

Reflexões sobre o novo
CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Sandra Lia Simón
Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União

CÂMARA EDITORIAL

Carolina Vieira Mercante
Coordenadora da Câmara Editorial e Procuradora do Trabalho

André Batista Neves
Procurador da República

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República

Ricardo José Macedo Britto Pereira
Subprocurador-Geral do Trabalho

Ricardo de Brito A. Pontes Freitas
Procurador de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça - MPDFT

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça - MPDFT

Reflexões sobre o novo
**CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Geisa de Assis Rodrigues
Robério Nunes dos Anjos Filho
Organizadores

Volume 1



Brasília-DF
2016

REFLEXÕES SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Uma publicação da ESMPU

SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2º andar

70200-640 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185

Home page: <www.escola.mpu.mp.br>

E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>

© *Copyright* 2016. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica - Projetos Editoriais

Carolina Soares dos Santos

Preparação dos originais e revisão de provas

Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles, Anna Lucena, Glaydson Dias Mendes, Bárbara Carolina Vanderley Boaventura, Bárbara Coelho de Souza

Assessoria Técnica - Programação Visual

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Projeto gráfico e diagramação

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Capa

Sheylise Rhoden

Tiragem

3.500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

R322 Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil/Geisa de Assis Rodrigues, Robério Nunes dos Anjos Filho (organizadores). – Brasília: ESMPU, 2016.
2 v.

ISBN 978-85-88652-93-4

ISBN 978-85-88652-94-1 (v. 1)

ISBN 978-85-88652-95-8 (v. 2)

1. Processo civil - Brasil. 2. Código de processo civil - Brasil. 3. Processo Civil – legislação – interpretação - Brasil. I. Rodrigues, Geisa de Assis. II. Anjos Filho, Robério Nunes dos. III. Título.

CDD 341.46

COLABORADORES

VOLUME 1

Alexandre Amaral Gavronski

Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Procurador Regional da República.

Alexandre Senra

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (PPGDIR) da Universidade Federal do Espírito Santo. Procurador da República.

Ana Flávia Messa

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutoranda pela Universidade de Coimbra. Doutoranda pela Universidade de São Paulo. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Tributário. Membro do Conselho Editorial da International Studies on Law and Education. Professora da graduação e pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Michelle Asato Junqueira

Especialista em Direito Constitucional com extensão em Didática do Ensino Superior. Mestre e doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro Permanente dos Grupos de Pesquisa CNPq “Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania” e “Estado e Economia”. Professora da graduação e pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Andrea Boari Caraciola

Doutora em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora Adjunta de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada em São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO).

Lourdes Regina Barone

Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Metodologia do Ensino Superior pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UNIFMU). Professora de Processo Civil e Prática Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do CEAPRO. Advogada e mediadora em São Paulo.

Antonio do Passo Cabral

Pós-Doutor pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Doutor em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (Ludwig-Maximilians-Universität). Mestre em Direito Público pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UERJ. Procurador da República no Rio de Janeiro.

Bruno José Silva Nunes

Mestre e doutorando em Direito pela UFMG. Procurador da República.

Carlos Augusto de Assis

Mestre e Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Advogado em São Paulo.

Maria de Fátima Monte Maltez

Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada em São Paulo.

Elias Marques de Medeiros Neto

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós-Doutorado em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Doutorando em Direito Processual Civil na Universidade de São Paulo. MBA em Gestão Empresarial pela FGV. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV. Especializações em Direito Processual Civil e em Direito dos Contratos pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais/CEU Escola de Direito (IICS/CEU). Pós-graduações executivas no Programa de Negociação e no Programa de Mediação da Harvard Law School. Bacharel em Direito pela USP. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Mestrado na Universidade de Marília (UNIMAR). Professor convidado na matéria de Direito Processual Civil em cursos de pós-graduação e atualização (destacando-se PUC/SP, Escola Paulista de Direito – EPD, Mackenzie). Advogado. Autor de livros e artigos no ramo do Direito Processual Civil. Membro fundador e Diretor do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

Elton Venturi

Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Estágio de pós-doutoramento na Universidade de Lisboa. *Visiting Scholar* na Universidade da Califórnia – Berkeley Law School. Professor Adjunto da UFPR e da UTP/PR. Procurador Regional da República.

Evane Beiguelman Kramer

Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada em São Paulo.

Fredie Didier Jr.

Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-Docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor Associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Advogado.

Leonardo Carneiro da Cunha

Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFPE. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Advogado.

Geisa de Assis Rodrigues

Doutora pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora licenciada da Universidade Federal da Bahia. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procuradora Regional da República – PRR- 3ª Região.

VOLUME 2

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Ex-Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2013-2015). Membro da Academia Brasileira de Direito Civil e do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Professor Associado de Direito Civil da UERJ. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* de Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA).

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor em cursos de graduação, pós-graduação e preparatórios para carreiras jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC) e do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Ex-Defensor Público Federal (2010-2014). Procurador da República.

Luiz Dellore

Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professor de Direito Processual do Mackenzie, da Escola Paulista de Direito (EPD), do Instituto de Educação a Distância Interativa (IEDI) e do IOB/Marcato, e professor convidado de outros cursos em todo o Brasil. Advogado concursado da Caixa Econômica Federal. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/SP e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Diretor do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO).

Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandez

Pós-Graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil pela Universidade de Taubaté. Procurador da República.

Marcelo Ribeiro de Oliveira

Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Procurador da República.

Monique Cheker

Especialista em diversos temas de direito público e privado. Ex-Procuradora do Ministério Público de Contas do Rio de Janeiro. Procuradora da República no Município de Angra dos Reis. Autora do livro *Reflexões sobre a causa de pedir no direito processual brasileiro*, publicado pela ESMPU.

Pablo Coutinho Barreto

Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União. Procurador da República.

Patrick Salgado Martins

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Máster en Derecho pela Universidade de Sevilha. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador Regional Eleitoral em Minas Gerais.

Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direitos Humanos pela USP. Professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Procurador da República.

Renata Domingues Balbino Munhoz Soares

Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Privado pela Escola Paulista de Magistratura. Professora de Direito Civil e Empresarial do Mackenzie. Coordenadora dos Grupos de Estudos “Princípios de Direito Contratual” e “Direito e Tabaco” do Mackenzie. Membro da Comissão de Assistência à Saúde da OAB/SP. Advogada em São Paulo.

Ricardo Magalhães de Mendonça

Mestre em Direito pela PUC/SP. Procurador da República.

Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior

Mestre e Especialista em Direito Constitucional. Procurador Regional da República.

Werton Magalhães Costa

Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Procurador da República.

SUMÁRIO

A intervenção do Ministério Público no novo Código de Processo Civil Alexandre Amaral Gavronski.....	21
A ação rescisória no novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) Alexandre Senra.....	79
A distribuição dinâmica da prova em busca da efetivação dos direitos fundamentais Ana Flávia Messa e Michelle Asato Junqueira.....	121
Os embargos de declaração e o Código de Processo Civil de 2015: principais alterações Andrea Boari Caraciola e Lourdes Regina Barone	133
As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta Antonio do Passo Cabral.....	151
Considerações sobre a coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015 Bruno José Silva Nunes.....	175
Breves reflexões sobre a Teoria Geral da Prova no novo Código de Processo Civil Carlos Augusto de Assis e Maria de Fátima Monte Maltez	207
O art. 4º do novo Código de Processo Civil e o princípio da efetividade do processo Elias Marques de Medeiros Neto.....	229
A voz e a vez do interesse público em juízo: (re)tomando a sério a intervenção <i>custos legis</i> do Ministério Público no novo processo civil brasileiro Elton Venturi.....	261

APRESENTAÇÃO

Panorama geral do novo Código de Processo Civil Evane Beiguelman Kramer	301
Intervenção do Ministério Público no incidente de assunção de competência e na reclamação: interpretando um silêncio e um exagero verborrágico do novo CPC Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha	321
Breves reflexões sobre o potencial do novo Código de Processo Civil para aprimorar a tutela processual coletiva Geisa de Assis Rodrigues	333

Desde a década de oitenta, iniciativas legislativas vêm sendo adotadas para aprimorar a disciplina processual civil, algumas voltadas a ensejar uma melhor cognição das pequenas causas (Lei n. 7.444/1984, Lei n. 9.099/1995, Lei n. 10.259/2001) e dos conflitos coletivos (Lei n. 7.347/1985, Lei n. 7.853/1989, Lei n. 7.913/1989, Lei n. 8.069/1990, Lei n. 8.078/1990, Lei n. 10.741/2003), outras alterando regras da tramitação processual em geral (Lei n. 8.637/1993, Lei n. 8.710/1993, Lei n. 8.718/1993, Lei n. 8.898/1994, Lei n. 8.950/1994, Lei n. 8.951/1994, Lei n. 8.952/1994, Lei n. 9.040/1995, Lei n. 9.079/1995, Lei n. 9.139/1995, Lei n. 9.245/1995, Lei n. 9.280/1996, Lei n. 9.415/1996, Lei n. 10.358/2001, Lei n. 11.112/2005, Lei n. 11.232/2005, Lei n. 11.277/2006, Lei n. 11.341/2006, Lei n. 11.418/2006, Lei n. 11.419/2006, Lei n. 11.441/2007, Lei n. 11.672/2008, Lei n. 12.008/2009, Lei n. 12.125/2009, Lei n. 12.195/2010, Lei n. 12.322/2010, Lei n. 12.398/2011, Lei n. 12.873/2013 e Lei n. 12.810/2013).

Estas últimas ficaram conhecidas como “minirreformas” do Código de Processo Civil de 1973, com vistas, principalmente, a adaptá-lo às novas demandas de efetividade do processo, partindo do pressuposto da adequação das linhas mestras do Código e da maior facilidade da tramitação das mudanças por meio de leis esparsas.

Não se pode olvidar, outrossim, o advento da Constituição de 1988, que inaugurou um Estado Democrático de Direito com um nítido compromisso com o acesso à justiça, ampliando o rol dos direitos fundamentais, explicitando a importância da cláusula do devido processo legal e dos princípios processuais a ela correlatos e fortalecendo as instituições do sistema judicial, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a advocacia pública e privada. Diante desse novo pa-

norama, ficaram evidentes as insuficiências do processo civil tradicional em responder aos desafios de um processo justo e célere tanto para o julgamento dos processos individuais, independentemente do valor da causa, quanto para os processos coletivos. Em 2004 o próprio texto constitucional foi alterado, no que se convencionou denominar de “Reforma do Judiciário”, para, entre outras mudanças, em sintonia com o sistema internacional de direitos humanos¹, prever como direito fundamental a razoável duração do processo com os meios que garantam a sua celeridade de tramitação. Também houve o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal com a criação da súmula vinculante, as decisões vinculantes nas ações de controle de constitucionalidade e a exigência de repercussão geral para exame dos recursos extraordinários.

À evidência, todos os reclamos ditados pelo novo contexto constitucional e social bem como a fragilização sistêmica do Código de Processo Civil em virtude dos câmbios pontuais aos quais foi submetido motivaram a Comissão do Senado², presidida pelo professor e então ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, a elaborar um novo Código, cuja principal linha de trabalho foi a resolução de problemas de acesso à justiça, nos dizeres da própria Comissão:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira

sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

A Comissão do Senado, instituída em 30 de setembro de 2009, apresentou seu relatório final em 8 de junho de 2010, após consulta à comunidade jurídica³. O texto do anteprojeto seguiu para a Câmara dos Deputados, onde foi objeto de mais de 100 audiências públicas e de discussões nos Estados. Em março de 2014 uma nova versão foi aprovada na Câmara, em sua maioria com alterações que limitaram o potencial das mudanças do projeto do Senado, tendo construído, porém, um consenso possível sobre o novo diploma processual. O texto retornou ao Senado, que deu a palavra final sobre o Código e o remeteu à Presidência da República. O novo Código, composto por 1.072 artigos, foi promulgado com alguns vetos em março de 2015, com uma *vacatio legis* de um ano.

