da decisão ilegal, impugná-la a qualquer tempo, visto que não se sujeita à imutabilidade do ato judicial.

Embora defensor do abrandamento do formalismo e da existência de processo sem citação, afirmei enfaticamente a possibilidade de, ausente esse ato processual destinado a assegurar o contraditório ao réu, a garantia constitucional da defesa ser exercida a qualquer tempo e por qualquer via.

Reproduzo aqui esse entendimento, já sustentado em trabalho doutrinário:¹¹

Se réu não citado permanece ausente, é considerado terceiro – e, nessa condição, não

⁹. Nesse sentido, entendia necessário o contraditório prévio para a desconsideração da personalidade jurídica no sistema processual anterior, mesmo inexistente regra expressa a respeito, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. II, pp. 1199/1201 e PEDRO HENRIQUE TORRES BIANCHI, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, *op. cit.*, pp. 123-124.

¹⁰. "A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação" (AGREsp. n.º 422.583 PR, 1.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 20/6/02, DJ de 9/9/02, pág. 175). Cfr. tb. TJSP, 1.ª Câmara de Direito Privado, Ag. n. 0157034-58.2011.8.26.0000, Rel. Des. LUIZ ANTONIO DE GODOY, j. 13.12.11.

¹¹ Efetividade do processo cit.

está realmente sujeito à imutabilidade da sentença, tendo em vista os limites subjetivos da coisa julgada. Quanto a esta assertiva inexistente dúvida. Tanto é verdade que, tratando-se de tutela condenatória, a questão pode ser suscitada em embargos à execução, ainda que vencido o prazo para a rescisória (CPC, art. 741, I). O mesmo raciocínio é válido para as sentenças declaratórias e constitutivas: inexistente citação regular, o réu não chega a integrar o polo passivo do respectivo processo e, na condição de terceiro, não está sujeito à imutabilidade dos efeitos do ato decisório. (p. 473);

*Se o resultado do processo for contrário aos interesses do réu não citado, evidentemente, o vício poderá ser arguido a qualquer tempo e pela via processual mais conveniente a quem pretende resistir aos efeitos da sentença... A não realização desse ato de comunicação gera nulidade de tudo o que se segue após a omissão indevida, **inclusive a sentença** (grifei). O vício é gravíssimo, pois compromete o contraditório. Além disso, como o réu não foi parte, a sentença não é apta a transitar em julgado em relação a ele, que é terceiro, como todos os demais que porventura estejam sujeitos aos efeitos do julgamento não são alcançados pela imutabilidade dele (pp. 474/475);*

A ausência de citação e eventual procedência do pedido resolvem-se no plano da eficácia da sentença em relação a quem não participou do processo. Poderá ele resistir ao comando nela contido pelas vias processuais existentes no sistema, quer propondo demanda declaratória visando ao reconhecimento da inexistência de vínculo jurídico com o autor, quer se defendendo da pretensa eficácia da decisão. A resistência pode ser manifestada por qualquer meio, inclusive pela impropriamente denominada “exceção de pré-executividade”. (p. 479);

Com relação à citação parece que inexistência e nulidade se identificam quanto aos efeitos. Se o réu comparecer, uma e outra tornam-se irrelevantes, pois o contraditório efetivou-se. Se ele permanecer ausente, eventual sentença de procedência poderá ser atacada por qualquer via processual por aquele que, por não ter sido regularmente citado, é considerado terceiro. Por isso, pode resistir aos efeitos da sentença, valendo-se do meio que entender mais conveniente. A resistência também pode dar-se em sede de defesa. Mais do que isso, o ato será juridicamente ineficaz em relação a ele, que poderá resistir aos efeitos fáticos que a sentença produz ou aceitá-los, caso concorde com eles. Esta ineficácia jurídica – entenda-se – nada mais é que a mutabilidade da sentença em face de quem não foi regularmente integrado ao contraditório. Em outras palavras, trata-se de limite subjetivo da coisa julgada. Embora a sentença produza efeitos em relação a terceiros juridicamente interessados, eles podem desconhecer a coisa julgada formada entre as partes e resistir a essa eficácia. É a denominada querela nullitatis, instituto concebido no direito estatutário para conciliar o princípio romano segundo o qual os errores in procedendo acarretam nulidade (inexistência) da sentença e não há necessidade de impugná-la, com a absoluta inatacabilidade da decisão final do presidente da assembleia, vigente no Direito Germânico. Distingua-se da appellatio, destinada à alegação dos errores in iudicando. (pp. 483/484).

À luz dessas premissas, o legislador determina seja o terceiro citado para exercer o direito de defesa. Ao apresentá-la, ele poderá suscitar matéria preliminar (art. 337), além de negar o fato constitutivo do suposto direito à tutela constitutiva pretendida pelo requerente (defesa direta de mérito) ou deduzir fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito (defesa indireta de mérito – art. 350). Admissível, ainda, a arguição de impedimento ou de suspeição (arts. 144/148). Tudo isso em homenagem

às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3. Contraditório e Intimação dos Advogados

Também em virtude da preocupação com a efetividade do contraditório, o legislador de 2015 procurou assegurar aos advogados certas alternativas, visando a permitir-lhes optar por aquela mais conveniente, segundo as especificidades da sua atuação profissional. A possibilidade de indicar aquele(s) a quem deve ser dirigida a intimação constitui exemplo típico. Com isso, facilita-se a comunicação dos atos processuais e, conseqüentemente, a observância do contraditório.

Por tais razões, não pode ser ignorada a regra do art. 272, § 5º. Muito menos a consequência nela prevista para eventual violação. É o que se pretende demonstrar a seguir.

3.1 A Controvérsia no Regime do Código Anterior à Regulamentação Atual

Destaca-se desde logo, porque relevante para conclusão, a redação do art. 272, § 5º, do Código de Processo Civil vigente: *“constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”*.

No regime do Código revogado, inexistia tal regra. O art. 236, § 1º, exigia, de forma genérica, a necessidade de a publicação mencionar os nomes dos advogados, sob pena de nulidade.

À luz desse dispositivo, firmou-se entendimento segundo o qual, havendo dois ou mais advogados, bastaria a intimação de um, sendo necessário, todavia, tivesse ele atuado no processo e não houvesse designação específica de outro para receber a comunicação.¹²

Destaca-se o primeiro dado a ser considerado para efeito de raciocínio: inexistente regra expressa a respeito, considerava-se suficiente a intimação de quem tivesse efetivamente atuado no processo, salvo se existente especificação quanto ao responsável pelo respectivo recebimento.

Duas, portanto, eram as exigências:

- a) da publicação deveria constar o nome de quem tivesse, efetivamente, subscrito alguma petição ou participado de qualquer ato do processo;
- b) inexistência de indicação de outro(s) patrono(s) cujo nome devesse constar das publicações.

¹² Cfr. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão e outros, RT, 46ª ed., 2014, nota 18 ao art. 236, p. 346. V. tb. 47ª ed., 2016, nota 18 ao art. 272 do novo Código.

Esse entendimento acabou por prevalecer na jurisprudência e pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça.¹³

3.2. Intimação do Advogado e o CPC de 2015

O Código atual eliminou a possibilidade de dúvida a respeito da questão. Como visto, previu expressamente a ressalva consagrada pelos Tribunais, cominando de nulidade a intimação se da publicação não constar o nome dos advogados indicados para recebê-la (art. 272, § 5º).

Assim, se determinado escritório de advocacia é composto por vários profissionais, possível a indicação de apenas um ou alguns para o recebimento da intimação. Existente nos autos pedido nesse sentido, o(s) nome(s) apontado(s) deve(m) necessariamente constar da publicação, sob pena de nulidade.

A regra prevista no art. 272, § 5º, é clara e não comporta conclusão diversa. Embora passível de interpretação, como qualquer outra,¹⁴ impossível conferir significado diverso ao texto legal.

¹³ Cfr. Daniel Amorim Assunção Neves, *Novo CPC comentado*, BA, 2ª ed., 2017, p. 453; v. tb. V. tb. REsp 900.818/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/06/2009, dje 20/08/2009; AgRg no Ag 1036150/rj, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Dsembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 21/05/2009, dje 05/06/2009; resp 638.123/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 20/10/2005, dj 13/02/2006, p. 796; Resp 515.690/MG, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21/10/2003, dj 24/11/2003, p. 304).

Nesse sentido, o entendimento da doutrina, segundo o qual é nulo o ato se da publicação “não constar o nome dos advogados em relação a quem se requereu expressamente a intimação”¹⁵

Aliás, a regra contida no dispositivo é tão precisa e incontestável, a ponto de a doutrina não lhe dispensar grande atenção, limitando-se a destacar a novidade, especialmente quanto à cominação expressa de nulidade, em caso de não observância da exigência legal. Trata-se, pois, de artigo absolutamente incontroverso. Como observa Humberto Theodor Jr.: *“Prevalecia na jurisprudência do tempo do CPC de 1973 a tese de que constando dos autos pedido expresse para que as comunicações sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicaria nulidade. Esse entendimento foi normatizado pelo novo Código, no art. 272, § 5º.”*¹⁶

¹⁴ Segundo lição de Ulpiano, embora claríssimo o édito do pretor, não se deve descurar da interpretação respectiva (*quamvis sit manifestissimum edictum attamen no est negligenda interpretatio ejus*).

¹⁵ Flávia Hellmeister Clito Fornaciari Dória, Código de Processo Civil anotado, obra coletiva, GZ editora, 2016, p. 398. No mesmo sentido, Fernando, Fernando da Fonseca Gajardoni e outros: *“(...) De fato, existindo pedido expresse para que a publicação veicule o nome de determinado advogado, o desatendimento do pleito importa em nulidade da intimação, bem como a necessidade de republicação (...)*. A questão da correção na publicação dos nomes no Diário da Justiça Eletrônica é de indiscutível relevância, já que se trata de intimação presumida (artigo 269), presente ainda que o controle de prazos, mormente em escritórios de maior estrutura, que atendem infinidade de litigantes, é realizado de forma centralizada, por vezes em nome do advogado líder. Ainda, os serviços de publicação utilizam motores de busca, pelo que a incorreção no expressar o nome a quem destinada a publicação impossibilita a identificação da publicação e consequentemente a cientificação. No ponto, inadequada postura que se alheia à situação, repassando simplesmente para as partes o ônus de debulhar as publicações na busca do respectivo processo. A realidade bem demonstra a infinidade de publicações veiculadas diariamente pelos Diários de Justiça, sendo tarefa sobre-humana o cotejo do seu conteúdo.”(*Teoria Geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Forense, 2015. p. 796)

¹⁶ Curso de direito processual civil, vol. I, RJ, Forense, 56ª ed., p. 562. Cfr. tb. Daniel Amorim Assunção Neves, ob; e p. cit.; José Augusto Garcia de Souza, Comentários ao novo Código de Processo Civil, RJ, Forense, 2ª ed., pp. 422/423.

Há quem o interprete, aliás, como previsão abstrata destinada a incidir na hipótese de pluralidade de advogados indicados: *“Usa-se o plural no § 5º (do art. 272) ao reputar nula a intimação feita apenas ao advogado e não aos advogados da parte quando isso for expressamente requerido, ou seja, havendo mais de um procurador da parte e sendo requerida expressamente a intimação de todos, será nula a intimação feita em nome de apenas um deles”*.¹⁷ A restrição, todavia, não me parece correta. Ainda que indicado apenas um profissional, incide o dispositivo legal.

3.3. A Nova Regulamentação Processual

Para incidência da regra em questão, faz-se necessário tão somente a existência de pedido exposto nos autos para intimação de determinado(s) advogado(s), independentemente de quem esteja efetivamente atuando do processo. A não observância do art. 272, § 5º, leva a conclusão inexorável, inexistente alternativa possível: a intimação será nula.

Se da publicação constar o nome de apenas um patrono, embora ele tenha atuado no processo, a intimação será nula. Se ainda vigente o Código de Processo Civil de 1973, talvez fosse admissível solução diversa, segundo entendimento absolutamente pacífico da jurisprudência, as duas intimações estariam viciadas, pois da publicação constou o nome de apenas um patrono, embora houvesse pedido exposto para a intimação de dois.

¹⁷ Sidnei Amendoeira Jr., *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, SP, RT, 3ª ed., p. 807.

Como no Código em vigor há regra expressa a respeito, não vejo como chegar a conclusão diversa, especialmente em homenagem à efetividade do contraditório.¹⁸

Por todo o exposto, não tenho dúvida em afirmar a nulidade absoluta da intimação, se não constar da respectiva publicação o(s) nome(s) do(s) advogado(s) previamente indicado(s) para recebê-la.

Salvo melhor juízo, parece-me ser esta a única solução possível, até mesmo por força da boa-fé processual. Se doutrina e jurisprudência, à luz do Código anterior, já consideravam exigível a publicação em nome do advogado indicado, com muito maior razão torna-se imperioso seja mantido o entendimento à luz do Código de 2015, ante a existência de regra expressa, sobre cujo teor não há controvérsia.

¹⁸ Tal conclusão conta com apoio unânime da doutrina, pois a publicação sem o nome do advogado indicado causa surpresa e prejuízo, ou seja, viola o contraditório: “Os advogados têm suas razões para pedir que as intimações sejam dirigidas a um deles: pode ocorrer que viajem, que estejam momentaneamente impossibilitados de cuidar da causa ou, mais frequentemente, que combinem entre si que, em determinada fase do processo, o patrocínio da causa fique confiado sobretudo a um deles. Tais combinações não visam a dificultar o andamento do feito, mas sim a facilitar a vida dos advogados. Nada têm de ilegais. Não há, portanto, razão para que não sejam respeitadas” (Negrão, Theotonio e outros. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor* – 47. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 341)

UM PROCESSO CIVIL COM LIBERDADE

Milton Paulo de Carvalho

MILTON PAULO DE CARVALHO

Doutor e mestre em direito processual civil pela Universidade de São Paulo.
Advogado em São Paulo.

Colocação do assunto

Tema que sempre está presente nas cogitações dos processualistas é o relativo ao exercício da liberdade por parte do jurisdicionado que, como autor ou como réu, busca a tutela estatal para afirmação do seu direito. São famosas e antológicas as páginas em que PIERO CALAMANDREI apontou – e execrou – os desmandos dos processos civis nazista e comunista, os quais, na mesma medida em que divergiam na ideologia dos seus governos, convergiam na atuação dos seus juízes. Os regimes totalitários, sem distinção do extremo em que se ponham, sempre se utilizam de restrições à liberdade para obtenção dos seus objetivos.

No Brasil, desde o Livro III das Ordenações do Reino, o processo civil tem-se assinalado por uma tradição de liberdade. Mesmo o Código promulgado pelo governo ditatorial do Estado Novo, em 1939, apontado como diploma fascista, acabou tendo nos pretórios aplicação amoldada aos entranhados costumes liberais do nosso homem e da nossa sociedade. Há, porém, e justamente por essa vocação inata de amor à liberdade, do que reclamar no Código de 2015. Queixume de libertário ou ponderação calcada na doutrina da prudência, é nisto que se resumem estas poucas linhas.

1. Na reforma do CPC de 1939, a presença da Escola Paulista de Direito Processual

Quando se cuida da reforma do Código de Processo Civil de 1939, é digna de registro a presença de um jurista estrangeiro que incrementou os estudos de direito processual civil entre nós. O Professor Enrico Tullio Liebman, vindo da Itália, reuniu vários alunos que, sob

sua orientação, desenvolviam estudos de direito processual civil, disciplina da qual se ocupava na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Eram Alfredo Buzaid, Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, José Frederico Marques, Benvindo Ayres e Bruno Afonso André, cujas reflexões e publicações vieram a constituir a chamada “Escola Paulista de Direito Processual”, assim denominada pelo eminente processualista espanhol Niceto Alcalá Zamora y Castillo, também radicado na América por questões políticas no seu país.

A Escola Paulista de Direito Processual foi-se estendendo pelo tempo afora, podendo afirmar-se que se hoje não dispõe de doutrina que caracterize um sistema, como o da sua origem, continua divulgando o saber profundo da ciência processual e fazendo eco dos seus conceitos em muitos centros de cultura jurídica deste País.

2. Caracteres do Código de 1973 e a necessidade da sua substituição

Já escrevemos alhures: “O Código Buzaid representou sensível progresso para a época da sua promulgação, pela tanto quanto possível simplificação da atividade judiciária e pela colocação e trato científico das matérias. Os livros, títulos e capítulos pelos quais se distribuiu a disciplina do processo nesse Código continham-se em sistema hermético, com raras dissonâncias. Em relação ao Código de 1939, criou-se o procedimento sumário, possibilitou-se o julgamento antecipado do mérito, reformou-se o processo de execução, disciplinou-se em livro autônomo o processo cautelar, deu-se à jurisdição voluntária tratamento sistemático”¹, além de dar-se definição aos atos do juiz no art. 162 e de

¹ *Teoria geral do processo civil*, Rio de Janeiro. Campus Elsevier, 2010, p. 53.

estabelecer-se o regime recursal correspondente (arts. 504, 513 e 522), de modo que à caracterização de cada ato correspondia o recurso adequado, ou seja, um sistema recursal também “hermético”, consistente na conjugação dos artigos definidores dos atos do juiz com os que tipificaram as respectivas hipóteses de cabimento. Extinguiu-se o agravo de petição, cabível das decisões terminativas do processo, quais aquelas que lhe punham fim sem solução do mérito; da mesma forma, corrigiu-se o modo de impugnação das decisões interlocutórias, excluindo-se o cabimento diversificado dos agravos de instrumento e no auto do processo.

Tal sistema recursal fazia do agravo um verdadeiro guardião do devido processo legal, porque passou a ser o meio de impugnação dos desvios do procedimento previsto na lei, deixando o efeito imediato ao alvitre do agravante, que poderia manter o recurso nos autos para ulterior conhecimento (retido) ou levá-lo de pronto ao tribunal (de instrumento).

O Código Buzaid, em suma, na sua versão original, foi um modelo de doutrina sólida e coerente em forma de lei.

A sua correta interpretação e aplicação poderia ter evitado algumas reformas açodadas, como expusemos no estudo intitulado *Aplicação e reforma da lei processual*, referindo-nos ao incorreto entendimento e desuso de regras expressas naquele Código, como as que ensinam a efetiva condução do processo pelo juiz, pondo-o ciente de toda a *quaestio facti* litigiosa e exercitando os seus poderes-deveres instrutórios; como a proibição da arguição de incompetência absoluta por meio de exceção instrumental, que suspendia irregularmente o processo; como os casos de responsabilidade civil com pedido de indenização por dano moral, em que o julgamento antecipado do mérito dele não

cuidava, em nítida ofensa ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição; ou, entre outros casos e finalmente, como o da não designação de audiência de instrução e julgamento quando deferida prova pericial no saneador, acarretando possibilidade de retardamento daquela prova e também da audiência, que só seria designada depois de concluída a perícia². É caso de observar-se se alguns desses vezos não se repetem na vigência do Código de 2015.

Registre-se que o Prof. Alfredo Buzaid apresentou, em 8 de janeiro de 1964, o seu anteprojeto, cuja exposição de motivos trazia como epígrafe esta afirmação de Chiovenda quando da reforma do processo civil italiano: *Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso*, pois o dilema era: revisão ou código novo?

E aqui fazemos a crítica ao método usado para a reforma do Código de 73: não se atentou para a advertência que Alfredo Buzaid fazia ao responder ao tal dilema. Dizia ele que *O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções. Dessas várias reformas tem experiência o País; mas, como observou Lopes da Costa, umas foram para melhor; mas em outras saiu a emenda pior que o soneto*.³ Antecipamos que tal método de “reformas setoriais”, empregado desde 1992 para a reforma do Código de 73, acabou

² *Aplicação e reforma da lei processual*, in *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais, estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 1.124/1.130.

³ Buzaid, *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*, capítulo I, item 1.

transformando-o realmente numa colcha de retalhos, a exigir, já nos primeiros anos século XXI, a sua substituição por outro diploma.

O Código de 1973 representou sensível progresso para a ciência jurídico-processual da sua época, pela tanto quanto possível simplificação da atividade judiciária e pela colocação e trato científico das matérias, resumindo-se num primoroso sistema.

A vertiginosa mudança dos hábitos sociais, os avanços inimagináveis da tecnologia, a redução das distâncias, a complexidade do tráfico jurídico, a conscientização dos direitos pelos membros da comunidade e a promessa constitucional do acesso à justiça com a oferta de júzos especiais e o processo do consumidor, todavia, entre outras várias causas, passaram a exigir mudança e adequação de parte do sistema e de muitas regras do Código de 73, agora insuficientes e inadequadas para satisfazer à variegada e volumosa demanda ao Judiciário.

Tendências políticas também vieram influir sobre o escopo da jurisdição e do processo, sendo emblemáticas estas palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira, dirigente da Escola Nacional da Magistratura e jurista dos mais empenhados na reforma da lei processual: *desvinculando-se do seu antigo perfil liberal-individualista, o processo contemporâneo, sem abandonar o seu prioritário escopo jurídico, tem igualmente objetivos políticos e sociais, na medida em que reflete o estágio histórico e cultural do meio em que atua.*⁴

⁴ A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça, in *Reforma do Código de Processo Civil*, n. 1, p. 887.

3. A reforma do Código de 1973

Optou-se, então, por introduzir reformas setoriais no texto de 73, ao invés de elaborar-se um código novo. A ideia aqulou a irrefreável prenhz legiferante nacional, que emitiu, em breve tempo, uma profusão de diplomas alcançando o processo de conhecimento, os procedimentos especiais, a execução e a cautelaridade, além da inclusão da arbitragem e do processo monitório. De outra parte, os vezos dos serviços judiciários não permitiam atentar para importantes dispositivos do Código de 73 que iam permanecendo sem aplicação.

Ofensas à liberdade dos litigantes já se fizeram sentir a partir dessas reformas setoriais.

Se, por um lado, um exame superficial permite facilmente concluir que tais reformas, marcadas pela tonificação dos poderes do juiz na condução do processo e respectiva diminuição do poder de iniciativa das partes, não geraram a almejada e prometida celeridade do serviço jurisdicional, por outro lado a artilharia desfechada sobre o texto de 1973 apagou-lhe a unidade, descaracterizou-lhe o sistema, fez dele um mosaico. Além de, no seu todo, ensejar interpretações contrárias a princípios elementares do processo civil tradicionalmente caros aos estudiosos e praticantes dessa ciência, como o da iniciativa de parte.⁵

Daí a manifestação de processualistas brasileiros em prol de um novo Código.

O Presidente do Senado em 2009, José Sarney, nomeou comissão para elaborar anteprojeto de Código, presidida pelo Ministro Luiz Fux e integrada por onze renomados processualistas.

⁵ Por exemplo: a inserção do § 7º ao art. 273 permitiu a construção da tese da “fungibilidade de mão dupla”, a provocar que o tratamento indistinto da tutela cautelar e da tutela antecipatória ensejasse desatendimento ao princípio da iniciativa de parte.

No Senado, o texto do anteprojeto sofreu algumas alterações, consistentes, na maior parte, na supressão de regras que haviam causado estranheza e até repulsa a muitos estudiosos e praticantes do processo civil. A pressa inexplicável, que se imprimiu à apresentação e à tramitação do anteprojeto, em seguida Projeto, no Senado, sugeriu um comportamento pouco democrático, a impedir a discussão pormenorizada e serena das suas proposições.

É de registrar-se que foi de grande valia, para o aperfeiçoamento do texto convertido em lei, a sistemática e às vezes radical oposição da doutrina ao anteprojeto de 2010 e ao que dele foi restando pelo caminho das discussões parlamentares. Se inegável a utilidade da crítica, deduz-se, todavia, que a obra legislativa, no seu todo, ficou a exigir reparos, assim no campo do respeito a princípios fundamentais do processo civil, como no da técnica procedimental.

As oposições lograram melhorar o anteprojeto, pelo menos parcialmente, durante as discussões na Câmara dos Deputados; mas, quando do retorno ao Senado, algumas das proposições censuradas foram restabelecidas. É o caso, por exemplo, da enumeração taxativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, que eram 20 (vinte) no projeto aprovado pela Câmara dos Deputados em novembro de 2013 (art. 1.028), reduzidas a 12 (doze) quando da aprovação pela Câmara Alta (art. 1.015), afora as hipóteses de cabimento esparsas, presentes nas duas aprovações.

Muitas das objeções ao projeto do novo Código provieram da inconformidade com o desrespeito a regras do Código de 1973, que se tornaram letra morta em razão de vezes na atividade judicial, como, por exemplo, a não designação da audiência de instrução e julgamento por ocasião do despacho saneador nos casos em que se defere a realização de perícia, o que, entre outros efeitos, acarreta sensível demora no andamento do processo.

Estivemos a frisar – e mantemos nossa opinião – que, se de um lado se tornou necessária a edição de um novo código, principalmente por ter-se convertido o de 1973 num mosaico, por outro lado os males dos serviços jurisdicionais não podem ser debitados apenas à lei de processo, mas também à forma da sua operacionalização. O próprio autor do Código ainda em vigor, ao apresentá-lo ao Presidente João Goulart, em 8 de janeiro de 1964, advertiu na exposição de motivos: *“Não se cuide que a reforma processual baste, de per si, para resolver, como que por encanto, todos os problemas da administração da justiça. O melhor sistema processual estará fadado a completo malogro, se não for aplicado por um excelente corpo de juizes. É que entre o processo civil e a organização judiciária deve haver um perfeito equilíbrio.”*

4. De alguns caracteres a considerar no estudo do novo Código

Como advertência para o estudo do novo Código, uma visão genérica e superficial.

É diploma que não parece levar em conta o rigor da técnica legislativa. Sua leitura é difícil, truncada, com excesso de remissões, além de que cada artigo tem um copioso número de parágrafos e de incisos. Por exemplo: o art. 77, § 4º, trata da pena prevista para as infrações definidas nos incisos IV e VI, que tratam do cumprimento com exatidão das decisões judiciais, do oferecimento doloso de empecilhos à sua efetivação e da inovação no estado de fato da lide. Esse artigo 77, § 4º, referindo-se à multa prevista no § 2º, cumula essa pena com a do art. 523, § 1º, e com as do art. 536, § 1º... A intelecção do texto obriga a um caminho longo e tortuoso...

Observe-se outro característico do novo diploma processual civil: dá menos importância ao processo, propriamente dito, como relação jurídica entre três sujeitos (juiz, autor e réu), do que aos serviços estatais da jurisdição. Verifica-se uma “judicialização” do processo: estaríamos diante de um código judiciário, não de processo. São manifestações desse viés, que expomos, respeitando as ilustres opiniões em contrário:

a) o abuso na *tipificação* da atuação procedimental e das peças processuais, sob a ameaça de sanções de variada espécie, do que são exemplos: a1) para a petição inicial, o requisito do inciso II do art. 319, com o complemento do § 1º do mesmo artigo; a2) as exigências relativas à nomeação à autoria, prevista sem essa rubrica nos arts. 338 e 339; a3) a prevenção decorrente de incompetência (art. 340 e § 2º); a4) as condições para o indeferimento da gratuidade (99, § 2º); a disciplina da ofensa à ordem cronológica de recebimento para publicação e efetivação dos pronunciamentos judiciais (art. 153 e §§ 4º e 5º); a exigência de pormenores no instrumento de mandato judicial (art. 287, *caput*); a emenda da inicial depois de concedida a tutela antecipatória (art. 303, § 1º), etc. etc.

b) os poderes do juiz, que excedem aos de condutor do processo. Exemplos: b1) art. 139, inciso VI (dilatar prazos); b2) a enumeração taxativa das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento contra interlocutórias, com o que se impede a impugnação de decisões que ofendem a regularidade da marcha procedimental, etc. etc., salvo o cabimento desse recurso no cumprimento de sentença, o que, ao contrário, retarda a satisfação do crédito;

c) a tipificação, em número exagerado, de infrações processuais, apenadas com multas severas e repetidas, como, por exemplo, nos arts. 77, §§ 1º e 2º; 79, 80, 81, 96, 98, § 4º, 100, § único; 104, § 2º; 339, e muitas outras;

d) o “prosseguimento” do julgamento da apelação quando não for unânime o seu resultado, para garantir a possibilidade de inversão do mesmo (art. 942), o que elimina o recurso de embargos infringentes, eliminando ao mesmo tempo um requisito para a interposição dos recursos extraordinário e especial, que exigem decisão de última instância (CR, arts. 102, III, e 105, III), isto é, a parte não mais precisará opor embargos infringentes para garantir o pressuposto do seu futuro recurso extraordinário ou especial.

Com leitura atenta, encontrar-se-ão mais hipóteses que não realçam, como tradicionalmente, um diploma que leva em consideração o direito material a ser aplicado, após a discussão verdadeiramente **processual**, em *actus trium personarum*, mediante ou voltado para os direitos (materiais) dos jurisdicionados, mas, precipuamente, para a atividade estatal da jurisdição.

É o que nos parece a esta altura, salvo melhor juízo.

AINDA A APELAÇÃO
SEM EFEITO SUSPENSIVO

Milton Paulo de Carvalho Filho

MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Doutor em direito processual civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC.

Mestre em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Especialista em direito privado pela Escola Paulista da Magistratura de São Paulo.

Professor de direito processual civil na Universidade Presbiteriana Mackenzie e na Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP.

Sumário: 1. Introdução: objetivos do novo Código de Processo Civil – 2. Alterações promovidas em relação aos recursos – 3. A apelação e o efeito de sua interposição – 4. Suspensão da eficácia imediata da sentença – 5. Razões que justificavam a retirada do efeito suspensivo da apelação – 6. Ainda a possibilidade de produção imediata dos efeitos da sentença. – 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução: objetivos do novo Código de Processo Civil

O novo CPC foi elaborado a partir de *cinco objetivos* que constam expressamente de sua exposição de motivos. São eles: a) *harmonia com a Constituição da República, incluindo entre suas disposições princípios constitucionais (modelo constitucional de processo civil)*: garantia do contraditório (exemplos: desconsideração da personalidade jurídica); publicidade, razoável duração do processo; e estímulo à uniformização da jurisprudência, para garantir a segurança jurídica e a isonomia; b) *fidelidade ao contexto social, mediante maior aderência possível às realidades subjacentes ao processo* (exemplos: possibilidade das partes porem fim ao litígio por meio da conciliação e da mediação; presença do *amicus curiae* (ajuda ao juiz); abandono da estrita legalidade quanto ao procedimento; adequação às necessidades do conflito: adaptabilidade do procedimento (arts. 190 e 139, VI)); c) *simplificação dos procedimentos, eliminando formalidades inúteis e desnecessárias* (exemplos: incidentes em preliminar da contestação; unificação dos casos de denunciação da lide e chamamento ao processo; extinção de alguns procedimentos especiais); d) *maior rendimento possível a cada processo* (exemplos: fim da extinção sem mérito, em razão da impossibilidade jurídica do pedido; autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais; estabilização da tutela; decisão pelo tribunal de todas as questões não decididas; autorização para mudança da causa de pedir; conversibilidade de recurso especial em extraordinário; e) *maior grau de organicidade ao sistema, tornando-o mais coeso* (organização e harmonização das regras): criação de parte geral, com princípios e garantias fundamentais, que chamam para si solução de questões relativas às demais partes do Código; desaparecimento do processo cautelar, com colocação das medidas em seus devidos lugares, entre outros.