A despeito de haver várias inovações do novo Código de Processo Civil, ora examinado, inclusive na sua própria formatação, com a previsão de uma parte geral e alteração da sistematização anterior, várias de suas disposições reproduzem de forma literal artigos do Código de 1973 ou mantêm a mesma lógica do Código anterior.

1 Apenas a título de exemplo o artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e o artigo 5º do Pacto de São José da Costa Rica fazem expressa referência à duração razoável do processo.

2 A Comissão do Senado foi integrada pelos eminentes processualistas Luiz Fux, Teresa Arruda Alvim Wambier, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpidio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinícius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro.

3 Segundo a Comissão: “O volume das comunicações fala por si só: foram 13 mil acessos a página da Comissão, audiências públicas por todo o Brasil nas quais recebemos duzentas e sessenta sugestões e a manifestação da Academia, aí compreendidos todos os segmentos judiciais; da Associação Nacional dos Magistrados à Ordem dos Advogados do Brasil, perpassando por institutos científicos e faculdades de direito, as quais formularam duzentas proposições, a maior parte encartada no anteprojeto”. Também a Escola Superior do Ministério Público apresentou suas sugestões ao anteprojeto da Comissão do Senado.

Ademais, significativa parcela das mudanças propostas consolidada tendências, tanto legislativas quanto jurisprudenciais, em matéria processual civil, não estando assim o projeto, em linhas gerais, em dissonância com a cultura jurídica processual majoritária.

Podemos congregiar as mudanças mais significativas em três grandes blocos: as relacionadas à simplificação do trâmite processual; as relativas à efetividade do processo; e as decorrentes do fortalecimento dos poderes dos tribunais superiores.

A título de exemplo de alterações que se propõem a simplificar o trâmite processual, podemos citar: a) a contestação passa a ser a única resposta do réu, nela admitindo-se a arguição de todas as defesas indiretas, incluindo a incompetência relativa, o impedimento e a suspeição do juiz, a impugnação do valor da causa, a arguição da falsidade de documento bem como a dedução de pedido contraposto; b) a ausência de previsão da controvertida condição da ação relativa à impossibilidade jurídica do pedido; e c) o cabimento da ação anulatória quanto a quaisquer atos de disposição de direitos praticados pelas partes no processo de conhecimento e de execução.

As alterações ligadas à efetividade pretendem não só que o processo alcance, com a estrita observância do contraditório, os fins almejados pelas partes, como ainda que, sempre que possível, enseje a pacificação efetiva do conflito.

Neste sentido, citamos os seguintes exemplos: a) o realce da importância da conciliação e da mediação, com a previsão de que, rotineiramente, todos os processos possam se beneficiar da possibilidade da solução negociada, mais célere e, em muitos casos, mais adequada, com a realização de audiência de conciliação e com a previsão de um quadro de mediadores e conciliadores pelos tribunais; b) a admissibilidade da alteração do pedido e da causa de pedir até o saneamento do processo, desde que garantido o contraditório; c) a previsão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para garantir, de forma mais segura para

todos os envolvidos, a efetividade dos direitos quando a autonomia das pessoas jurídicas é utilizada de forma abusiva; d) a distribuição dinâmica do ônus da prova, levando-se em conta as circunstâncias da causa e as peculiaridades dos fatos a serem provados, devidamente noticiada nos autos para que as partes não sejam surpreendidas; e) a previsão da tutela de urgência, que pode ser de natureza cautelar ou satisfativa, quando presentes os tradicionais requisitos da plausibilidade do direito e do risco de irreparabilidade do dano, e da tutela da evidência, que dispensa a demonstração do risco, podendo, inclusive, serem deferidas de ofício pelo juiz; f) a necessidade de a rejeição liminar da demanda, quando for caso de prescrição e decadência, ser precedida de oitiva das partes.

O último grupo de alterações tem como ponto comum o reforço dos julgamentos dos tribunais superiores, sobretudo para evitar decisões contraditórias nos julgamentos repetitivos e garantir maior segurança jurídica e isonomia entre os cidadãos.

Diz, expressa e explicitamente, o novo Código que: “A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. E, ainda, com o objetivo de prestigiar a segurança jurídica, formulou-se o seguinte princípio: “Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, ou daquela oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver **modulação** dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Entre as alterações mais relevantes, podemos citar ainda: a) a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, inspirado no direito alemão, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito para decisão conjunta; b) a possibilidade de improcedência liminar da demanda que contrarie entendimento dos tribunais superiores simulado ou adotado em julgamento de casos repeti-

tivos; c) a disciplina dos recursos especiais e extraordinários repetitivos; d) a vedação à remessa oficial contra orientação em recurso repetitivo de tribunal superior.

A edição de um novo Código de Processo Civil tem grande impacto na atividade cotidiana dos membros do Ministério Público, especialmente neste caso em que, como visto, se pretende uma grande renovação das práticas processuais. Ainda que hoje o exercício das atribuições extrajudiciais seja de grande relevância para o Ministério Público, é inegável o impacto que a nova disciplina normativa terá no cotidiano dos membros da instituição.

A presente publicação, além de cumprir o objetivo da Escola Superior do Ministério Público da União de promover o aperfeiçoamento e a atualização constante dos membros e servidores do Ministério Público da União, permite a divulgação do pensamento jurídico da Casa, bem como da produção acadêmica de estudiosos sobre o tema. Gostaríamos de agradecer à Escola Superior do Ministério Público da União, especialmente ao seu Diretor-Geral, Carlos Henrique Martins Lima, e a toda a sua equipe de apoio, que nos honrou com a sua confiança na coordenação deste trabalho.

A coletânea conta com 25 artigos, sendo 16 elaborados por membros do Ministério Público Federal que aceitaram o desafio de se debruçar sobre alguma perspectiva das alterações promovidas pelo novo Código de Processo Civil e cumpriram tal tarefa em muito pouco tempo e de forma concomitante com o exercício de suas atribuições ministeriais. Expressamos o nosso profundo agradecimento a estes bravos colegas. Também é digna de nota a colaboração dos professores convidados que se entusiasmarão com o potencial de uma publicação voltada para um público tão seletivo e influente na comunidade jurídica.

À evidência, a obra não exaurirá a análise de todas as alterações apresentadas pela nova codificação. Buscou-se, sobretudo, permitir ao lei-

tor se familiarizar com algumas questões apresentadas pelo novo Código, convidando-o a participar dos debates que uma nova legislação sempre suscita. O fato de alguns temas terem sido mais recorrentes, como o papel do Ministério Público, a coisa julgada e a distribuição dinâmica do ônus da prova, justifica-se pela importância para as atividades ministeriais.

Quando nasce uma norma renovam-se as esperanças da continuidade do que é positivo e da reforma dos erros do passado. Todavia, assim como uma criança não pode resgatar todos os equívocos da humanidade, um novo Código não é panaceia para todos os males. Como contemporâneos da mudança normativa, contudo, somos responsáveis por potencializar os câmbios favoráveis à ampliação do acesso à justiça e examinar, de forma crítica, os problemas que, eventualmente, venham a ser causados pela nova sistemática para mitigar seus impactos negativos. De uma forma ou de outra, todos que se propuseram a expor suas reflexões nesse momento inaugural do novo diploma processual, nesta coletânea, se imbuíram desse espírito e o fizeram para travar com o leitor um diálogo respeitoso.

Geisa de Assis Rodrigues
Procuradora Regional da República

Robério Nunes dos Anjos Filho
Procurador Regional da República

A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Alexandre Amaral Gavronski

1 Introdução: as formas de atuação do Ministério Público no processo civil e as significativas mudanças desde a década da Constituinte.

2 A necessária adaptação da atuação como interveniente ao perfil institucional emergente da Constituição Federal de 1988 e agora também como decorrência do novo CPC (art. 176).

2.1 O art. 176 do novo CPC, o modelo constitucional de processo civil e o art. 127 da CF. 2.2 O modelo constitucional de atuação do Ministério Público analisado à luz das funções institucionais previstas no art. 129 da CF e o enquadramento da função de interveniente (art. 129, IX). 2.3 A priorização da atuação como agente em decorrência do modelo constitucional e a necessária racionalização e reorientação da atuação como interveniente. 2.4 A necessária compatibilização da intervenção com a finalidade institucional estabelecida no art. 127 da CF e o respectivo conteúdo normativo. 2.5 Da necessária vinculação da manifestação ministerial à defesa dos interesses que a justificam, quando ela se fizer necessária e útil, e do anacronismo da atuação de assessoramento do Poder Judiciário. 2.6 A repartição constitucional das funções essenciais à justiça e sua importância para a intervenção do Ministério Público no processo civil.

3 Breve contextualização da evolução do debate institucional sobre a intervenção do Ministério Público no processo civil.

3.1 O debate no âmbito do Ministério Público Federal. 3.2 O debate no âmbito do CNMP e a Recomendação n. 16. 3.3 Posições consolidadas.

4 Visão geral da atuação do Ministério Público como sujeito do processo no novo CPC.

5 A nova denominação da atuação como interveniente: o fiscal da ordem jurídica.

6 Da disciplina geral quanto ao cabimento da intervenção.

6.1 A intervenção como uma faculdade processual do Ministério Público. 6.2 Do prazo de 30 dias para manifestação como interveniente. 6.3 Das hipóteses de intervenção previstas no art. 178. 6.4 Das outras hipóteses de intervenção previstas no CPC. 6.5 Da intervenção nos tribunais. 6.6 A provocação da intervenção. 6.7 Da nulidade pela ausência de intimação para intervenção.

7 Do regime jurídico

da intervenção. 7.1 Da ordem de vista e dos poderes próprios da atuação como interveniente. 7.2 Do custeio. 7.3 Do regime jurídico comum à atuação como interveniente e agente. **8 Conclusão: a necessária mudança de mentalidade.**

1 INTRODUÇÃO: AS FORMAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL E AS SIGNIFICATIVAS MUDANÇAS DESDE A DÉCADA DA CONSTITUINTE

A doutrina nacional¹ majoritariamente classifica em **duas as formas de atuação do Ministério Público no processo civil**: como **agente**, em que exerce o direito de ação, em nome próprio, nos casos previstos na Constituição ou nas leis, e como **interveniente**, em que atua como **fiscal da lei** ou, na terminologia do novo CPC adiante analisada e mais consentânea com o perfil constitucional, como **fiscal da ordem jurídica**, em causas especificadas em lei em decorrência da presença de determinado interesse para cuja defesa se legitima sua intervenção².

Até a década de 80 do século passado, a intervenção era a principal forma de atuação do Ministério Público no processo civil³, notadamente em causas envolvendo interesses de incapazes, interesses

1 Exemplificativamente, cf. LIMA, *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, p. 111-113; CARNEIRO, *O Ministério Público no Processo Civil e Penal: Promotor Natural, Atribuição e Conflito*, p. 7-14; e MOREIRA, *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil à Luz da Constituição*, p. 11-128. HUGO NIGRO MAZZILLI, em seu *Regime Jurídico do Ministério Público* (6. ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 555), aduz a possibilidade de o Ministério Público ser réu em embargos à execução ou embargos de terceiros em execuções por ele ajuizadas. Situação similar ocorre na ação rescisória que tem por objeto rescindir decisão de mérito transitada em julgado proferida em ação ajuizada pelo Ministério Público. Essas hipóteses, contudo, nos parecem uma mera decorrência processual de sua atuação como agente.