Atento a tais objetivos, o legislador promoveu *supressões*, entre elas, o procedimento sumário; os incidentes processuais (exceções rituais; ação declaratória incidental, falsidade documental, impugnação ao valor da causa, etc.); as medidas cautelares nominadas típicas; o juízo de admissibilidade da apelação; o agravo retido; o recurso ordinário ou especial retidos e os embargos infringentes.

O novo CPC ainda *criou técnicas e institutos como*: o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o *amicus curiae*, a adoção de processo digital, a audiência prévia de conciliação ou de mediação, conduzida pelo terceiro facilitador, a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, a distribuição dinâmica do ônus da prova, a ordem cronológica na tramitação dos processos, o julgamento antecipado parcial do mérito, os honorários da sucumbência em segunda instância, e medidas relacionadas com a união estável.

Contudo, dentre as inovações realizadas três são mais relevantes, profundas e que podem gerar maior alteração no sistema processual. São elas: a) *o dever de cooperação entre as partes e o juiz (art. 6º)* (modelo colaboracionista), b) *a valorização dos meios alternativos de solução de litígios (mediação, conciliação e arbitragem) (art. 3º, §3º)* - fidelidade ao contexto social: aderência às realidades subjacentes do processo - aquele que participou da construção de uma solução para o litígio sente-se muito mais confortável, satisfeito, feliz e aliviado do que aquele ao qual o juiz impôs uma solução; e c) *a valorização dos precedentes judiciais*, como técnica de decidir, empregando-os como princípios argumentativos, buscando assegurar a isonomia e segurança jurídica.

2. Alterações promovidas em relação aos recursos

Visando simplificar, resolver problemas e reduzir complexidade de subsistemas, o legislador promoveu alterações no campo recursal.

Dentre as principais modificações, podem ser citadas: a) a uniformização dos prazos para interposição e resposta dos recursos; b) a exclusão do juízo de admissibilidade em 1º grau de jurisdição para se evitar um novo recurso; c) estabeleceu-se a taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento; d) foram suprimidos os embargos infringentes, instituindo-se a regra do julgamento estendido; e) no campo dos recursos excepcionais foram criadas regras de aproveitamento do processo, de forma plena, devendo ser decididas todas as razões que podem levar ao provimento ou improvimento do recurso; f) criou-se regra de que não há mais extinção do processo por decisão de inadmissão de recurso, caso o tribunal destinatário entenda que a competência seria de outro tribunal; g) há ainda novo dispositivo determinando que, se os embargos de declaração são opostos com o objetivo de prequestionar a matéria objeto do recurso principal, e não são admitidos, considera-se havido o prequestionamento.

Modificou-se também o regime das preclusões. A exposição de motivos do CPC salienta que todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação, observando que, na verdade, o que se alterou foi exclusivamente o momento da impugnação, pois tais decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo modificadas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo, não o da impugnação.

As modificações apontadas no sistema recursal proporcionaram a sua simplificação e conduzirão ao maior rendimento possível de cada processo.

3. A apelação e o efeito de sua interposição.

A apelação é o recurso tratado pelo disposto nos artigos 1.009 a 1.014 do Código de Processo Civil. Segundo o artigo 1.009 é cabível contra a sentença, que é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução (CPC, art. 203, §1º). É decisão emanada do juiz de primeiro grau de jurisdição. Por intermédio da apelação, se busca obter a reforma total ou parcial da decisão impugnada, ou até sua invalidação.

A grande novidade da lei processual diz respeito à extinção da regra da recorribilidade em separado das decisões interlocutórias. Segundo o disposto no artigo 1.009, §1º, do CPC, as questões resolvidas na fase de conhecimento que não puderam ser impugnadas por meio do recurso do agravo de instrumento, poderão ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta, ou em contrarrazões.

Adotando o *sistema da taxatividade das decisões interlocutórias agraváveis*, o artigo 1.015 do CPC definiu restritamente quais as questões resolvidas durante a marcha processual que autorizam a interposição de agravo de instrumento, relegando para a ocasião do cabimento da apelação a impugnação daquelas não abrangidas por referida norma processual. Portanto, as questões que não ficaram cobertas pela preclusão não restarão irrecorríveis, podendo ser objeto de irresignação quando da interposição da

apelação ou do oferecimento das contrarrazões, sendo, pois, irrecorríveis em separado.

Buscando ainda mais simplificar o sistema recursal, o legislador estabeleceu uma regra geral relativa aos efeitos dos recursos (CPC, art. 995), ao dispor que eles não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal (“*ope legis*”) ou decisão judicial (“*ope iudicis*”) em sentido diverso. Portanto, não havendo regra legal ou ordem judicial de concessão do efeito suspensivo, ***o recurso só terá efeito devolutivo***, transferindo para a instância superior a apreciação da matéria impugnada. A regra geral, ainda que não agrade por sua possibilidade de alteração nas duas hipóteses em que menciona, é oportuna e esclarecedora, pois, além de simplificar o sistema, uniformizando os efeitos dos recursos, não deixa margem a dúvida quanto aos casos em que tem incidência.

Quando tratou do recurso da apelação, quanto aos seus efeitos, o legislador estabeleceu os mesmos critérios dos recursos em geral, criando uma disposição específica de caráter genérico, em que impõe ter a ***apelação efeito suspensivo*** (CPC, art. 1.012), além do devolutivo, cogitando de outras duas disposições em que referido efeito é retirado do recurso ou por força dos casos estabelecidos pela lei, ou em razão de decisão judicial, diante de pedido do interessado.

Destarte, a interposição da apelação impedirá que a sentença produza efeitos imediatos, relegando a efetivação do seu resultado para, apenas, após o julgamento da demanda em segundo grau de jurisdição. A lei prevê exceções a essa regra (CPC, §1º, do art. 1.012), ao enumerar casos em que o efeito suspensivo será retirado do apelo, produzindo a sentença efeitos desde o momento de sua publicação, ou desde quando se tornou pública, podendo o vencedor promover o seu cumprimento desde logo (§2º). A parte interessada

poderá pedir a concessão de efeito suspensivo nas hipóteses abrangidas pelas exceções referidas, mediante petição ao relator a quem for distribuído o apelo, que analisará a presença dos requisitos exigidos pela lei para o seu acolhimento (§§3º e 4º).

Como sabido, o *efeito suspensivo* obsta a eficácia imediata da decisão judiciária e não diz respeito à formação da coisa julgada, sendo essa, na verdade, uma qualidade da sentença, que torna a decisão imutável. A eficácia da sentença consiste na aptidão dela em produzir os seus efeitos e na efetiva produção deles, quaisquer que sejam, segundo o seu conteúdo, ficando apenas subordinada à validade da sentença, isto é, à sua conformidade com a lei. Assim, a outorga pela lei de efeito suspensivo aos recursos (que é a regra do CPC brasileiro), bem assim sua subtração em algumas hipóteses, é mecanismo de reconhecimento da possibilidade de distinção entre o início da execução do julgado (eficácia) e de sua imutabilidade¹. A eficácia da sentença não sofre, nos limites de seu objeto, nenhuma limitação subjetiva, valendo em face de todos, e está limitada subjetivamente só às partes do processo.²

Consoante já se teve oportunidade de sustentar³, respaldado na melhor doutrina, o *efeito suspensivo* é de fato um efeito da própria recorribilidade e não do recurso em si mesmo ou de sua interposição, tendo em vista que a decisão só passa a produzir efeitos após o

¹ BUENO, Cassio Scarpinella, *Execução provisória e antecipação da tutela*: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 34.

² LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit. p. 165.

³ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de, em "*Apelação sem efeito suspensivo*", publicada pela Editora Saraiva, em 2010, p. 11.

trânsito em julgado⁴. Esse efeito não incide sobre a decisão recorrida, mas é suspensivo de efeitos, pois o ato judicial em si não é suspenso, só os efeitos que ele se destinava a produzir⁵. A suspensão é da eficácia do ato decisório como um todo, e não apenas da eficácia dele como título executivo⁶. O recurso recebido sem esse efeito autoriza a execução provisória da sentença.

O efeito suspensivo é determinado por lei, originário, portanto, da vontade do legislador de que específica decisão produza ou não efeitos, levando-se em conta *técnicas de segurança ou de efetividade*, relacionadas diretamente com a tutela jurisdicional a ser prestada.

A suspensividade dos efeitos imediatos da sentença é regra adotada pelo legislador processual (art. 1.012 do CPC), que expressamente discriminou as situações em que ela deve ser excluída (o efeito devolutivo existe em todos os recursos). Concedido efeito suspensivo ao recurso, que retroage à data da publicação da sentença atacada, será vedada a prática de atos de sequência do procedimento, até o trânsito em julgado da decisão recorrida, ressalvada a possibilidade de serem determinadas pelo juiz, quando necessárias, providências de urgência.

⁴ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 35-36. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 201.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova era do processo civil*, cit., p. 137.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, p. 257.

4. Suspensão da eficácia imediata da sentença

Como exposto, o novo Código de Processo Civil veio ratificar norma já contida no CPC/73, ao dispor em seu artigo 1.012 do CPC regra que confere efeito suspensivo à apelação.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno⁷ retrata *um dos grandes retrocessos do novo CPC que se choca frontalmente com o que, a este respeito, propuseram o Anteprojeto e o Projeto do Senado. Infelizmente, o Senado, na derradeira fase do processo legislativo, não recuperou a sua própria proposta (art. 968 do Projeto do Senado), mantendo, em última análise, a regra de que a apelação, no direito processual civil brasileiro, tem (e continua a ter) efeito suspensivo.*

O dispositivo do anteprojeto trazia a seguinte redação: “A atribuição de efeito suspensivo à apelação obsta a eficácia da sentença”. O art. 949 §1º, por sua vez, dispunha que “a eficácia da decisão poderá ser suspensa pelo relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil de reparação, observado o art. 968”. Ou seja, pretendeu o PLS nº 166/10 (Senado) estabelecer que a apelação deveria ter como regra, apenas efeito devolutivo. Não havia, nesse projeto, qualquer exceção previamente estabelecida, razão pela qual a eventual análise acerca da suspensividade dependeria de pedido da parte, de comprovação de risco de dano e de decisão judicial.⁸

⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Novo Código de Processo Civil Anotado*, p. 649.

⁸ cf. DONIZETTI, Elpidio, *Curso Didático de Direito Processual Civil*, p.1350).

Por perder oportunidade rara e histórica para aprimoramento do sistema recursal, vários outros doutrinadores também criticaram a regra que atribui à apelação o efeito suspensivo.

Rogério Licastro⁹ em estudo sobre o tema dispõe que: “O projeto de Novo CPC em sua versão proveniente do Senado Federal (Projeto 166/2010) apresentava sensibilíssima e positiva modificação relativamente aos efeitos em que recebido o recurso de apelação: este seria recebido, em regra, apenas no efeito devolutivo (e não mais no efeito suspensivo, em regra), o que significaria que toda a sentença seria, *ab initio*, passível de requerimento de cumprimento provisório desde sua publicação em primeiro grau, de modo que pudesse produzir efeitos práticos independentemente do recurso de apelação interposto pela parte prejudicada, e a suspensão dos efeitos da sentença poderia ocorrer apenas mediante pedido expresso da parte, demonstrando-se a existência de risco de dano irreparável (o efeito suspensivo da apelação seria assim excepcional). E esta proposição legislativa (apelação recebível apenas no efeito devolutivo, em regra) nos parecia de tudo correta: perfaria uma tomada de posição em prestígio do juízo de primeiro grau, prestigiaria o fato de existir, após sentença, conjunto de elementos de convicção que, no mais das vezes conduzem à percepção de que o direito de uma das partes em desfavor de outra, já evidente, permitindo e autorizada sua imediata fruição (mediante cumprimento provisório) e deslocaria para sucumbente-apelante o ônus de postular a suspensão dos efeitos da sentença. Tal proposta (apelação recebível apenas no efeito devolutivo) representaria se aprovada fosse, radical mudança no tempo do processo: em vez de ser obrigada a aguardar o geralmente largo tempo exigido para que se dê o trânsito em julgado

⁹ LICASTRO, Rogério, em *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 2492.

autorizador da execução, o litigante poderia promover o cumprimento provisório da sentença tão logo esta fosse publicada, deslocando-se para o apelante a incumbência de postular atribuição de efeito suspensivo ao seu recurso para impedi-lo. No texto substituído do Projeto de Novo CPC da Câmara dos Deputados, contudo restaurou-se o efeito suspensivo automático da apelação, persistindo a impossibilidade de as sentenças serem, em regra, objeto de pedido de cumprimento provisório, permanecendo tudo como já ocorria quando vigente o CPC 1973, perdendo-se, em nosso sentir, oportunidade histórica de aprimoramento procedimental da apelação.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Mitidiero também sustentam que “o direito brasileiro não admite como regra a eficácia imediata da sentença. Vale dizer: não admite como regra, em sendo o caso, o cumprimento imediato de sentença. De um lado, trata-se de opção evidentemente questionável, na medida em que não permite uma adequada distribuição do peso do tempo no processo de acordo com a evidência da posição jurídica sustentada pela parte. Observe-se que quem tem de suportar o tempo de tramitação do recurso é a parte que dele precisa para lograr uma situação mais vantajosa no processo. De outro lado, essa mesma opção encerra uma incômoda contradição em nosso sistema de tutela de direitos, porquanto o direito brasileiro, ao mesmo tempo em que admite a eficácia imediata da tutela antecipatória, lastreada em cognição sumária (juízo de probabilidade), não permite, salvo em contadas exceções, a eficácia imediata da sentença de procedência, que tem esteio em cognição exauriente (juízo de verdade). O novo Código perdeu a oportunidade de corrigir essa evidente contradição com o nosso sistema”¹⁰.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni, ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart e MITIDIERO, em *Código de Processo Civil Comentado*, p. 1086-1087.

Por fim, Luis Guilherme Aidar Bondioli comenta igualmente sobre a retirada do efeito suspensivo da apelação ao referir: “De acordo com o *caput* do art. 1012 do CPC, “a apelação terá efeito suspensivo”. Como já dito nos comentários do art. 995 do CPC, essa outorga ordinária de efeito suspensivo para a apelação faz soar como propaganda enganosa a ideia de que os recursos não impedem a eficácia da decisão (supra n.11). Afinal o recurso, por excelência continua impedindo a eficácia da sentença, desde quando cabível até o esgotamento do seu prazo (quando não interposto) ou até o seu julgamento (quando interposto). Nesse contexto, em matéria de apelação, há uma inversão lógica estabelecida para a contenção dos efeitos da decisão recorrida: enquanto para a generalidade dos recursos a regra é a ausência de efeito suspensivo, sendo necessária expressa e específica disposição legal ou deliberação judicial em sentido contrário para a produção desse efeito, para a apelação a regra é a produção do efeito suspensivo, sendo necessário explícito e especial texto de lei em sentido contrário para que ele não se produza”.¹¹

¹¹ BONDIOLO, Luis Guilherme Aidar, em *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 98-99.

5. Razões que justificavam a retirada do efeito suspensivo da apelação

Esse autor sempre sustentou a produção imediata dos efeitos da sentença, manifestando-se contrariamente à suspensividade decorrente da interposição do recurso de apelação.¹²

Os argumentos que outrora foram apresentados para que a apelação não impedisse que a sentença produzisse efeitos imediatos foram enumerados e subsistem à luz do novo ordenamento jurídico processual. A eliminação do efeito suspensivo do recurso de apelação é instrumento que está inspirado no princípio motor da efetividade do processo, já que voltado para o atendimento dos escopos da jurisdição, e que tem por fim dotar o Poder Judiciário de mais um mecanismo que confira maior utilidade às decisões judiciais.

Serviam e ainda se sustentam para fundamentar a mudança, entre outros motivos, a demora do julgamento em segundo grau de jurisdição ou da demora excessiva do processo; a necessidade de valorizar a decisão de primeiro grau de jurisdição; a necessidade de desestimular a interposição de recursos protelatórios; a necessidade de harmonizar o nosso código à visão atual do processo civil e às legislações estrangeiras; e, por fim, voltar-se em benefício da coletividade.

A inversão da regra geral do efeito suspensivo nas apelações também deve ter por justificativa a grave distorção no sistema processual brasileiro, na medida em que admite a execução imediata dos provimentos antecipatórios, decorrentes de cognição sumária e

¹² Ainda tendo em vista o Projeto de Lei n. 3.605/2004, que sofreu emendas no Senado e na Câmara dos Deputados, que alterava a redação do artigo 520 do CPC/73 (conferia efeito suspensivo à apelação), estabelecendo que mencionado recurso seria recebido com efeito devolutivo, criando exceções, para permitir o efeito suspensivo a tal regra geral, já se estudou com profundidade a questão da produção imediata dos efeitos da sentença e as consequências práticas irreversíveis decorrentes de sua suspensão, em trabalho de conclusão de curso de pós-graduação na Pontifícia Universidade Católica – PUC. Referido trabalho deu origem à obra “*Apelação sem efeito suspensivo*”, publicada pela Editora Saraiva, em 2010.

superficial, e não permite a execução provisória da sentença que foi emitida com base em juízo de certeza, após cognição plena e exauriente.

A execução provisória da sentença contra a qual pende recurso é remédio eficiente contra o abuso do direito de recorrer e a interposição de recursos procrastinatórios, porquanto desestimula a interposição desses, apenas com o fim de impedir que a decisão produza efeitos imediatamente, dando início à execução forçada.

A não suspensividade dos efeitos da sentença da forma como proposta não põe em risco a segurança jurídica dos litigantes, porque o legislador, além de indicar de forma clara e precisa os parâmetros e os limites de sua aplicação e de proporcionar aos seus destinatários o pleno conhecimento e compreensão do seu teor, oferece mecanismos idôneos para corrigir os males de eventuais erros ou injustiças, entre eles a exigência de caução como contracautela e a obrigatoriedade de indenizar os prejuízos causados ao adversário, decorrente de uma responsabilidade civil estabelecida pela própria lei.

Atribuir à primeira instância o centro de gravidade do processo é, segundo a melhor doutrina, diretriz de política legislativa muito prestigiada nos tempos modernos, e numerosas iniciativas reformadoras levam-na em conta. Assim, busca-se hoje a valorização do juízo de primeiro grau, por isso sua sentença não pode ser mais considerada como um simples projeto de decisão de segundo grau, especialmente porque é ato legítimo e justo, derivado do maior contato do julgador com as partes e as provas orais. E nem se argumente que o duplo grau de jurisdição pode constituir empecilho para a execução imediata dos efeitos da sentença, uma vez que não configura regramento constitucional garantido pelo devido processo legal. Importa, na verdade, ofensa ao

princípio constitucional do acesso à justiça, desprestígio do juiz de primeiro grau, transformando sua sentença em mero requisito de continuidade do processo, e atenta contra o princípio processual da oralidade. Ressalte-se que hoje já é possível vislumbrar um melhor preparo dos magistrados de primeiro grau de jurisdição, a transmitir maior confiança na correção dos seus pronunciamentos judiciais, em razão das atividades que vêm sendo desenvolvidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados, por suas respectivas Escolas de Magistratura e pelas associações de juízes que, com cursos e estudos de técnicas e mecanismos de aplicação aos processos, buscam o aprimoramento e atualização da atividade jurisdicional de primeiro grau.

Oportuno ainda salientar que para adotar-se a regra do só efeito devolutivo ao recurso de apelação, o ordenamento jurídico brasileiro já experimentou essa sistemática em leis extravagantes, por exemplo, a Lei n. 8.245/91 – Lei de Locações, obtendo êxito, na medida em que valorizou o procedimento em primeiro grau de jurisdição e inibiu o recurso protelatório. Assim, pelo sucesso da empreitada anterior e da adotada pelo legislador estrangeiro, é possível prever o bom acolhimento da nova técnica processual sugerida.

Em suma, a execução dos efeitos imediatos da sentença é técnica processual que deveria ter sido implementada, embora constitua reforma processual necessária e radical, que demonstraria ousadia do legislador para solucionar o problema da efetividade do processo. A valorização dos julgamentos do juiz de primeiro grau é objetivo a ser perseguido pelo legislador contra os males decorrentes da interposição dos recursos protelatórios. A execução provisória da sentença ainda sujeita a recurso também pode servir de medida pedagógica contra o hábito maléfico e prejudicial de se recorrer contra toda e qualquer decisão judicial. Está em consonância com a finalidade das outras

reformas proporcionadas pelo legislador processual e harmoniza segurança jurídica com efetividade. O perigo de o credor provocar danos irreparáveis ao devedor é menor do que o de não receber o seu crédito, uma vez que já dispõe de um reconhecimento de seu direito pela sentença. E os riscos oriundos da execução provisória das decisões de primeiro grau são reduzidos, se comparados com os que são produzidos pela demora do encerramento das demandas.

6. Ainda a possibilidade de produção imediata dos efeitos da sentença

Apesar da reforma processual, nosso ordenamento jurídico manteve a mesma orientação da codificação anterior, importando verdadeiro retrocesso na busca incansável da efetividade da prestação jurisdicional. E consoante salientado, já se teve a oportunidade de sustentar tese em que apontava a possibilidade de retirada do efeito suspensivo da apelação, que já o possuía como regra.

Sustentou-se na ocasião a viabilidade da retirada do efeito suspensivo da apelação, aplicando-se o disposto em artigo que também tinha incidência em tal recurso, e que autorizava, “*ope iudicis*”, a concessão, mediante o preenchimento de determinados requisitos, da suspensividade da apelação em casos que a lei não o conferia (CPC/73 art. 588, e parágrafo único) (atual parágrafo único do artigo 995 do CPC). Ou seja, propôs-se a aplicação do referido dispositivo legal de forma a tornar-se útil para poder conferir ao vencedor-apelado o direito de obter a retirada do efeito suspensivo do recurso do apelante-vencido, e executar imediatamente a sentença.

É ainda hoje possível sustentar-se aquele ponto de vista, aplicando-se, agora, a regra contida no parágrafo único do artigo 995 do CPC para novamente se tentar retirar do apelo o efeito suspensivo, em razão da inalterabilidade do dispositivo legal que confere, como regra, suspensividade aos efeitos da sentença diante da interposição de apelação, ressaltando apenas algumas hipóteses.

Valendo-se do princípio da proporcionalidade para tal objetivo, especialmente, em virtude de sua finalidade e utilidade para a resolução das controvérsias judiciais atuais, visa-se demonstrar que, com a suspensão dos efeitos imediatos da sentença, o vencedor em primeiro grau, que agora figura como apelado na relação processual, poderá vir a sofrer lesão grave e de difícil reparação, em razão da demora do julgamento definitivo do processo, tornando irreversíveis as consequências práticas advindas desse fato.

Isto porque, se ao apelante é concedido o direito de obter, com probabilidade de provimento do recurso, conjugada com o risco de dano grave ou difícil reparação, a suspensão do cumprimento da sentença, contra o próprio texto legal, que impõe ao recurso somente o efeito devolutivo (art. 1.012, "caput"), parece que não se justifica, em face do tratamento igualitário que deve ser dado às partes do processo, não conferir ao apelado o direito à execução provisória da sentença, para evitar a ocorrência de dano da mesma espécie que o apelante busca não ver consumado.

O princípio da proporcionalidade tem tido aplicação no campo da juridicidade, e visa calibrar a maior ou menor prevalência de outros princípios em colisão ou regras em

conflito. “No direito processual civil brasileiro”, ensina Marcelo José Magalhães Bonício¹³, “este princípio projeta riquíssimos efeitos, destinados a evitar excessos, a procurar a justa adequação de meios e, ainda, a estabelecer uma proporção razoável entre os interesses em conflito, inserindo-se, portanto, entre os princípios informativos do sistema processual, com uma missão especial e um tanto diferente da missão reservada aos demais princípios: lidar quase exclusivamente com situações excepcionais, reveladoras de flagrantes injustiças, onde deve funcionar como um fator de proteção aos direitos fundamentais envolvidos.”

É composto por subprincípios que constituem o conjunto de critérios que possibilita ao operador jurídico solucionar a colisão entre direitos fundamentais. São eles: a) *adequação de meios*: a medida adotada deve ser apropriada para o alcance do fim visado; b) *necessidade*: opção, entre as soluções possíveis, pela menos gravosa; e c) *proporcionalidade em sentido estrito*: pesagem das desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

E do estudo dos elementos que compõe o princípio da proporcionalidade foi possível concluir sobre a sua incidência, a fim de que pudesse ser retirado o efeito suspensivo da apelação para que se admita ao apelado, vencedor da demanda, reconhecido como tal pela sentença recorrida, o direito de obter a sua execução imediata, mesmo contra a regra contida no “caput” do artigo 1.012 do CPC.

¹³ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães, *Proporcionalidade e processo*: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais, cit., p. 212.

A aplicação do princípio, a partir de seus elementos, resta assim exposta: *a)* o apelado deverá valer-se do disposto no parágrafo único do artigo 995 do CPC (*medida adequada*), quer em razão da possibilidade de também se adotar em seu favor o efeito suspensivo ativo, proporcionando tratamento igualitário às partes do processo, quer em razão da viabilidade de exercício do poder geral de cautela conferido ao juiz, quer ainda em face da existência de possibilidade de adotar-se estratégia autorizando a retirada de efeito suspensivo onde a lei o impõe; *b)* como medida necessária menos gravosa a ele, apelado, por se trata de uma sentença favorável, decorrente de cognição ampla e exauriente, e com grande probabilidade de ser mantida em segundo grau de jurisdição (*necessidade*); e que, após *c)* pesados os interesses em jogo, constatou-se que, em tese, os prejuízos que poderão advir ao vencedor em razão da inexecução da sentença são maiores do que os do vencido, que contra ela apresentou recurso de apelação (*proporcionalidade em sentido estrito*).¹⁴

Portanto, utilizando-se o princípio da proporcionalidade e do disposto no parágrafo único do artigo 995 do CPC, é possível fazer com que a regra do *caput* do artigo 1.012 do CPC/15, não tenha incidência quando presente risco de ocorrência de dano irreparável ou de consequências práticas irreversíveis ao apelado.

¹⁴ Ver CARVALHO FILHO, Milton Paulo de, em "Apelação sem efeito suspensivo", publicada pela Editora Saraiva, em 2010, capítulo 7, item 7.2.4.

7. Referências Bibliográficas

AIDAR BONDIOLI, Luis Guilherme, em *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Saraiva. 2016, vol. XX.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães, *Proporcionalidade e Processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação da tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Editora Saraiva: 2015.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Apelação sem efeito suspensivo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20ª Ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2017.

LICASTRO TORRES DE MELLO, Rogério, em *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a Coisa Julgada*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006 (Série Fundamentos Jurídicos).

MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

JUÍZES E TRIBUNAIS
OBSERVARÃO (CPC 927):
DECISÕES JUDICIAIS
VINCULANTES?

Nelson Nery Junior

NELSON NERY JUNIOR

Professor Titular das Faculdades de Direito da PUC-SP e da UNESP.
Advogado.

O CPC/2015 pretendeu criar um sistema que parcela da doutrina denomina de *direito jurisprudencial*, significando, a grosso modo, a força normativa que decisões judiciais poderiam exercer sobre órgãos do Poder Judiciário e, em última *ratio*, para todos os jurisdicionados.

Poderíamos dizer, então, que o *núcleo duro* do novo diploma processual civil seria o caráter vinculante da jurisprudência dos tribunais, que seria equiparável, portanto, à Constituição e à lei como fonte primária do direito.

Esse pensamento tem sido defendido como remédio para combater a litigiosidade excessiva de que padece o Estado brasileiro, bem como o acúmulo que processos que se encontram nos escaninhos do Poder Judiciário aguardando decisão final definitiva.

Haveria, por assim dizer, um poder dado a órgãos jurisdicionais estatais para decidir hierarquicamente sem que tivesse havido hipótese de incidência para essa decisão hierarquizada, vale dizer, sem que tivesse havido recurso no caso concreto para que o órgão superior pudesse, pelo julgamento do mérito do recurso, substituir a decisão recorrida. Essa seria a hierarquia normal e tradicional do direito processual civil. Pela denominada jurisprudência vinculante, a decisão de tribunal superior, por exemplo do STF ou do STJ, no recurso de A contra B, valeria hierarquicamente contra C, D, E etc.

Trocando em miúdos, o sistema do CPC/2015 procurou conferir aos tribunais poder de *legislar*. O resto é sofisma.

Diz-se, inclusive, que os tribunais superiores seriam *tribunais de teses*, em posicionamento doutrinário *de lege ferenda*, mas que se exterioriza como se fora *de lege lata*. Examinando

o texto constitucional não se encontram na CF 102 e 105 – textos que arrolam as competências, em *numerus clausus*, do STF e do STJ para processar e julgar originariamente e em grau e recurso – autorização para que possam fixar, em processos subjetivos, *teses jurídicas* para serem aplicadas em outros processos (competência para... “legislar”). Nenhuma lei infraconstitucional pode aumentar ou diminuir a competência fixada na CF para esses tribunais superiores. Na parte em que aumenta a competência do STF e do STJ, isto é, autorizando-os a julgar fora do que permite a CF 102 e 105, o CPC/2015 é indisputavelmente inconstitucional. Voltamos ao tema abaixo, quando falamos da interpretação desses dispositivos conforme a Constituição.

O *soi-disant* caráter vinculante de decisões judiciais, que o CPC/2015 pretensamente procurou dar, provém de processos subjetivos, isto é, de recursos que chegam àqueles tribunais superiores e que lá tiveram tratamento de Incidente de Assunção de Competência (IAC) (CPC 947) ou de RE e REsp repetitivos (CPC 1036). Isso quer significar que o STF e o STJ (re)julgam causas já decididas em única ou última instância por outros órgãos do Poder Judiciário, nos casos previstos na CF 102 III e 105 III: *processos subjetivos*, nos quais são discutidos *direitos subjetivos*. Esses dispositivos constitucionais não autorizam o STF nem o STJ, em processos subjetivos, a *fixarem teses objetivas*, como se fossem legisladores. Baixar textos normativos, abstratos, de caráter geral, a Constituição só autoriza o STF, nos casos enumerados na CF 103-A, por intermédio de súmulas vinculantes. A súmula vinculante é o único mecanismo constitucional de que dispõe o Poder Judiciário (assim mesmo apenas o STF) para “legislar”.

Duas, portanto, são as inconstitucionalidades mais graves de que padecem os dispositivos do CPC/2015 no denominado e *soi-disant* – voltamos a insistir – *direito jurisprudencial*. a)

o CPC/2015 não pode *umentar* a competência do STF e do STJ que é fixada em *numerus clausus* pela CF 102 e 105; b) ao Poder Judiciário é vedado *legislar*, tarefa privativa do Poder Legislativo da União (CF 22 I), vedado ao Congresso Nacional “delegar” essa função – que lhe é privativa –, ao Poder Judiciário.¹

Quando a Constituição quis dar ao Poder Judiciário a tarefa de legislar, o fez expressamente, por exemplo, quando autoriza o CTF a emitir súmula de caráter vinculante, preenchidos os pressupostos da CF 103-A. Mas até isso é discutível porque se trata, indubitavelmente, de autorização para legislar sobre direito em geral, tarefa privativa do Congresso Nacional (CF 22 I), indelegável *ex vi* da CF 68 § 1.º. Outra disposição constitucional malferida seria a CF 60 § 4.º, III, pois a separação dos poderes (CF 2.º) é cláusula pétrea que não admite modificação por emenda constitucional. A EC 45/2004, nessa parte, seria inconstitucional.

Mas, daí a pretender que possa haver função legislativa dada ao Poder Judiciário pelo CPC/2015, sem prévia emenda constitucional autorizando, é circunstância que não se pode admitir.

A fixação de tese objetiva pelo Poder Judiciário, com caráter normativo e vinculante, já foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se da CLT 902 § 1.º, que previa a possibilidade de o TST emitir *prejulgados trabalhistas*. O STF proclamou sua

¹ Função privativa do Congresso Nacional (legislar sobre direito civil, processual civil etc. CF 22 I), é indelegável por força e disposição constitucional expressa (CF 68 § 1.º: “*Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional ...*”). V. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal Comentada*, 6.º ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2017, coments. CF 68, pp. 701/708. Sem cerimônia, o CPC/2015 delega ao Poder Judiciário poder para legislar sobre direito processual civil, quando o autoriza a dispor dessa ou daquela maneira, sobre processo civil, no regimento interno dos tribunais... Mas isto é uma outra estória que deixamos para analisar em outra oportunidade. Fica, aqui, apenas o lembrete e a provocação.

inconstitucionalidade² e a CLT 902 § 1.º foi revogado pelo art. 1.º da L 7033, de 5.10.1982 (DOU 6.10.1982). O prejulgado eleitoral (Codigo Eleitoral 263), também inconstitucional, teve essa inconstitucionalidade reconhecida pelo TSE.³

Fixação de tese em abstrato com caráter normativo (súmula vinculante, prejulgado, jurisprudência vinculante do CPC/2015) são mecanismos oriundos dos Assentos da Casa de Suplicação de Portugal (hoje, Supremo Tribunal; de Justiça), previstos por primeiro nas Ordenações Manuelinas Livro V, Título LVIII, 1 e Lei da Boa Razão, de 18.8.1769, §§ 8.º e 14 e que foram introduzidos na legislação moderna de Portugal pelo art. 2.º do Código Civil de 1961. Nesse dispositivo legal havia previsão para que o Poder Judiciário editasse Assentos – teses abstratas, gerais e objetivas – que seriam vinculantes e de obrigatoriedade para todos, vale dizer, equivalentes à *lei*.

O Tribunal Constitucional de Portugal julgou inconstitucionais o CC port. 2.º,⁴ que autorizava o Poder Judiciário a editar Assentos, ao mesmo tempo em que o dispositivo legal foi revogado pelo Poder Legislativo português.⁵

No Anteprojeto do CPC/1973 havia previsão para que adotássemos o instituto dos Assentos portugueses (arts. 516 a 519). A doutrina se posicionou contra a força normativa

² STF, Pleno, Rp 946-DF, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 12.5.1977, DJU 1.º.7.1977, p. 4459; RTJ 82/44. O texto constitucional da CF/1969 e da CF/1988, nessa parte, são coincidentes, de modo que

³ TSE, Pleno, REspE 9936-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Acórdão n. 12501, j. 14.9.1992, DJU 11.3.1993, p. 3478.

⁴ Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdão n. 743, de 28.5.1996, rel. Cons. Monteiro Diniz.

⁵ Art. 2.º do Código Civil português revogado pelo DL 329-A/95, de 12.12.1995, que entrou em vigor em 15.9.1996.

dos assentos,⁶ de modo que o parlamento brasileiro não o aprovou e o instituto ficou fora do regulamento do CPC/1973.

Essas tentativas já foram feitas no Brasil, sem sucesso.

Poderia haver, constitucional- e legitimamente, a introdução desse sistema no Brasil, se tivesse havido, previamente, emenda constitucional autorizando o Poder Judiciário a legislar, além da única hipótese prevista para tanto, que é a da súmula vinculante pelo STF (CF 103-A). Optou-se pelo caminho mais curto, porém inconstitucional.

Os que defendem a constitucionalidade desse sistema de jurisprudência vinculante trazido pelo CPC/2015 argumentam com a isonomia, o acúmulo de processos no âmbito do Poder Judiciário e a natureza de tribunais de teses, de que se revestiriam os tribunais superiores. Não enfrentam os argumentos que aqui aduzimos, como o da competência constitucional estrita do STF e do STJ que não poderia ser modificada, quer para aumentar, quer para diminuir o rol estatuído na CF 102 e 105. Não enfrentam o argumento de que não pode haver delegação legislativa (CF 68 § 1.º) do Poder Legislativo (CPC/2015) ao Poder Judiciário, das matérias e competência constitucional estrita do Poder Judiciário (CF 22 I). Não discutem nem enfrentam os problemas de *deficit* democrático que esse sistema processual contém em si mesmo, dando aos tribunais poderes de modificar a lei aprovada democraticamente pelo Congresso Nacional etc.

⁶ Victor Nunes Leal. *Atualidades do Supremo Tribunal Federal*, RF 2080/17; José Frederico Marques. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV, 2.º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 127; Álvaro Villaça Azevedo. *Os assentos no direito processual civil*, "Justitia", v. 74, p. 142/143.

Por derradeiro, podemos afirmar que os dispositivos o CPC/2015 que determinam aos juízes e tribunais que observem o que o STF decidiu em RE repetitivo ou em decisão do Pleno, ou, ainda, dispõe em súmula simples; que observem o que o STJ decidiu em REsp repetitivo, em incidente de assunção e competência (IAC), em súmula ou em decisão da Corte Especial; o que o TRF, TJ, TRT decidiram em incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR), em súmula ou decisão e seu Pleno ou Órgão Especial, comportam *interpretação conforme a Constituição*. Podem, sim, ser aplicados pelos juízes e tribunais, desde que estejam em conformidade com o texto e com o espírito da Constituição Federal.

Assim, valem e têm eficácia enquanto mecanismos e uniformização da jurisprudência dos tribunais que os emitiram. Só e apenas isso. Não têm o poder de vincular quem quer que seja, *concessa maxima venia*. As decisões judiciais, provenham de que tribunal provierem, devem merecer consideração pelo seu conteúdo intrínseco, pela sua fundamentação, pelo seu poder de convencimento e não porque provieram, hierarquicamente, de tribunal superior.

Juízes e tribunais não devem observar, portanto, decisões de tribunais exteriorizadas em RE e REsp repetitivos, IAC, IRDR, decisões do Pleno o STF, e súmulas do STF, STJ, TRF, TJ, TRT, da Corte Especial do STJ, por mais importantes que possam ser os órgãos que as emitiram, porque não têm constitucionalmente caráter vinculante. Somente os dois primeiros incisos o CPC 927 é que têm caráter de obrigatoriedade: os juízes e tribunais devem observar as Súmulas vinculantes do STF e as decisões de mérito transitadas em julgado tomadas pelo STF em ações que versam sobre controle abstrato e constitucionalidade, porque a Constituição assim autoriza: CF 102 § 2.º e 103-A. Os demais dispositivos que estipulam caráter normativo (*v.g.* CPC 927 III a V), não obrigam a

que juízes e tribunais obedecam essas decisões, que têm apenas a função de *uniformizar a jurisprudência interna dos tribunais que as emitiram.*

QUATRO
PERPLEXIDADES DECORRENTES
DA ESTABILIZAÇÃO
DA TUTELA DE URGÊNCIA

Olavo de Oliveira Neto
Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira

OLAVO DE OLIVEIRA NETO

Mestre e Doutor pela PUCSP. Pós-doutorado pela Università degli Studi di Milano. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de Doutorado, Mestrado e de Graduação da PUCSP, do COGEAI, da Escola Paulista da Magistratura e de inúmeros cursos de especialização. Ex-professor do programa de doutorado, mestrado, especialização e graduação da ITE-Bauru. Membro do IBDP e do CEAPRO. Vencedor do Prêmio “Professor Nota 10” de 1998. Ex-Procurador do Estado e ex-Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Juiz de Direito aposentado. Advogado e consultor jurídico.

PATRÍCIA ELIAS COZZOLINO DE OLIVEIRA

Doutora em Direito Processual Civil pela PUC/SP, Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2006), Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Católica Dom Bosco (2003) e graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (1995). Defensora Pública do Estado de Mato Grosso do Sul desde 1998. Diretora da Escola Superior da Defensoria Pública – ESDP/MS (2013-atual). Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual e do IBDC – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Professora universitária.

Sumário: Introdução. 01. O réu pode contestar sem interpor agravo de instrumento? 02. Há condenação ao pagamento de honorários na tutela estabilizada? 03. É possível a estabilização sem a citação do réu? 04. A tutela estabilizada produz coisa julgada? Conclusões.

Palavras-chave. Novo CPC. Tutela provisória. Estabilização da tutela de urgência. Perplexidades.

Introdução

Todos nos sabemos que os Princípios do acesso à Justiça, da instrumentalidade e da efetividade representam vetores que foram fundamentais quanto à implantação de uma nova forma de pensar e de aplicar o direito processual civil, dando ensejo a uma verdadeira reforma ideológica do processo.¹ Passamos de uma fase cuja preocupação era apenas quanto à autonomia que o processo civil detinha em face do direito material para uma fase em que se vê o processo em seu verdadeiro sentido, isto é, no de permitir a prestação de uma tutela adequada e aderente ao direito material posto em juízo. A par dessa reforma ideológica, a promulgação da Constituição da República acabou por construir um sistema processual constitucional que não pode ser desconhecido tanto por quem elabora, quanto por quem aplica as normas processuais infraconstitucionais, o que deu ensejo a um verdadeiro Modelo Constitucional do direito processual civil.²

Esse dois fenômenos, aliados a falta de vontade política quanto à elaboração de um novo código acabaram por dar ensejo às inúmeras reformas setoriais que assistimos no texto original do CPC de 1973, praticamente descaracterizando aquele estatuto como um verdadeiro código e transformando-o numa consolidação das leis processuais civis. Tal perspectiva evolutiva acabou por reacender a chama já apagada da elaboração de um novo estatuto, o que se deu por força da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil.

¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2015. Vol. I, p. 67-71.

² Idem, p. 71-74.

Ocorre que, não houvesse o novo código, provavelmente a próxima alteração que veríamos no CPC de 1973 seria justamente na parte relativa às tutelas de urgência, que por isso sofreram uma significativa e profunda alteração em seu perfil. Dentre as inúmeras alterações promovidas, o novo CPC, *“...após classificar as tutelas provisórias como tutelas de urgência ou como tutela de evidência, acabou por criar um procedimento diferenciado para os casos de tutela antecipada antecedente, justamente para atender àquelas situações em que o direito levado a juízo é urgentíssimo, [...]. Esse procedimento diferenciado, que permite a concessão de uma medida liminar mediante a apresentação de uma petição inicial mais simples do que a usual, já que não é necessário o preenchimento de todos os requisitos previstos como regra geral nos art. 319 e 320, do CPC, que denominamos petição inicial simplificada; que permite que se opere a estabilização da tutela; e, que vem a preencher uma lacuna antes existente em nosso sistema processual; qualifica a tutela concedida liminarmente, o que nos permite denominá-la tutela superantecipada, tamanha a efetividade que poderá trazer ao processo.”*³

Mas a par de todas as vantagens que podemos imaginar em decorrência deste novo sistema também é possível antever diversos problemas estruturais decorrentes da sua aplicação, razão pela qual fizemos a opção de tratar de quatro das perplexidades dele decorrentes, em especial no tocante a possibilidade do réu ofertar contestação sem antes ter que interpor agravo de instrumento, da viabilidade ou não da condenação ao pagamento de honorários advocatícios quando a tutela antecipada se estabiliza, da

³ OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Da tutela antecipada a tutela superantecipada: breves considerações acerca da petição inicial simplificada*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, BUENO, Cassio Scarpinella, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, MEDEIROS NETO, Elias Marques de (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 343.

estranha possibilidade de estabilização sem a citação do réu e da possibilidade de produção da coisa julgada material no caso da tutela estabilizada.

01. O réu pode contestar sem interpor agravo de instrumento?

A estabilização da tutela antecipada antecedente, prevista nos art. 303 e 304, do CPC, implica na adesão das partes a um procedimento diferenciado onde há uma extrema sumarização do rito, sem a possibilidade de dilação probatória ampla e sem que se faça uma cognição exauriente. Em verdade, o procedimento estaria maculado por manifesta inconstitucionalidade, derivada da não observância dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, não fosse o fato de que as partes a ele aderem, o autor mediante manifestação expressa na sua petição inicial (art. 303, §5º) e o réu mediante uma conduta omissiva, pois ao deixar de recorrer da decisão que concede a tutela antecipada, nos termos do art. 304, *caput*, do CPC, permite a sua estabilização (§1º).

Ocorre que na mesma decisão liminar que concede a tutela antecipada deverá o juiz determinar que o autor adite a inicial (art. 303, §1º, I), para que o processo possa prosseguir normalmente quando a tutela não se estabiliza. Portanto, será o réu citado para participar de audiência de conciliação, que se não acontecer dará ensejo à possibilidade do oferecimento de contestação no prazo de até 15 (quinze) dias, seguindo o feito o rito comum.

Diante desse contexto surge dúvida quanto à possibilidade que teria o réu, satisfeito ou conformado com o teor da liminar concedida, de deixar de interpor o “*respectivo recurso*”, que é o de agravo de instrumento (art. 1.015, I), limitando-se a contestar o pedido

formulado pelo autor. Afinal, numa interpretação literal do art. 304, §1º, a não interposição do recurso estabiliza a tutela e o processo deve ser extinto, sendo inviável contestar feito já extinto por sentença. Trata-se de uma interpretação sedutora e que encontra respaldo até mesmo na existência da ação que pode ser interposta para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada (art. 304, §2º), já que bastaria afirmar que tendo as partes esta ação, então não haveria razão para permitir que o procedimento tivesse sequência no caso dessa omissão inicial.

Não comungamos, todavia, desse entendimento. A principal razão que nos leva a entender ser possível ao réu contestar sem ter que antes interpor agravo de instrumento reside na inconstitucionalidade de uma interpretação em sentido oposto, por ofensa ao Princípio do Direito de Ação, segundo o qual a lei ou a decisão judicial não podem impedir ou inibir a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito. Como o exercício do direito de ação é bilateral, esse impedimento ou inibição também vale para o direito de defesa e, por isso, o novo CPC, que é uma lei infraconstitucional, não pode inibir o direito de oferecer contestação, condicionando-o ao prévio oferecimento de agravo de instrumento. Seria a mesma operação lógica, *mutatis mutandi*, que se verifica quando alguém condiciona a interposição de recurso administrativo ao recolhimento de multa, o que agora está textualmente vedado pela Súmula Vinculante 21, do STF (*É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.*”).

Não bastasse, exigir a interposição de agravo de instrumento para só então permitir a contestação, isso sob o argumento de se dar ao preceito interpretação literal, importaria em duplicar o número de condutas exigidas para a impugnação de um

mesmo ato jurisdicional, isto é, implicaria em aumentar o número de agravos em casos nos quais a interposição desse recurso não aconteceria, em ofensa ao princípio da economia processual.

Por fim, se o que o novo sistema exige das partes é uma conduta comissiva do autor (art. 303, §5º) e uma conduta omissiva do réu (art. 304), então qualquer conduta do réu que demonstre sua intenção de se opor a estabilização da tutela será suficiente para impedi-la, até mesmo uma mera petição onde se faça constar que não se pretende interpor agravo de instrumento, mas que se pretende contestar o feito no prazo legal. Assim ele não adere ao sistema que permite a estabilização, seguindo o feito o rito comum, inclusive com a possibilidade da ocorrência da revelia e julgamento antecipado.

02. Há condenação ao pagamento de honorários advocatícios na tutela estabilizada?

A condenação ao pagamento de honorários advocatícios, em regra, decorre da existência de sucumbência de uma das partes, que tendo perdido a demanda acaba por se ver obrigada ao recolhimento de tal verba em favor do vencedor. Quando não há que se falar em sucumbência, a condenação se dá com fundamento no princípio da causalidade, isto é, deve ser condenada a parte que deu causa a extinção do feito. A par dessas duas situações ainda existem as hipóteses onde simplesmente não há condenação ao pagamento de honorários, como se dá no caso do mandado de segurança, conforme restou sedimentado após a edição da Súmula 512, do STF, segundo a qual *“Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.”*

Como no caso da estabilização da tutela as partes aderem a um rito diferenciado, onde ambos abrem mão de inúmeras garantias decorrentes do modelo constitucional do processo, não havendo cognição exauriente ou mesmo um julgamento de mérito, não há que se falar no pagamento de honorários em razão de sucumbência, pois nenhuma das partes chega propriamente a sucumbir.

Em razão dessa ausência de sucumbência Heitor Vitor Mendonça Sica sustenta que deve existir condenação ao pagamento de honorários fundado no princípio da causalidade, pois uma ausência de condenação configuraria uma verdadeira premiação ao réu que deu causa a demanda. Segundo o autor *“...não há qualquer ressalva no novo CPC no sentido de que essa especial hipótese de sentença terminativa não conteria a responsabilidade pelas verbas da sucumbência, sendo de rigor reconhecer que o réu será obrigado a pagá-las. [...] Quando se trata da técnica da estabilização, a ausência de recurso não implica satisfação do autor, mas apenas a formação de título para execução definitiva, de modo que não se poderia premiar o réu eu deu causa à instauração do processo com a isenção das verbas da sucumbência.”*⁴

Deve-se observar, todavia, que nos casos onde ocorre a estabilização o juiz não chega nem mesmo a decidir qualquer questão,⁵ na medida em que não há divergência entre as

⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, BUENO, Cassio Scarpinella, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, MEDEIROS NETO, Elias Marques de (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 416.

⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O objeto da prova no direito processual civil*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, MEDEIROS NETO, Elias Marques, LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 512. *“Nesse passo, se o termo ponto representa no processo apenas o fundamento de uma determinada afirmação, então ele não se confunde com o termo questão, que para existir tem necessariamente que representar uma controvérsia no processo [...]. Em outras palavras, se o ponto é o fundamento de uma afirmação, a questão é o ponto que foi submetido a uma controvérsia, seja ela suscitada pelas partes, seja ela instituída de ofício pelo magistrado; ou, ainda, porque a lei determina que a parte esta obrigada a comprovar sua afirmação, como*

partes acerca de qualquer afirmação de direito feita na petição inicial simplificada. Por essa absoluta ausência de litigiosidade é que não há que se falar também na condenação ao pagamento de honorários advocatícios fundado no princípio da causalidade. Afinal, como saber quem efetivamente deu causa a propositura da ação? Teria sido uma resistência injustificada por parte do réu ou teria sido a ansiedade do autor que precipitou uma ação que não era necessária? O conteúdo resumido da petição inicial simplificada, somado ao silêncio do réu, não oferecem parâmetros seguros para uma conclusão sobre quem deu causa a propositura da ação.

Diante dessa perplexidade sustenta Fredie Didier que a sentença que extingue o feito no qual a tutela se estabiliza (art. 304, §1º) deve condenar o réu ao pagamento de honorários em montante reduzido, assim como acontece no caso da ausência de resistência na ação monitória, onde o montante da condenação deve ser de 5% (cinco por cento) do valor dado a causa (art. 701). Na lição do autor *“A dúvida que surge é a seguinte: há vantagem para o réu em permanecer silente, no caso da estabilização da tutela de urgência? Sim, há: diminuição do custo do processo. Por não opor resistência, não pagará as custas processuais (aplicação analógica do disposto no §1º do art. 701 do CPC) e pagará apenas 5% de honorários advocatícios de sucumbência (art. 701, caput, CPC, também aplicado por analogia).”*⁶

acontece na hipótese em que ocorre revelia, mas que não se produzem os seus efeitos devido à presença de uma causa de sua elisão (art. 320, do CPC). O mesmo se dá, aliás, quando a lei exige efetivo contraditório, determinando a lei que o juiz nomeie curador especial para o réu revel citado por edital ou para o réu preso.”

⁶ DIDIER, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10ª ed.. Salvador: JusPODIVM, 2015. Vol. 2, p. 605.

Nesse ponto, todavia, discordamos do amigo e prestigiado doutrinador. Ocorre que a regra contida no art. 701, do CPC, não é uma regra geral, mas sim uma regra de exceção às normas constantes do art. 85, este sim uma regra geral sobre a condenação ao pagamento de honorários. Como as exceções devem ser interpretadas de forma restritiva, não há como estender o pagamento de honorários reduzidos para o caso da sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito, isso em razão da estabilização da tutela de urgência.

Destarte, diante de todo o exposto, a única conclusão viável para a questão aqui tratada é a de que não cabe condenação ao pagamento de honorários advocatícios no caso de extinção do processo por conta da estabilização da tutela antecipada antecedente.

03. É possível a estabilização da tutela sem a citação do réu?

A terceira perplexidade a analisar diz respeito a uma estranha situação decorrente da interpretação literal dos art. 303 e 304, do CPC, que acabaria por permitir a estabilização da tutela mesmo sem a citação do réu. Quando a petição inicial simplificada, elaborada na forma prevista no art. 303, do CPC, é distribuída ao magistrado, tem ele duas possibilidades de atuação, que implicam na dualidade do procedimento que se seguirá. Se o magistrado entende que não estão presentes elementos que ensejam a concessão da liminar, então determina a emenda da petição inicial no prazo de 05 (cinco), sob a pena do seu indeferimento (art. 303, §6º). Caso contrário, quando o magistrado concede a medida liminar, ele profere uma decisão interlocutória onde deve constar a concessão da medida e a fundamentação que o levou a concedê-la; bem como a determinação do aditamento da inicial no prazo de 15 (quinze) dias, se não fixar prazo maior para que o

autor possa se desincumbir desta providência (art. 303, §1º, I). Só após esse aditamento é que deverá ser determinada a citação do réu (art. 303, §1º, I) para integrar a relação processual e para comparecer a audiência prévia de conciliação, pois seria um despropósito citar o réu antes do aditamento e depois ter que citá-lo novamente, sob a pena de nulidade do processo.

Nesse passo, como concedida a liminar o normal de acontecer é o seu cumprimento imediato, ainda mais porque nos casos de liminar em tutela antecipada de urgência sempre há perigo de dano ao direito que se pretende proteger (assim não fosse a medida seria indeferida pela falta de um dos seus requisitos positivos, previsto no art. 300, *caput*, *in fine*, do CPC, que é justamente o *perigo de dano*), então nesse momento o réu será regularmente intimado da concessão da liminar e, portanto, terá início o prazo para a interposição de agravo de instrumento (art. 304, *caput*).

Pois bem: se o pronunciamento inicial do juiz veicula tanto a determinação de aditamento quanto à ordem liminar e se o prazo que o autor tem para aditar a inicial é de 15 (quinze) dias ou mais, para só então se dar a citação do réu, cujo prazo para interpor o agravo de instrumento (15 dias); então fatalmente existe a possibilidade do réu não interpor o agravo e da tutela liminarmente concedida se estabilizar sem que formalmente tenha ocorrido a citação.

Não obstante a possibilidade de estabilização da tutela sem a citação, como ela é ato essencial para a validade do processo (art. 239) essa estabilização seria nula (na verdade inexistente) e não poderia produzir os efeitos que dela se esperam, tornando o sistema defeituoso e de aplicação inadequada. Uma solução viável para permitir que o sistema de estabilização da tutela seja bem aplicado será a de considerar que o prazo para

interposição do agravo não tem o seu termo inicial contado a partir da intimação da decisão que concedeu ou da efetivação da medida liminar, mas sim que tem o seu início a partir da citação do réu para integrar a relação jurídica processual.

Em suma, embora possível à estabilização da tutela sem a citação do réu, todo o processado e a própria estabilização seriam nulos porque não houve a citação, ato essencial à validade do processo, razão pela qual o termo inicial do prazo para a interposição de agravo contra a decisão que concede a liminar deve ser contado a partir da citação. Tal sugestão, todavia, depende da aceitação da doutrina e dos tribunais, razão pela qual somente com o passar do tempo e com o acúmulo das decisões é que teremos a oportunidade de ver a solução que será dada a questão.

04. A tutela estabilizada produz coisa julgada?

Em que pese ter sido a lei expressa no sentido de que *“...a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada...”* (art. 304, §6º), o tema tem sido objeto de intensa discussão por parte da comunidade acadêmica, em especial por conta da previsão de que a revisão da decisão estabilizada somente se dá através da ação prevista no art. 304, §2º, do CPC, que deverá ser proposta no prazo de até 02 (dois) anos, sob pena de extinção do direito de propô-la.

Sustenta Carlos Augusto de Assis⁷ que a tutela estabilizada não produz coisa julgada material porque a decisão que a concede não apresenta um caráter predominantemente declaratório e porque não é proferida com base em cognição exauriente, com o que não concordamos. Ocorre que, como salientamos anteriormente, o sistema de estabilização da tutela só não é inconstitucional porque as partes renunciam a garantias decorrentes do Modelo Constitucional do Processo, inclusive quanto à declaração do direito e a cognição exauriente. Por isso o que impede que se opere a eficácia de coisa julgada material no sistema processual “normal” não é empecilho para que esta aconteça no caso da tutela estabilizada, exatamente como se dá no caso da ação monitória, que implicitamente admite a produção de coisa julgada material quando não há resistência ao mandado monitório, pois prevê a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória (art. 701, §3º) contra tal pronunciamento judicial.

Já Bruno Vasconcellos Carrilho Lopes⁸ entende que a decisão estabilizada produz coisa julgada formal porque não pode ser revista no mesmo feito onde foi prolatada, mas somente através de outra ação, bem como que produz a eficácia decorrente da função negativa da coisa julgada, na medida em que impede a propositura de outra ação idêntica. Não produz, porém, a eficácia decorrente da função positiva da coisa julgada porque não há declaração na decisão estabilizada, argumento que já repelimos, e porque não há vedação legal para que a matéria seja reapreciada incidentalmente em outro

⁷ ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, BUENO, Cassio Scarpinella, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, MEDEIROS NETO, Elias Marques de (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 37-38.

⁸ LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. *Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, BUENO, Cassio Scarpinella, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, MEDEIROS NETO, Elias Marques de (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 206.

processo, ao que pode ser oposto o fato de que, se reconhecida à produção de coisa julgada, dela própria decorre o impedimento para a reapreciação do tema, independentemente de expressa disposição legal.

Por fim, Paulo Henrique dos Santos Lucon sustenta que a estabilização da tutela dá ensejo a preclusão *pro iudicato*, cujos efeitos são semelhantes aos produzidos pela coisa julgada material. Nas palavras do autor *“...entendendo-se que, em tais casos, a tutela já não pode ser reexaminada pelo juiz de primeiro grau, é necessário reconhecer verdadeira preclusão pro iudicato em favor do demandante, por força de decisão interlocutória não recorrida proferida no curso do processo de conhecimento. Fenômeno colateral e afim à coisa julgada, a preclusão pro iudicato é aquela que, mesmo na ausência de qualquer sentença de mérito, produz resultado prático semelhante a eficácia da coisa julgada.”*⁹

De nossa parte entendemos que, vencido o prazo decadencial de 02 (dois) anos previsto no art. 304, §5º, do CPC, a sentença que estabilizou a tutela satisfativa produz coisa julgada material. Isso porque, sendo esta a única via através da qual a tutela estabilizada pode ser revista, excluída essa possibilidade não mais terá a parte a possibilidade de modificar, através de outro processo, o que restou decidido quando da estabilização.

Aqui também é válida a pitoresca, mas precisa lição de J. J. Calmon de Passos, ainda sob a vigência do CPC de 1973, ao tratar da coisa julgada no processo cautelar: *“... as decisões de mérito, em ação cautelar, são insuscetíveis de modificação, se não houver*

⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do novo CPC*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, BUENO, Cassio Scarpinella, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, MEDEIROS NETO, Elias Marques de (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 246.

alteração na situação de fato – situação de perigo, que a determinou, ou se modificação não houver na situação de direito no tocante à plausibilidade da tutela favorável ao autor da medida. Só a mudança de um desses elementos constitutivos da causa de pedir autoriza a modificação. E se indeferida a medida, só nova situação de perigo, ou alteração nas condições anteriormente indicadas para fundamento do pedido, ou pedido de medida diversa da anterior pode legitimar a postulação de nova cautelar. Essa imutabilidade pode não ser batizada com o nome de coisa julgada, mas que é imutabilidade é. Como chamá-la para não colocá-la na família nobre do processo de jurisdição contenciosa? É problema de preferência: Hermengarda, Febroniana, Ocridalina ou coisa parecida. Mas que é mulher como a outra é. Ou para ser específico: que é imutabilidade do decidido com repercussão para fora do processo é. E temos dito.”¹⁰

Portanto, seja lá qual for à denominação que se pretenda dar a tal fenômeno, o fato é que se trata de uma imutabilidade e incontestabilidade da decisão que concedeu a tutela estabilizada, próprios da eficácia operada pela coisa julgada material.

¹⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed.. São Paulo: RT, 1990. v. 10, t. 1, p. 237.

Conclusões

As conclusões deste pequeno questionamento resumem-se as respostas dadas as quatro questões que foram propostas:

01. O réu pode contestar sem interpor agravo de instrumento?

Resp.: Como o procedimento diferenciado exige das partes uma conduta comissiva do autor (art. 303, §5º) e uma conduta omissiva do réu (art. 304), então qualquer conduta do réu que demonstre sua intenção de se opor a estabilização da tutela será suficiente para impedi-la, até mesmo uma mera petição onde se faça constar que não se pretende interpor agravo de instrumento, mas que se pretende contestar o feito no prazo legal.

02. Há condenação ao pagamento de honorários advocatícios na tutela estabilizada?

Resp.: Como não há sucumbência, não é possível saber quem deu causa a demanda e não é viável a aplicação analógica de norma redutora do valor de honorários que disciplina a ação monitória, pois essas regras são de exceção, então é de rigor concluir que não cabe condenação ao pagamento de honorários advocatícios no caso de extinção do processo por conta da estabilização da tutela antecipada antecedente.

03. É possível a estabilização da tutela sem a citação do réu?

Resp.: Embora possível a estabilização da tutela sem a citação do réu, todo o processado e a própria estabilização seriam nulos porque não houve a citação, ato essencial à validade do processo, razão pela qual o termo inicial do prazo para a interposição de agravo contra a decisão que concede a liminar deve ser contado a partir da citação.

04. A tutela estabilizada produz coisa julgada?

Resp.: Vencido o prazo decadencial de 02 (dois) anos previsto no art. 304, §5º, do CPC, a sentença que estabilizou a tutela satisfativa produz coisa julgada material. Isso porque, sendo esta a única via através da qual a tutela estabilizada pode ser revista, excluída essa possibilidade não mais terá a parte a possibilidade de modificar, através de outro processo, o que restou decidido quando da estabilização.

Referências Bibliográficas

ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, BUENO, Cassio Scarpinella, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, MEDEIROS NETO, Elias Marques de (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

DIDIER, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10ª ed.. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª e.. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. *Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, BUENO, Cassio Scarpinella, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, MEDEIROS NETO, Elias Marques de (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do novo CPC*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, BUENO, Cassio Scarpinella, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, MEDEIROS NETO, Elias Marques de (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O objeto da prova no direito processual civil*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, MEDEIROS NETO, Elias Marques, LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013.