2 Para aprofundar a análise da legitimação para agir como interveniente, cf. SALLES, “Legitimidade para agir: desenho processual da atuação do Ministério Público”, p. 228-263.

3 FERRAZ; GUIMARÃES JÚNIOR, “A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional”.

relacionados ao estado das pessoas, filiação e declarações de última vontade, e o “interesse público”, então muito confundido com o da Fazenda Pública⁴, hipóteses previstas no art. 82 do CPC/1973, várias delas reproduzindo disposições já constantes no CPC/1939⁵. Ao lado dessas hipóteses, sempre mereceu destaque a intervenção prevista na lei no curso de determinadas ações sujeitas a ritos diferenciados, em decorrência das peculiaridades do direito tutelado, como ocorre no mandado de segurança (direito líquido e certo em face de abuso ou ilegalidade de autoridade pública)⁶ e nas ações de usucapião (direito de propriedade de bem imóvel)⁷.

Não obstante alcançassem aproximadamente quatro dezenas as hipóteses legais de legitimação do Ministério Público para atuar como agente⁸, a grande maioria relacionada à defesa dos mesmos interesses em

4 Essa confusão decerto foi alimentada pela dicção do art. 82, III, do CPC, no qual se lê ser cabível a intervenção nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou **qualidade da parte**. No Ministério Público Federal, também decorria da circunstância de que até 1993, data da edição das Leis Orgânicas da Advocacia da União (LC/73) e do Ministério Público da União (LC/75), a Instituição também era incumbida da defesa judicial da União, apesar da expressa proibição constante da parte final do inciso IX do art. 129, que só foi efetivamente observada com a edição das referidas leis complementares.

5 Jairo Cruz Moreira (*A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil à Luz da Constituição*, p. 45), a propósito da intervenção do Ministério Público no CPC/1939, observou que “Naquela época, no contexto de predominância econômica rural e agrária, a intervenção do Ministério Público visava proteger basicamente os valores e interesses sociais então considerados indisponíveis ou mais importantes, como as instituições relacionadas ao direito de família, à defesa dos incapazes e até mesmo à defesa da propriedade privada. Regras gerais de intervenção do *Parquet* eram previstas no art. 80 (preterição de formalidades legais), no § 1º (representação judicial de incapazes e ausentes) e no § 2º (defesa dos interesses de incapazes); no art. 455, § 3º (intervenção na usucapião), e no art. 478 (intervenção no inventário). Todavia, não se vislumbrava no Código de 1939 nenhuma menção ou referência ao interesse público, mesmo por meio de outro termo ou expressão mais abrangente”.

6 Com previsão de oitiva do Ministério Público para opinar (“será ouvido”) tanto na Lei n. 1.533/1951 (art. 10) quanto na Lei n. 12.046/2009 (art. 12).

7 Como na ação de usucapião (art. 454, § 3º, do CPC/1939 e art. 944 do CPC/1973) e de mandado de segurança.

8 Na clássica obra publicada durante os debates que precederam a edição da Lei da

que cabia a intervenção, até a referida década essa forma de atuação não suplantava o predomínio da atuação como interveniente.

Esse quadro de predominância da função de interveniente experimentou um **agravamento** nas décadas que precederam a abertura democrática em razão de um **fenômeno denominado “parecerismo”**, caracterizado pela elaboração de pareceres destinados essencialmente a se assemelhar às sentenças para nelas se transformarem, numa espécie de mal disfarçada assessoria do Poder Judiciário, orientados por uma visão de atuação desprovida de qualquer compromisso com resultados socialmente relevantes e desvinculados dos interesses que legitimavam a intervenção do Ministério Público⁹. Ganhou considerável adesão no contexto da mobilização institucional pela isonomia de tratamento com o Poder Judiciário que precedeu a Constituição de 1988¹⁰.

Essa realidade começou a se modificar radicalmente com a legitimação do Ministério Público para ajuizar a ação de responsa-

Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) com o fim precípuo de sustentar a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses difusos – *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, de Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior (São Paulo: Saraiva, 1984) –, os autores, então membros do Ministério Público de São Paulo e que viriam a ter papel decisivo na elaboração do texto final da Lei n. 7.347/1985, arrolaram, de modo não taxativo, quatro dezenas de ações para as quais o Ministério Público possuía legitimidade ativa, entre as quais a ação de nulidade de casamento; de anulação de negócio jurídico praticado com fraude à lei e de dissolução de sociedade civil por atividades ilícitas, imorais ou nocivas ao bem público; a ação de destituição e suspensão do pátrio poder; ação de interdição; ação de execução de obrigação de fazer imposta pelo doador ao donatário em benefício de interesse geral; ação rescisória; ação trabalhista em determinadas hipóteses; ação destinada à regularização de loteamento etc.

9 Sobre o fenômeno do parecerismo e a necessidade de superá-lo para afirmação de uma identidade institucional própria do Ministério Público, como autêntico promotor de justiça com foco na defesa de interesses de que estava incumbido, cf. MACEDO JÚNIOR, “Evolução Institucional do Ministério Público”, p. 36-65, em especial as p. 46-52.

10 MACEDO JÚNIOR, “Evolução Institucional do Ministério Público”, p. 50-52.

bilização civil por danos ambientais prevista no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, **ganhou significativo impulso com a ampla legitimação para a ação civil pública em defesa de outros direitos difusos e coletivos conferida pela Lei n. 7.347/1985** e, na sequência, **com a nova configuração constitucional do Ministério Público**, em grande parte resultante da nova visão institucional propiciada por essa legitimação coletiva e a revolução na forma de atuação trazida com a criação do inquérito civil pelo § 1º do art. 9º da LACP¹¹ e sua constitucionalização (art. 129, III, CF).

A reconfiguração constitucional também tornou despropositada a postura do parecerismo, pois, ao tempo em que assegurou a pretendida isonomia de tratamento justamente almejada¹², conferiu ao Ministério Público funções essencialmente diferentes das do Poder Judiciário. Com efeito, ao tempo em que alocou o Ministério Público, na estrutura do Estado, entre as funções essenciais à justiça e assegurou-lhe autonomia funcional, administrativa e financeira, sem vinculá-lo funcionalmente a qualquer dos Poderes, a Constituição Federal de 1988 conferiu à Instituição várias funções específicas de elevada responsabilidade social e política na estrutura do Estado brasileiro sob uma perspectiva ativa, funções que podem ser resumidas na ideia de promoção da justiça e defesa da sociedade, e que são tão importantes quanto as do Poder Judiciário, sem com elas se confundir. Voltaremos ao ponto no próximo tópico.

11 Para aprofundar o protagonismo do Ministério Público no processo legislativo da Lei da Ação Civil Pública, incluindo a previsão inédita do inquérito civil, contribuíram decisivamente três então membros do Ministério Público da São Paulo: Antônio Augusto de Mello Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior, autores do anteprojeto que, apresentado pelo Poder Executivo, deu origem à Lei da Ação Civil Pública. Para mais informações sobre esse histórico, cf. GAVRONSKI, “Das origens ao futuro da lei da ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade”, p. 17-32.

12 Isonomia de tratamento hoje expressamente constante do art. 129, § 4º, da CF, acrescentado pela EC n. 45/2004, mas já observada desde antes da sua edição em razão do perfil constitucional da Instituição.

Toda essa revolução na configuração e funções institucionais, contudo, passou ao largo do Código de Processo Civil, editado em 1973, à luz da mentalidade tradicional individual e patrimonialista do direito à época, e cujo teor permaneceu inalterado, nesse ponto, em suas quatro décadas de vigência. Esse descompasso entre a disciplina processual geral da intervenção do Ministério Público no processo civil e sua configuração constitucional, que vinha demandando esforços hermenêuticos para adequação da norma legal à Constituição, foi, finalmente, corrigido pelo novo CPC.

Neste artigo, nosso objetivo é explorar e aprofundar essa nova disciplina legal e as influências nela incorporadas do novo perfil constitucional da Instituição.

2 A NECESSÁRIA ADAPTAÇÃO DA ATUAÇÃO COMO INTERVENIENTE AO PERFIL INSTITUCIONAL EMERGENTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AGORA TAMBÉM COMO DECORRÊNCIA DO NOVO CPC (ART. 176)

2.1 O ART. 176 DO NOVO CPC, O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO CIVIL E O ART. 127 DA CF

Doutrinariamente, desde a primeira edição do nosso *Manual do Procurador da República*¹³, em 2013, temos sustentado a premente necessidade de adequar a atuação institucional como interveniente no processo civil ao novo perfil institucional emergente da Constituição Federal de 1988, ecoando posições defendidas há quase duas décadas por um grande número de valorosos membros e pensadores da Instituição¹⁴.

13 GAVRONSKI; MENDONÇA, *Manual do Procurador da República*.

14 Cf., por exemplo, FERRAZ; GUIMARÃES JÚNIOR, “A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional”, p. 17-35.

O novo Código de Processo Civil incorpora amplamente esse entendimento, ao introduzir, de modo explícito, o **modelo constitucional no processo civil** não apenas em seu artigo inaugural¹⁵ como também, de forma específica, **na disciplina geral do Ministério Público como sujeito do processo**, ao estabelecer, no art. 176, o primeiro do título especialmente destinado à Instituição, que “O Ministério Público **atuará na defesa** da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis”, que reproduz, em essência, o conteúdo normativo do art. 127 da CF¹⁶. A essa explícita incorporação do modelo constitucional na disciplina legal de sua atuação processual¹⁷ impõe-se dar relevantes consequências hermenêuticas.

Para assegurar a plena adequação da função de interveniente ao modelo constitucional, importa primeiro destacar que **o perfil constitucional da Instituição é muito diverso daquele que orientou por décadas a função de interveniente no processo civil**, a começar pela **incumbência**, no art. 127, de **defesa** da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, **o que indica uma postura ativa**, reforçada no art. 176 do CPC, que impõe à Instituição **atuar** nessa **defesa**. Voltaremos ao art. 127, CF, mais adiante.

15 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.

16 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

17 “O art. 176 representa a síntese da função institucional do Ministério Público estabelecida desde o art. 127 da CF e, nesse sentido, encontra-se em total sintonia com o ‘modelo constitucional do direito processual civil’ e, consequentemente, com o art. 1º do novo CPC” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 156).

2.2 O MODELO CONSTITUCIONAL DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ANALISADO À LUZ DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS PREVISTAS NO ART. 129 DA CF E O ENQUADRAMENTO DA FUNÇÃO DE INTERVENIENTE (ART. 129, IX)

Esse modelo se consolida com o extenso e inovador rol de funções de que foi incumbida a Instituição no art. 129 da Constituição Federal: ao lado de titular privativo da ação penal (inciso I), a função mais tradicional e que acompanha a Instituição desde sua criação, e da inerente função de responsável pelo controle externo da atividade policial (art. 129, VII), o Ministério Público acumula as funções de *ombudsman* ou defensor dos direitos constitucionais dos cidadãos perante o Poder Público e os serviços de relevância pública (inciso II¹⁸), de legitimado coletivo universal (inciso III¹⁹) e de defensor dos direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V²⁰) – todas mudanças muito significativas e com direto impacto na atuação cível –, além de ser dotado de funções-poderes investigatórios (art. 129, VI e VIII), que lhe foram conferidos pelo Constituinte para bem instrumentalizar todas suas funções. De todas as funções previstas no art. 129, apenas a de colegitimado para o controle concentrado de constitucionalidade (inciso IV) se concentra nos procuradores-gerais. Desse rol, merece ser observado que os quatro primeiros incisos do art. 129 incumbem a Instituição de funções que adotam o verbo **promover**, não por coincidência identificado como o verbo por excelência da Instituição e que assumiu posição central da missão identificada pelo Ministério Público Federal em seu planejamento es-

18 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

19 III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

20 V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

tratégico, de “**promover** a realização da justiça, a bem da sociedade e em defesa do Estado Democrático de Direito”²¹.

Inegável, portanto, da leitura dos arts. 127 e 129, que a Constituição Federal atribui um **perfil marcadamente ativo ao Ministério Público**.

A função de interveniente no processo civil, de seu turno, não está expressa nos incisos do art. 129, decorrendo do autorizativo constante da norma de encerramento²² do inciso IX, no qual se lê que o Ministério Público está incumbido (*caput*) de “exercer outras funções que lhe forem conferidas, **desde que compatíveis com sua finalidade**, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

2.3 A PRIORIZAÇÃO DA ATUAÇÃO COMO AGENTE EM DECORRÊNCIA DO MODELO CONSTITUCIONAL E A NECESSÁRIA RACIONALIZAÇÃO E REORIENTAÇÃO DA ATUAÇÃO COMO INTERVENIENTE

Assim, de uma simples análise da estrutura do art. 129 – o dispositivo constitucional que estabelece as funções constitucionais do Ministério Público – avulta evidente a **primeira conclusão** que cabe destacar neste artigo: **a atuação como agente deve merecer tratamento prioritário em comparação à como interveniente**. Se àquela atuação são expressamente dedicados oito incisos e esta decorre de autorizativo do último, ou seja, sequer está expressamente prevista na Constituição, afronta a configuração constitucional da Instituição negar prioridade àquela.

Por certo que a priorização da atuação como agente não pode chegar ao ponto do abandono ou da negligência irresponsável com a atuação como interveniente, nem desconsiderar as peculiaridades da

21 Cf. Mapa e Planejamento Estratégicos do Ministério Público Federal. Disponível em: <www.modernizacao.mpf.mp.br/pei-2011-2020>.

22 MAZZILLI, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 336.

atuação do Ministério Público nas diferentes instâncias, antes **impondo-se a racionalização e a reorientação desta atuação**, nossa **segunda conclusão** quanto aos reflexos do modelo constitucional sobre ela.

Por **racionalização**, entendemos a **seletividade na atuação, isto é, a escolha das causas para intervenção, pautada em relevância social, necessidade e utilidade da intervenção**, no intuito de tornar esta mais eficiente, isto é, para que produza mais resultados socialmente relevantes com menor alocação de esforços e tempo, bem como, sempre que possível e com o mesmo objetivo, **a padronização**.

Paralelamente, impõe-se, como uma terceira conclusão dos reflexos do modelo constitucional, a **reorientação da intervenção para uma postura mais ativa**, isto é, menos dependente da provocação do Poder Judiciário e com mais iniciativa do Ministério Público (por exemplo, por meio da identificação pela Instituição ou seus membros, em vez do Poder Judiciário, das ações em que a intervenção ocorrerá), **e conectada com a função de agente** (por exemplo, tomando iniciativas como agente a partir de informações colhidas na atuação como interveniente), sem dúvida mais consentânea à missão institucional de promoção da justiça.

Alguns desses pontos serão retomados adiante. Por ora, importa apenas deixar assentado **que a dedicação de mais tempo dos membros do Ministério Público para a atuação como interveniente, especialmente para aquela exercida reativamente e desprovida de relevância para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, em comparação com o tempo dedicado à atuação como agente, configura inegável afronta à configuração constitucional da Instituição**. Ainda que essa distorção seja mais grave quando verificada na primeira instância, em que há importantíssimo campo para a atuação resolutiva como agente também fora do processo judicial, não deixa de sê-lo nas instâncias superiores, que exercem papel fundamental e decisivo na sustentação das teses institucionais nos tribunais (e, portanto, na consolidação da jurisprudência), bem como na garantia de efetividade e celeridade na pres-

tação jurisdicional relacionada à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Essa afronta é ainda maior quando se destina tempo significativo para atuação como interveniente para hipóteses em que ela é desnecessária e inútil para a defesa dos interesses de que está incumbida a Instituição. O tempo é, sabidamente, um recurso limitado e sua alocação precisa se conformar às prioridades institucionais estabelecidas constitucionalmente, e ser destinado para atuações úteis e necessárias, sob pena de grave ineficiência inconstitucional.

2.4 A NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO COM A FINALIDADE INSTITUCIONAL ESTABELECIDA NO ART. 127 DA CF E O RESPECTIVO CONTEÚDO NORMATIVO

Retomando a análise da disposição constitucional que serve de base à função de interveniente (art. 129, IX), vê-se que ela autoriza que outras funções possam ser conferidas à Instituição – necessariamente por lei, em razão da sua natureza pública – e estabelece uma condição essencial: *“desde que compatíveis com sua finalidade”*.

Ora, a **“finalidade” do Ministério Público está expressa no art. 127, que “incumbe” a Instituição**, qualificada de permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, **da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”**. Sendo assim, **a função de interveniente no processo civil**, cuja base constitucional encontra-se no inciso IX do art. 129, **deve**, necessariamente, **ser interpretada à luz da finalidade estabelecida no art. 127 da CF**, ou seja, orientar-se para a **defesa** da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis²³. Talvez

23 Como sustentamos, de modo mais aprofundado, no *Manual do Procurador da República* (GAVRONSKI, MENDONÇA, p. 711-716). No mesmo sentido, Jairo Cruz Moreira, no livro *A intervenção do Ministério Público no processo civil à luz da Constituição*, p. 95-99, para quem “A observância e a defesa dos interesses inscritos no art. 127 da Carta Política de 1988 é que irão informar na espécie a compatibilidade das

seja essa a conclusão mais importante da inflexão do modelo constitucional sobre a atuação como interveniente. Essa orientação aplica-se, por força do inciso IX do art. 129, para toda a disposição legal que prevê intervenção do Ministério Público, inclusive aquela extravagante ao CPC, como é o caso da Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009).

A “defesa da ordem jurídica” é finalidade genérica, mais destinada a fixar os parâmetros norteadores da intervenção do que a indicar as hipóteses de seu cabimento, como se constata da redação do art. 178 do novo CPC, que, no *caput*, denomina o Ministério Público de “fiscal da ordem jurídica” na sua atuação como interveniente e estabelece, nos incisos, as hipóteses de cabimento relacionadas a interesses sociais e individuais indisponíveis. O compromisso com essa defesa remete à afirmação do direito tal qual estabelecido no nosso ordenamento jurídico e como o sistema capaz de ordenar a vida em sociedade, bem como à sua necessária efetividade. O dispositivo, ao incumbir o Ministério Público da defesa da ordem jurídica, transforma-o no seu **fiscal** por excelência, na denominação agora consagrada pelo novo Código.

A “defesa do regime democrático” é o norte da atuação do Ministério Público em matéria eleitoral, servindo de fundamento constitucional e, portanto, diretriz interpretativa de todas as previsões legais para tal atuação. Não obstante, produz também reflexos para além dessa seara do Direito, espraiando-se para a defesa da cidadania e do poder originário do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF) e das formas de exercício desse poder, não apenas por meio da democracia representativa como da participação popular. Na atuação como interveniente, refletirá sempre que questões dessa natureza se apresentarem.

Considerando a generalidade e o elevado caráter principiológico dessas duas defesas de que está incumbido o Ministério Público, constata-se

outras funções a serem exercidas [refere-se ao art. 129, IX, CF], como na hipótese de intervenção no processo civil. Em outras palavras, o novo perfil constitucional trouxe significativa alteração no objetivo da intervenção” (p. 96).

que a **principal finalidade orientadora das hipóteses de intervenção em matéria cível** consta da parte final do art. 127: *a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É esse fim maior que deve orientar a interpretação de todas as leis que conferem funções à Instituição não constantes dos incisos do art. 129 e que, não por acaso, se manifesta também nas hipóteses gerais de intervenção do art. 178 do novo CPC.*

Interesses sociais são aqueles de titularidade transindividual da sociedade em geral ou de grupos sociais (os direitos difusos ou coletivos, para cuja defesa o Ministério Público é legitimado constitucionalmente – art. 129, III), aproximando-se, especialmente no que respeita aos direitos ou interesses difusos, do conceito de interesse público primário, e aqueles que, mesmo **titularizados individualmente, o são em grande número de interessados**, a justificar relevância social na tutela dos respectivos interesses²⁴. Em definição muito citada de ADA GRINOVER, são os “interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. [...] Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e anseios”²⁵. Retomaremos esse conceito na análise do art. 178, I, do novo CPC.

Interesses indisponíveis são, via de regra, os direitos de **conteúdo não patrimonial e essenciais para a vida ou para a dignidade humana**, valores superiores no nosso ordenamento jurídico. Para os fins

24 Desenvolvemos o conceito de interesse social bem como o de interesse público primário em cotejo com o de interesse público secundário e a relevância da redação do inciso IX do art. 129 da CF para essa distinção no que se refere à atuação do Ministério Público, no *Manual do Procurador da República* (GAVRONSKI; MENDONÇA, p. 712-714).

25 Cf. “Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos”, p. 9.

do art. 127 da CF, em consideração ao histórico da legitimação do Ministério Público na seara cível em nosso País, certamente tomado em conta pelos constituintes, também podem ser considerados direitos indisponíveis **aqueles que, independentemente de sua natureza, são titularizados por pessoas que, pelas suas condições próprias, não têm disposição sobre seus direitos, os incapazes.**

2.5 DA NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DA MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL À DEFESA DOS INTERESSES QUE A JUSTIFICAM, QUANDO ELA SE FIZER NECESSÁRIA E ÚTIL, E DO ANACRONISMO DA ATUAÇÃO DE ASSESSORAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

Retomando o que consta do art. 176 do novo CPC, **atuar na defesa** “da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” impõe ao Ministério Público uma postura bem diversa da de um assessoramento em toda e qualquer causa levada ao seu conhecimento na qual o Poder Judiciário entenda por dar vista à Instituição e em relação a todas as questões postas na causa independentemente da presença de interesse social ou indisponível, sem qualquer vinculação à defesa desse interesse e sem necessidade e utilidade dessa atuação no caso concreto. **A função de assessoramento do Poder Judiciário é absolutamente incompatível com o perfil institucional estabelecido pela CF/1988.**

Esse juízo de necessidade e utilidade, de seu turno, é uma imposição inafastável da concorrência de todas as outras funções institucionais previstas nos oito primeiros incisos do art. 129, merecedoras de expressa previsão constitucional e, por essa razão, necessariamente prioritárias em relação à função prevista exclusivamente em lei com base em autorizativo constante no último dos incisos do art. 129 da Constituição Federal, como antes mencionado.

Daqui já se permite extrair nossa quarta conclusão sobre a intervenção do Ministério Público no processo civil a partir do modelo constitucional destacado pelo novo CPC: **é absolutamente anacrônica a**

prática do parecerismo, isto é, a apresentação de manifestação ou parecer, nas causas em que a intervenção é cabível, totalmente desvinculados da defesa do(s) interesse(s) que justifica(m) a intervenção ministerial, e que abranjam todos os pontos que devem ser enfrentados pela sentença independentemente da relevância, necessidade ou utilidade para essa defesa, como se a manifestação ministerial fosse destinada a uma espécie de assessoramento do julgador no cumprimento de sua missão. A manifestação ministerial deve se limitar ao quanto for necessário e útil à defesa do interesse jurídico que a legitima.