_____. *Manual da monografia jurídica*. 2ª e.. São Paulo: Verbatim, 2013.

_____. OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Da tutela antecipada a tutela superantecipada: breves considerações acerca da petição inicial simplificada*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, BUENO, Cassio Scarpinella, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, MEDEIROS NETO, Elias Marques de (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA NETO, Olavo de, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada 'estabilização da tutela antecipada'*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, BUENO, Cassio Scarpinella, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, MEDEIROS NETO, Elias Marques de (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 7ª e.. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: LEUD, 2008.

TÉCNICA DE JULGAMENTO
E EXTINÇÃO DOS
EMBARGOS INFRINGENTES

Paulo Henrique dos Santos Lucon

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Associado da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP.
Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela mesma Instituição.
Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual IBDP.
Integrou a Comissão Especial do CPC de 2015 na Câmara dos Deputados.
Advogado.

1. Introdução

Dentre as inovações contidas no Código de Processo Civil de 2015 está a denominada técnica da *ampliação da colegialidade*, também denominada de *juízo continuado*, prevista no art. 942 do Código. De acordo com esse dispositivo, em certos casos de divergência nos Tribunais de segunda instância, novos desembargadores serão convocados para compor a turma julgadora.

Essa técnica, embora guarde certa relação de correspondência com os embargos infringentes previstos nos arts. 530 a 534 do Código de Processo Civil de 1973, com eles não se confunde. Por isso, o objetivo desse ensaio é analisar a técnica do art. 942 unicamente à luz das normas que compõem e informam o Código de Processo Civil de 2015. É um equívoco procurar interpretar a ampliação da colegialidade a partir da disciplina que informava os antigos (e extintos) embargos infringentes, porque com isso se corre o risco de desconsiderar a intenção do legislador ao estatuir essa nova técnica.

2. Técnica de julgamento e não novo recurso

A primeira evidente distinção entre os embargos infringentes e a técnica da ampliação da colegialidade reside na natureza jurídica de cada um desses institutos. Enquanto os primeiros consistiam em uma espécie do gênero recurso sob a ótica do Código de Processo Civil de 1973 (art. 496, inc. III), a técnica contida no art. 942 do Código de Processo Civil de 2015 nada mais é que uma norma de atribuição de competência para que novos julgadores passem a compor um órgão colegiado quando este manifestar uma divergência.

Assim, se sob o regime do Código anterior novo exame da divergência judicial dependia de anterior manifestação de vontade da parte, no Código de 2015, previamente, determina-se para os casos não unânimes a necessidade de que novos julgadores passem a integrar o colegiado. Essa modificação revela acima de tudo uma nova perspectiva a respeito do modo de lidar com os desacordos entre os membros de um Tribunal.

Atribuir às partes o ônus de provocar novo exame a respeito de questão não unânime, como ocorria até então, significava indicar que só a elas interessava a realização de um novo julgamento sobre essa questão. No silêncio das partes, portanto, os desacordos judiciais permaneceriam indiscutíveis. Essa opção, no entanto, não se coaduna com a natureza argumentativa do direito e a busca pela segurança jurídica, verdadeira coluna de sustentação do Código de Processo Civil de 2015.

A existência de um dissenso entre três julgadores a respeito de uma determinada questão aponta a necessidade de um debate mais amplo. Explica-se: embora não seja necessária a busca por uma unanimidade a qualquer custo, é preciso ter em mente que toda decisão judicial deve ser justificada à luz dos melhores argumentos disponíveis, o que, por certo, tende a ocorrer com maior probabilidade quando novos julgadores passam a deliberar sobre a questão objeto de divergência.

Como se sabe, uma decisão jurídica delimita as expectativas entorno da aplicação de uma determinada norma e quando justificada com base em argumentos universalizáveis é capaz de se tornar paradigma para casos futuros. No entanto, em casos de divergência, a redução dessas expectativas ocorre apenas parcialmente ou de modo incompleto. Por isso,

é também do interesse da jurisdição a continuidade do julgamento em que se manifesta a divergência com a participação de novos julgadores.

Nesse sentido, a técnica da ampliação da colegialidade não apenas permite um maior aprofundamento a respeito da questão divergente como também o faz de um modo mais célere em comparação à antiga sistemática dos embargos infringentes. Com a nova disciplina, há, portanto, um inegável ganho de qualidade do produto judiciário.

Nos termos do art. 942, §1º do Código de Processo Civil, a análise da divergência pela via da ampliação da colegialidade deve ocorrer preferencialmente na mesma sessão de julgamento em que expresso o dissenso jurisprudencial (CPC, art. 942, §1º). Evita-se, com isso, a prática de todas as formalidades próprias da interposição de um recurso (apresentação das razões recursais, distribuição do recurso, designação de novo julgamento...). Logo, não se pode afirmar que a técnica da ampliação da colegialidade será capaz de atrasar o andamento do processo.

Todos que tem larga experiência no foro sabem que o atraso do processo decorre do chamado "tempo de prateleira" – virtual ou físico, que consiste no interregno de tempo em que nada ocorre no processo. Em comparação a isso, o tempo exigido pela ampliação da colegialidade decorrente de divergência havida no seio do Tribunal representa praticamente um nada diante do tempo total do processo. Essa técnica, portanto, não infirma o princípio da duração razoável do processo. A esse princípio, aliás, nem ao menos se poderia recorrer para fins de ponderação no caso, ante a prevalência da regra estatuída pelo legislador em favor do julgamento continuado nos casos de divergência.

Não bastasse isso, a técnica da ampliação da colegialidade presta-se também a combater a denominada *jurisprudência lotérica*, ao garantir maior uniformidade às decisões proferidas pelos Tribunais. Isso porque com a continuação ampliada de um julgamento não unânime, impede-se que sejam prevaletentes entendimentos minoritários no âmbito de um órgão colegiado.

Como se sabe, entre os membros de uma determinada turma julgadora é possível que não haja consenso a respeito de certa questão. Sendo assim, a depender da distribuição dos feitos e da designação da turma julgadora para o caso, poderiam ocorrer julgamentos em que prevalecesse o entendimento minoritário daquele órgão colegiado (*v.g.*, se considerarmos determinado órgão colegiado formado por cinco desembargadores, a composição de uma turma com três julgadores pode fazer com que posicionamentos minoritários adotados por apenas dois dos cinco desembargadores acabem por se sagrar vencedores). Assim, com a ampliação automática da colegialidade em casos de dissenso, evita-se que contradições internas a um órgão colegiado resultem em tratamentos distintos para casos semelhantes.

Isso é do interesse não só das partes, que têm assegurada a isonomia e a segurança jurídica, mas também da própria jurisdição, que assim preserva a sua legitimidade. Portanto, por mais esse motivo, mostra-se adequada a técnica prevista no art. 942 do Código de Processo Civil de 2015 que assim se coaduna, ademais, com o disposto no art. 926 do Código, que impõe aos Tribunais o dever de manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Esse dispositivo, aliás, consiste em uma norma fundamental para a nova configuração que se pretende atribuir à administração da justiça em nosso país, cujos pilares se assentam na promoção da segurança jurídica e da igualdade. Resultaria em repugnante tratamento discriminatório e clara fonte de imprevisibilidade a dispensa de tratamentos distintos para situações semelhantes.

Para evitar isso, a técnica da ampliação da colegialidade contribui com a formação de julgados mais sólidos e consistentes, elaborados a partir de um número maior de razões, e evita – em grande medida - que determinado caso seja decidido com base em entendimento não prevalecente no âmbito do Tribunal. A técnica da ampliação da colegialidade, como já dito, não almeja alcançar uma unanimidade entre os julgadores. Aqueles julgadores que possuírem um determinado entendimento minoritário não apenas podem como devem declarar seus votos divergentes, pois assim contribuem para eventual evolução jurisprudencial. O que não é admissível é que esse entendimento minoritário prejudique a parte que faz jus à tutela jurisdicional segundo a orientação predominante do Tribunal.

3. Hipóteses para a ampliação da colegialidade

De acordo com o art. 942, *caput*, do Código de Processo Civil, a primeira hipótese que dá ensejo à ampliação da colegialidade é o julgamento não unânime do recurso de apelação. Registre-se que com a extinção dos embargos infringentes, a técnica da ampliação da colegialidade é aplicável inclusive nos recursos de apelação oriundos de mandado de segurança. Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, retirou-se o substrato normativo para aplicação do art. 25 da Lei n. 12.016/09 e como não

há qualquer restrição nesse sentido a técnica da ampliação da colegialidade deve ser aplicada também nesses casos.

Em sentido contrário à sistemática aplicada aos embargos infringentes pelo Código de Processo Civil de 1973 a partir da edição da Lei n. 10.352 de 2001, segundo a qual referido recurso apenas seria cabível nos casos de reforma da sentença de mérito (CPC/73, art. 530), a ampliação da colegialidade, nos casos de julgamento não unânime do recurso de apelação, ocorrerá seja qual for o resultado.

Assim, a continuação do julgamento com novos julgadores se dará tanto nos casos de divergência a respeito de eventual *error in iudicando* quanto nas hipóteses em que não houver consenso sobre possível *error in procedendo* da sentença recorrida. Isso se justifica, pois não há diferença qualitativa entre as questões decididas por um Tribunal. A divergência sobre uma questão processual capaz de implicar a anulação de um julgamento merece ser resolvida à luz de novos argumentos, do mesmo modo que uma questão de mérito propriamente dita.

Por essas mesmas razões, aliás, mostra-se incoerente o previsto no art. 942, § 3º, inc. II, do Código de Processo Civil. Segundo esse dispositivo, a técnica da ampliação da colegialidade aplica-se aos julgamentos não unânimes proferidos em agravo de instrumento, apenas quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito da demanda.

Os requisitos para a realização desse julgamento constam do art. 356 do Código. De acordo com esse dispositivo, o julgamento parcial terá lugar quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela de um deles mostrar-se incontroverso ou estiver em

condições de imediato julgamento. Essa decisão que julga em caráter antecedente parcela do mérito é uma decisão interlocutória, pois não encerra a fase cognitiva do procedimento comum. Em atenção a isso, o art. 356, § 5º, do Código, estabelece como cabível o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que julgar parcela do mérito em caráter antecedente.

Ocorre que, esse recurso, ontologicamente, em nada difere do recurso de apelação, e por isso para ambos deveria ser aplicada a disciplina desse último, a fim de permitir o julgamento continuado tanto nos casos de reforma, quanto nas hipóteses de anulação – ou mesmo confirmação, como se verá a seguir - da decisão interlocutória de mérito recorrida. A coluna estrutural da nova técnica é diminuir os efeitos deletérios de uma divergência não qualificada, típica do julgamento dissensual em que participam apenas três julgadores e isso – como é óbvio - é suscetível de ocorrer também nos julgamentos dos agravos de instrumento contra decisões de mérito que anulem ou confirmem o entendimento do juiz de primeiro grau.

Necessário destacar outra omissão do legislador que compromete a coerência da disciplina aplicada aos processos em âmbito recursal. Como se sabe, o agravo de instrumento também é cabível contra as decisões interlocutórias que versarem sobre o mérito do processo (CPC/2015, art. 1.015, inc. II).

A manifestação sobre o mérito, por excelência, ocorre na sentença, momento em que após cognição exauriente dos elementos da controvérsia está o juiz em condições de emitir um pronunciamento a respeito da pretensão do autor e assim encerrar o processo. Em determinadas hipóteses, no entanto, o mérito está em condições de ser apreciado em momento anterior ao encerramento do processo. É o que ocorre, por exemplo, com as

decisões interlocutórias que rejeitam, em momento anterior à sentença, alegação de prescrição e decadência.

O acolhimento de qualquer uma dessas alegações tem o condão, por si só, de extinguir o processo com resolução do mérito. Por isso, a parte que teve uma alegação dessa natureza rejeitada tem o direito de devolver essa matéria ao Tribunal pela via do agravo de instrumento a fim de obter um imediato pronunciamento judicial a respeito dessas alegações. A possibilidade de revisão da decisão que rejeita a alegação de prescrição e decadência pela via do agravo de instrumento permite que o Tribunal se manifeste desde logo sobre essas questões de modo a evitar assim a prática de atos inúteis pela primeira instância.

Justamente por conta da natureza e dos efeitos desse julgamento é que se justificaria a ampliação da colegialidade também nesses casos. O julgamento das questões de mérito em um agravo de instrumento tem as mesmas repercussões do julgamento de apelação, o que deveria ensejar, portanto, a dispensa do mesmo tratamento em matéria de ampliação da colegialidade a ambos os recursos.

A técnica da ampliação da colegialidade, por fim, também deverá ser aplicada em caso de julgamento não unânime proferido em ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença. Nessas hipóteses, o julgamento terá prosseguimento junto ao órgão de maior composição previsto no regimento interno de cada Tribunal.

De acordo com a sistemática anterior, o art. 530 do Código de Processo Civil de 1973 previa o cabimento dos embargos infringentes nos casos em que o acórdão não unânime houvesse julgado procedente ação rescisória. Isso significava que nesses casos os embargos infringentes poderiam se ater ao juízo rescindente, ao juízo rescisório ou a ambos.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o art. 942 do Código de Processo Civil de 2015 simplifica essa dinâmica, ao prever apenas a ampliação da colegialidade para os casos de divergência quanto à rescisão da sentença. Como a ampliação da colegialidade não encerra o julgamento até então em curso, isso significa que uma vez aplicado o art. 942 do Código de Processo Civil, os novos julgadores passarão a compor automaticamente o órgão competente para realização do juízo rescindendo e do juízo rescisório, se este tiver lugar.

Além desses casos, é preciso ter em mente outras hipóteses que igualmente justificam a ampliação da colegialidade. Embora não conste do art. 942 do Código de Processo Civil, uma interpretação lógica do sistema recursal justifica a aplicação da colegialidade ampliada também no julgamento dos recursos decorrentes daquelas hipóteses previstas nesse artigo.

Assim, por exemplo, caso haja divergência no julgamento de agravo interno interposto contra decisão monocrática que negou provimento ao recurso de apelação, nesse caso, deveria ocorrer também a ampliação da colegialidade, pois ao se julgar o agravo interno julga-se também a própria apelação.

Do mesmo modo, se no julgamento de embargos de declaração opostos contra acórdão unânime houver divergência a respeito da atribuição de efeitos infringentes a esse recurso, necessária a ampliação da colegialidade no caso, pois o julgamento desses embargos modifica diretamente o resultado do julgamento do recurso de apelação. Ainda no que diz respeito aos embargos de declaração, não é demais destacar que, se eles forem opostos contra acórdão proferido após a ampliação da colegialidade, todos os julgadores que participaram desse julgamento ampliado serão competentes para apreciar esse recurso.

Em contrapartida a essas hipóteses de cabimento detalhadas até aqui, a ampliação da colegialidade não terá lugar no julgamento do incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, no julgamento da remessa necessária e nas decisões não unânimes proferidas pelo plenário ou pela corte especial do Tribunal, nos termos do art. 942, §4º do Código de Processo Civil. Nesses casos, em particular, não se justifica a continuidade do julgamento com a participação de novos julgadores, pois essas decisões já são proferidas por quórum qualificado.

Com relação aos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, isso se torna ainda mais evidente, dada a natureza desses institutos, voltada à fixação de uma tese paradigma a ser aplicada a casos semelhantes. Como essa tese deve expressar a orientação do Tribunal, não faria sentido delimitar a turma julgadora e apenas permitir sua ampliação em casos de divergência. A fixação de uma tese paradigma para fins de julgamento de demandas repetitivas sempre deve se dar a partir dos melhores argumentos disponíveis, pois só assim se alcançará a necessária estabilidade e previsibilidade jurídica almejada por esse microssistema previsto para tratar o fenômeno da litigiosidade de massa.

Isso não quer dizer, contudo, que no julgamento de um recurso de apelação, oriundo, por exemplo, de uma demanda individual afetada pelo incidente de resolução de demandas repetitivas, não se aplique o art. 942 do Código de Processo Civil. Veda-se a ampliação da colegialidade apenas nos casos em que fixada a tese paradigma, não nos casos individuais em que ela é aplicada.

Se não observadas essas hipóteses previstas no art. 942 do Código de Processo Civil, estará configurada uma nulidade de natureza absoluta a ensejar a invalidação do processo. Como se sabe, além dos atos inexistentes que, pela ausência de algum requisito intrínseco, não ingressaram no mundo jurídico, costuma-se classificar os atos viciados em absolutamente nulos, relativamente nulos e anuláveis. A nulidade absoluta decorre do desrespeito a uma forma instituída em defesa do interesse público. Geralmente, encontra-se cominada na lei e o juiz pode decretá-la de ofício, independentemente de requerimento da parte. A nulidade relativa, por outro lado, advém da inobservância de regra cogente que vise à proteção do interesse da parte. A anulabilidade, por fim, está prevista em norma dispositiva e tutela interesses exclusivamente privados.

No caso, a não aplicação da ampliação da colegialidade gera um prejuízo ao interesse público que não é capaz de ser sanado, motivo pelo qual nessas hipóteses não se aplica o princípio da instrumentalidade das formas. O raciocínio que informa essa conclusão é o mesmo que inspira as normas de fixação da competência absoluta. Em caso de descumprimento a essas normas a única solução que se impõe é a declaração de nulidade do processo.

4. Efeitos da continuidade do julgamento

Fixadas essas premissas sobre a natureza e as hipóteses de cabimento que dão ensejo à ampliação da colegialidade, necessário analisar os efeitos decorrentes da aplicação dessa técnica. Nesse sentido, a primeira questão que deve ser enfrentada diz respeito à convocação dos novos julgadores.

Conforme dispõe o art. 942, *caput* do Código de Processo Civil, nos casos de divergência, que ensejam a ampliação da colegialidade, serão convocados novos julgadores, nos termos do regimento interno de cada Tribunal, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial (*v.g.*, se um julgamento com a participação de três julgadores termina em dois a um, haverá prosseguimento do julgamento com outros dois julgadores).

Tendo em vista que serão convocados desembargadores para reverter o resultado inicial, a divergência capaz de autorizar a ampliação da colegialidade, portanto, é apenas aquela em que há discordância a respeito de qual das partes deve ser merecedora da tutela jurisdicional. Não se desconhece que pode haver divergência também nos casos em que todos os votos são favoráveis a uma das partes, mas há discordância a respeito do modo de ser concedida a tutela a essa parte vencedora (*v.g.*, imagine-se o caso em que três juízes divergem a respeito da quantia indenizável a título de dano moral). Nesses casos, ao invés da ampliação da colegialidade, faz-se uso de técnicas para apuração do voto médio. Voto intermediário e voto médio consistem em técnicas de julgamento destinadas a solucionar a dispersão de votos, fenômeno passível de ocorrer em qualquer julgamento colegiado.

Esses julgadores necessários para a formação de nova maioria devem ser convocados segundo as disposições preestabelecidas no regimento interno de cada Tribunal. Com isso, afasta-se qualquer alegação de que a ampliação da colegialidade poderia resultar em uma violação ao princípio do juiz natural.

O que esse princípio veda, como se sabe, é a designação de juízo *ex post facto*. Não é isso o que ocorre, contudo, nos casos de ampliação da colegialidade. Aqui, previamente,

atribui-se competência aos Tribunais para designar os julgadores para os casos em que se manifestar a divergência. A convocação de novos julgadores, portanto, não se dá ao acaso (*v.g.*, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cada Câmara é composta por cinco desembargadores (RITJSP, art. 34). Os feitos dessas Câmaras são julgados por turmas de três desembargadores. Havendo divergência entre eles, os outros dois membros da Câmara passam a compor o colegiado para fins de aplicação do art. 942 do Código de Processo Civil (RITJSP, art. 41).

Fixadas essas questões, na sequência devem ser analisados aspectos relativos à continuidade do julgamento. Em primeiro lugar, como visto no *item 2*, a técnica da ampliação da colegialidade não consiste em um novo recurso, mas sim em uma norma que atribui competência para que novos desembargadores integrem uma turma julgadora em casos de divergência.

Isso significa, portanto, que não há um encerramento do julgamento, mas apenas sua postergação. Por isso, enquanto não terminado o julgamento, tudo aquilo que foi deliberado previamente à ampliação da colegialidade pode ser objeto de modificação. Assim dispõe, a propósito, o art. 942, §2º, do Código de Processo Civil: “os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento”.

Os votos que poderão ser objeto de revisão não são apenas aqueles que deram azo à ampliação da colegialidade. Um capítulo até então unânime da decisão também pode ser objeto de modificação. Como não há encerramento do julgamento, não há qualquer imutabilidade a respeito do que fora até então decidido. É claro que eventual retratação de capítulo do voto inicialmente unânime, pode ensejar uma nova divergência (o que só não

ocorreria caso todos os julgadores que compunham o colegiado originalmente se retratem concomitantemente do capítulo unânime, invertendo o sentido dos votos em nova unanimidade), contudo a existência de nova divergência não traria qualquer prejuízo ao julgamento do recurso, uma vez que, devido à falta de unanimidade originalmente constatada, o julgamento já apresentaria seu colegiado ampliado, com quórum qualificado para superar todas as eventuais divergências, sejam elas recentes ou pretéritas. Daí a relevância de os novos julgadores analisarem todos os elementos do recurso.

No caso dos embargos infringentes, de acordo com o art. 530 do Código de Processo Civil de 1973, ocorria a devolução aos novos julgadores apenas do capítulo não unânime do acórdão embargado. Com isso, tornava-se indiscutível aquilo que não fora objeto do recurso e limitava-se a atuação dos novos julgadores apenas a esse capítulo não unânime. Não é isso, contudo, o que ocorre com a ampliação da colegialidade. Como dito desde o início, essa técnica ainda que guarde relação de semelhança com os embargos infringentes, com esse extinto recurso não se confunde.

Como não ocorre o encerramento do julgamento com a ampliação da colegialidade, os novos julgadores passam a preferir seus votos em relação a todo o objeto do recurso que deu origem a ampliação da colegialidade por uma divergência específica. Nesse sentido, o legislador não estipulou quaisquer limites à atuação dos novos julgadores, que dispõem dos mesmos poderes daqueles atribuídos aos desembargadores que até então compunham o órgão colegiado (*v.g.*, o novo desembargador, no exercício de seus poderes instrutórios, pode decidir pela produção de uma prova determinante tanto para o resultado do julgamento do capítulo não unânime quanto para aquele no qual não houve divergência). Nesse sentido, com a participação dos novos julgadores, passa-se a uma análise de todos

os elementos que informam o objeto do recurso (*v.g.*, um dos novos desembargadores pode suscitar, inclusive, pela primeira vez uma questão preliminar cognoscível de ofício que se acolhida impedirá o julgamento do mérito do recurso).

Com a análise por todos os julgadores de todos os elementos do recurso, evita-se a ocorrência de diversas ampliações e retrações sucessivas do órgão colegiado em um mesmo julgamento. Imagine-se, por exemplo, que a primeira divergência a ensejar a ampliação da colegialidade diga respeito a uma preliminar ao julgamento de mérito do recurso. Se não adotado o entendimento aqui exposto, nova ampliação ocorreria a cada novo julgamento divergente. Assim, em uma decisão com diversos capítulos se teria um número diverso de votos para cada um deles a depender da ocorrência de divergência ou não. Por isso, mostra-se uma medida mais coerente e mais econômica em termos de eficiência do processo a solução aqui defendida no sentido de que uma vez, inseridos no órgão colegiado os novos desembargadores, tornam-se eles igualmente competentes para o julgamento de todo o recurso.

Restringir a atuação dos desembargadores após a ampliação da colegialidade apenas à parcela não unânime dos votos proferidos ilustra verdadeira – e indevida, porque distante da *mens legis* - contaminação do procedimento aplicado aos antigos embargos infringentes à nova técnica de ampliação do colegiado.

Por fim, no que concerne às partes em decorrência da ampliação da colegialidade, deve ser assegurado a elas e a eventuais terceiros interessados, nos termos do art. 942, *caput* do Código de Processo Civil, o direito de sustentar oralmente perante os novos julgadores suas razões quanto a todas as matérias apresentadas no recurso em questão se eles não

estavam presentes à primeira sessão de julgamento em que realizou a primeira sustentação. Conforme exposto, não há cisão do efeito devolutivo em relação apenas aos aspectos que ensejaram a divergência, sendo direito da parte, então, sustentar suas razões inclusive em relação a eventuais capítulos unânimes dos votos originalmente proferidos, se ela assim entender conveniente a sua defesa.

5. Encerramento

Considerando que hoje em dia é bastante comum os julgadores de segundo grau de jurisdição circularem, via eletrônica, seus votos entre os colegas que compõem a turma julgadora antes da sessão de julgamento, a divergência tornou-se situação excepcional. Portanto, tudo leva a crer que a técnica da ampliação da colegialidade somente ocorrerá em situações excepcionais. A divergência, quando vem à tona por ocasião da sessão colegiada, é aquela em que foi impossível o consenso. E, por isso, a ampliação da turma julgadora com outros integrantes é medida importante para o aperfeiçoamento da jurisprudência, conforme exposto no *item 2*.

O art. 942 do Código de Processo Civil de 2015 contribuirá sobremaneira para o aperfeiçoamento da qualidade das decisões que são proferidas em nossos Tribunais. Conforme indicado, a ampliação da colegialidade não mais advém de recurso no interesse das partes, sendo um prolongamento imposto de ofício aos julgamentos nos quais se constata divergência. No *item 3*, procurou-se destacar as hipóteses que dão ensejo à ampliação da colegialidade e no *item 4* foram analisadas as principais consequências decorrentes da aplicação dessa técnica.

Em síntese, vale retomar o argumento de que como a ampliação da colegialidade posterga o encerramento do julgamento, os julgadores que já proferiram seus votos podem rever todo o posicionamento que até então externaram. O art. 942, §2º do Código de Processo Civil não prevê qualquer restrição nesse sentido. Sendo assim, em função da continuidade do julgamento, os novos julgadores devem analisar igualmente eventuais capítulos unânimes dos votos anteriormente proferidos.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPROPRIAÇÃO

Sérgio Shimura

SÉRGIO SHIMURA

Livre-docente, doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo de SP.

Professor na PUC/SP e na Escola Paulista da Magistratura.

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

A execução, seja por meio da ação executiva, seja pelo cumprimento de sentença, visa transformar o direito reconhecido ou instrumentalizado no título executivo em efetiva e concreta satisfação da obrigação descumprida pelo devedor.

Quando se trata de obrigação de pagar quantia certa, vige o princípio da patrimonialidade, pelo qual o devedor responde tão somente com os seus bens, como se depreende do art. 391, Código Civil (“Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”) e art. 789, CPC/2015 (“O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”).

Mesmo nas obrigações que tenham por objeto uma conduta (fazer, não fazer ou entregar coisa), se a obrigação se tornar impossível ou inviável, não sobeja outra alternativa ao credor, senão a conversão da obrigação originária em pecúnia (pagar quantia). Daí porque o art. 824, CPC, estabelecer que a efetivação da execução por quantia certa se dá pela expropriação de bens do executado.

E sua finalidade precípua é a apreensão dos bens, avaliação e subsequente *expropriação*, técnica utilizada na denominada execução direta (ou por *sub-rogação*), em que a vontade ou participação do executado se mostra irrelevante.

Assim, pode-se conceituar a expropriação como sendo a transferência de bens do devedor, ou do responsável patrimonial, ou a transformação dos bens em dinheiro, para, que com o seu produto, se chegar à concreta satisfação do direito do credor de receber determinada quantia.

A expropriação é ato processual fruto da intervenção do Estado, que se sub-roga na posição do devedor e o substitui em sua vontade. Esse mecanismo, como dito, denomina-se execução direta (ou por sub-rogação). Em outras palavras, a expropriação se dá com, sem ou contra a vontade do executado, que se mostra renitente no cumprimento de sua obrigação. A expropriação implica alienação judicial, ato de império do Estado, não se confundindo com o negócio de compra e venda feita entre particulares.

Na execução *indireta* (ou por coerção), o sistema processual prevê instrumentos ou técnicas que forcem ou provoquem o executado a, por si, cumprir a sua obrigação. Por exemplo, a prisão e a multa pecuniária, incidentes comumente para as obrigações de fazer, não fazer ou de entregar coisa (arts. 528, § 3º, e 536, § 1º).

Não obstante, o próprio Código Civil, em algumas oportunidades, vale-se da locução "*venda judicial*", referindo-se a alienação de bens em juízo (arts. 1.481, § 1º, 2.019, § 1º, Código Civil). O art. 824, CPC, ressalva as *execuções especiais*, no sentido de por vezes

não caber expropriação, como ocorre, por exemplo, na execução contra a Fazenda Pública pelo *precatório* ou *ofício requisitório* (art. 535, § 3º CPC,).

O art. 825, CPC, dispõe sobre as *formas de expropriação* (adjudicação, alienação e apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens).

Se a penhora recair sobre *dinheiro*, não se cogita de avaliação, muito menos de expropriação, vez que já consiste no próprio pagamento da dívida (art. 904, I CPC,). Neste caso, cabe ao exequente requerer o mero levantamento do dinheiro (desde que suficiente ao pagamento do débito, correção monetária, despesas processuais e honorários advocatícios), para que a execução se extinga.

Porém, não sendo caso de dinheiro, a primeira modalidade de expropriação é a *adjudicação*. É a forma de expropriação pela qual o próprio exequente adquire o bem penhorado, qualquer que seja a sua natureza (móvel ou imóvel), oferecendo preço igual ou superior ao da avaliação (art. 876, CPC/2015). O credor "*se paga*" com o próprio bem constrito.

Se o valor do bem for superior ao crédito exequendo, o credor deve depositar de imediato a diferença; se inferior, o exequente pode prosseguir a execução pela diferença ainda remanescente (art. 876, § 4º CPC,). A lei é silente acerca do momento em que o credor pode adjudicar.

Em verdade, logo após a avaliação, permite-se o exequente postular a adjudicação do bem penhorado, salvo se houver embargos à execução recebidos com efeito suspensivo, nos moldes do art. 919, § 1º CPC.

A adjudicação pode ser postulada por outros credores, como, por exemplo, o coproprietário de bem indivisível do qual tenha sido penhorada fração ideal, o titular de usufruto, o credor hipotecário, o promitente comprador, pelos credores concorrentes que tenham penhorado o mesmo bem e cônjuge (art. 876, § 5º, c.c. art. 889, II a VIII, CPC).

A segunda modalidade de expropriação consiste na *alienação*, seja por iniciativa particular, seja por leilão judicial eletrônico ou presencial (art. 879). Não tendo havido adjudicação, o exequente pode optar pela alienação por sua *própria iniciativa* ou por intermédio de corretor ou leiloeiro público credenciado perante o órgão judiciário, caso em que deverá o juiz fixar o prazo e as condições (forma de publicidade, preço mínimo,

condições de pagamento, prestação de garantia ou, se o caso, a comissão de corretagem) (art. 880, CPC).

A alienação em leilão judicial (antiga *hasta pública*) tem lugar quando não houver adjudicação nem alienação por iniciativa particular. O CPC eliminou a expressão *hasta pública*, passando a adotar a locução "*leilão judicial*", independentemente de se tratar de coisa móvel ou imóvel.