2.6 A REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL

Um último aspecto merecedor de abordagem quanto à configuração constitucional do Ministério Público e seus reflexos na intervenção no processo civil remete à configuração constitucional das funções essenciais à justiça, merecedoras de um capítulo próprio no Título IV, “Da Organização dos Poderes”, diverso dos capítulos destinados aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Se o Ministério Público é a primeira entre as funções essenciais à justiça, ao lado da Advocacia Pública, da Advocacia Privada e da Defensoria Pública, impõe-se reconhecer que cada qual tem sua missão institucional no acesso à justiça, sendo desnecessário, em alguns casos até vedado, que o Ministério Público assumira responsabilidades que são próprias dessas outras funções. Quanto melhor cada qual desempenhar suas próprias funções constitucionais, mais bem atendido estará o modelo constitucional. Dessa análise percebe-se, por exemplo, que o Ministério Público **não está incumbido de promover a defesa de direitos e interesses individuais disponíveis**, função indiscutivelmente essencial à promoção da justiça, mas para a qual já constam do Capítulo IV a advocacia privada, para a promoção da defesa dos direitos daqueles que po-

dem arcar com seus custos, e a Defensoria Pública, para a defesa dos necessitados. **Também não está o Ministério Público incumbido de promover a defesa dos interesses próprios dos entes públicos que não são coincidentes com os interesses sociais**, os ditos interesses públicos secundários, função de que está incumbida a advocacia pública e que é expressamente vedada ao Ministério Público por força da parte final do inciso IX do art. 129 antes transcrito²⁶. Com efeito, **ao atribuir ao Ministério Público a finalidade de defender os interesses sociais (art. 127) e vedar-lhe a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, IX, *in fine*), fez o Constituinte uma clara opção por atribuir ao Ministério Público a função de advogado da sociedade, não do Estado**, deixando para outras instituições a função da advocacia pública, também essencial à realização da justiça. Assim fazendo, acentuou a singularidade do Ministério Público brasileiro no contexto do direito comparado. Essa opção deve orientar toda a interpretação da legislação que, com fundamento no art. 129, IX, atribui ao Ministério Público funções outras além das constantes no art. 129, I a VIII.

A assunção, pelo Ministério Público, de responsabilidades relacionadas a funções para as quais outras instituições são vocacionadas constitucionalmente prejudica, de modo inevitável, o desempenho de suas próprias funções elencadas no art. 129 da CF/1988, pois os recursos humanos e materiais são e serão sempre limitados, ensejando, assim, um desvirtuamento do sistema constitucional de repartição de responsabilidades entre as funções essenciais à justiça que entendemos deva ser evitado.

Dessa configuração constitucional das funções essenciais à justiça, em concorrência com o disposto no art. 129, IX, *c/c* art. 127, ex-

26 Esse mesmo raciocínio inaugura o Capítulo II da Parte Cível do *Manual do Procurador da República* (GAVRONSKI; MENDONÇA, p. 671-716) destinado, justamente, ao estudo das funções constitucionais do Ministério Público na área cível, e é retomado em tópico especificamente destinado ao estudo da “Atuação como interveniente e a nova configuração constitucional (p. 761-764), cujas linhas principais são reproduzidas neste artigo.

traímos nossa **última conclusão** neste tópico quanto à intervenção do Ministério Público no processo civil à luz de sua configuração constitucional: **é desnecessária ou incabível a intervenção**, a depender se há (caso de desnecessidade) ou não (descabimento) previsão legal específica, **nas causas que envolvam tão somente direitos individuais disponíveis ou interesses específicos dos entes públicos que não coincidem com interesses sociais, também conhecidos como interesses públicos secundários**.

Essa disciplina constitucional será retomada adiante, na análise pontual dos dispositivos do novo Código de Processo Civil.

3 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA EVOLUÇÃO DO DEBATE INSTITUCIONAL SOBRE A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL

Antes de uma análise mais específica sobre a nova disciplina processual da intervenção do Ministério Público no novo Código de Processo Civil, convém apresentar, ainda que superficialmente, um breve histórico sobre a evolução do debate institucional pertinente, em particular no Ministério Público Federal e no Conselho Nacional do Ministério Público, que conhecemos melhor. Não apenas porque as mudanças havidas em boa parte são resultado desse debate, mas também porque considerá-lo contribui para melhor compreender seu alcance.

3.1 O DEBATE NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

No Ministério Público Federal, esse debate se concentrou predominantemente sobre a necessidade de manifestação quanto ao mérito no mandado de segurança, em cuja lei há expressa previsão de intervenção do Ministério Público, com disciplina diversa daquela do CPC²⁷.

27 Tanto a Lei do Mandado de Segurança anterior, n. 1.533/1951 (art. 10), quanto a atual, n. 12.016/2009 (art. 12), preveem genericamente a “oitava” do Ministério Público após o prazo de prestação das informações.

Ao decidir processo administrativo interno²⁸, em 2003 o então Procurador-Geral da República, CLÁUDIO FONTELES, firmou entendimento, ainda hoje reproduzido em muitos pareceres em mandado de segurança, de que **“O Ministério Público na ação mandamental não tem o dever de, sempre, enfrentar o mérito da controvérsia”**, mas “Deve, sim, manifestar-se sempre, e motivadamente, em juízo necessariamente prévio, sobre se a demanda posta significa controvérsia sobre interesse social, ou individual, indisponível, ou não. Negada a presença do interesse indisponível, o feito segue sem a sua intervenção, restringindo-se a *res in iudicium deducta* a litígio estrito entre os que postulam”.

A 1ª Câmara de Coordenação e Revisão, então responsável por coordenar o debate sobre o tema no Ministério Público Federal, assim o fez de modo aprofundado no seu II Encontro Nacional, realizado em 2004, tendo-se concluído que:

Não se deve abrir mão da intimação pessoal nos autos do processo e da intervenção no mandado de segurança, cabendo a avaliação em relação ao seu conteúdo ao Ministério Público. Para que não haja a manifestação de mérito nos pareceres do Ministério Público Federal em mandados de segurança, deve haver uma análise individualizada de cada processo e o parecer deve conter relatório e a indicação dos motivos de fato e de direito que levem a uma não apreciação do mérito. As razões de relevância para não-manifestação sobre o mérito ficam condicionadas à fundamentação específica no caso concreto, cuja análise individualizada da matéria central deve incluir: a) se o caso pode ter repercussão geral; b) se envolve matéria que possibilite a legitimidade do Ministério Público para mover Ação Civil Pública ou outra ação judicial, ou se é objeto de ação popular em curso; c) se há obrigatoriedade constitucional ou legal de manifestação sobre o mérito (art. 82 do CPC e outras disposições legais); d) se há indícios de crime ou improbidade administrativa; e) se há interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos ou de hipossuficiente.

28 Processo PGR n. 6599/2003-91, decidido em 29.7.2003.

3.2 O DEBATE NO ÂMBITO DO CNMP E A RECOMENDAÇÃO N. 16

No Conselho Nacional do Ministério Público, o debate institucional também foi aprofundado, culminando na aprovação por unanimidade, em abril de 2010, da Recomendação n. 16, relatada pelo Conselheiro Cláudio Barros e Silva²⁹, para “dispor sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil”, depois parcialmente alterada pelas de n. 19 e 22, respectivamente em maio de 2011 e setembro de 2013.

A principiologia e visão institucional que orientam essa recomendação constam dos seus “considerandos”, nos quais se evoca tanto a **necessidade de “racionalizar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis”**, quanto a de “(re)orientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República (arts. 127 e 129), que nitidamente **priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente**”, ao mesmo tempo que se afirma “a exclusividade do Ministério Público na identificação do interesse que justifique a intervenção da Instituição na causa”.

Nos artigos dessa recomendação consta, entre outras, a expressa possibilidade de apresentação sucinta de fundamentos para justificar não se tratar de causa que legitime a intervenção (art. 1º), bem como de o membro ingressar em qualquer causa em que reconheça motivo para intervenção do Ministério Público (art. 4º) e, no art. 5º, um extenso rol de demandas e hipóteses nas quais, “perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial”, incluindo até mesmo a intervenção em mandado de segurança e em ação civil pública proposta por membro do

29 Pode-se obter a íntegra do voto do relator no sítio do CNMP por meio da pesquisa dos processos arquivados e julgados, pelo n. 0.00.000.000935/2007-71.

Ministério Público, ressaltando-se, neste último caso, a possibilidade de o membro “se for o caso, oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão com atuação no segundo grau”³⁰.

O rol do art. 5º e, em especial, o critério nele adotado de elencar genericamente as demandas e hipóteses em que “é desnecessária a intervenção ministerial”, algumas delas expressamente previstas em lei – pelo que a recomendação seria *contra legem* –, geraram e seguem gerando inúmeras críticas. Em decorrência delas, instaurou-se novo debate naquele colegiado destinado a revogar ou aprimorar a recomendação, tendo o relator do processo administrativo correspondente, Conselheiro Cláudio Portela do Rego, apresentado seu voto em 6 de outubro de 2014, sugerindo texto substitutivo à Recomendação n. 16, no que foi acompanhado por outros cinco conselheiros. A votação não foi concluída em razão de pedido de vista de dois conselheiros³¹, sendo provável que se encerre ainda neste ano.

Destacam-se da minuta em votação duas mudanças principais: a) além da redução das demandas e hipóteses antes arroladas no art. 5º (suprimindo, por exemplo, a referência ao mandado de segurança), substituiu-se a expressão “é desnecessária a intervenção” por um sem dúvida preferível “é prescindível o exame do mérito”³²; e b) inclui-se um rol de

30 A Recomendação n. 16, ainda vigente, está disponível no sítio do CNMP, na área destinada a “Normas” e, dentro dela, a “Recomendações”.

31 O andamento do Processo n. 0.00.000.001310/2013-74 pode ser acompanhado no sítio do CNMP, em “Serviços/Consulta de processos em tramitação”.

32 Lê-se no artigo da minuta de recomendação atualmente em debate: “Art. 6º. Após análise dos autos, respeitado o princípio da independência funcional, é prescindível o exame do mérito nos seguintes casos: I – procedimentos especiais de jurisdição voluntária; II – habilitação de casamento, salvo quando se tratar de estrangeiro, ou quando houver apresentação de impugnação, oposição de impedimento, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações e pedido de dispensa de proclamas; III – ação de divórcio ou separação; IV – ação declaratória de união estável; V – ação ordinária de partilha de bens; VI – ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no rito da penhora; VII – ação relativa às disposições de última vontade excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou

temas e procedimentos que se consideram de “relevância social”³³ e, portanto, mercedores de priorização, nos termos do art. 1º, IV, da minuta.

A recomendação vigente ainda estimula que as unidades do Ministério Público, no âmbito da autonomia institucional, “disciplinem a matéria da intervenção cível por ato interno que preserve a independência funcional dos membros” (art. 6º) e que “priorizem o planejamento das questões institucionais destacando as que realmente tenham repercussão social, para alcançar efetividade de suas ações” e “repensem as funções exercidas pelos membros da Instituição, permitindo, com isto, que estes, eventualmente,

que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos; VIII – ação de indenização decorrente de acidente do trabalho, salvo quando houver repercussão coletiva; IX – ação de usucapião de coisa móvel; X – requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido; XI – ação em que for parte a Fazenda Pública ou o Poder Público (União, Estado, Distrito Federal, Município, ou suas Autarquias, Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista), com interesse meramente patrimonial, ressaltados os casos de relevância social previstos no art. 1º, inciso II; XII – ação que verse sobre direito individual não homogêneo de consumidor; XIII – ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada. Parágrafo único. As ações que tratem de interesses de menores, incapazes e idosos em situação de vulnerabilidade estão excluídas da incidência deste artigo.”

33 Lê-se no artigo atualmente em debate: “Art. 5º. Consideram-se de relevância social nos termos do art. 1º, inciso II, os casos que tratem dos seguintes temas e procedimentos: I – ações que visem à prática de ato simulado ou à obtenção de fim proibido por lei; II – normatização de serviços públicos; III – licitações e contratos administrativos; IV – ações de improbidade administrativa; V – os direitos assegurados aos indígenas e às minorias; VI – licenciamento ambiental e infrações ambientais; VII – direito econômico e direitos coletivos dos consumidores; VIII – os direitos dos menores, dos incapazes e dos idosos em situação de vulnerabilidade; IX – ações relativas ao estado de filiação ainda que as partes envolvidas sejam maiores e capazes; X – ações que envolvam acidentes de trabalho, quando o dano tiver projeção coletiva; XI – ações em que sejam partes pessoas jurídicas de Direito Público, Estados estrangeiros e Organismos Internacionais, nos termos do art. 83, inciso XIII, da Lei Complementar nº 75/93, respeitada a normatização interna; XII – ações em que se discuta a ocorrência de discriminação ou qualquer prática atentatória à dignidade da pessoa humana do trabalhador, quando o dano tiver projeção coletiva; XIII – ações relativas à representação sindical, na forma do inciso III do artigo 114 da Constituição da República/88; XIV – ações rescisórias de decisões judiciais”. O parágrafo único desse artigo equipara os assuntos considerados relevantes pelo planejamento institucional de cada Ministério Público (Art. 1º, inciso I) aos de relevância social nele arrolados.

deixem de atuar em procedimentos sem relevância social, para, em razão da qualificação que possuem, direcionar, na plenitude de suas atribuições, a sua atuação na defesa dos interesses da sociedade” (art. 7º).

A disposição do art. 6º permanece, em essência, inalterada na minuta atualmente em debate para revisão da Recomendação n. 16. A do art. 7º é alçada, com incrementos, para o primeiro artigo da recomendação em debate³⁴, podendo-se, daí, extrair se tratarem de pontos sobre os quais parece haver consenso.

Esse debate, ainda em curso, certamente será influenciado pela nova disciplina do CPC, que tornou incabível a intervenção em hipóteses nas quais, na minuta da recomendação, se dispensa apenas a análise do mérito, e alterou o cabimento de intervenção para algumas em que se reconheceu relevância social (como na ação rescisória).

3.3 POSIÇÕES CONSOLIDADAS

Dessa contextualização, merecem destaque algumas posições consolidadas que, como se verá, foram incorporadas pela nova legislação ou serão imprescindíveis na sua interpretação:

a) é notória e premente **a necessidade de (re)orientar a intervenção no processo civil à luz da nova configuração constitucional da Instituição** (arts. 127 e 129), bem como de planejar e racionalizar essa forma de atuação sob a perspectiva da eficiência e da efetividade no intuito de maximizar os resultados em favor da sociedade, destinatária da atuação do Ministério Público;

b) é **imprescindível a intimação para intervenção nos casos previstos em lei, cabendo com exclusividade ao Ministério Público**

34 Art. 1º. As unidades do Ministério Público, no âmbito de sua autonomia administrativa (*rectius*: funcional), devem priorizar: I – o planejamento das questões institucionais; II – a avaliação da relevância social dos temas e processos em que atuam; III – a busca da efetividade em suas ações e manifestações; IV – a limitação da sua atuação em casos sem relevância social para direcioná-la na defesa dos interesses da sociedade.

(não ao Poder Judiciário, portanto) **identificar se o interesse em causa torna cabível, de fato, a intervenção**, inclusive em hipóteses nas quais não houve intimação nesse sentido, bem como se é necessária manifestação sobre o mérito da causa;

c) é necessária a análise dos autos e do caso concreto para se concluir, fundamentadamente, pela desnecessidade de manifestação sobre o mérito, sendo, por isso, indeclinável a intimação para tal fim nas hipóteses previstas em lei, *a priori*, para intervenção;

d) há uma **tendência institucional** a estimular que as **instâncias próprias dos Ministérios Públicos elenquem hipóteses e demandas nas quais se reconhece, a priori, o cabimento de intervenção** em razão da presença de interesse social ou individual indisponível, sem prejuízo da análise casuística do membro ao qual o processo é distribuído;

e) **ressalva-se a independência funcional**, desde que fundamentado o descabimento de intervenção ou a desnecessidade de manifestação sobre o mérito.

A tendência referida no item *d* acima, como analisaremos em seguida, ganha especial relevância com a edição do novo Código de Processo Civil, principalmente em decorrência da vagueza com que se previu o cabimento da intervenção nos “processos que envolvam interesse público ou social” (art. 178, I, do CPC/2015).

Analisada a configuração constitucional do Ministério Público e seus reflexos na sua atuação como interveniente no processo civil e contextualizado o debate institucional sobre o tema, podemos, finalmente, adentrar na análise da disciplina sobre intervenção ministerial no novo CPC.

4 VISÃO GERAL DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO SUJEITO DO PROCESSO NO NOVO CPC

No novo CPC, a disciplina geral da atuação do Ministério Público no processo civil consta dos arts. 176 a 181, correspondendo ao Título VI (“Do Ministério Público”) do Livro III (“Dos Sujeitos do Pro-

cesso”), havendo outras disposições pertinentes dispersas pelo Código, algumas delas objeto de breve referência neste texto.

A propósito da topologia legal, apenas cumpre observar que, do mesmo modo que no CPC/1973, deu-se ao Ministério Público disciplina específica entre os “sujeitos do processo”, dedicando-se-lhe título próprio, diverso daquele “Das Partes e Procuradores” (Título I), a evidenciar as peculiaridades da atuação da Instituição no processo civil. Dessa opção legislativa não se autoriza, contudo, como não se autorizava na vigência do CPC/1973, de idêntica disciplina, negar a condição de parte ao Ministério Público, notadamente quando atua como agente³⁵, ainda que sujeito a regramento específico, como ocorre com os prazos.

Esse Título é inaugurado pelo art. 176 (“O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis”), que já mereceu nossa especial atenção acima.

Na sequência, repete-se a opção dicotômica quanto à atuação do Ministério Público no processo civil: dedicando-se um dispositivo a tratar de sua atuação como agente (art. 177), seguido por outros dois especificamente dedicados à atuação como interveniente (arts. 178 e 179) e, finalmente, por dois artigos aplicáveis às duas formas de atuação (arts. 180 e 181).

No art. 177, na mesma esteira do modelo constitucional do art. 176, que incorpora para o Ministério Público a orientação principiológica expressa desde o art. 1º do novo CPC, estabeleceu o legislador que “O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade

35 MARCO STEFANI [In: WAMBIER; DIDIER JUNIOR; TALAMINI; e DANTAS (Coord.), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 551] entende que “o Ministério Público atua como parte ou órgão interveniente”, negando, portanto, a condição de parte ao Ministério Público nesta segunda hipótese, apesar de observar que CÂNDIDO DINAMARCO (*Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 2. ed., São Paulo: RT, 1987, p. 327) identifica a qualidade de parte também na atuação do Ministério Público como interveniente, por reconhecê-la com base na titularidade de deveres, ônus, poderes e faculdades que caracterizam a relação processual, aplicável ao Ministério Público em qualquer das hipóteses de atuação.

com suas atribuições constitucionais”, em substituição ao que consta do art. 81 do CPC/1973 (“O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes”). Considerando que o propósito deste nosso texto é analisar a atuação do Ministério Público no processo civil como interveniente, descabe analisar o conteúdo normativo do art. 177.

A disciplina da atuação como agente se complementa com todas as normas que conferem legitimação ativa para a Instituição, da mesma forma que a como interveniente observa a disciplina específica prevista na legislação especial. Como é próprio da codificação, o novo CPC aplica-se a toda a atuação processual civil do Ministério Público, sem prejuízo da prevalência de legislação específica quando for o caso.

5 A NOVA DENOMINAÇÃO DA ATUAÇÃO COMO INTERVENIENTE: O FISCAL DA ORDEM JURÍDICA

No primeiro dispositivo que trata de modo específico da atuação como interveniente (art. 178), adiante mais bem analisado, o legislador fez alteração terminológica singela, mas plena de significado, substituindo a consolidada denominação de “fiscal da lei”, constante do art. 83 do CPC/1973 e de toda a legislação esparsa que trata da intervenção, pela de “fiscal da ordem jurídica”, que é mais consentânea com o modelo constitucional, não apenas em decorrência da redação do art. 127 da CF como da moderna hermenêutica, que enfoca o caráter sistêmico do direito e reconhece força normativa aos princípios.

A mesma expressão é utilizada em vários outros artigos do novo CPC que se referem à atuação como interveniente: art. 179 (prerrogativas e poderes processuais); art. 752, § 1º (intervenção na ação de interdição); art. 967, parágrafo único (intervenção na ação rescisória quando não for parte), e art. 996 (legitimidade recursal como interveniente).

É de se esperar que, na esteira da alteração legislativa, abandone-se a vetusta expressão latina *custos legis*, que traz consigo a visão de

um Ministério Público que não existe mais desde a Constituição Federal de 1988. Para aqueles que prestigiam o uso do latim na designação dessa forma de atuação, impõe-se agora, no mínimo, substituir a expressão tradicional por *custos juris*.

6 DA DISCIPLINA GERAL QUANTO AO CABIMENTO DA INTERVENÇÃO

Neste tópico, e em alguns seguintes, o cotejo em tabela entre as disciplinas dos dois Códigos contribui de modo significativo para analisar a nova.

CPC/1973	CPC/2015
<p>Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:</p> <p>I - nas causas em que há interesses de incapazes;</p> <p>II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;</p> <p>III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.</p>	<p>Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:</p> <p>I - interesse público ou social;</p> <p>II - interesse de incapaz;</p> <p>III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.</p> <p>Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.</p>

6.1 A INTERVENÇÃO COMO UMA FACULDADE PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Enquanto no CPC/1973 o legislador estabelecera que “**Compete ao Ministério Público intervir**”, o novo CPC refere apenas que “O Ministério Público **será intimado** para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir”. Essa nova redação deve ser interpretada em combinação com o § 1º do art. 180, no qual se lê que “Findo o prazo para manifestação do Ministério Público sem o oferecimento de parecer, o juiz requisitará os autos e dará andamento ao processo”. A mudança foi delibera-

damente promovida durante a tramitação do projeto de lei na Câmara dos Deputados³⁶, que alterou a versão original do anteprojeto de juristas, sob a coordenação do ministro Luiz Fux e apresentado como projeto de lei pelo então Presidente do Senado, Senador José Sarney³⁷, na qual se encontrava disposição com conteúdo tão ou mais impositivo que o do CPC/1973: “O Ministério Público **intervirá** como fiscal da lei, sob pena de nulidade, declarável de ofício: [rol das hipóteses gerais em que cabível a intervenção]”.

Paralelamente à alteração quanto ao cabimento da intervenção, também a disciplina da nulidade em decorrência da respectiva ausência foi alterada para, nos termos do art. 279, adiante aprofundado, admitir sua declaração apenas quando inexistente a intimação do Ministério Público para intervir, e desde que configurado prejuízo aos interesses que a justificariam (aspectos que apenas incorporaram à lei o entendimento jurisprudencial antes prevalente), e para impedir sua declaração de ofício.

Dessa nova disciplina, fica evidenciado que **a intervenção do Ministério Público no processo civil assumiu, definitivamente, a natureza de uma autêntica faculdade processual**, isto é, uma possibilidade de agir no processo conferida à Instituição e aos seus membros. Essa opção legislativa guarda absoluta consonância com a necessidade de reo-

36 A alteração foi assim observada por CARREIRA ALVIM: “Diversamente do projeto originário do Senado (PL n. 106/2010: art. 147), que tornava obrigatória a intervenção do Ministério Público, o novo Código diz apenas que o Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 dias, intervir, sem dizer se essa intervenção é ou não obrigatória, nem as consequências que resultam da não intervenção” (*Comentários ao novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/15: Volume 3 – arts. 149 ao 259*, p. 125). Pelas razões que explicitamos no texto principal, entendemos que a alteração expressamente afastou a obrigatoriedade da intervenção e disciplinou, sim, a consequência da não intervenção: requisição do processo para seguir seu trâmite.