É feita por leiloeiro público. E se não for possível o leilão por meio eletrônico, far-se-á por leilão presencial, em local e horário fixado pelo juiz (arts. 881 e 882, CPC).

A alienação seja por iniciativa particular, seja por meio de leilão, é judicial, sendo fiscalizada e monitorada pelo juiz, diferentemente, portanto, do que sucede na chamada execução *extrajudicial*, como ocorre na venda de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação (Decreto-lei nº 70/1966) ou na alienação fiduciária de imóvel (Lei nº 9.514/97).

Na alienação judicial, além do próprio executado, o CPC/2015 ampliou o rol daqueles que devem necessariamente ser intimados, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência,

tais como o coproprietário de bem indivisível do qual tenha sido penhorada fração ideal, o titular de usufruto, uso, habitação, enfiteuse, direito de superfície, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre bem gravado com tais direitos reais, o promitente comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada (art. 889).

A terceira modalidade de expropriação é a apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens.

Corrige-se, dessa forma, o tipo de expropriação previsto no CPC de 1973 (“usufruto de bem móvel ou imóvel”), uma vez que usufruto não importava efetiva transferência da propriedade.

Nesse ponto, o art. 867, CPC, dispõe que “O juiz pode ordenar a penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel quando a considerar mais eficiente para o recebimento do crédito e menos gravosa ao executado”. Essa modalidade de expropriação segue os critérios da *eficiência* e da *menor gravosidade* ao executado. Somente o *gozo e fruição* do bem é que são transferidos a terceiros (arts. 1.390 e ss., Código Civil).

O executado pode, até a adjudicação ou alienação do bem penhorado, requerer a *remição da execução*, isto é, livrar-se da execução, pagando a dívida ou depositando em juízo o débito, com correção monetária, juros, custas e honorários advocatícios.

Apesar de a lei não prever expressamente o termo final para a remição da execução, é de se entender que o prazo vai até a assinatura do auto de adjudicação ou arrematação. A remição da *"execução"* diz respeito ao cumprimento da obrigação, não se confundindo com a remição *"do bem"*, ligada ao resgate ou à recuperação da coisa, para que não saia de seu patrimônio do devedor ou de sua família.

Remição *"do bem"* se dá, por exemplo, na hipoteca prevista no art. 877, § 3º, CPC (*"No caso de penhora de bem hipotecado, o executado poderá remi-lo até a assinatura do auto de adjudicação, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido"*). Outro caso de remição de bem vem disposto no art. 902, CPC: *"No caso de leilão de bem hipotecado, o executado poderá remi-lo até a assinatura do auto de arrematação, oferecendo preço igual ao do maior lance oferecido. Parágrafo único. No caso de falência ou insolvência do devedor hipotecário, o direito de remição previsto no caput defere-se à massa ou aos credores em concurso, não podendo o exequente recusar o preço da avaliação do imóvel"*.

Ainda quanto à hipoteca, o Código Civil estende tal direito ao cônjuge, aos descendentes ou ascendentes do executado (art. 1.482, CC). Cabe também lembrar que a remição “da execução” não se confunde com a *remissão da dívida*, que constitui perdão e, pois, modalidade de extinção da obrigação (art.385, Código Civil).

Como mencionado, se a penhora incidir sobre dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira (art. 835, I, CPC), ou sobre faturamento de empresa, crédito consistente em recebíveis ou de outros frutos e rendimentos de coisas ou empresas penhoradas (art. 835, I e X, CPC), como o objeto da apreensão é próprio dinheiro, não se há falar em avaliação nem em expropriação. Assim, a entrega do dinheiro é a primeira forma de satisfação do crédito.

Todavia, não sendo caso de dinheiro, o bem penhorado deve ser avaliado para em seguida ser expropriado.

A avaliação gera diversas consequências. Por exemplo: no caso de penhora de bem indivisível, o cônjuge alheio à execução tem direito à proteção à sua quota-parte, que é calculada sobre o valor da avaliação, e não sobre o produto obtido no leilão (art. 843, § 2º, CPC); pode ensejar a ampliação ou a redução da penhora (art. 874); na adjudicação, o

credor deve oferecer, pelo menos, o valor da avaliação (art. 876); no leilão judicial, considera-se vil o preço lance inferior a 50% da avaliação (art. 891, parágrafo único, CPC).

Além disso, se no leilão houver diversos bens e lançadores, tem preferência aquele que se propuser a arrematá-los todos, em conjunto, oferecendo, para os bens que não tiverem lance, preço igual ao da avaliação e, para os demais, preço igual ao do maior lance que, na tentativa de arrematação individualizada, tenha sido oferecido para eles (art. 893, CPC).

Se o imóvel pertencer a *incapaz*, seja como único proprietário, seja como condômino, o primeiro leilão reclama preço igual ou superior a 80% do valor da avaliação (art. 896). Se o produto da expropriação for suficiente ao pagamento integral da dívida (débito principal, juros, custas e honorários advocatícios), extingue-se a execução por sentença pela satisfação da obrigação; se houver sobra, o executado tem direito tal diferença (arts. 907 e 924, II, CPC). Porém se o produto for insuficiente, o credor tem direito de prosseguir a execução com a penhora de outros bens.

No que tange à preferência no levantamento do dinheiro, é preciso verificar se há outros credores ou exequentes com preferência àquele que promoveu a execução e obteve anteriormente a penhora do mesmo bem (arts. 905 e 908, CPC).

A preferência pode ser dar em favor do credor com preferência gerada pelo direito *material*, isto é, com garantia real instituída antes da penhora (penhor, hipoteca e anticrese) ou decorrente do direito natureza *processual*, como a penhora anteriormente averbada que tenha incidido sobre o mesmo bem constricto.

No caso de a penhora ter recaído sobre o próprio bem, objeto da garantia, o respectivo credor deve ser intimado, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência da alienação judicial (arts. 799, I, e 889, V, CPC). Cumpre também frisar que a hipoteca judiciária gera direito de preferência, nos termos do art. 495, § 4º, CPC (“Aa hipoteca judiciária, uma vez constituída, implicará, para o credor hipotecário, o direito de preferência, quanto ao pagamento, em relação a outros credores, observada a prioridade no registro”). O art. 905, parágrafo único, CPC, determina que “Durante o plantão judiciário, veda-se a concessão de pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores ou de liberação de bens apreendidos”.

A norma visa obstar a tentativa de manobras fraudulentas que possam violar o princípio do juiz natural, diminuindo, pois, as chances de no plantão judiciário ser autorizada a entrega de dinheiro ou liberação da penhora em situação excepcional, diversa do expediente forense normal. Como dito, no plano processual, a penhora confere direito de preferência ao respectivo exequente.

Vige o princípio *prior in tempore, potior in jure*, pelo qual o “dinheiro será distribuído entre os concorrentes, observando-se a anterioridade de cada penhora” (art. 908, § 2º, c.c. arts. 797, 905 e 909, CPC). Esse direito de preferência, oriundo da penhora, exige que cada credor tenha ajuizado a sua respectiva execução e ter penhorado o mesmo bem. Não pode pegar “carona” na execução alheia e pretender concorrer com o exequente que conseguiu penhorar o bem e transformar a constrição em dinheiro.

Além da entrega do dinheiro, a satisfação do crédito também pode se dar por meio da *adjudicação*. Foi mencionado que a adjudicação é o meio de expropriação pelo qual o próprio exequente fica com o bem penhorado, qualquer que seja a sua natureza, oferecendo o preço igual ou superior ao da avaliação (art. 876, CPC).

É um mecanismo de o credor ver satisfeito o seu crédito com a transferência para si do bem afetado. Na hipótese de o valor exequendo ultrapassar o bem, o credor deve depositar de imediato a diferença; se o débito exequendo for superior ao valor do bem, o exequente tem direito de prosseguir a execução pela diferença (art. 876, § 4º). O exequente pode levantar o dinheiro depositado em conta vinculada ao juízo mediante mandado de levantamento ou, se preferir, requerer a transferência eletrônica bancária para outra conta que indicar.

Havendo pluralidade de credores ou de exequentes, no caso de adjudicação ou alienação, os créditos que recaem sobre o bem, inclusive os de natureza *propter rem*, sub-rogam-se sobre o respectivo preço, observada a ordem de preferência (art. 908, § 1º, CPC).

No juízo em que o exequente logrou êxito em obter o depósito em dinheiro, é possível que surjam outros credores interessados na mesma quantia, surgindo o denominado concurso particular de credores (pluralidade de credores). Este fenômeno não se confunde com o concurso *universal* de credores, como ocorre na falência, em que não há penhora de certos bens, mas sim *arrecadação* de todos os bens do devedor (arts. 22, 83, 126, 149, Lei nº 11.101/2005).

Entre os credores, o dinheiro será distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas preferências, que podem advir de norma de direito material, como a garantia real sobre o bem (ex.: hipoteca, penhor), ou de natureza processual (aqui basta a anterioridade do ato de penhora, e não necessariamente a *averbação anterior* no registro público).

Se a preferência decorre de penhor ou de hipoteca, não se exige do respectivo credor o ajuizamento de sua ação de execução, tanto que o Código Civil prevê o vencimento

antecipado da dívida “*se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor*” (art. 333, II, Código Civil).

Porém entre os credores quirografários, o direito de preferência reclama a propositura da ação de execução e realização do ato de constrição judicial. E mais, ainda que se trate de credor *trabalhista*, é preciso que este ajuíze a sua execução (ou cumprimento de sentença) e penhora o bem. Ser credor trabalhista não confere, por si só, automático direito de preferência.

Assim, quando o art. 895. § 9º, CPC, diz que “No caso de arrematação a prazo, os pagamentos feitos pelo arrematante pertencerão ao exequente até o limite de seu crédito, e os subsequentes, ao executado”, é preciso verificar se no caso concreto existe ou não credor preferencial.

No cuidado de não haver preterição ao direito de preferência a tais credores, o CPC/2015 determina a respectiva intimação, tanto da realização da penhora (art. 799), como da alienação do bem (art. 889); sem esta intimação, a alienação é considerada ineficaz, sendo cabível a ação de embargos de terceiros (arts. 674, § 2º, IV, c.c. 804).

Como escreve Araken de Assis, “Desse modo, o quadro tomou forma definitiva e clara através do art. 83 da Lei 11.101/2005, sendo possível arrolar a ordem dos credores no concurso de preferências, ressaltando-se a simplicidade decorrente da ausência de uma administração comum do bem penhora – e, portanto, dos créditos extraconcursais de que cogita o art. 84 da Lei 11.101/2005 -, típica da execução coletiva, a saber: a) o titular de crédito trabalhista e o do crédito proveniente de acidente de trabalho, aquele até o limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, ressalva feita à hipótese de cessão a terceiro, hipótese em que passa a quirografário – art. 83, I, e § 4º, da Lei 11.101/2005; b) o titular de crédito real ‘até o limite do valor bem gravado’ (art. 83, II, da Lei 11.101/2005); c) as pessoas de direito público titulares de crédito tributário (entre elas, caso concorram, a ordem é do art. 187, parágrafo único, do CTN: primeiro, a União; segundo, os Estado e o Distrito Federal, conjuntamente e *pro rata*; terceiro, os Municípios, conjuntamente e *pro rata*), ‘independentemente da sua natureza e tempo de constituição’, ressalva feita às multas tributárias (art. 83, III, da Lei 11.101/2005); d) o titular de créditos dotados de privilégio especial, por sua vez discriminados em três classes: os créditos previstos no art. 964 do CC-02, os assim definidos em outras leis civis e comerciais e aqueles a que a lei confere direito de retenção (art. 83, IV, da Lei 11.101/2005); e) o titular de créditos dotados de privilégio geral, também subdivididos em três classes: os créditos mencionados no art. 965 do CC-02, os previstos no parágrafo único do art. 67 da Lei 11.1101/2005 (obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial) e os assim definidos em outras leis civis e comerciais, ressalvada disposição em contrário da lei falimentar (art. 83, V, da Lei 11.101/2005); f) o credor quirografário – todo o crédito não incluído nas classes anteriores, bem como os saldos dos créditos reais e dos créditos trabalhistas (art. 83, VI, da Lei 11.101/2005), ‘a quem, por força da penhora, cabe o direito de

preferência sobre os bens penhorados e alienados' (art. 709, I, para final, do CPC), cumprindo assinalar que, quanto aos imóveis, a preferência decorre do registro (art. 659, § 4º); g) 'as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias' (art. 83, VII, da Lei 11.101/2005); e h) os créditos subordinados (art. 83, VIII, da Lei 11.101/2005)" ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, pp. 911 e 912).

Uma novidade que o CPC/2015 trouxe foi o § 1º do art. 908, ao estabelecer que "No caso de adjudicação ou alienação, os créditos que recaem sobre o bem, inclusive os de natureza *propter rem*, sub-rogam-se sobre o respectivo preço, observada a ordem de preferência".

Significa que a dívida é satisfeita com o preço da coisa, ficando o adquirente livre dos débitos incidentes sobre o bem, inclusive aqueles de natureza "propter rem". O arrematante passa a ter a segurança de que, pago o preço, não terá de assumir uma dívida a que não deu causa. Uma vez pago o preço, o arrematante (ou o adjudicante) fica isento de eventuais débitos.

Dessa forma, se o arrematante depositar o respectivo preço, os créditos sobre o bem, incluindo aqueles que tem origem na própria coisa ("propter rem", como, por exemplo,

IPTU, despesas de condomínio) são satisfeitos com o preço pago pelo expropriante. Como se vê, o possível credor exequente não levanta todo o valor depositado, mas a diferença resultante entre o que foi pago e o desconto de tais débitos.

O art. 908, § 1º, CPC/2015, encontra similitude com o disposto no parágrafo único do art. 130 do Código Tributário Nacional: *“Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação. Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço”* (g/n).

Também lhe serviram de base os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/2005, que estabelecem que o arrematante não pode ser considerado *sucessor* nas obrigações do devedor. Se o débito, ônus ou encargo sobre o bem não constaram do edital (art. 886, VI), o arrematante tem a opção de desistir da arrematação, com direito à devolução imediata do depósito feito (art. 903, § 5º).

APONTAMENTOS SOBRE O
NEGÓCIO JURÍDICO
PROCESSUAL

Swarai Cervone de Oliveira

SWARAI CERVONE DE OLIVEIRA

Juiz de Direito Titular I da 36ª Vara cível

Sumário: 1. Metodologia; 2. Introdução; 3. Negócio jurídico: conceito e elementos, no plano do direito privado; 4. Negócio processual, acordo processual ou convenção processual? 5. Conceito e natureza do negócio processual; 6. Elementos do negócio processual à luz de sua natureza; 7. Vícios do negócio processual; 8. Controle dos vícios; 9. Limites do negócio processual; 10. A postura do juiz perante os negócios processuais; 10.1. Publicismo e negócio processual; 10.2. Negócio processual, formalismo valorativo e instrumentalidade das formas; 10.3. O princípio da autonomia privada em face do publicismo; 11. Negócio processual e princípio dispositivo; 12. Negócio processual e escopos do processo; 13. Negócio processual e efetividade; 14. Negócio processual e segurança jurídica; 15. Negócio processual e economia processual; 16. Negócio processual e calendário; 18. Uma especial hipótese de negócio processual: *o pactum de non petendo*; 19. Conclusão.

1. Metodologia

A própria denominação “negócio processual” – ou “negócio jurídico processual” – já da conta de que se trata de um instituto híbrido e, por essa razão, a ser examinado sob o ângulo do direito privado e do direito processual. Cuidando-se, antes de mais nada, de um negócio jurídico, parece acertado analisar, em primeiro lugar, a conceituação do direito privado acerca do instituto para, apenas depois, passar ao estudo de sua localização no direito processual. Esta, portanto, a metodologia a ser utilizada: examina-se a figura do negócio jurídico à luz do direito privado; passa-se à análise sob o enfoque do direito processual; segue-se abordando as diversas implicações da adoção do instituto no processo.

2. Introdução

A existência de negócios processuais – ou negócios jurídicos com reflexos no processo – não é exatamente uma novidade em nosso sistema. Já antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, previam-se negócios sobre, por exemplo, a distribuição do ônus da prova ou a escolha do foro (cláusula de eleição de foro, nas hipóteses de competência relativa). No entanto, o fato é que a doutrina pouco se debruçava sobre o tema, sendo raros os estudos (talvez com a exceção de Barbosa Moreira) a respeito do negócio processual. Nos países de Common Law e na Alemanha, contudo, a figura já é conhecida e tratada faz algum tempo, abeberando-se o legislador brasileiro dessas experiências.

Com a entrada em vigor do Código, porém, intensificaram-se as pesquisas sobre o negócio processual, resultando em uma análise que, embora ainda embrionária – visto que o instituto pouca aplicação prática teve nesse início de vigência do Código -, tem produzido bons resultados. É exatamente o que se buscará aqui: trazer uma contribuição ao exame do negócio processual.

3. Negócio jurídico: conceito e elementos no plano do direito privado

Como dito antes, tratando-se de um negócio jurídico, o negócio processual não prescinde de prévia análise do direito privado. Vamos nos valer, portanto, de dois consagrados autores para tratar do conceito de negócio jurídico.

Para Marcos Bernardes de Mello, *“negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites pré-determinados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.”* (Teoria do fato jurídico – plano da existência, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 162).

Antonio Junqueira de Azevedo, definindo o negócio jurídico por sua estrutura – pelo que ele é – prefere considerar a declaração de vontade, o fato jurídico e a ciência do direito. Por isso, como categoria, aduz que se trata de hipótese de fato jurídico *“que consiste na manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as circunstâncias negociais) que*

fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em declaração de vontade... In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide” (Negócio jurídico, existência validade e eficácia, 3º ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16).

Todas essas características, de fato, ornaram os negócios processuais, de maneira que também eles, como se verá, devem atender os elementos de existência, fatores de validade e requisitos de eficácia.

Quanto ao plano da existência, insta considerar, nos limites desse estudo, apenas os elementos gerais (sem descer aos categoriais e particulares).

Como elementos gerais intrínsecos, têm-se a forma, o objeto e as circunstâncias negociais (tudo isso está presente nos negócios processuais).

Como elementos gerais extrínsecos, consideram-se o agente, o lugar e o tempo do negócio (o que, da mesma maneira, será considerado no negócio processual).

Já os fatores de validade implicam adjetivos que se somarão aos elementos de existência. Vale enfatizar, aqui também, apenas os gerais.

Assim é que a manifestação de vontade não pode conter vícios, o objeto tem de ser lícito, o agente, capaz e legitimado, o tempo deve ser útil, e o lugar, apropriado.

Por fim, a eficácia, no mais das vezes, estará afeta ao exame de termo ou condição (nos negócios processuais, a existência do próprio processo dará eficácia a eles).

4. Negócio processual, acordo processual ou convenção processual?

Examinado o negócio jurídico sob a ótica do direito privado, resta dizer algo sobre a denominação utilizada.

Para José Rogério Cruz e Tucci, não se deve confundir o negócio jurídico processual em sentido estrito com a convenção processual. O primeiro tem por objeto o direito substancial mesmo. É o caso, por exemplo, da transação. Já a segunda respeita, aí sim, a um acordo entre as partes sobre matéria processual (Natureza e objeto das convenções processuais, in Negócios Processuais, Salvador, Juspodium, 2016, p.20).

Antonio do Passo Cabral conceitua a convenção processual como espécie de negócio jurídico processual plurilateral, donde o acerto em se usar quaisquer das expressões, ou ainda, acordo processual (Convenções processuais, Salvador: Juspodium, 2016, p. 56 e 49, especialmente).

Optamos, contudo, em usar indistintamente a nomenclatura negócio ou convenção, concordando, nesse ponto, com Flavio Luiz Yarshell, para quem *“em termos pragmáticos, parece possível passar ao largo de tais polêmicas (conquanto relevantes), bastando que o exame das convenções das partes em matéria processual civil seja feito sob a metodologia empregada para análise do negócio jurídico, tomando-se os planos da existência,*

validade e eficácia. Daí porque a referência doravante será a negócio processual” (Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? in Convenções processuais, Salvador: Juspodium, 2016, p.77).

5. Conceito e natureza do negócio processual

Visto que se trata de negócio jurídico – hipótese de fato jurídico – optamos por trazer dois conceitos de estudiosos do tema, que nos parecem acertados.

Para Pedro Henrique Nogueira, o conceito de negócio jurídico é o de um *“fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre os limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações processuais”* (Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro, in Negócios processuais, Salvador: Juspodium, 2016, p. 96).

Merece destaque, por sua autoridade no tema, a palavra de Antonio de Passo Cabral: *“Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o procedimento e sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”* (Convenções processuais, Salvador: Juspodium, 2016, p. 68).

6. Elementos do negócio processual à luz dessa natureza

Se negócio processual é, antes de mais nada, negócio jurídico, releva analisar seus elementos gerais:

Forma: deve ser a forma escrita.

Objeto: regulação da conduta processual das partes, regulação da relação processual e das situações jurídicas dela emergentes (Yarshell, ob. cit., p. 78).

Circunstâncias negociais: quais efeitos jurídicos que se esperam do negócio processual.

No que toca aos elementos gerais extrínsecos:

Agente: deve ser capaz e legitimado ao ato.

Lugar: o acordo pode ocorrer em qualquer ambiente, desde que livre de pressões a quaisquer das partes.

Tempo do negócio: a convenção pode ocorrer antes (pré-processual) ou no curso do processo.

O artigo 190 do Código de Processo civil, de maneira geral, é o guia para se analisarem os elementos de existência e fatores de validade do negócio.

7. Vícios do negócio processual

Além do exame de quaisquer vícios à luz da teoria geral dos negócios jurídicos, caberá ao juiz, mais especificamente, examinar os requisitos do art. 190 do Código de Processo Civil.

Assim é que será viciado o acordo sobre direitos que não admitam autocomposição; em que uma ou ambas as partes não forem capazes; em que houver, de uma maneira geral, nulidade; ou em que se verificar a inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

8. Controle dos vícios

De maneira geral, na dicção do Código, o controle é endoprocessual – o que se justifica na medida em que o negócio passe a ser eficaz com a propositura da ação – e pode ser feito de ofício, pelo juiz, ou a requerimento.

9. Limites do negócio processual.

A realização de negócios processuais encontra limites no ordenamento. Embora fluída a ideia desses limites, alguns traços gerais podem ser delineados.

A primeira e mais importante limitação diz respeito ao devido processo legal. Parece ilícito qualquer negócio processual que, de alguma forma, reprima o devido processo legal.

Evidentemente, a análise far-se-à conforme a casuística, pois não é impossível pensar que, havendo partes em igualdade de situações, convençionem em diminuir o contraditório, por exemplo. A igualdade das partes e o pleno entendimento das consequências do acordo estão a autorizar a mitigação do devido processo legal. A regra, porém, é que isso seja vedado.

Outra importante limitação, conquanto ligada, na verdade, ao devido processo legal, é a que deriva da aplicação de normas cogentes, ou de ordem pública.

Dada a fluidez desse conceito, contudo, parece mais seguro falar, com propriedade, no respeito ao devido processo legal.

Finalmente, soam ilícitas as convenções que, de alguma maneira, frustrem ou afastem os escopos da jurisdição.

10. A postura do juiz perante os negócios processuais

Cuidando-se de uma novidade no sistema – malgrado, como dito, negócios processuais já houvesse -, é natural a adoção de uma postura cautelosa dos juízes e, por vezes, reativa. Sobretudo porque o processo civil brasileiro vem sendo moldado sob forte influxo publicista, o que torna, numa primeira vista, incongruente a adoção de institutos de raiz privatística.

Cautela deve haver, sem dúvida. Reatividade, *a priori*, parece que não. Vejamos.

10.1. Publicismo e negócio processual

Não obstante o caráter público do processo, não há dúvida de que sobra espaço para a proteção da autonomia privada. Não se trata de posturas excludentes, mas, no moderno processo civil, complementares.

10.2. Negócio processual, formalismo valorativo e instrumentalidade das formas.

É público o processo, uma vez que se trata do instrumento através do qual o Estado impõe, imperativamente, suas decisões, substituindo a vontade das partes. Com isso, traz pacificação social.

O instrumento-processo precisa ser ordenado. Por essa razão, instituem-se formas. Mas essas formas não são um fim em si mesmo. Elas são um meio, para se chegar a um fim: a pacificação com justiça, a imposição da ordem jurídica justa.

Ora, se, ao alterarem a forma do instrumento, as partes não se afastarem desse fim, não se vislumbra qualquer razão para que o caráter público do processo repudie a liberdade privada.

10.3. O princípio da autonomia privada em face do publicismo.

Vigora, aqui, a regra *“in dubio pro libertate”*. Vale dizer, como guia interpretativo ao juiz, na dúvida, deve optar por deixar que as partes – se presentes os requisitos legais e dentro dos limites assinalados – estipulem as convenções que entenderem pertinentes.

11. Negócio processual e princípio dispositivo

Em última análise, a autonomia de vontade, a ser preservada mesmo diante do publicismo processual, encontra respaldo no princípio dispositivo.

É certo que, ao longo das últimas décadas sob o influxo publicístico, o princípio dispositivo veio paulatinamente cedendo espaço ao princípio inquisitório, agigantando-se os poderes do juiz.

No entanto, não é menos certo que o princípio dispositivo ainda vigora. Se as partes podem dispor de seus direitos fora do processo e mesmo dentro dele, não há dúvida de que também podem dispor sobre faculdades, ônus, enfim, sobre determinadas situações jurídicas, ou chances (na linguagem de Goldschmidt). Aliás, a visão de Goldschmidt sobre as situações jurídicas processuais muito bem se amolda e explica uma série de convenções possíveis.

12. Negócio processual e escopos do processo

Os escopos do processo são, conforme visão instrumentalista, de tais ordens: social, política e jurídica.

A aceitação dos negócios processuais não vai de encontro a nenhum deles. Ao contrário.

O escopo social magno, de pacificação com justiça, pode ser plenamente atingido quando, por meio das convenções sobre o procedimento, empoderam-se as partes. Ora,

na medida em que se trata de uma escolha delas, tanto maior se afigurará a legitimidade do instrumento. Trata-se da conhecida ideia de Luhman, a respeito da legitimidade da decisão pelo procedimento.

O escopo político, a educação do povo (também um escopo social), da mesma forma é plenamente atingido com o empoderamento das partes e consequente assunção de responsabilidades.

Ao fim, o escopo jurídico, seja de atuação concreta da lei (Chiovenda), seja de composição da lide (Carnelutti), será operado com a plena participação das partes. Adotado o procedimento que lhes parecer mais legítimo, a revelação do comando da lei (teoria dualista) ou a sua completude (teoria unitária) também delas dependerá.

13. Negócio processual e efetividade

No plano da efetividade, o negócio jurídico pode se prestar, eventualmente, dentre outros exemplos, a retirar o efeito suspensivo da apelação. Não há, aí, qualquer desrespeito ao devido processo legal, desde que presentes os requisitos do Art. 190.

Também uma maior eficiência pode ser buscada ao se adequarem os procedimentos às situações específicas do litígio, dado que nem sempre a ordinarização ou mesmo os procedimentos especiais são capazes de dar respostas satisfatórias.

14. Negócio processual e segurança jurídica

Por outro lado, pode ser que as partes optem, no âmbito de sua autonomia privada, não pela maior efetividade, mas pelo reforço da segurança jurídica.

Exemplo disso, plenamente viável, é o acordo que impeça a execução provisória, relegando o cumprimento do comando a momento posterior ao trânsito em julgado.

15. Negócio processual e economia processual

A fórmula que ilumina o primado da economia processual é: máximo de resultados (justos) com o mínimo de dispêndio de energia. Em outras palavras, a tutela jurisdicional deve ser prestada com o mínimo de esforço possível e em tempo razoável, poupando-se, dessa forma, recursos.

Por isso, *a priori*, não devem ser rechaçados os acordos sobre o afastamento de determinadas provas como, por exemplo, a prova pericial. Evidentemente, cabe às partes estarem cientes sobre as regras de ônus da prova e suas possíveis consequências.

16. Negócio processual e saneamento conjunto

Interessante hipótese de negócio processual foi trazida pelo art. 357, § 2º, do Código de Processo Civil. Trata-se da delimitação consensual das questões de fato e de direito que as partes pretendem discutir.

Cuidando-se de algo sofisticado, é de todo recomendável que essa delimitação seja feita em conjunto com o juiz, numa posição cooperativa entre os atores do processo, em verdadeira comunidade de trabalho.

Trata-se do chamado saneamento conjunto, momento em que desponta, nitidamente, a necessidade de cooperação e o pleno diálogo dos envolvidos.

Longe de se tratar de uma providência inútil, estéril – como, infelizmente, interpretou-se o art. 331 do Código de 1973 -, o saneamento conjunto, com a possibilidade de homologação de autêntico negócio processual, pode trazer excelentes resultados, notadamente de economia processual.

17. Negócio processual e calendário

Deve ser mencionado, também, o art. 191, que prevê que, de comum acordo e com força vinculante, partes e juiz fixem calendário para a prática de atos processuais.

Evidentemente, a fixação de calendário, para vincular o juiz, não prescinde da análise de sua pauta e do acúmulo de seu serviço, sob pena de prejudicar os litigantes de outros processos, em quebra do princípio da isonomia.

18. Uma especial hipótese de negócio processual: o *pactum de non petendo*

Discutem, doutrina e jurisprudência, acerca da validade do *pactum de non petendo*, em face do princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que prevê: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Baseadas nesse princípio, parte da doutrina e jurisprudência entendem que o pacto, ao impedir que uma das partes ingresse em juízo, vai de encontro à inafastabilidade. O pacto, por isso, seria nulo.

Guardado o devido respeito a essa posição – e mantendo coerência com o corpo do texto -, entendemos que a cláusula, a princípio, é válida.

Ela não incide sobre o direito ao exercício da função jurisdicional (direito à jurisdição), entendido de forma geral e abstrata e, de fato, garantido pela Constituição, de maneira inafastável.

Incide, na verdade, sobre o direito de exigir o cumprimento de determinada prestação. Ou seja, recai sobre uma concreta pretensão de direito material, cuja defesa, por meio da ação, resta vedada.

19. Conclusão

Explicitado o conceito do negócio processual – analisado, também, sob a ótica maior dos negócios jurídicos de direito privado -, vistos sua natureza e objeto, procuramos ressaltar alguns pontos relevantes.

Dadas as limitações de espaço do presente artigo, há diversos aspectos que deixaram de ser abordados. No entanto, o intuito do texto foi o de, além da conceituação, ressaltar que o instituto dos negócios processuais, embora, a princípio, de restrita aplicação, pode render bons frutos.

CADA CASO COMPORTA
UMA ÚNICA
SOLUÇÃO CORRETA?

Teresa Arruda Alvim

TERESA ARRUDA ALVIM

Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP.

Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição.

Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra.

Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Diretora de Relações Internacionais do IBDP. Membro Honorário da Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, do Instituto Paranaense de Direito Processual.

Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da International Association of Procedural Law, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDConst.

Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Revista dos Tribunais).

Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Revista dos Tribunais.

Advogada.