37 Publicado pela Gráfica do Senado Federal (Código de Processo Civil: anteprojeto/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>.

orientar a atuação como interveniente em decorrência da nova configuração constitucional, **viabilizando prioridade para a atuação como agente**, e, quanto à intervenção, permitindo **seletividade estratégica pautada em relevância, necessidade e utilidade**, ao tempo em que possibilita a **adoção de uma postura mais ativa** destinada a efetivamente contribuir com a instrução ou interferir no julgamento das causas em que ela for útil e necessária em defesa dos interesses que legitimam a intervenção, tudo sob a orientação de diretrizes estabelecidas pelo próprio Ministério Público, e não pelo Poder Judiciário.

Na verdade, segundo nosso entendimento, antes da alteração do novo CPC, uma interpretação constitucional, sistemática e finalística da disciplina legal pertinente já desautorizava entender necessária uma efetiva intervenção do Ministério Público, inclusive sobre o mérito da causa, em todas as hipóteses em que ela fosse cabível em tese, independentemente da efetiva utilidade e necessidade dessa intervenção para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, ou seja, como uma mera formalidade desprovida de propósito. Esse entendimento mais formalista, contudo, sempre mereceu alguma acolhida institucional e vinha assumindo dimensão de incontestável inconstitucionalidade à medida que, em face do crescimento geométrico do número de processos em que cabível em tese a intervenção, a atuação como interveniente nas hipóteses provocadas pelo Poder Judiciário vem comprometendo a eficiência e efetividade da atuação como agente e impedindo uma atuação como interveniente mais proativa do Ministério Público. Com o novo CPC, essa incorreta compreensão da intervenção do Ministério Público perde qualquer suporte legal.

Tratando-se de uma faculdade processual, permite-se, por exemplo, que, **intimado a intervir em determinado processo, o membro, após a necessária análise dos autos, se limite a declarar-se ciente dos autos e a consignar não ser causa em que cabível a intervenção ministerial porque não configuradas as hipóteses dos incisos do art. 178**

ou da legislação especial, ou, neste caso com sucinta fundamentação, não ser útil, necessária ou relevante sua intervenção, nada tendo a requerer ou a manifestar na causa. Torna-se, assim, inexigível a elaboração de detalhados relatórios ou fundamentação específica.

Assim procedendo, deixará de despender tempo próprio e da respectiva equipe de apoio com a preparação de manifestações mais elaboradas para dedicá-lo à atuação como agente e à qualificação da atuação como interveniente naqueles casos em que ela for de fato necessária e útil. Ademais, estará assegurando andamento mais célere ao processo, sendo natural supor que não se valerá do prazo de 30 dias para uma ciência ou breve manifestação nos termos antes referidos.

De quanta liberdade gozará cada membro individualmente no exercício dessa faculdade processual; de que modo será ela exercida, se casuisticamente ou observando diretrizes ou planejamento estabelecidos previamente de modo criterioso e fundamentado pela respectiva Instituição ou pelo próprio membro; e como será o controle institucional do exercício dessa faculdade para que venha, efetivamente, em prol da qualificação e racionalização da atuação do interveniente, e não como mera desoneração de trabalho, são, todas, questões de elevado interesse institucional a serem tratadas no âmbito da autonomia institucional de cada ramo ou unidade do Ministério Público, na esteira da reflexão em curso no CNMP, sendo precipitado aprofundá-las neste artigo. Desde logo, importa destacar, apenas, que tal tratamento deverá observar o princípio da independência funcional e que não poderá o CNMP suprimir dos órgãos superiores de cada Ministério Público a possibilidade de disciplinarem internamente a atuação como interveniente de seus membros, pois o tema diz respeito, indubitavelmente, à autonomia funcional, e não à autonomia administrativa, porquanto diretamente relacionado à atividade fim, além de guardar vínculo indissociável com o planejamento estratégico de cada Ministério Público. A autonomia funcional foi, por expressa disposição constitucional, preservada do controle externo pelo

Conselho Nacional, exercido plenamente apenas no que respeita à autonomia administrativa e financeira³⁸. Nada impede, entretanto, sendo antes benéfico ao aprimoramento da atuação institucional, que por meio de recomendação o CNMP aponte diretrizes gerais norteadoras sobre o tema. É nesse sentido a tendência de alteração da Recomendação n. 16 que, justamente por tratar de atuação funcional, é editada sob a forma de recomendação, e não de resolução.

Nessa disciplina **institucional convém, a nosso ver, identificar um rol mínimo de causas**, por objeto ou matéria, **em que entende o Ministério Público aprioristicamente** – portanto, em entendimento sujeito à verificação em concreto pelo membro – **configuradas as hipóteses** de intervenção previstas dos incisos do art. 178, em especial no que respeita aos **“processos que envolvem interesse público ou social”** (inciso I)³⁹, não apenas para uniformizar minimamente o entendimento sobre o tema no âmbito institucional, mas, principalmente, para orientar o Poder Judiciário sob a perspectiva do Ministério Público, na seleção das causas em que a Instituição deverá ser intimada. Parece conveniente, também, permitir que especialmente no Ministério Público Federal e no Ministério Público do Trabalho, ramos de abrangência nacional, cada unidade local ou regional possa adaptar o rol de casos às peculiaridades de sua realidade.

38 Lê-se no § 2º do art. 130-A da CF: “Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o *controle da atuação administrativa e financeira* do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: I - *zelar pela autonomia funcional* e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;”. No *Manual do Procurador da República* (GAVRONSKI; MENDONÇA, p. 119-120), aprofundamos a importância da distinção entre autonomia funcional e administrativa do Ministério Público no exercício do controle externo exercido pelo respectivo Conselho Nacional.

39 A minuta atual de alteração da Recomendação n. 16 do CNMP adota terminologia um pouco diversa do novo CPC, elencando casos em que reconhece “relevância social”, quando nos parece que seria mais útil se adotasse a terminologia da nova lei, de modo a orientar o Poder Judiciário na respectiva interpretação.

Disciplinada a intervenção como uma faculdade processual, eventuais abusos, como utilizá-la apenas para mera desoneração de trabalho sem qualquer correspondência no aprimoramento ou racionalização da atuação institucional do membro, poderão ser objeto de responsabilização funcional por atuação das corregedorias sob a perspectiva da falta de zelo no desempenho das funções⁴⁰, analisando-se a falta de intervenção no conjunto da atuação institucional do membro, e não do descumprimento do dever de observância da norma que prevê a intervenção em determinada(s) causa(s). Essa atuação de controle interno poderá, naturalmente, ocorrer de ofício ou ser provocada, por qualquer interessado ou pelo Poder Judiciário. Descaberá a este, entretanto, impor ao membro do Ministério Público manifestar-se nos autos, bem como, por expressa disposição legal, interromper o andamento processual por falta de manifestação ministerial.

6.2 DO PRAZO DE 30 DIAS PARA MANIFESTAÇÃO COMO INTERVENIENTE

Outra importante inovação da disciplina é o estabelecimento de um prazo geral de 30 dias para a intervenção ministerial, bem mais dilatado que o fixado para manifestação no mandado de segurança (10 dias, art. 12, Lei n. 12.016/2009).

Conquanto a redação do *caput* autorize concluir que esse prazo se aplica a todas as hipóteses de intervenção “previstas em lei ou na Constituição Federal”, parece-nos que, como regra geral, não derroga prazo expressamente previsto na legislação especial⁴¹, como ocorre no mandado de segurança. Induvidosa, contudo, sua aplicabilidade a toda a disciplina legal de intervenção que não prevê prazo próprio, como a da

40 Na LC/75, art. 236, IX, e na LONMP, art. 43, VI.

41 Como estatuído no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 4.657/1942, Lei de Introdução ao Código Civil, ainda vigente.

ação civil pública (art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985) e da ação popular (arts. 6º, § 4º, e 7º, I, *a*, da Lei n. 4.717/1965), por exemplo.

Em contrapartida, trata-se de **prazo improrrogável**, uma vez que há previsão legal expressa (art. 180, § 1º) de que, diante da ausência de manifestação, o juiz requisitará os autos e dará andamento no processo, procedimento muito facilitado no processo eletrônico. A finalidade é, sem dúvida, evitar que demora excessiva do Ministério Público comprometa a celeridade do trâmite processual, mas também que o Poder Judiciário atrase o andamento processual no aguardo de manifestação ministerial. **Não se trata, entretanto, de prazo peremptório**, a acarretar a perda da faculdade que poderia ser exercida no seu curso, ou seja, a impossibilitar que o Ministério Público providencie a juntada de sua manifestação depois de vencido ou a justificar a supressão dela por ter sido juntada extemporaneamente. Se esta juntada ocorreu antes da apreciação do julgador, as razões ministeriais deverão ser por ele apreciadas⁴², por se tratar de previsão legal de intervenção, sem que a lei preveja outra consequência do descumprimento do prazo que não a requisição dos autos.

Esse prazo naturalmente não se aplica a todas as oportunidades de vista, mas tão somente àquelas em que for cabível alguma manifestação, de regra a primeira vez em que tiver vista dos autos após a manifestação das partes e antes da decisão judicial. Ademais, parece-nos cabível admitir que seja excepcionado para se fixar prazo menor em situações especificamente fundamentadas pelo juiz ou relator quando da abertura de vista, se sua observância puder ocasionar dano grave e irreversível à eficácia da decisão almejada.

6.3 DAS HIPÓTESES DE INTERVENÇÃO PREVISTAS NO ART. 178

A redação do art. 178 (“O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 dias, intervir como fiscal da ordem jurídica *nas hi-*

⁴² Nesse sentido: CARREIRA ALVIM, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 124.

póteses previstas em lei ou na Constituição e nos processos que envolvam: [...]”) é expressa em preservar as demais hipóteses constitucionais ou legais de intervenção, inclusive as previstas em outros artigos do novo CPC, não se destinando, sequer, a servir de parâmetro de interpretação do alcance delas, exceto se a própria regra legal remeter ao art. 178, como ocorre nos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 721⁴³), nos conflitos de competência (art. 951⁴⁴) e na ação rescisória (art. 957⁴⁵). A função de referencial interpretativo, nos termos antes vistos, é desempenhada pelo art. 127 da CF (por força do art. 129, IX) e pelo art. 176 do CPC/2015.

O art. 178 estabelece três hipóteses gerais de intervenção do Ministério Público, para os processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Em razão da relevância para o regramento da intervenção do Ministério Público no processo civil, cada uma dessas hipóteses será analisada em item específico.

Antes, interessa apenas destacar que **a intervenção é prevista para os processos “que envolvam” determinados interesses ou litígios.**

⁴³ Art. 721. Serão citados todos os interessados, bem como intimado o Ministério Público, nos casos do art. 178, para que se manifestem, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias.

⁴⁴ Art. 951. O conflito de competência pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo juiz. Parágrafo único. O Ministério Público somente será ouvido nos conflitos de competência relativos aos processos previstos no art. 178, mas terá qualidade de parte nos conflitos que suscitar.

⁴⁵ Art. 967. Têm legitimidade para propor a ação rescisória: [...] III – o Ministério Público: a) se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção; b) quando a decisão rescindenda é o efeito de simulação ou de colusão das partes, a fim de fraudar a lei; c) em outros casos em que se imponha sua atuação; [...] Parágrafo único. Nas hipóteses do art. 178, o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica quando não for parte.