Resumo: A autora sustenta que se entender que *para cada conflito existe uma única solução correta* nada tem que ver com a concepção de direito que vê no juiz um mero aplicador da lei. Pode-se, sim, levando-se em conta todos os avanços ligados à atual visão que se tem da dimensão da relevância da atuação do juiz, tratar desta afirmação como um pressuposto para a manutenção da forma sistemática do direito e da segurança jurídica.

É no contexto de um momento histórico de intensa relativização de valores, que, em meu sentir, tem o potencial de levar a sociedade ao caos, que me posiciono com veemência a favor da tese de que para cada caso existe uma só solução correta.

Sabe-se que as noções de *certo* e *errado* são, de fato, relativas. Mas isto não deve impedir que numa dada sociedade, em determinada época, haja noções claras do que é *certo* e do que é *errado*. Ou é assim, ou a vida em comum se torna impossível ou muito tumultuada.

É necessário, todavia, que se *precisem os contornos do sentido em que nos parece ser verdadeira a afirmação de que a cada conflito corresponde uma única decisão*, que é o que faremos a seguir.

Aos juristas parece sempre terem mais razão aqueles que escrevem empregando termos não usuais, neologismos da moda, com intermináveis notas de rodapé. E, sobretudo, nenhum exemplo.

Isso talvez torne as ideias menos claras e por isso mais sedutoras.

Esse artigo tem uma proposta inversa. Eu diria até inovadora, na nossa área: linguagem simples, muito exemplos, notas de rodapé apenas necessárias.

E o texto vai impregnado da esperança de que seja compreendido e de que desperte interesse e adesão pelas ideias aqui expressas!

Então esclarecemos em que sentido se deve entender que *a cada caso deve corresponder uma única decisão tida como correta*.

Não se trata de entender que *a priori* haveria uma decisão “predeterminada” para cada situação de conflito.

Embora esta expressão também tenha este significado, não é este que aqui nos interessa. Interessa-nos, isto sim, que embora, em tese, possamos admitir que um *mesmo caso* pode ser adequadamente resolvido de *mais de um modo*, depois de ter havido *opção*, esta forma de resolver o caso *será* a única.

Assim, vê-se que reconhecer-se na decisão judicial a função de precedente – e, portanto, a capacidade de orientar e mesmo determinar decisões posteriores sobre casos iguais – transforma-a em norma jurídica. Como norma, deve ser *a mesma para todos*, sob pena de se ver ignorada ou menosprezada a necessidade de isonomia.¹

Assim, se *antes* do caso concreto ser decidido pode-se, em tese (ou não), considerar abusiva a cláusula que, em seguro saúde, diz que este não cobre quimioterapia, se o contrato cobre câncer, uma vez tomada tal decisão,² então esta será a decisão correta para todas as cláusulas que digam que um contrato de seguro saúde cobre a doença *x*, mas não a sua principal forma de tratamento.

¹ Ana Paula de Barcellos, em primoroso texto, ao discorrer sobre a técnica da ponderação observa: “A solução a que chega o intérprete deve poder ser generalizada para todas as outras situações semelhantes ou equiparáveis e, para isso, deve ser submetida ao teste da universalização: é possível e adequado aplicar a decisão a que se chegou a todos os casos semelhantes? Essa exigência decorre naturalmente do dever de isonomia aplicado à prestação da jurisdição, pelo qual todos aqueles que se encontrem em situação equivalente devem receber a mesma resposta do Poder Judiciário. Além disso, assim como se passa com a ampliação de uma imagem qualquer, ao se formular como regra geral a solução apurada para um determinado caso, será mais fácil visualizar eventuais distorções ou vícios nela contidos. Vale dizer: além de empregar argumentos que possam transitar livremente no espaço público, e que façam sentido para todos os indivíduos independentemente de suas convicções individuais, a decisão proposta ao fim da ponderação deve poder ser validamente universalizada para os demais casos equiparáveis. Embora essas diretrizes lógicas não forneçam ao intérprete critérios materiais para orientar suas decisões, elas funcionam como controles nessa fase decisória”. (**Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 130-132).

² No sentido de se ter a jurisprudência pacificada a respeito de uma interpretação.

Passemos, então, a justificar esta nossa posição.

1. Como se sabe, um dos principais objetivos da Revolução Francesa foi o de controlar a arbitrariedade dos poderosos, que era reforçada e facilitada pelos juízes, à época subordinados ao Poder Executivo. O movimento de pensamento subjacente à Revolução Francesa influenciou toda a Europa Continental e o juiz passou a ser visto como alguém que “administrava” a justiça, e não como membro de um verdadeiro poder, equiparável ao legislativo e ao executivo.

O Poder Judiciário era, na verdade, como dito, subordinado aos outros dois poderes gêmeos.³ A atividade do juiz passou a ser privada das características de um verdadeiro poder e a ele passou a caber exigir o respeito à lei, de modo quase burocrático.

Concebida nesses limites, no plano teórico, a função do juiz, a tripartição de poderes se realizava de modo absoluto, não havendo vazamento das funções de um poder para outro.

Ainda hoje, predomina na Europa Continental a proibição de o juiz motivar as sentenças de outro modo que não seja na lei e assim se salvaguardar o princípio da separação dos poderes.

Isso ainda se reflete no estilo de decisão dos juízes franceses. Elas assumem a forma de um silogismo, de um raciocínio mecânico, que se limita a declarar a subsunção dos fatos à

³ Nicola Picardi. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Gen/Editora Forense, 2008, cap. I, A vocação do nosso tempo para a Jurisdição, 1.8, p. 24 e ss.

norma jurídica, para se chegar à conclusão, que, segundo se pretende fazer parecer, não poderia ser outra.⁴

Neste contexto, é evidente, não poderia senão parecer natural que cada situação conflituosa comportasse uma única decisão correta, que seria aquela tomada à luz da literalidade do texto da lei.

Não se falava, à época, da *interpretação* e muito menos da necessidade de *uniformização da jurisprudência*.

Mas essa concepção entrou em crise⁵ e isso vem sendo mostrado pela doutrina há algumas décadas.

Os juízes começaram a recuperar seu poder a partir da Segunda Guerra Mundial. Com a (re)adoção das garantias, da autonomia e da independência, pouco a pouco o Poder Judiciário foi, na Europa Continental, tonando-se um verdadeiro Poder do Estado.

⁴ Antoine Garapon e Ioanis Papapoulos. *Julgar nos EUA e na França*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, cap. VII, p. 172.

⁵ Hassemer (Winfried Hassemer, O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei, *Direito e Justiça*, revista da Faculdade de Direito da PUC-RS, vol. 9, ano VII) observa com razão que a ideia de que a sentença judicial surge claramente e sem vacilação da norma codificada se pode dizer que hoje esteja absolutamente superada. Esta ideia, diz Hassemer, cedeu lugar à de que o juiz atua como “criador” do direito. Evidentemente, é necessário que se esclareça em que sentido e em que situações pode o juiz “criar direito”, encontrar a solução normativa adequada. Da mesma forma que identificamos o *decisum* da sentença à *solução normativa*, porque só nos casos ditos rotineiros é que o juiz aplica um dispositivo legal (a solução, pronta na lei) ao caso concreto (casos nos quais não se evidencia a insuficiência do instrumental da dogmática tradicional), alude Humberto Ávila à *norma* como algo diferente de *dispositivo* legal. Diz este autor que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Explica que há casos em que há norma, sem dispositivo, como v.g., o princípio da segurança jurídica. E há casos em que há dispositivo sem norma, como o enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus. Onde está a norma? Pensamos que nosso raciocínio é análogo: nem sempre ao decidir a causa o juiz aplica um dispositivo legal ao caso concreto, porque nem sempre este dispositivo contém a norma adequada. Assim, acreditamos, a expressão *solução normativa*, sendo mais ampla, abrange os casos em que a decisão consiste na aplicação de elementos do sistema (combinados) ao quadro fático que ficou demonstrado nos autos (o raciocínio de Humberto Ávila, a respeito da distinção entre texto e norma, está em *Teoria dos princípios*, São Paulo, Malheiros, 2003, item 2.1.1, p. 22).

E, a partir daí, colocou-se a problemática da separação absoluta dos Poderes. O juiz aplica o direito preexistente, sendo, portanto, sua função, em certa medida, *declaratória*. Mas a lei escrita tem lacunas e, cada vez mais, precisa ser interpretada. Há, também, situações problemáticas cuja solução não está prevista de modo específico na lei. Então a função judicial não se cinge a declarar o direito, mas, há, hoje, a tendência a se reconhecer que, em certa dimensão, o *cria*. Com isso queremos dizer que o juiz, até certo ponto e sob certas condições, pode criar direito no caso concreto, mas sempre à luz das demais regras do sistema e dos princípios jurídicos, e deve fazê-lo sempre de forma harmônica com o sistema. Afinal, o direito não poderia ser concebido como um sistema, se não houvesse ao menos marcada tendência à coerência.⁶

Cappelletti, como é sabido, sustenta que os juízes decidem usando certo grau de *criatividade*, mas afirma, com a clareza que lhe é habitual e própria, que os juízes *não criam a lei*. Quando, na literatura jurídica de língua inglesa, se diz que são *law makers*, está-se, rigorosamente, querendo dizer que eles *criam direito*, e não que *criam leis*, já que sua atividade é substancialmente diversa da do Poder Legislativo.⁷

Ronald Dworkin observa que nos *hard cases* (ou seja, nos casos não comuns ou rotineiros), o juiz cria direito ao decidir, já que, rigorosamente, não aplica uma regra preexistente, mas cria uma regra *para resolver aquele caso*. Observa que o juiz, nesses casos, tem de agir como

⁶ Já discorri com mais vagar sobre o tema em *Precedentes e Evolução do Direito*. In *Direito Jurisprudencial*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2012. p. 11 e ss.

⁷ “Os juízes estão estrangidos a ser *criadores do direito*, ‘*law-makers*’. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito”. (*Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 / Reimpressão, 1999. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. n. 11, p. 73-74).

legislador, e usa a expressão *making new law*, exatamente no sentido de criar direito novo.⁸

2. Houve tentativas historicamente relevantes quanto à manutenção da separação absoluta dos poderes.

Mesmo antes da Revolução Francesa, em 25 de setembro de 1665, quando na França, reinava Luís XIV, houve uma tentativa de reforma da justiça. Neste momento histórico, Luís XIV dava seguimento a um movimento já começado anteriormente, no sentido de permitir ao príncipe, intervenção no processo: era o projeto do soberano de se apropriar do *ordo iudicarius*.

Luís XIV quis por fim àquilo que via como desordem, providenciando um *redressement de l'autorité*, evitando que os juizes fossem *fertiles en inventions contre les meilleures lois*.⁹ Trata-se de um momento histórico em que se percebe com clareza a existência da regra de

⁸ "Legal positivism provides a theory of hard cases. When a particular lawsuit cannot be brought under a clear rule of law, laid down by some institution in advance, then the judge has, according to that theory, a 'discretion' to decide the case either way. His opinion is written in language that seems to assume that one or the other party had a pre-existing right to win the suit, but that idea is only a fiction. In reality he had legislated new legal rights, and then applied them retrospectively to the case at hand. In the last two chapters I argued that this theory of adjudication is wholly inadequate; in this chapter I shall describe and defend a better theory. I shall argue that even when no settled rule disposes of the case, one party may nevertheless have a right to win. It remains the judge's duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not to invent new rights retrospectively. I should say to once, however, that it is no part of this theory that any mechanical procedure exists for demonstrating what the rights of parties are in hard cases. On the contrary, the argument supposes that reasonable lawyers and judges will often disagree about legal rights, just as citizens and statesmen disagree about political rights. (...) This chapter describes the questions that judges and lawyers must put to themselves, but it does not guarantee that they will all give these questions the same answer. (...) Theories of adjudication have become more sophisticated, but the most popular theories still put judging in the shade of legislation. The main outlines of this story are familiar. Judges should apply the law that other institutions have made; they should not make new law. That is the ideal, but for different reasons it cannot be realized fully in practice. Statutes and common law rules are often vague and must be interpreted before they can be applied to novel cases. Some cases, moreover, raise issues so novel that they cannot be decided even by stretching or reinterpreting existing rules. So judges must sometimes make new law, either covertly or explicitly. But when they do, they should act as deputy to the appropriate legislature, enacting the law that they suppose the legislature would enact if seized of the problem" (*Taking rights seriously*, Londres, Bloomsbury, 2013, n. 4, p. 105-106).

⁹ Nicola Picardi, *ob. cit.*, item 3.1.2, p. 72-73.

que o juiz deve obedecer à lei, no contexto de uma ideologia que reconhecia ao rei a soberania absoluta, não limitada por órgão algum. O direito era a lei e a vontade do Rei. Nada mais natural do que ser dele a frase *L'État c'est moi*".

Ao juiz, segundo o *Code* de Luís XIV, era proibido interpretar. Em caso de dúvida ou dificuldade de compreensão do texto da lei, o juiz deveria dirigir-se ao soberano, para conhecer a *voluntas principis*.

Trata-se da revisitação da proibição justinianéia de interpretar a lei. Nicola Picardi ensina que o art. 7.º do *Code Louis* sintetiza uma interessante variação conceitual entre a *interpretatio* do latim medieval e a *interprétation* do francês. A *interpretatio* ligava-se à busca de equidade, por meio do concurso de *autoritates* e *rationes*, exercida por meio de técnicas de razão dialética, social e justificativa. A interpretação (= *interprétation*), do direito francês da época, era a busca da *vontade* do legislador. A função do juiz seria declarativa da vontade do soberano.¹⁰

A tentativa de Luis XIV não deu certo, por inúmeras razões. Uma delas, eram os inconvenientes práticos decorrentes da multiplicação dos casos dúbios, tornando impraticável o sistema engendrado pelo monarca. Esta tentativa pretendia criar um sistema de legislação sem jurisdição e representou, historicamente, o embrião da concepção do juiz como *bouche de la loi*.

¹⁰ Nicola Picardi, p. 93-94.

Outro interessante exemplo quanto à tentativa da manutenção da separação absoluta dos poderes foi o *The General Law Code for the Prussian States*, de 1794.¹¹ Dispunha o § 47¹² que toda vez que o juiz entendesse que o verdadeiro significado da lei era dúbio, deveria, sem nomear as partes litigantes, notificar a comissão jurídica (*Gesetzcommission*) sobre suas dúvidas e requisitar o seu julgamento. Essa lei foi abolida pouco tempo depois, pela inviabilidade de sua aplicação.¹³

3. A história tem mantido um movimento pendular entre o predomínio da *legislação* e da *jurisdição*. Sente-se, no mundo contemporâneo ocidental, uma tendência que aponta para o incremento dos poderes do juiz, tanto no que diz respeito à sua conduta no processo¹⁴ quanto no que tange à interpretação da lei.

Sobre este último aspecto, pode-se dizer que resulta da complexidade e da mobilidade das sociedades atuais e da pretensão de que o direito *cubra* ou discipline a vida social, sob todos os seus aspectos.

Do direito passa a ser “cobrada” a realização de tudo quanto dele se espera.

De fato, as tarefas do juiz no Estado Social democrático vêm-se multiplicando e vem tornando cada vez mais complexa a função de decidir.

¹¹ Disponível em http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/docpage.cfm?docpage_id=3778, acessado em 29.01.2014.

¹² § 47. If the judge finds the actual meaning of the law dubious, then he must, without naming the litigating parties, notify the legal commission [*Gesetzcommission*] of his doubts, and request their ruling.

¹³ Christoph A. Kern. *The Role of The Supreme Court*. *Revista de Processo*, vol. 228/2014, p. 15, fev./2014.

¹⁴ Cf. José Carlos Barbosa Moreira. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989. n. 5 e 6, p. 45 e ss.

A doutrina menciona a inflação legislativa, que ocorre em alguns setores, e é acompanhada, naturalmente, de sua desvalorização. Aumenta a possibilidade de contradições entre as leis e se torna imensa a possibilidade de combinações entre estas. Por outro lado, em outros setores, falta disciplina imposta por lei escrita, como por exemplo, naquilo tudo o que se liga à internet.¹⁵

Já observei, em vários textos escritos anteriormente, que hoje a lei está repleta de conceitos vagos ou indeterminados, de cláusulas gerais e a importância que se dá aos princípios jurídicos vem se acentuando visivelmente nas últimas décadas.

Portanto, a lei, pura e simplesmente, não mais garante automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, porque passa necessariamente pelo “filtro” dos Tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decida casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos e que têm, de fato, o potencial de levar a decisões diferentes e desarmônicas entre si.

Hoje se considera que o Direito não é um sistema impecável e irrepreensivelmente lógico. Fala-se muito mais em racionalidade. O que de mais marcante existe no Direito dos nossos tempos é uma série de noções-chaves, que desempenham um papel fundamental no que diz respeito à argumentação e à discussão de problemas jurídicos. Estes *topoi* (= noções-chaves) se exteriorizam justamente por meio de *conceitos vagos*, presentes nos princípios jurídicos, nas cláusulas gerais, que assumem determinados significados *em função dos problemas a serem solucionados*.

¹⁵ Nicola Picardi, *op. cit.*, p. 6.

É inútil tentar montar-se um sistema lógico, hierarquizado e de validade universal com os *topoi*, sob pena de eles se verem necessariamente envolvidos em contradições.¹⁶ Assim como podem gerar decisões contraditórias.

Parece ser sintomática, a esse propósito, a circunstância de cada vez mais incluírem-se parâmetros de decisões ditos *fuzzy* ou “nublados” nos textos de direito posto, como uma forma de tentar absorver a complexidade do mundo real. Assim como é sintomática a necessidade que vem sendo sentida na comunidade jurídica, de que os princípios jurídicos integrem, de forma cada vez mais significativa, os raciocínios de direito.

Há tempos venho sustentando que estes *topoi* ou parâmetros mais nublados ou, usando uma linguagem mais próxima ao dia a dia do operador do direito, conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos (com que os *topoi* estão, de fato, usualmente envolvidos – principalmente nos dois últimos casos) são *poros* que permitem à realidade penetrar no direito. Por isso, apesar de o direito se “autogerar”, ele se oxigena permanentemente abrindo-se para elementos do mundo exterior.

O juiz preenche conceitos vagos – e todos os conceitos são, de certo modo, vagos! – quando diz que a palavra mãe, que consta do texto legal, abrange (ou não) a mãe adotiva. O juiz decide *x* ou *y* com base no princípio da necessidade do respeito à dignidade humana. E delimita situações, no mundo empírico, em que não teria sido cumprida a função social de um contrato.

¹⁶ Como observa Tercio Sampaio Ferraz Junior em seu conciso e lucidíssimo prefácio à tradução da 5.ª ed. da obra de Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, Brasília, Departamento da Imprensa Nacional, 1979.

Tudo isto torna imensamente mais complexa a tarefa de julgar. Torna, como já dissemos, a função do juiz quase que próxima, em algumas circunstâncias e sob determinadas condições, à do legislador.

A possibilidade de o juiz contemporâneo decidir sobre políticas públicas ilustra bem a relevância e a complexidade da função jurisdicional: quando estas simplesmente não são estabelecidas (um dos casos de violação das normas constitucionais por omissão), ou se revelam insuficientes para a proteção e a efetivação dos direitos constitucionais, o Poder Judiciário passa a ter competência para fazer cumprir e dar efetividade a tais direitos, sem que isso implique, a nosso ver, violação do princípio da separação dos poderes.¹⁷

O juiz estará cumprindo a missão institucional do Poder Judiciário de julgar todos os casos que lhe sejam submetidos à apreciação, tornando efetivos os direitos e deveres previstos na Constituição e no ordenamento infraconstitucional, podendo para isso, até mesmo suprir, quando necessário for, as eventuais omissões legislativas.

E mais: o Poder Judiciário também é chamado a garantir, se for o caso, pela aplicação do “princípio da proibição ao retrocesso”, que as políticas públicas já implantadas de forma adequada e suficiente, não sejam deixadas de lado ou enfraquecidas.

¹⁷ Aliás, importante lembrar que, ontologicamente, *o poder estatal é uno e indivisível*. A divisão do poder do Estado em três órgãos distintos (Legislativo, Executivo e Judiciário), atuando de forma independente e harmônica entre si, num salutar sistema de freios e contra-freios, pesos e contra-pesos, não significa divisão do poder material, mas, sim, uma divisão funcional do poder estatal, que, repita-se, substancial e materialmente é único. Mais do que isso, essa divisão do poder estatal único em três órgãos distintos, independentes e harmônicos, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 2.º da CF) e do Estado Democrático de Direito, o que não existiria se concentrado o poder estatal num só órgão.

4. Em face destas observações coloca-se a questão: é o juiz que *cria* direito ou *descobre* o direito anteriormente existente? Se o juiz descobre o direito, deve, como etapa final de sua busca, encontrar a *única* solução que seria *a correta* para o caso que está julgando?¹⁸

A meu ver, não se trata de teses opostas. Ambos os fenômenos ocorrem em maior ou menor grau. Dependendo do caso concreto, o juiz mais *declara* o direito preexistente, do que *cria*. Mas casos haverá, cada vez mais frequentes no mundo contemporâneo, em que o juiz mais *cria* do que *declara*. E outros haverá, ainda, em que o juiz, ao decidir, estará *unicamente* criando a regra para o caso concreto.

Nesta ordem de ideias, e é este o cerne destas nossas reflexões, deve-se esclarecer que, *mesmo nas hipóteses em que o juiz cria direito*, pode-se vislumbrar a existência de uma *única solução correta para o caso*. Não se trata propriamente, *da única que existia previamente*: mas será única, a partir de sua criação tida como a correta para os casos subsequentes.

Em muitos casos, só se pode dizer que o direito existia anteriormente à decisão criativa do juiz no sentido de estar ali *in potentia*, como que “incubado”, nos princípios, nas entrelinhas das obras doutrinárias, no espírito do povo.

A ideia de que só há uma única solução para cada caso concreto, como já se mencionou, tem vários sentidos, que dependem, em parte, do contexto em que seja compreendida.

¹⁸ Ou se o cria, deve-se entender que a solução encontrada é a única correta para o caso que está sendo julgado e para todos os outros idênticos ou que tenham a mesma *essência*. A respeito da identidade *essencial*, v. *Precedentes e Evolução do Direito*. In *Direito Jurisprudencial*, cit., p. 11 e ss.

É, a meu ver, pressuposto de funcionamento do sistema e especificamente, relevante mola propulsora da atividade do juiz. Se lhe parecesse haver diversas soluções possíveis, todas elas *corretas*, para resolver-se a situação posta à sua apreciação, se comportaria como alguém trilhando um caminho sem saber onde vai chegar. Mas não é esta a acepção de afirmação que mais interessa para estas reflexões.

Dizer-se que para um certo e determinado caso só há uma decisão correta é, também, a ideia que está por detrás da necessidade de que os precedentes sejam seguidos, *principalmente* nas hipóteses em que o juiz tenha exercido função visivelmente criativa.

Nos países de *civil law*, havendo reiteradas decisões em determinado sentido, ou até mesmo havendo uma só, de tribunal superior, esta será a tese *correta* e *equivocadamente* decidirá o juiz que não considerar esta cláusula abusiva.

Assim, em relação ao futuro, *esta será a única decisão correta* para casos concretos. Idênticos.

Por isso é que digo que, nesta dimensão, vê-se que a decisão do juiz não se limita a ser a regra para o caso concreto, mas, vista como precedente, assume também a função de ser o direito aplicável a casos futuros.

Evidentemente, não se ignora haver casos para os quais há duas ou mais soluções corretas. Mas este não pode ser o ponto de partida do juiz nem uma *verdade* doutrinária, sob pena de se comprometer o carácter sistemático do direito. Disto pode decorrer, pelo menos em parte, o desestímulo para que precedentes devam ser respeitados ou de que uma linha reiterada de jurisprudência, num mesmo sentido, deva ser seguida.

E é claro, também, que nesta segunda dimensão, não se está tratando da *correção* da decisão sob o ponto de vista *intrínseco* ou *substancial*. Fixada a jurisprudência em certo sentido *x*, certamente haverá argumentos capazes de demonstrar que a tese adotada deveria ser outra. Mas para fim de orientação dos demais tribunais, deve ser considerada a decisão correta.

5. É impossível desvincular a compreensão da lei de sua interpretação. Quem compreende, compreende a seu modo: ou seja, interpreta. As interpretações envolvem diferentes graus de dificuldade e há hipóteses em que as divergências interpretativas não são prováveis.

Portanto, um sistema em que só há legislação, sem jurisdição, só é concebível em tese. Na experiência jurídica concreta dos nossos dias, há casos em que a jurisprudência praticamente substitui os textos de lei.

Nos últimos anos, especialmente, o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado e julgado casos de grande complexidade, com ampla repercussão para toda a sociedade brasileira, construindo, assim, a história nacional da criação do direito à luz das normas e dos princípios constitucionais.¹⁹

¹⁹ Cabe aqui um sincero elogio por ter o STF, nos casos de maior complexidade e intensas consequências sociais, se mostrado mais receptivo à participação da figura do *amicus curiae* e também se valido de audiências públicas, com ampla participação da sociedade civil, de modo a conferir maior legitimidade às suas decisões. Digo isso porque, *embora previstas por lei desde 1999* (as audiências públicas no Poder Judiciário foram previstas, inicialmente, pelas Leis 9.968/99 e 9.882/99, que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental), a *primeira audiência pública somente foi realizada em 2007* (convocada pelo Min. Ayres Britto, rel. da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança – Lei 11.105/2005 – e ocorreu no dia 20 de abril de 2007, enquanto é certo que a previsão no *Regimento Interno do STF só veio em 2009* pela Emenda Regimental 29/2009). Também, de outra parte, pela evolução no acolhimento de novas técnicas de interpretação, ainda que aplicadas em casos excepcionais (declaração de inconstitucionalidade sem reconhecimento de nulidade; declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto etc.) e até mesmo novas

Assim foi, dentre muitos exemplos que chamam a atenção, na esfera da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), quando o STF afirmou que a *interrupção da gravidez de feto anencefálico* não consiste em crime, como o fato vinha sendo qualificado até então. Sobremaneira interessante constar do voto do Relator do acórdão: “Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto”.²⁰

Outra importantíssima e histórica decisão, de amplo alcance social, tratou do *reconhecimento da união homoafetiva como instituto inteiramente equiparável à união heteroafetiva*, como núcleo/entidade familiar. Reafirmou o STF a proibição da discriminação das pessoas em razão do sexo/orientação sexual, que deriva diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo, com isso, refletido alterações na moral e nos costumes das sociedades contemporâneas. Além disso, introduziu conceitos interessantíssimos, como “a proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo

técnicas de atribuição de efeitos às suas próprias decisões, como a modulação/restrição dos efeitos da decisão para o futuro, tal como hoje prevê a Lei 9.868/99.

²⁰ Eis a ementa do acórdão: “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”. (STF, ADPF 54/DF, TP, j. 12.04.2012, m.v., rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 30.04.2013).

fraternal”, ao mesmo tempo em que prestou “homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural”, reafirmando a “liberdade (de todos e de cada cidadão) para dispor da própria sexualidade”, até porque “inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade” e se traduz “em direito à intimidade e à vida privada” – cláusula pétrea da CF.²¹

Na linha do entendimento do STF, o STJ,²² considerou que “Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo, sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar”.

A necessidade de respeito a esta orientação gerou a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, do CNJ, dada a resistência dos cartórios em celebrar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, pois até então, os cartórios estavam apenas *convertendo* em casamento a união estável já configurada.

Salta aos olhos a necessidade de que estas decisões sejam consideradas AS ÚNICAS CORRETAS para os casos subjacentes, que podem se repetir entre partes diversas.

²¹ STF, ADPF 132/RJ, TP, j. 05.05.2011, v.u., rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 14.10.2011 e ADI 4277/DF, TP, j. 05.05.2011, v.u., rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 14.10.2011.

²² REsp. 1.183.378/RS, 4.ª T., j. 25.10.2011, m.v., rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 01.02.2012.

Com considerável dose de criatividade, o STF decidiu temas importantes, como a *revogação da Lei de Imprensa*²³ e a questão dos candidatos *“ficha-suja”*.²⁴

²³ “Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Lei de imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência a posteriori do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo a posteriori, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da lei nº 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação. (...)”. (STF, ADPF 130/DF, TP, j. 30.04.2009, m.v., rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 06.11.2009).

²⁴ “(...) Mérito: relação entre processos judiciais, sem que neles haja condenação irrecorrível, e o exercício, pelo cidadão, da capacidade eleitoral passiva - Registro de candidato contra quem foram instaurados procedimentos judiciais, notadamente aqueles de natureza criminal, em cujo âmbito ainda não exista sentença condenatória com trânsito em julgado - Impossibilidade constitucional de definir-se, como causa de inelegibilidade, a mera instauração, contra o candidato, de procedimentos judiciais, quando inócua condenação criminal transitada em julgado - Proibição administrativa, moralidade para o exercício do mandato eletivo, “vita anteacta” e presunção constitucional de inocência - Suspensão de direitos políticos e imprescindibilidade, para esse efeito, do trânsito em julgado da condenação criminal (CF, art. 15, III) - Reação, no ponto, da Constituição Democrática de 1988 à ordem autoritária que prevaleceu sob o regime militar - Caráter autocrático da cláusula de inelegibilidade fundada na lei complementar nº 5/70 (art. 1º, I, “n”), que tornava inelegível qualquer réu contra quem fosse recebida denúncia por suposta prática de determinados ilícitos penais - Derrogação dessa cláusula pelo próprio regime militar (lei complementar nº 42/82), que passou a exigir, para fins de inelegibilidade do candidato, a existência, contra ele, de condenação penal por determinados delitos - Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o alcance da LC nº 42/82: necessidade de que se achasse configurado o trânsito em julgado da condenação (RE 99.069/BA, rel. Min. Oscar Corrêa) - Presunção constitucional de inocência: um direito fundamental que assiste a qualquer pessoa - Evolução histórica e regime jurídico do princípio do estado de inocência - O tratamento dispensado à presunção de inocência pelas declarações internacionais de direitos e liberdades fundamentais, tanto as de caráter regional quanto as de natureza global - O processo penal como domínio mais expressivo de incidência da presunção constitucional de inocência - Eficácia irradiante da presunção de inocência - Possibilidade de extensão desse princípio ao âmbito do processo eleitoral - Hipóteses de inelegibilidade - Enumeração em âmbito constitucional (CF, art. 14, §§ 4º a 8º) - Reconhecimento, no entanto, da faculdade de o congresso nacional, em sede legal, definir “outros casos de inelegibilidade” - Necessária observância, em tal situação, da reserva constitucional de lei complementar (CF, art. 14, § 9º) - Impossibilidade, contudo, de

Outro interessante exemplo foi o reconhecimento do *direito de greve por parte dos servidores públicos civis*. Em antigos julgados, o STF havia firmado posição no sentido de que o direito de greve por parte dos funcionários públicos não poderia ser exercido na ausência de lei complementar regulamentadora, sendo vedado ao Poder Judiciário, por evidente, a criação de norma legislativa. A importância do tema estava não só no direito substancial, como, principalmente, na eficácia do próprio instituto do mandado de injunção como instrumento de garantia jurídico-constitucional. As primeiras decisões se limitavam a reconhecer a mora legislativa, nada mais. Com isso praticamente esvaziavam o instituto, equívoco que vinha sendo apontado com insistência pela doutrina. Em alguns julgados posteriores, tratando de questões outras, algumas Turmas passaram a adotar *soluções normativas como meio de dar efetividade à proteção jurisdicional invocada*. Em boa hora, portanto, houve alteração do entendimento primitivo do Plenário do Tribunal, para deixar assente que, também em casos tais, não cabia ao STF apenas e tão-somente reconhecer e declarar a mora legislativa, mas, sim, conferir concretude ao direito constitucionalmente assegurado, fazendo-o através da regulamentação provisória do tema,

a lei complementar, mesmo com apoio no § 9º do art. 14 da Constituição, transgredir a presunção constitucional de inocência, que se qualifica como valor fundamental, verdadeiro “cornerstone” em que se estrutura o sistema que a nossa carta política consagra em respeito ao regime das liberdades e em defesa da própria preservação da ordem democrática - Privação da capacidade eleitoral passiva e processos, de natureza civil, por improbidade administrativa - Necessidade, também em tal hipótese, de condenação irrecorrível - Compatibilidade da Lei nº 8.429/92 (art. 20, “caput”) com a Constituição Federal (art. 15, V, c/c o art. 37, § 4º) - O significado político e o valor jurídico da exigência da coisa julgada - Releitura, pelo Tribunal Superior Eleitoral, da súmula 01/TSE, com o objetivo de inibir o afastamento indiscriminado da cláusula de inelegibilidade fundada na LC 64/90 (art. 1º, I, “g”) - Nova interpretação que reforça a exigência ético-jurídica de probidade administrativa e de moralidade para o exercício de mandato eletivo - Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente, em decisão revestida de efeito vinculante. (STF, ADPF 144/DF, TP, j. 06.08.2008, m.v., rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 26.02.2010).

até a edição, pelo Poder Legislativo, da respectiva norma. Isso, aliás, ocorre, como mencionado no respectivo acórdão, dentre outros, no direito italiano e no alemão.²⁵

Esses são exemplos expressivos de centenas de ações julgadas pelo STF em passado recente, em que se percebe nitidamente a função criadora do direito.

6. É inevitável certa dose, ainda que ínfima, de criatividade na interpretação.

O que, historicamente, pode ter variado é o grau de criatividade empregado na interpretação. Este grau, contemporaneamente, pode ser bastante elevado, por muitas razões, mas principalmente pelo *estilo* de legislar que passou a predominar da metade para o final do século passado até nossos dias.

Quanto mais condições houver em certo país, em determinada época, de se criarem divergências jurisprudenciais – no Brasil, a pluralidade de Tribunais, as diferenças culturais profundas entre as regiões do país, as nossas dimensões continentais, a legislação repleta de conceitos vagos e cláusulas gerais, e tantas outras causas – mais necessárias serão as técnicas de uniformização. Só a consciência de que a jurisprudência cria *normas jurídicas* é capaz de tornar evidente esta necessidade.

²⁵ Dessa forma, inovando em termos de técnica de decisão que, em seguida, passou a servir de norte para o julgamento de todos os mandados de injunção, o STF reconheceu a obrigatoriedade de amparar os direitos constitucionalmente garantidos e não regulamentados, até a elaboração de norma específica pelo Poder Legislativo, sem que com isso tenha exercido uma função típica do legislador. Reconheceu ainda que, se assim não o fizesse, estaria o próprio Poder Judiciário incorrendo em típica e grave omissão, fazendo com que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira “lei da selva”, isto é, lei nenhuma. “ (...) Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis”. (STF, MI 708/DF, TP, j. 25.10.2007, m.v., rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 31.10.2008).

A uniformização faz chegar à única solução correta. Ela é ínsita à ideia de *sistema* jurídico, imprescindível à criação de previsibilidade, de segurança jurídica e ao tratamento isonômico dos indivíduos. Evidentemente, mais uma vez, frise-se que não se estará, necessariamente diante da decisão ontologicamente correta.

7. É comum a afirmativa, que só aparentemente conflita com o que até agora temos dito, no sentido de que quando o juiz decide, deve levar em conta *particularidades* do caso concreto posto à sua apreciação.

É verdade. Tão mais verdadeira será esta afirmação e mais visível esta necessidade, quão mais vagos sejam os termos do texto legal que deve aplicar, quão mais necessário seja o emprego de princípios no raciocínio, em suma, quão mais vagos e imprecisos sejam os parâmetros orientadores da decisão do juiz. Para verificar, por exemplo, se João é bom pai de família, devem-se analisar minúcias de seu comportamento e de seu relacionamento com Benjamin, seu filho menor.

Mas nem sempre é assim.

Nas relações tributárias, por exemplo, o sistema não autoriza levarem-se em conta “particularidades” dos casos para saber se um tributo incide ou não. Mas não só no direito tributário: que particularidades deveriam ser levadas em conta para se decidir uma ação de despejo por falta de pagamento no direito brasileiro?

No primeiro grupo de casos, é evidente a dificuldade de que de decisões de casos concretos se extraiam *regras iguais* para o futuro, assim como é obvio o desrespeito à isonomia que seria gerado pela ausência absoluta destas regras.

O nível de abstração necessário no primeiro grupo de casos, para que se possa chegar a uma regra geral – que desempenharia papel de precedente – é muito maior do que no segundo grupo de casos. Os casos que se encartam neste segundo grupo (direito tributário, como regra, e outros ramos do direito) são aqueles em relação aos quais ainda desempenha alguma função a dogmática tradicional, e faz algum sentido se falar em subsunção, pura e simplesmente.

Hoje entendemos que, mesmo nestes casos, do primeiro grupo, em que os parâmetros que guiam o juiz até a solução normativa que deva ser dada ao caso são mais “nublados” não se pode deixar de lado um esforço para a manutenção da harmonia do ordenamento, evidenciando a sua tendência à coesão. De um conjunto de decisões harmônicas, se extrai a regra, que desempenha o papel que em outros sistemas é desempenhado pelos *precedentes*, para casos que forem julgados posteriormente.

Assim, pode-se dizer que estes fenômenos existem em diferentes graus na tomada de decisão do juiz: há casos em que as *peculiaridades* do caso *não* interessam para a decisão, mas só aqueles poucos pontos considerados relevantes para que o juiz deva aplicar a norma. Outros, em que a lei posta não significa senão uma tênue luz no caminho da tomada de decisão, e, sem dúvida, há os casos intermediários em que o juiz individualiza regras tendencialmente universais para resolver o caso concreto.

8. Ora, *se um determinado ordenamento jurídico contém os princípios da legalidade, da isonomia, preza a previsibilidade e a segurança jurídica não há como sustentar-se que o juiz deve decidir segundo as peculiaridades dos casos concretos e que não há um caso igual ao outro.* Para efeitos de aplicação do direito, *há sim*: João e José têm 18 anos. São maiores, penalmente. Não importa se João é consciente do que faz e José não.

Há esferas em que o que há de *igual* entre casos é só a *essência*, que se deve descobrir em meio aos fatos. Mesmo destes casos, pode-se extrair um *core*, que será a regra geral. Difícil? Claro. Mas não impossível.

Não teria sentido ser diferente “dependendo do tipo de caso”.

São incontáveis os exemplos de conceitos indeterminados, que são reflexo, como disse da necessidade de se lidar com a complexidade da vida moderna, da realidade cambiante, a se refletir na técnica legislativa, na linguagem jurídica em geral, como, por exemplo, “lesão grave e de difícil reparação”, “dignidade da pessoa humana”, “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”; “privacidade”, “intimidade”, “imagem”, “causa de menor complexidade”, “boa-fé”, “preço vil”, “perigo iminente”, “tratamento desumano e degradante”, “divisão cômoda”, “assédio moral”, “mobbing” (ou terror psicológico/hostilização no trabalho), “bulling”, “bem comum”, “probidade”, “dano moral” (individual e coletivo), e, assim, numa escala mais crescente.

É preciso que o sistema mostre abertura e mobilidade para fazer frente às rápidas mudanças da realidade social. Mas, em contrapartida, a jurisprudência deve encontrar uma *orientação* consistente e coerente para suas decisões.

Felizmente, não são poucas as hipóteses em que se percebe esforço do STF, em, por exemplo, ao se posicionar, com clareza e incisividade, sobre certo *termo vago*, criar condições para que se realize concretamente o princípio da isonomia.

Assim foi, para exemplificar, quando o STJ fixou o conceito de *atividade jurídica*, termo vago, impreciso, incluído na Constituição Federal pela EC n. 45/2004 como condição para inscrição em concurso público para as carreiras do Ministério Público e Magistratura.²⁶

Também, noutra seara, a *interpretação dos conceitos vagos e indeterminados do art. 20, §3.º, alíneas “a”, “b” e “c” do CPC*.²⁷

Ainda, o que é *preço vil na arrematação*, estabelecendo a necessidade de se recorrer a cálculos matemáticos, em termos percentuais, para se obter uma decisão justa e respeito do tema e que sirva de parâmetro para casos idênticos. A Corte Superior firmou entendimento da caracterização da vileza em termos percentuais, como se extrai do **julgado: “PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - ARREMATAÇÃO - VALOR INFERIOR**

²⁶ “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ. EDITAL. EXIGÊNCIA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE JURÍDICA POR TRÊS ANOS. COMPROVAÇÃO. 1. Esta Corte consolidou o entendimento de que, para os concursos da magistratura anteriores à edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, o conceito de prática forense deve ser o mais amplo possível, de modo a compreender não apenas o exercício da advocacia e de cargo no Ministério Público, Magistratura ou outro qualquer privativo de bacharel de direito, como também as atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância e até estágios nas faculdades de Direito. 2. Demonstrado pelo impetrante o exercício de cargo público em que desenvolveu atividades relacionadas à área de direito, deve ser reconhecido seu direito líquido e certo de ter cumprido a exigência prevista no Edital n. 42/2005. 3. Agravo regimental improvido”. (STJ, AgRg no RMS 26.816/CE, 5.º T., j. 18.08.2011, v.u., rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 02.09.2011).

²⁷ “HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. FALÊNCIA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS. 1. Na habilitação de crédito impugnada há condenação em honorários. 2. A verba honorária deve ser fixada proporcionalmente à sucumbência das partes, de forma a remunerar satisfatoriamente o trabalho dos advogados. 3. A interpretação dos conceitos vagos e indeterminados existentes no Art. 20, § 3º, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, do CPC, encontra norte seguro no benefício econômico alcançado pela parte vencedora no processo”. (STJ, REsp. 783.033/SP, 3.º T., j. 01.03.2007, v.u., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJe* 26.03.2007).

A 50% DA AVALIAÇÃO DO BEM - PREÇO VIL. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que se caracteriza preço vil quando a arrematação não alcançar, ao menos, a metade do valor da avaliação. 2. Inexistência de violação da Súmula 07/STJ. Agravo regimental improvido". (STJ, AgRg no AgRg no Ag 1.277.529/SP, 2.º T., j. 02.09.2010, v.u., rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 22.09.2010).

9. Há muitos anos venho sustentando que *há sempre uma única decisão correta para cada litígio submetido à apreciação do juiz*. Esta afirmação não está de modo algum atrelada à concepção da função do juiz como meramente mecanicista. Ou seja, quando digo que cada caso comporta uma só decisão, não quero, com isso, significar que esta decisão seria a aplicação automática da lei.

Esta afirmação tem pelo menos três sentidos:

a) Este é o único possível estímulo do juiz: ele tem de estar à procura da decisão correta, única...

b) Isto, de fato, ocorre na maioria dos casos. Por um lado, poucas decisões são juridicamente equivalentes, dando origem a um "*tanto faz*". Por outro lado, entre decisões contraditórias, *uma* deverá *ser tida* como de acordo com o direito e outra não. Note-se que não usei a expressão *estará*, mas deverá *ser tida como*, de acordo com o direito.

c) Por uma série de razões, às quais me referi sucintamente acima, a realidade social, política e jurídica dos nossos dias – e me refiro especialmente ao nosso país – é comum o fenômeno da jurisprudência conflitante e até mesmo *dispersa* – várias decisões sobre uma mesma (idêntica) questão. A necessidade de uniformização aparece, nestes casos, com

clareza solar. A necessidade de que se encontre uma única decisão correta para uma mesma questão jurídica torna imprescindíveis métodos, cujo objetivo seja o de se uniformizar a jurisprudência.

Nem se está aqui afirmando que aquela que venha a prevalecer em detrimento das outras seja *a correta*. Mas deverá ser *considerada como única correta*.

Quanto mais se reconhece na função jurisdicional um *quê* de criativo, em diferentes graus, mais se torna perigoso afirmar-se que cada caso pode comportar mais de uma decisão *correta*. Perigoso, pois se imagina que juristas não devam adotar posições que levem ao caos social.

Isto não quer dizer que não se reconheça que, segundo diferentes pontos de vista, várias decisões, diferentes também, possam estar corretas. Todavia isto não interessa ao direito, mas à sociologia.

Assim como disse Fernando Sainz Moreno: conceitos indeterminados são os que geram discussão quanto ao seu significado. Mas isto não interessa ao direito, e sim à linguística.

A afirmação do genial autor espanhol diz respeito a estes conceitos que integram necessariamente a formulação de cláusulas gerais e até mesmo a verbalização de princípios jurídicos. Portanto, liga-se a todos estes fenômenos que tornam mais rarefeitos os parâmetros de decisão do juiz. A nós, juristas, cabe encontrar meios de neutralizar esta rarefação. Deixemos, pois, o aspecto linguístico, aos linguistas; o social, aos sociólogos e se cuidarmos do “nosso jardim” já estaremos fazendo muito.

UNIFORMIZAÇÃO DE
JURISPRUDÊNCIA NO NOVO
CPC E OS INSTITUTOS
DO IRDR E DO IAC

Vicente de Abreu Amadei

VICENTE DE ABREU AMADEI

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Professor/palestrante em curso de extensão e de especialização em Direito Notarial e Registral, Imobiliário, Urbanístico e Ambiental Urbano em diversas instituições (v.g. PUC/SP, Escola Paulista da Magistratura, SECOVI-SP, UNIREGISTRAL).

Membro da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário (ABDRI) e da Academia Notarial Brasileira (ANB).

Foi membro da Comissão de adaptação do Regimento Interno do Tribunal de Justiça ao novo Código de Processo Civil.

Sumário: 1. Introdução. 2. O novo paradigma à jurisdição (teses jurídicas vinculantes). 3. Reflexos orgânicos, funcionais e procedimentais. 3.1. A perspectiva orgânica. 3.2. A perspectiva funcional. 3.3. A perspectiva procedimental. 4. Uniformização de jurisprudência como categoria e suas espécies. 4.1. Súmulas. 4.2. Enunciados de jurisprudência pacificada. 4.3. Enunciados de teses vinculantes fixadas em IRDR e IAC. 5. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). 6. Incidente de Assunção de Competência (IAC). 7. Conclusão.

1. Introdução

Agudas, sem dúvida, foram as inovações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil, no âmbito da uniformização de jurisprudência e para fomentar a previsibilidade da prestação jurisdicional, reforçando os valores da segurança jurídica e da isonomia na distribuição da justiça, a merecer prudentes reflexões doutrinárias e atenção à evolução e à decantação jurisprudencial sobre a matéria, que apenas o tempo poderá revelar a serena orientação.

Elas, em parte, são fruto da expansão de rumos que já estavam presentes em reformas processuais anteriores (v.g. súmulas vinculantes, teses fixadas em recursos repetitivos e representativos de controvérsias). Mas, de outra parte, também revelam reais mudanças de paradigmas, com a introdução de um sistema plural de fontes vinculantes do direito, mantendo a primazia legal (coerente, pois, com o sistema de base romana, centrado na lei como critério maior de vinculação à prestação jurisdicional), mas temperado com precedentes judiciais geradores de teses vinculantes.

Considerando, assim, a pluralidade de princípios, normas e instrumentos jurídicos espalhados na nova lei processual nesse foco, as breves considerações deste artigo são limitadas ao estudo da uniformização de jurisprudência, como gênero, nela apontando suas espécies, com destaque a dois relevantes instrumentos correlatos - o IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas) e o IAC (incidente de assunção de competência) -, no esforço de compreender seus contornos elementares e suas operacionalidades, na esfera estadual, focado, sobretudo, na experiência do tribunal de justiça bandeirante.

2. O Novo Paradigma à Jurisdição (teses jurídicas vinculantes)

Abstração à discussão acerca da constitucionalidade, ou não, do novo modelo processual introduzido em nosso ordenamento jurídico com o novo Código de Processo Civil, o fato é que o recente diploma processual civil, em busca de uniformização jurisprudencial – estabilidade, coerência, previsibilidade dos julgados, segurança jurídica e isonomia na distribuição da justiça – procurou ampliar a padronização decisória e criou, em modo *suvis generis*, um sistema brasileiro de precedentes judiciais, ou seja, de julgados geradores de teses jurídicas obrigatórias ou vinculantes.

E os criou também no âmbito estadual dos tribunais de justiça.

Assim, tais novidades, com decisões de efeitos genéricos e vinculantes sintetizadas em enunciados de teses decorrentes de incidentes de resolução de demandas repetitivas e de incidentes de assunção de competência (quer pelo filtro da relevância da questão de direito, quer pelo filtro da pacificação de jurisprudência), têm amparo legal (e também regimental, segundo o regimento interno de cada tribunal) e vida jurídica permitida na esfera dos tribunais de nosso país, a incluir os estaduais.

E, destaque-se, com as novas ferramentas processuais (v.g. IRDR: art. 976 e ss. do CPC), haverá fixação de enunciado de tese jurídica com eficácia obrigatória (art. 927, III, V, e 985 do CPC), isto é, que “vinculará todos os juízes e órgãos fracionários” (art. 947, § 3º, do CPC), controlável via reclamação (art. 985, § 1º, 988, IV, do CPC), no domínio da base territorial do tribunal que as fixar segundo o devido processo legal.

3. Reflexos Orgânicos, Funcionais e Procedimentais

Esse modelo recém-nascido, com teses jurídicas vinculantes e criação de instrumentos processuais correlatos, reclama aguda prudência ao modo como tais inovações são implantadas e serão concretizadas na história da jurisdição, com olhar especial, para além da lei processual, às normas regimentais dos tribunais que disciplinam a matéria.

Afinal, a própria Lei nº 13.105, de 2015, ao impor aos tribunais o dever de uniformização de sua jurisprudência e o de mantê-la estável, íntegra e coerente, apontou para a normatização complementar do tema no regimento interno dos tribunais (v.g. art. 926, §1º, 947 e 978, todos do CPC).

E, nesse primeiro foco, os reflexos operacionais do novo paradigma processual de vinculação e suas ferramentas exigem atenção em tríplice perspectiva:

(I) a orgânica, especialmente na definição da competência dos órgãos julgadores dos incidentes e instrumentos de uniformização;

(II) a funcional, que toca à compreensão e ao julgamento desses novos feitos, com cautela não apenas ao que já é de praxe da função jurisdicional (julgamento de casos), mas também à novidade de fixação das teses jurídicas vinculantes;

(III) a procedimental, para explicitar o rito dos novos instrumentos processuais, segundo a lei formal, em desenvolvimento e adaptação às peculiaridades orgânica e funcional antes referidas.

3.1. Perspectiva Orgânica

Sob o aspecto orgânico, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, a alteração regimental concentrou a competência em dois órgãos:

(I) no Órgão Especial, segundo matéria que já é de sua competência (competência própria) ou que não seja exclusiva de uma das Turmas Especiais de suas Seções (competência comum e residual);

(II) nas Turmas Especiais, segundo a matéria de competência exclusiva da respectiva Seção (competência própria).

É o que se extrai do art. 13, I, *m*, do RITJSP, com a seguinte redação: “*Compete ao Órgão Especial: I – processar e julgar, originariamente: (...) m) proposições de enunciados de súmulas, incidentes de assunção de competência e incidentes de resolução de demandas repetitivas referentes à matéria de sua competência ou à matéria de competência não exclusiva de uma das Turmas Especiais de suas Seções*”.

Para as Turmas Especiais, vale o art. 32, I e II, do RITJSP: “*Compete às Turmas Especiais: I – a uniformização da jurisprudência, por pacificação ou por incidentes de resolução de demandas repetitivas referentes à matéria de competência exclusiva de sua Seção; II – a assunção de competência prevista na lei processual civil (art. 947 do CPC) referente à matéria de competência exclusiva de sua Seção*”.

Assim, nessa segregação material de atribuições, atento ao que é da competência própria de cada um desses dois órgãos e concentrando, no Órgão Especial, o que for da

competência comum (v.g. questões de direito processual civil) e da competência residual (v.g. questões relativas à infância e à juventude que são de atribuição da Câmara Especial, ou questões relativas ao processo de dúvida registraria, que são de atribuição do Conselho Superior da Magistratura), buscou-se não só indicar os órgãos colegiados de julgamento e minimizar eventuais conflitos de competência na matéria, mas também evitar sobreposições de teses jurídicas fixadas em órgãos distintos do mesmo tribunal, preservando a unidade, a congruência e a segurança jurídica na emissão de enunciados vinculantes e, por consequência, na prestação jurisdicional.

Nesse mesmo fim, o § 6º do art. 190 do RITJSP prescreveu importante regra destinada a resguardar a coerência de julgados na base territorial do tribunal, sanando antinomias de teses jurídicas decorrentes de possível colidência entre súmulas ou enunciados provenientes da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais e enunciados ou jurisprudência dominante das Seções do Tribunal de Justiça de São Paulo: ao Órgão Especial, então, nesses casos, cabe dirimir a divergência, após ser provocado pelo Presidente ou pelo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, ou, ainda, pelos Presidentes de Seção desse mesmo tribunal.

3.2. Perspectiva Funcional

Na perspectiva funcional, a princípio, o Tribunal de Justiça de São Paulo optou, em suas normas regimentais, por uma solução dicotômica, no esforço de agregar maior legitimação e força às teses vinculantes. Tentou-se, assim, evitar o risco da prevalência de tese jurídica minoritária, com o pesado efeito vinculante e ao arrepio da posição da maioria dos desembargadores que julgam a matéria respectiva; entenda-se: num tribunal

tão grande como o paulista, com mais de 360 desembargadores, preservar a uniformização real, e não apenas a formal, da jurisprudência.

Assim, naquele primeiro momento, entendeu-se possível segregar a função de prestação jurisdicional da função de fixação da tese jurídica vinculante. Ou seja, para além do grave encargo de solução dos conflitos segundo a lei e o direito (prestação jurisdicional), percebeu-se que o tribunal passou a ter uma nova função, de feito não propriamente jurisdicional, mas normativo, isto é, o de fixar teses jurídicas de efeitos vinculantes, com o gravíssimo encargo de, a partir do caso julgado no instrumento processual adequado, extrair o enunciado genérico destinado à aplicação obrigatória a todos os processos individuais ou coletivos, bem como aos casos futuros, que versarem idêntica questão de direito e que tramitem ou venham a tramitar na área de jurisdição do respectivo tribunal.

Vislumbrada, pois, nessas hipóteses, duas funções distintas: a jurisdicional (julgamento do caso) e a enunciativa do direito (fixação da tese jurídica). Embora relacionadas (a tese jurídica é extraída do caso julgado), com consequências jurídicas bem diversas. Isso, então, reclamou, na primeira versão da alteração regimental, consideração peculiar de igual distinção, especialmente no campo da legitimação de base institucional para a extração do efeito vinculante da tese jurídica.

Logo, ante essa inovação de função atribuída ao Poder Judiciário, o Assento Regimental nº 552/2016 a atendeu em construção normativa apoiada em dois pilares:

(I) primeiro, separando, sem desunir, o que é próprio da função jurisdicional do que é próprio da função enunciativa vinculante (daí, por exemplo, o julgamento em fases do IRDR, com nítida distinção dessas duas funções: uma de feição jurisdicional direcionada à

solução do caso com potencial de extração de enunciado vinculante; outra de feição meramente enunciativa da tese jurídica vinculante, iniciada a partir da fixação da tese pela Turma Julgadora);

(II) segundo, para a máxima legitimação de base possível, em sede de enunciado vinculante, estabelecendo, apenas para a sua aprovação na Turma Julgadora, o voto por representação (diverso, pois, do voto de consciência, próprio para o julgamento do caso) e, ainda, apontando a necessidade de sua ratificação ou rejeição por todos os integrantes da Turma Especial (inicialmente pelos demais desembargadores que a compõem, quando a Turma Julgadora não coincidir com a Turma Especial; e, também, pelos desembargadores da respectiva Seção que compõem Câmaras ou Grupos cuja competência seja correlata à matéria do enunciado, e, que, para esse fim, também integravam a Turma Especial), tudo, pelo quórum da maioria absoluta dos membros.

Todavia, esse modelo terminou revisto e alterado pelo Assento Regimental nº 562/2017, que, então, consolidou, na matéria, a perspectiva funcional unitária, com o entendimento de que, também na enunciação das teses vinculantes, vislumbra-se o exercício de prestação jurisdicional. Portanto, inviável, nesse ponto, o voto por representação (assim, por exemplo, os desembargadores da Turma Especial, órgão competente para fixação de tese vinculante, também na votação do enunciado, expressam voto de consciência, e não por representação do entendimento majoritário dos desembargadores de sua Câmara) e, ainda, desnecessária (para além de juridicamente discutível) a ratificação, para a eficácia vinculante da tese, da maioria absoluta dos desembargadores da respectiva Seção que compõem Câmaras ou Grupos cuja competência seja correlata à matéria do enunciado (e, que, para esse fim, integravam a Turma Especial).

Logo, ainda que em teoria se possa destacar a função jurisdicional da função enunciativa do direito, em tese vinculante, na prática e na disciplina regimental vigente do Tribunal de Justiça de São Paulo, tudo se opera como exercício de prestação jurisdicional, em unidade funcional e operacionalidade de julgamento simplificada (e não em modo funcional dicotômico e operacionalidade de julgamento estendida), no universo do órgão competente designado (no caso bandeirante, as Turmas Especiais ou o Órgão Especial, conforme a matéria em exame).

3.3. Perspectiva Procedimental

Por fim, pelo ângulo procedimental, a adaptação das normas regimentais ao novo Código de Processo Civil no Tribunal de Justiça de São Paulo, pautou-se em duas linhas estruturais:

(I) a primeira, de feição sistemática, para a ordenação lógica dos instrumentos e dos enunciados, e, assim, (I.I) na ordenação dos instrumentos, apontou, a partir da categoria maior da *uniformização de jurisprudência* (que não mais existe no molde do CPC-73, mas se converte, hoje, em gênero), as suas espécies (proposição de súmulas, proposição de enunciados de jurisprudência pacificada, IRDR e IAC), e, (I.II) na ordenação dos enunciados, distinguiu as súmulas (exclusivas do Órgão Especial) dos enunciados vinculantes, ou não, resultantes de jurisprudência pacificada (por Assunção de Competência ou por via administrativa, respectivamente), ou de tese jurídica fixada e aprovada em IRDR ou IAC (quer do Órgão Especial, quer das Turmas Especiais), numerados conforme suas espécies;

(II) a segunda, de caráter procedimental propriamente dito, indicando a necessidade de respeito às prescrições legais e regimentais específicas, bem como a forma e o rito de cada tipo de uniformização de jurisprudência (art. 192 do RITJSP).

4. A Uniformização de Jurisprudência como Categoria e suas Espécies.

Não mais existe a uniformização de jurisprudência no molde do CPC-73 (como incidente, nos termos dos arts. 476 a 479); mas essa expressão subsiste não apenas como diretriz imposta aos tribunais (art. 926 do CPC-2015), mas também como gênero de diversos instrumentos ou ferramentas processuais que têm esse fim.

Assim, no gênero uniformização de jurisprudência, considerando o teor do novo CPC e o RITJSP, encontramos as seguintes espécies:

(I) enunciados de súmulas, ou, simplesmente, súmulas (art. 926, §1º, CPC; arts. 190, § 1º e 192, §1º, ambos do RITJSP);

(II) enunciados de jurisprudência pacificada, advindos de (II.I) incidente de assunção de competência - IAC para prevenção ou composição de divergência (art. 947, §§ 1º e 4º, do CPC; arts. 13, I, m, e 32, II, ambos do RITJSP), ou de (II.II) proposições administrativas para esse fim (art. 926 c.c. art. 927, §4º, ambos do CPC; art. 191 e 192, §2º, do RITJSP);

(III) enunciados de teses jurídicas fixadas e aprovadas em incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR (art. 976 a 987 do CPC; arts. 190 a 192 do RITJSP) ou em incidente de assunção de competência - IAC (art. 947, § 3º, do CPC; art. 191, § 4º, do RITJSP).

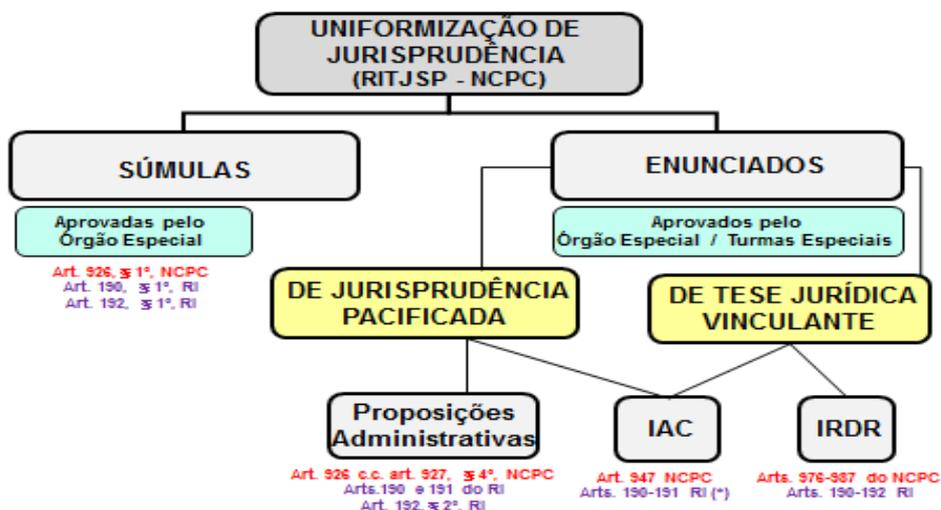
No Tribunal de Justiça de São Paulo, então, conforme seu Regimento Interno, dois são os órgãos eleitos para o fim de uniformizar a jurisprudência (gênero), e, assim, neles são processados os incidentes ou as proposições correlatas e materializadas as teses jurídicas (em súmulas ou enunciados) respectivas:

(I) o Órgão Especial, que pode promover a uniformização por meio de qualquer uma daquelas espécies, observada sua competência material não exclusiva de uma das Turmas Especiais de suas Seções (competência própria, residual e comum para evitar o risco de enunciados conflitantes);

(II) as Turmas Especiais das Seções de Direito Privado e da Seção de Direito Público, que podem promover a uniformização por enunciados de jurisprudência pacificada ou por teses jurídicas decorrentes de IRDR ou IAC (logo, apenas lhes é vedada a edição de súmulas), observada a competência material exclusiva da Seção.

Oportuno, ainda, destacar que nem toda uniformização de jurisprudência gera enunciado vinculante. Assim, por exemplo, súmulas vinculantes são prerrogativas do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da CF, incluído pela EC nº 45/2004) e vinculação, no âmbito dos tribunais estaduais, resulta apenas de teses jurídicas aprovadas e fixadas em IRDR ou IAC (arts. 927, III e V, 947, § 3º, e 985, todos do CPC). As súmulas e os enunciados de jurisprudência pacificada dos tribunais estaduais, resultantes de procedimentos administrativos, pois, não têm, por si, efeito vinculante algum. É certo que o enunciado de uma tese jurídica fixada em IRDR ou IAC pode migrar para uma súmula, e, neste caso, o teor dessa súmula vincula; mas esse efeito vinculante, note-se bem, decorre do IRDR ou do IAC, e não da súmula do tribunal estadual.

Em síntese e esquematicamente, então, é possível formular o seguinte quadro:



4.1. Súmulas

Súmulas, como se sabe, enunciam um entendimento jurisprudencial consolidado, sedimentado, reiterado sobre determinada questão num determinado tribunal, no esforço de aclarar a interpretação legal e descomplicar a aplicação do direito (v.g. STF, manifestações do Min. Victor Nunes Leal, no RE 54.190). Assim, súmula significa, "ao mesmo tempo, melhoria qualitativa (dadas a estabilização, sem petrificação, da jurisprudência e a conseqüente equanimização das decisões) e racionalização quantitativa

dos trabalhos da Corte (funcionando, ele o diria, como 'princípio da relevância às avessas' (v.g. STF, manifestação do Min. Sepúlveda Pertence, na ocasião Procurador-geral da República, proferida na sessão ordinária de 14.08.1985, em homenagem ao Min. Victor Nunes Leal).

Súmulas, enfim, não são para pacificar divergências de entendimentos jurisprudenciais, mas sim para exprimir a "*jurisprudência dominante*" (art. 926, § 1º, do novo CPC).

E, no E. Tribunal de Justiça, conforme as suas normas regimentais, ao Órgão Especial cabe, com exclusividade, a aprovação e a edição das súmulas (art. 190, § 1º, do RITJSP), mediante proposições apresentadas "*por seus desembargadores, pelas Turmas Especiais ou pela Comissão de Jurisprudência*" (art. 192, § 1º, do RITJSP).

4.2. Enunciados de Jurisprudência Pacificada

Enunciados de jurisprudência pacificada são teses jurídicas fixadas com o fim específico de pacificar divergências (teses jurídicas divergentes) internas do tribunal, isto é, compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Sua razão, então, não é a de expressar entendimento jurisprudencial estabilizado (o que é próprio das súmulas), mas eliminar a falta de estabilidade dos julgados, a carência de unidade de direção e de previsibilidade das decisões judiciais.

E, para pacificar as divergências, enunciando, então, tese de jurisprudência pacificada, há dois caminhos:

(I) um, de raiz jurisdicional, apoiado no incidente de assunção de competência - IAC para prevenção ou composição de divergência, com fulcro no art. 947, §§ 1º e 4º, do CPC, c.c. os arts. 13, I, m, e 32, II, ambos do RITJSP;

(II) outro, de cunho administrativo, que tem fundamento legal genérico no art. 926 c.c. art. 927, §4º, ambos do CPC, e fundamento específico, no tribunal bandeirante, nos arts. 191 e 192, §2º, do RITJSP, originários de proposições de enunciados apresentadas por desembargadores integrantes do Órgão Especial ou de Turma Especial (no âmbito de suas competências), ou, ainda, pela Comissão de Jurisprudência do tribunal, indicando as teses jurídicas divergentes, seus respectivos precedentes, o entendimento majoritário e a redação do enunciado proposto, com seus fundamentos determinantes e os dispositivos normativos relacionados.

4.3. Enunciados de Teses Vinculantes Fixadas em IRDR e IAC

Enunciados de teses jurídicas vinculantes são decorrentes de teses fixadas e aprovadas em incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR ou em incidente de assunção de competência – IAC: aquelas são proposições resultantes de IRDR admitido, processado e julgado (cf. os arts. 976 a 987 do CPC; e arts. 190 a 192 do RITJSP), que têm o escopo de aparar o risco de ofensa à isonomia na distribuição da justiça, em face de efetiva repetição de processos de controvérsia sobre a mesma questão de direito; estas são proposições resultantes de IAC admitido, processado e julgado (cf. o art. 947 do CPC e art. 191, §§ 3º e 4º, do RITJSP), que têm o escopo de indicar a solução de relevante

questão de direito, com grande repercussão social (art. 947, *caput*) ou de evitar/compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (art. 947, § 4º).

Não têm fim consolidador de jurisprudência uníssona e reiterada (súmulas) nem fim imediato pacificador de jurisprudência divergente (enunciados de jurisprudência pacificada), salvo o IAC preventivo ou compositivo de divergência. O IRDR, contudo, também pode servir nesse último propósito, quando o risco de ofensa à isonomia (potência) for uma realidade (ato), por ocorrência de julgados dispares em multiplicidade de demandas de igual questão jurídica, elemento esse que, na prática, tem sido uma constante e, para alguns, até mesmo uma exigência de sua admissibilidade.

5. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) é inovação, criação do novo Código de Processo Civil, que parte de um desenho normativo à edificação (e não de algum tipo de instrumento processual já incorporado à praxe de nossos tribunais que alçou *status* legal). Ele vem da lei (processual) à história (jurisdicional). Nasceu, pois, no universo geral e abstrato da lei e vai ganhar concretude e vida histórica, corpo singular e maturidade real, paulatinamente, caso a caso, conforme o devir jurisdicional avançar. Natural, portanto, neste seu início de caminhada jurídica, alguns olhares de desconfiança e de críticas, outros de esperança e de admiração, e, no exercício limiar de sua implantação, boa dose de dificuldades, divergências de entendimentos e, porque não, alguns tropeços.

A primeira vista, o IRDR parecer ter a imagem de um girafante com síndrome do coração partido: estendido (como uma girafa) no processamento; pesado (como um elefante) nos efeitos, e, em seu centro de vitalidade (coração), moldado como se fosse um incidente de bifurcação jurisdicional (tal como o incidente de arguição de inconstitucionalidade em que há competência cindida, nele atuando órgãos jurisdicionais distintos, cada um com competência específica, segundo determinado aspecto da matéria: um julga o caso; outro, o incidente), mas que terminou realmente partido, na medida em que deslocou a competência do julgamento do caso (art. 978, parágrafo único, do CPC: “o órgão incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”).

Seu processamento ou rito é, de fato, dilatado e pode ser dividido em três fases: (I) admissibilidade; (II) instrução; (III) julgamento.

Essa dilatação começa com os legitimados para pedir sua instauração (art. 977: juiz ou relator, por ofício; partes, por petição; Ministério Público ou Defensoria Pública, por petição) e passa ao juízo de sua admissibilidade, em órgão colegiado (art. 981). O exame de mérito do incidente não é truncado pela desistência ou abandono do processo (art. 976, § 1º), casos em que o Ministério Público, que intervém obrigatoriamente no incidente, assume sua titularidade (art. 976, § 2º). Para além da instrução documental (art. 977, parágrafo único, e 983), pode haver diligências do relator (art. 983). Podem ser ouvidas as partes e terceiros interessados (pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia), bem como colhidos depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Até audiência pública pode haver (art. 983, § 1º). Na fase de julgado do incidente, também é maior o tempo de sustentação oral (art. 984, II, § 1º).

Minuciosa e completa, ademais, deve ser a análise das questões debatidas e a fundamentação do julgado, reproduzidas no v. acórdão (art. 984, § 2º). E, fixada a tese, por fim, também, é de larga amplitude a sua publicidade (divulgação, aliás, que deve ser vasta, desde a admissibilidade do incidente: art. 979) – (art. 985, § 2º).

Seus efeitos são, realmente, pesados, a começar com a admissibilidade do incidente, capaz de suspender todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região de abrangência do tribunal (art. 982, I), e, depois, uma vez julgado e fixada a tese jurídica, com forte consequência vinculante, obrigatória para todos os juízes e órgãos fracionários em prestação jurisdicional na base territorial do tribunal (art. 985), até eventual revisão da tese jurídica firmada (art. 986).

O núcleo do julgamento, enfim, exige não apenas a solução do incidente e a fixação da tese jurídica vinculante, mas também a solução do caso subjacente ao incidente e ainda pendente de decisão final, ou seja, do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária de onde se originou o incidente (art. 978, parágrafo único). O incidente, então, vai além da razão incidental que justificou sua instauração e admissibilidade, pois o órgão designado pelo regimento interno para julgar o incidente absorve a competência para julgar o próprio feito. O IRDR, portanto, desloca (e não apenas cindi) a competência.

Convém, por fim, nos estreitos limites deste artigo, para além dessa visão geral do IRDR, apontar algumas questões práticas sobre o referido instrumento, considerando os julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo nessa matéria e observando que se reduz esta investigação ao ponto que toca à admissibilidade do IRDR.

Nessa perspectiva, é viável afirmar que o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) é espécie de uniformização de jurisprudência (gênero), sob a modalidade de incidente processual, que tem, conforme sua previsão legal (art. 976, I e II, § 4º, 978, parágrafo único do novo CPC), os seguintes pressupostos de admissibilidade: (I) multiplicidade de demandas, ou efetiva repetição de processos sobre a mesma questão; (II) questão unicamente de direito, excluída, pois, a controvérsia sobre os fatos; (III) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; (IV) inexistência de recurso já afetado em um dos tribunais superiores, para definição de tese sobre questão de direito material ou processual; (V) pendência de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária do tribunal, em relação à causa que dá suporte ao incidente (a propósito desses cinco pressupostos, cf. o IRDR nº 0025690-41.2017.8.26.0000, j. 15/09/2017, com exame minucioso de cada um desses pressupostos).

Quanto ao pressuposto da multiplicidade de demandas (I), há uma tendência em exigir-se para a admissibilidade do instrumento, o chamado "*conflicto de massa*" (IRDR 0020147-57.2017.8.26.0000, j. 19/05/2017), que, assim, importe em "*grande repercussão social*" e, portanto, "*ultrapasse o interesse das partes ou de determinado grupo*" (IRDR 4002243-75.2013.8.26.0038, j. 10/02/2017). Daí, necessário que o universo de demandas similares não seja restrito, mas centrado em quadro de relevante impacto comprometedor da isonomia na distribuição da justiça e da segurança jurídica social, não se justificando, por consequência, a pesada via do IRDR, com fixação de tese jurídica vinculante, para questões pontuais ou com impacto limitado apenas em algumas demandas similares. Para reduzida expressão quantitativa de demandas, os precedentes de inadmissibilidade do incidente são vários: um único caso (IRDR nº 2131947-56.2017.8.26.0000, j. 06/09/2017), dois processos (IRDR 2062656-

66.2017.8.26.0000, j. 01/09/2017), três julgados (IRDR nº 2008386-92.2017.8.26.0000, j. 24/03/2017), quatro (IRDR nº 2146366-81.2017.8.26.0000, j. 24/10/2017) ou nove recursos pendentes de julgamento (IRDR 2056126-46.2017.8.26.0000, j. 19/05/2017).

Em relação ao requisito da questão unicamente de direito (II) também já despontam diversos julgados rejeitando a admissibilidade do incidente, ante a ocorrência de controvérsia sobre fatos, tal como a referente à análise da relação jurídica entre as partes para se concluir pela existência de contrato e sua qualificação como contrato verbal de transporte de mercadorias (IRDR nº 2146366-81.2017.8.26.0000, j. 24/10/2017), ou à matéria que demanda produção de provas acerca de quadro de insalubridade ou de definição de danos causados pela utilização de produtos nocivos à saúde (IRDR 2074455-09.2017.8.26.0000, j. 19/05/2017), ou, então, para saber se a banca examinadora de concurso público errou, ou não, em gabarito de avaliação (IRDR 2011287-33.2017.8.26.0000, j. 24/02/2017), ou, ainda, referente à constatação sobre as condições do imóvel anteriores à penhora (IRDR nº 2126774-85.2016.8.26.0000, j. 28/09/2016).

No que tange à necessidade de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (III), importa observar que esse é o requisito de maior expressão axiológica do instituto, pois ele encerra a teleologia maior do IRDR. Em outras palavras, é nesse fim que o IRDR encontra sua primeira justificação e, também por isso, é por desencontro a esse norte que ele pode resultar inadmissível. E mais, o IRDR não parece ter sua razão de admissibilidade senão em situação excepcional, isto é, supletiva dos mecanismos ordinários de controle da isonomia e da segurança jurídica. Assim, se os meios jurídicos ordinários e destinados ao

bloqueio de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica já estão atuando e são suficientes à tutela desses valores da jurisdição, sem necessidade, pois, de acréscimo de uniformização, pela via do IRDR, tal como ocorre com a *"jurisprudência largamente majoritária desta Corte aliada à tese jurídica já fixada, em repercussão geral, pelo E. STF"*, o IRDR é despiciendo (IRDR 2011287-33.2017.8.26.0000, j. 24/02/2017). Igualmente, quando não houver divergência no tribunal (IRDR 2023979-64.2017.8.26.0000, j. 24/05/2017). Ou, ainda, quando evidente o uso inadequado do instrumento como expediente substitutivo da via recursal, no escopo de satisfazer interesse específico da parte (IRDR nº 2138791-56.2016.8.26.0000, j. 19/10/2016).

Quanto ao requisito da inexistência de recurso já afetado em um dos tribunais superiores, para definição de tese sobre questão de direito material ou processual (IV), a rigor, ele é dedução do pressuposto anterior (III), ora explicitado para evitar duplicidade de instrumentos processuais no mesmo fim. É necessário, contudo, que o tema da afetação pelo tribunal superior, por seu campo de incidência e reflexo, envolva e impacte o tema proposto no IRDR, quer por identidade, quer por conexão ou continência, com especial atenção não apenas à sua redação, mas também aos seus fundamentos determinantes. Sem simetria ou equivalência de fundo na matéria, então, esse óbice não se opera (IRDR nº 0038758-92.2016.8.26.0000, j. 30/06/2017; ED 0038758-92.2016.8.26.0000, j. 11/11/2016). Mas, se ocorrer, ele não só trunca a admissibilidade do IRDR, mas parece que também deve prejudicar o julgamento do incidente admitido, inclusive na hipótese de afetação superveniente à admissibilidade. Encaminhamento para afetação pela presidência ou vice-presidência do tribunal de justiça ou de tribunal regional federal (art. 1.036), a rigor, não trunca a admissibilidade do incidente (IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000, j. 04/08/2017), pois não equivale à afetação por tribunal superior

(art. 976, § 4º); mas, a afetação superveniente à admissibilidade pelo tribunal superior, a meu ver, prejudica o julgamento e a fixação da tese jurídica vinculante no incidente, pela necessidade de higidez desse pressuposto até final solução do IRDR. Por último, neste item, é oportuno destacar que, se a tese com repercussão geral já está fixada por um dos tribunais superiores, o IRDR também é inviável, pois ele não se presta para reforço de comando (IRDR nº 2126392-58.2017.8.26.0000, j. 15/09/2017).

O pressuposto de pendência de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária do tribunal (VI), por fim, tem forte acolhida e são reiterados os julgados do tribunal bandeirante pela inadmissibilidade do incidente, quer por ausência de recurso distribuído no tribunal, estando os autos ainda em primeira instância (IRDR nº 2062037-39.2017.8.26.0000, j. 04/08/2017; IRDR nº 2089108-50.2016.8.26.0000, j. 05/04/2017), quer, sobretudo, por julgamento do feito antecedente ao juízo de admissibilidade do incidente, observando-se, neste sentido, precedentes pulverizados em todos os órgãos desse tribunal judicantes dessa matéria: Órgão Especial (v.g. IRDR nº 2211086-91.2016.8.26.0000, j. 07/12/2016; IRDR nº 0056808-69.2016.8.26.0000, j. 31/05/2017), Turma Especial – Privado 1 (v.g. IRDR nº 2017005-11.2017.8.26.0000, j. 31/05/2017; IRDR nº 2095985-06.2016.8.26.0000, j. 27/03/2017), Turma Especial – Privado 2 (v.g. IRDR 0026601-53.2017.8.26.0000, j. 08/08/2017), Turma Especial – Privado 3 (v.g. IRDR 2062656-66.2017.8.26.0000, j. 01/09/2017) e Turma Especial da Seção de Direito Público (v.g. IRDR nº 2001012-25.2017.8.26.0000, j. 19/05/2017; IRDR nº 2096792-89.2017.8.26.0000, j. 30/06/2017).

Em complemento ao ponto da admissibilidade do IRDR, sublinhe-se que já se decidiu que ele não é via obliqua para solucionar questão de fundo constitucional, observada, inclusive, a

natureza fracionária da Turma Especial (IRDR 2056126-46.2017.8.26.0000, j. 19/05/2017), anotando-se, contudo, que, se a via for adequada e fixada a competência, pela matéria, da Turma Especial, caso se entenda plausível o argumento de inconstitucionalidade, o incidente de arguição de inconstitucionalidade suscitado será resolvido pelo Órgão Especial, com retorno à Turma Especial para o julgamento do IRDR (IRDR nº 2217014-23.2016.8.26.0000, j. 22/03/2017). E, também, já se decidiu que o IRDR não é adequado para dissídio que envolve tema de tutela provisória, quer de urgência, quer cautelar, quer antecipatória, pois, para tanto, é preciso examinar os pressupostos da verossimilhança, da urgência, do risco de lesão grave e difícil reparação, que tocam particularidades fáticas da lide (IRDR nº 2214006-38.2016.8.26.0000, j. 07/04/2017).

Ponto relevante e discutível da matéria é o da necessidade, ou não, de suspensão dos processos pendentes em razão da admissibilidade do IRDR. A regra, de fato, é a da suspensão, considerando o seu molde normativo (aliás, a interpretação gramatical do art. 982, I, do CPC leva a essa conclusão) e o seu fim (se o seu escopo maior é a isonomia e a segurança jurídica na prestação jurisdicional, parece lógico o imediato comando de suspensão, na medida em que o trâmite dos feitos correlatos ao tema do IRDR admitido traz consigo o germe da desigualdade de julgados, que se quer evitar). Contudo, a jurisprudência, com boa dose de cautela e sabedoria, tem reconhecido que, por exceção, o órgão colegiado que admitir o incidente, pode decidir pela não suspensão dos processos pendentes atento a situações específicas e peculiares do incidente (v.g. IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000, j. 31/08/2017; IRDR nº 2151535-83.2016.8.26.0000, j. 11/11/2016).

6. Incidente de Assunção de Competência (IAC)

O incidente de assunção de competência (IAC), ao menos no nome, não é inovação, pois era previsto no artigo 555, § 1º, do CPC-73. Entretanto, sua abrangência foi alargada e seus efeitos foram significativamente remodelados, conforme prescreve o art. 947 do novo CPC, destacando-se que, tal como o IRDR, o julgamento do IAC, agora, produz enunciado de tese vinculante, com eficácia obrigatória para todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese (art. 947, § 3º, do CPC), controláveis via reclamação (art. 988, IV, do CPC).

Embora o regramento do IAC não tenha sido tão extenso como o do IRDR, considerado os efeitos vinculantes de tese jurídica dele originada (art. 927, III, e 947, § 3º, ambos do novo CPC), justifica-se atrair para o IAC, por equiparação, o rito previsto para o IRDR. Em outras palavras, o trato paralelo entre o IRDR e o IAC, quanto ao fim enunciativo de tese jurídica vinculante, impõe a necessidade de equivalência de rito, no que couber, a justificar, para o IAC, a aplicação das normas procedimentais do IRDR.

E isso foi expressamente previsto no § 4º do art. 191 do RITJSP: *“Aplica-se ao incidente de assunção de competência, no que couber, as regras procedimentais e de julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, as quais são da competência exclusiva do Órgão Especial e das Seções do Tribunal de Justiça”*.

Logo, o que já se apontou para o IRDR - quanto ao rito dilatado (em três fases: admissibilidade, instrução e julgamento), quanto aos pesados efeitos (quer de suspensão dos processos pendentes, quer de vinculação da tese jurídica fixada) e, por fim, quanto ao modo de julgamento -, vale, a princípio, para o IAC.

A distinção fundamental entre os incidentes (IAC e IRDR) está nos pressupostos de admissibilidade de cada um, observando, nesse exame, que há duas espécies de IAC: uma justificada pela matéria, qualificada como de relevante questão de direito, com grande repercussão social (art. 947, *caput*); outra, destinada a evitar ou pacificar divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, em matéria de relevante questão de direito, subdividida, então, em dois tipos, o preventivo e o compositivo (art. 947, § 4º).

O IAC fundado no *caput* do art. 947 do novo CPC pressupõe a ocorrência simultânea de três requisitos: (I) relevante questão de direito; (II) grande repercussão social; (III) sem repetição em múltiplos processos.

Distinto, pois, neste quadro, o IAC do IRDR, com pressupostos legais de admissibilidade ou esferas de incidência bem marcadas e inconfundíveis.

Acresça-se que o argumento da multiplicidade de demandas, a exigir trato uniforme da matéria pelo tribunal, embora importante para admitir o IRDR, é despiciendo para o IAC, cujo foco é, em primeiro plano, o da relevância da questão de direito e do interesse social que permeia a discussão jurídica, até mesmo "*sem repetição em múltiplos processos*" (*sic* – art. 947, *caput*).

Daí, pois, não é na multiplicidade de demandas que se pode afirmar, ou não, a relevância da questão de direito ou o interesse social. Afinal, o legislador não emprega expressões inúteis e o requisito da multiplicidade de demanda é de feição quantitativa, ao passo que os da relevância da questão jurídica e da repercussão social são de caráter qualitativo.

Inadmissível, então, a via do IAC fundada em pressuposto do IRDR (pluralidade de demandas similares com risco de decisões divergentes), ou que afirma, indevidamente, a ocorrência de relevante questão de direito, com grande repercussão social, pela mera constatação de múltiplas demandas em risco de jurisdições dispare, confundindo elemento quantitativo com elemento qualitativo; tratamento isonômico de jurisdicionados com segurança jurídica da jurisdição; e, por fim, IRDR com IAC.

O IAC apoiado no § 4º do art. 947 do novo CPC, preventivo ou compositivo de divergência de julgados, pressupõem os seguintes requisitos: **(I)** relevante questão de direito; **(II)** interesse público na assunção de competência (§ 2º do art. 947). Esses requisitos são, pois, comuns a cada um de seus dois subtipos (preventivo e compositivo), aos quais se deve agregar, para cada um deles, o requisito específico: para o IAC preventivo, **(III)** a conveniência da prevenção; para o IAC compositivo, **(III)** a conveniência da composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

E, nisso, também fica marcada a distinção entre o IAC e o IRDR, ante a diversidade dos pressupostos e dos fins de cada incidente.

É certo que pode haver um espaço restrito de intersecção nos círculos de admissibilidade do IRDR e do IAC (campo de incidência comum desses incidentes), na medida em que embora a multiplicidade de demandas não seja necessária ao IAC, sua ocorrência não exclui esta via processual, desde que satisfeitos os requisitos do IAC compositivo de divergência, para a pacificação da jurisprudência, ou seja, **(I)** relevante questão de direito, **(II)** interesse público na assunção de competência e **(III)** conveniência de composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Isso, contudo, não equipara os

incidentes, seus pressupostos e fins, que continuam distintos, a exigir, pois, nesses casos, que os interessados optem por um dos instrumentos. E, quando isso ocorrer, parece de maior praticidade optar pelo IRDR, na medida em que para o IAC (art. 947, § 4º) será preciso demonstrar a ocorrência da "*relevante questão de direito*" e do "*interesse público*", ao passo que, para o IRDR, tais requisitos são irrelevantes, bastando comprovar a *multiplicidade de demandas* e o *risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*, que são de demonstração mais precisa e fácil.

Observe-se que, ao se afirmar que, mesmo no caso do § 4º do art. 947 do novo CPC, é indispensável a ocorrência da "*relevante questão de direito*" e do "*interesse público*" (§2º do art. 947 do novo CPC) – interesse esse que, no caso, não é o estatal (do Estado), mas sim o social (da Sociedade) -, sua inteligência termina agregada ao *caput* do art. 947, quando este se reporta ao requisito da "*grande repercussão social*".

Portanto, *questão jurídica relevante* e de *grande repercussão social* (ou *interesse público/social*) são, pois, requisitos comuns a toda espécie de IAC. E tais expressões são, a rigor, indeterminadas, apontam para conceitos que encerram alguma carga de imprecisão, fluidez ou indeterminação, a indicar julgamento em campo sinalizado com certo grau de discricionariedade judicial para conferir precisão à fórmula vaga prescrita em lei.

É verdade que esse certo grau de discricionariedade não equivale à arbitrariedade judicial nem à completa ausência de marcos de orientação normativa, para qualificar a questão jurídica como relevante e socialmente impactante, mas exige exercício de

racionalidade jurídica atenta à ponderação dos valores envolvidos e à concretude da questão posta em exame.

O IAC, ademais, está focado mais no fomento à segurança jurídica que na necessidade de tratamento isonômico da distribuição da justiça: daí os lastros nos critérios da relevância da questão jurídica e do significativo reflexo social subjacente.

Logo, considerando as cargas semânticas dos marcos de admissibilidade do IAC, que, embora genéricas, indicam densidade de importância ("*relevante*") e de impacto reflexivo ("*grande repercussão*") na esfera da sociedade ("*social*"), é possível afirmar que "*relevante questão de direito, com grande repercussão social*" (ou com interesse público/social na assunção de competência) é aquela que toca a direito fundamental ou a direito que, por sua natureza, transcende os interesses das partes ou de determinada categoria, desaguando em significativo impacto social, alcançando, então, ainda que potencialmente, mas em profundidade, as estruturas e os fluxos das relações sociais, éticas, religiosas, econômicas ou políticas da população, ou de ponderável parcela da comunidade.

Já se entendeu, pois, no tribunal bandeirante, que carece de significativo impacto social e não têm relevância sob o prisma da exigência para o IAC, questão referente a pagamento de gratificação, abono e horas extras de servidores públicos municipais (IAC [Ap] nº 1001753-78.2015.8.26.0606, j. 24/02/2017; IAC nº 4002243-75.2013.8.26.0038, j. 10/02/2017; IAC nº 3002785-35.2013.8.26.0451, j. 23/09/2016), bem como questão que toca à distribuição da competência interna dos diversos órgãos do Tribunal de Justiça (IAC [CC] nº 2042895-49.2017.8.26.0000, j. 26/04/2017).

De qualquer modo, mais fácil e garantido, então, quando houver o referido campo de intersecção nos círculos de admissibilidade do IRDR e do IAC, optar pela via do IRDR.

Não se olvide, ainda, que o erro na escolha do instrumento (IRDR ou IAC) pode ser fatal, pois a tendência, conforme entendimento majoritário, é pela não fungibilidade de incidentes, nada adiantando invocar os princípios excepcionais da fungibilidade, da celeridade e da instrumentalidade das formas, para o recebimento do IAC como IRDR (IAC [Ap] nº 3002785-35.2013.8.26.0451, j. 23/09/2016; IAC nº 0001089-81.2012.8.26.0602, j. 23/09/2016), e vice-versa.

O IAC, portanto, é instrumento que depende de provocação adequada e específica, e, tal como o IRDR, especialmente considerando o efeito vinculante da tese jurídica decorrente de seu julgamento (efeito esse que, a rigor, não é de direito adjetivo, mas substantivo), não comporta retroatividade.

Assim, tese jurídica fixada em IAC sob o regime do CPC-73 não tem o efeito vinculante previsto no novo CPC (Reclamação nº 2150531-11.2016.8.26.0000, j. 07/10/2016; Reclamação nº 2242249-89.2016.8.26.0000, j. 24/03/2017). Necessário, pois, para o tal efeito vinculante, que o IAC tenha sido provocado, admitido, processado e julgado sob a incidência do novo CPC.

Aliás, o princípio da rogação (e seu reflexo no princípio da adstrição), neste campo, opera segundo o regime jurídico em vigor ao tempo em que se rogou. Isso, sobretudo, considerando o efeito jurídico consequente ao ato da rogação. Uma coisa é rogar a Assunção de Competência, para se gerar os efeitos não vinculantes pelo regime do CPC-73; outra, os efeitos vinculantes pelo regime do novo CPC. Por consequência, IAC

provocado sob a vigência do CPC-73 não pode ter sua admissibilidade, processamento, julgamento e tese fixada com as normas e efeitos jurídicos do novo CPC, sob pena de grave ofensa aos princípios de rogação e de adstrição, observada a falta de congruência normativa e de eficácia das teses entre o antigo e novo regime jurídico do incidente (IAC nº 0001089-81.2012.8.26.0602, j. 23/09/2016).

7. Conclusão

É cedo para aplaudir ou vaiar o novo paradigma à jurisdição, ora temperado com os precedentes e as teses jurídicas vinculantes, bem como os dois de seus principais instrumentos processuais, o IRDR e o IAC.

Não se discute que, em tempos (I) de demandas em massa, (II) de fluidez moral, (III) de concepção voluntarista e individualista desgarrada de lastro ontológico; (IV) de inflação legislativa e leis infladas em conceitos abertos, diretrizes gerais e normas em branco, (V) de modelo decisório principiológico, com seus consequentes riscos (panprincipiologismo, direito livre, direito ideologizado, direito alternativo, positivismo judiciário etc.); o legislador processual tenha se preocupado em agregar maior controle e previsibilidade à prestação jurisdicional, com leitura renovada e ampliada no trato da fundamentação dos julgados, bem como nos modos de padronização decisória, tema de fundo que envolve o da uniformização da jurisprudência e das teses jurídicas vinculantes.

Atenção, pois, neste quadro pós-moderno da jurisdição, aos valores da segurança jurídica e da isonomia na distribuição da justiça, parecem necessários.

Contudo, é preciso ponderar que divergência em direito é um bem. Ela força o diálogo, a profícua discussão jurídica, o aprofundamento das interpretações possíveis, a prudência em aplicar a norma considerando as particularidades de cada caso concreto. E, ainda, não raramente, é no voto vencido ou na tese divergente minoritária que se reconhece, com o passar do tempo, o direito justo, mais adequado ou equitativo, que nos impõe rever posicionamentos antes classificados como reiterados e dominantes.

O universo do direito e, nele, o da jurisdição, é o do agir humano em sociedade, o da coisa justa e da equidade, bem longe, pois, das ciências exatas, dos inflexíveis cálculos matemáticos e do reducionismo às formulas inexoráveis. Parafraseando, então, a máxima *timeo hominem unius libri* (temo o homem de um só livro), pode-se dizer, para cada questão de direito, *timeo iustitiam unius iuris interpretatio* (temo a justiça de uma só tese jurídica).

Por isso, em sede de uniformização de jurisprudência com teses jurídicas vinculantes é preciso ter boa dose de temperança e renovar o axioma de que a virtude está no meio termo. Enfim, se, de um lado, os tempos atuais exigem reforço de segurança jurídica e de isonomia dos julgados, de outro, este caminho não pode ser exagerado a ponto de aniquilar os profícuos debates de teses jurídicas opostas, de engessar as salutares divergências do direito, de robotizar a prestação jurisdicional e, quiçá, abrir um perigoso campo à autocracia judiciária centralizada em poucos órgãos judicantes, por excesso e maximização no dizer o direito vinculante, em seus vários aspectos interpretativos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA



3 DE FEVEREIRO DE 1874