Não se exige, portanto, que tais interesses constituam o objeto central da ação ou coincidam com o interesse do autor ou do réu. Na prática forense, não são raros os casos em que a intervenção do Ministério Público se justifica, justamente, para defender interesses envolvidos na causa, mas que não coincidem com o de qualquer das partes nem com os termos em que apresentada a demanda processual.

Tomem-se de exemplo as ações ajuizadas pelas empresas prestadoras de serviços públicos ou regulados contra as respectivas agências reguladoras discutindo valor de tarifa, atuação fiscalizatória, validade e amplitude do respectivo contrato de concessão ou permissão ou de determinada norma regulatória etc. Um grande número dessas ações **envolverá** interesses de usuários ou consumidores desses serviços, coletivamente considerados, que muitas vezes não serão o objeto central da ação e poderão não ser defendidos pelo ente público, especialmente quando este orientar sua atuação à proteção do próprio interesse estatal (cobrança de taxa de fiscalização ou multa, por exemplo). Numa tal ação, a intervenção do Ministério Público assumirá especial relevância para assegurar que a resolução judicial tome em conta adequadamente os interesses dos usuários ou consumidores, que se farão representar no processo por meio do membro que nele intervirá.

O mesmo raciocínio aplica-se para ações que envolvem licitações e contratos administrativos, concursos públicos, licenciamento ambiental e inúmeras outras causas cujo objeto central pode estar restrito ao interesse das partes (exclusão imotivada de processo licitatório, aprovação em concurso decorrente da alegada nulidade de questões no certame ou necessária nomeação por preterição da ordem de aprovação, irrisignação contra a exigência feita por determinado órgão ambiental mais rigorosa que o licenciamento outorgado por outro), mas abrangem a tutela jurídica de interesses que justificam a intervenção do Ministério Público (direcionamento na licitação, irregularidades graves em concurso público ou pessoalidade na nomeação para cargos públicos, proteção do meio ambiente).

Essas peculiaridades reforçam a importância de caber ao membro do Ministério Público, diante do caso concreto, identificar se o processo se enquadra ou não entre as hipóteses legais de intervenção, ao mesmo tempo que evidenciam as vantagens de se arrolar exemplificativamente, em regulamentação editada pelos órgãos competentes do Ministério Público ou por meio de acordo entre os membros e os órgãos judiciais perante os quais oficiam, os casos em que ela é usualmente cabível.

6.3.1 DA INTERVENÇÃO NOS PROCESSOS QUE ENVOLVAM “INTERESSE PÚBLICO OU SOCIAL”

Quanto ao alcance do conceito de “interesse público ou social”, o próprio legislador tratou de esclarecer, no parágrafo único do art. 178, que “a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público”. Assim, **afastou definitivamente qualquer possibilidade de confusão entre interesse público e interesse estatal**, consolidando distinção há muito difundida entre os membros do Ministério Público entre **interesse público primário**, que se confunde com o interesse da coletividade ou social, o bem comum, e **interesse público secundário**, ou seja, o interesse estatal, da Administração Pública enquanto entidade organizada, esclarecendo que só o primeiro legitima a intervenção do Ministério Público⁴⁶. Essa distinção, como destacamos

⁴⁶ Adotando esse entendimento nos comentários que fazem ao art. 178 do novo CPC, cf. MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (*Novo Código de Processo Civil comentado*): “O que determina a intimação do Ministério Público em todas as hipóteses do artigo em comento é o interesse público primário (o bem comum). O interesse público secundário (o interesse da pessoa pública), por si só, não justifica a participação como *custos legis* do Ministério Público (art. 178, parágrafo único do CPC)”. No mesmo sentido, MARCOS STEFANI [In: WAMBIER; DIDIER JUNIOR; TALAMINI; e DANTAS (Coord.), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 552]: “Cabe ao Ministério Público a proteção e a tutela do interesse público primário, ou seja, daquele que coincide com os interesses gerais da coletividade. Não lhe cabe pelo interesse público secundário, assim considerado aquele interesse meramente econômico das pessoas jurídicas de direito público”. Em ambas as obras, a Súmula n. 189 do STJ (“É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.”) é invocada como exemplo de adoção desse entendimento pela jurisprudência.

no item 2.6, é uma decorrência da vedação expressa para que o Ministério Público exerça a representação judicial de entidades públicas constante da parte final do art. 129, IX, da CF.

Antes do novo CPC, a propósito da referência a interesse público constante na segunda parte do art. 82, III, do CPC/1973, já sustentávamos que “toda a legislação que atribui ao Ministério Público a função de atuar como fiscal da lei em razão do ‘interesse público’ presente na causa – e a principal é a regra geral do art. 82, III, CPC – deve ser interpretada à luz do conceito de interesse social (art. 127, CF) ou, na classificação de Alessi, de interesse público primário”⁴⁷.

Esse entendimento foi incorporado ao Código de Processo Civil, que optou por tratar os conceitos de interesse público e social como sinônimos, ao menos para fins de definição da hipótese de intervenção do Ministério Público. Chega-se a essa conclusão não apenas da redação do dispositivo (“interesse público **ou** social”) como também do trâmite do respectivo processo legislativo. No anteprojeto elaborado por juristas, o dispositivo previa que o Ministério Público interviria “nas causas que envolvam interesse público e interesse social”, tratando, pois, “interesse público” e “interesse social” como conceitos distintos. Ocorre que, durante a tramitação do projeto na Câmara dos Deputados, a redação foi alterada para sua versão final, que deu aos termos tratamento de sinônimos, “interesse público ou social”. Assim, **entende-se como interesse público, ao menos para fins de justificar a intervenção do Ministério Público, apenas o interesse público primário, conceito afim ao de interesse social**. Essa opção guarda perfeita conformidade com o art. 127 da CF, cuja importância para interpretação dos dispositivos em análise já foi bem destacada no tópico 2, em que analisamos o seu conteúdo normativo.

47 Cf. *Manual do Procurador da República*, GAVRONSKI; MENDONÇA, p. 714, com citação à obra do jurista italiano Renato Alessi. MOREIRA (*A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil à Luz da Constituição*, p. 146-147) adotava idêntico posicionamento, invocando também a doutrina de Hugo Mazzilli (*Regime Jurídico do Ministério Público*) e Cândido Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*).

Sem abandonarmos por completo essa perspectiva de interpretação, entendemos necessário observar que a distinção entre interesse público primário e secundário era mais importante na disciplina do CPC/1973 do que é no CPC/2015, pois naquele o “interesse público” era o conceito central legitimador da intervenção do Ministério Público no processo civil (art. 82, III). No novo Código, a sinonímia com o **interesse social** abre um novo campo hermenêutico, mais afinado, com a superação da clássica dicotomia direito público x privado pela de direito coletivo x individual⁴⁸ decorrente da especial proteção dada pelo Constituinte aos direitos coletivos *lato sensu* e de particular interesse para o Ministério Público em decorrência do seu papel de inegável protagonismo na tutela coletiva, indissociavelmente ligada à “defesa dos interesses sociais” de que trata o art. 127 da CF. Esse protagonismo se manifesta não apenas na ampla legitimidade para atuar como agente na proteção dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de relevância social⁴⁹, como nas previsões legais de intervenção em todas as causas de natureza coletiva: na ação civil pública (art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985), na ação coletiva para defesa de direitos e interesses individuais homogêneos (art. 92, Lei n. 8.078/1990), na ação popular (art. 6º, § 4º, da Lei n. 4.717/1964), no mandado de segurança coletivo (previsão genérica do art. 12 da Lei n. 12.016/2009) e na ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa (art. 17, § 1º), destinada a tutelar, sob a perspectiva sancionatória, o direito difuso à probidade administrativa. Enquanto nessas ações os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são o objeto central de tutela, há inúmeras outras em que, direta ou reflexamente, a tutela jurídica desses direitos está envolvida, às vezes até ameaçada, sem que eles sejam o objeto cen-

48 Para aprofundar, cf. ALMEIDA, *Direito Coletivo Material: a superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma *summa divisio* constitucionalizada.

49 Sobre essa legitimidade, v. GAVRONSKI; MENDONÇA, *Manual do Procurador da República*, p. 693-696.

tral da ação ou da atenção de uma das partes. Para todas essas hipóteses, o art. 178, I, assegura a possibilidade de intervenção do Ministério Público, estabelecendo importante relação entre a legitimidade para atuar como agente e como interveniente.

O destaque conferido ao Ministério Público no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no novo CPC (art. 976), adiante analisado, corrobora a relevância de sua atuação institucional nas ações destinadas a racionalizar a prestação jurisdicional por meio da coletivização das demandas, o que é, por si só, um “interesse público ou social” cuja defesa interessa ao Ministério Público à luz de sua configuração constitucional.

Sob tal contexto hermenêutico, entendemos que **a legitimação do Ministério Público para intervir nas causas que envolvam “interesse público ou social” abrange não apenas a defesa do bem comum ou interesse da coletividade**, hipóteses mais ligadas ao conceito de interesse público primário, **como igualmente a defesa de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, para a qual estaria legitimado a atuar como agente** e, ainda, a intervenção **em causas de natureza coletiva para as quais não seria legitimado a agir, mas poderiam contribuir efetivamente com a racionalização da prestação jurisdicional.**

A propósito da seletividade na atuação como interveniente de que tratamos antes, parece-nos que a intervenção do Ministério Público com fundamento no art. 178, I, do novo CPC, assim como nas previsões específicas das ações coletivas, deve merecer tratamento prioritário em face das demais, pela maior proximidade que guarda com o perfil constitucional da Instituição, analisado no tópico 2.

6.3.2 DA INTERVENÇÃO NOS PROCESSOS QUE ENVOLVAM INTERESSE DE INCAPAZ

Neste ponto não houve inovação na disciplina anterior, exceto quanto à ordem nas hipóteses, dado que no art. 82, CPC/1973, a intervenção em razão da presença de incapaz constava do primeiro inciso,

agora ocupado pela presença de “interesse público ou social”. A alteração não é desprovida de significado, guardando, na verdade, total sintonia com o modelo constitucional, que prevê, no art. 127, a defesa dos interesses sociais antes da dos direitos indisponíveis. A intervenção do Ministério Público nos processos que envolvem interesse de incapaz encontra fundamento nesta segunda hipótese da parte final do art. 127 da CF, não pela natureza do interesse, mas porque seu titular (o incapaz) não pode, em razão de sua incapacidade para os atos da vida civil, dispor de seus direitos nem defendê-los em nome próprio, dando azo a prejuízos e abusos cuja intervenção do Ministério Público se destina a evitar.

Preservada, em essência, a disciplina anterior, permitimo-nos reproduzir aqui o posicionamento que sustentamos no *Manual do Procurador da República*⁵⁰:

Justificando-se a intervenção pela existência de interesses de incapazes que, por essa condição, não podem dispor do seu direito (ou seja, são indisponíveis pelos seus titulares) e **dependem de representação processual, entendemos que a atuação do Ministério Público Federal é necessária apenas para evitar que sejam prejudicados em razão dessa condição de incapazes**, por exemplo, quando estão mal representados ou quando há conflito de interesses entre o titular e o seu representante legal [ou estes estão dispondo indevidamente dos direitos do incapaz ou negligenciando a respectiva defesa]⁵¹.

[...]

Se a intervenção se dá em causa que envolve incapaz, **impende observar se sua incapacidade está comprometendo a defesa de seus direitos** dado que, em razão dela, não é o titular que diligencia por essa defesa (não escolhe advogado, não discute os termos da procuração [nem o que será pedido na ação] etc.), nem tem disponibilidade sobre esses direitos [não negocia acordos por

50 GAVRONSKI; MENDONÇA, *Manual do Procurador da República*, p. 776 e 1020-1022.

51 Incluímos entre colchetes trechos não integrantes do texto original, mas que servem para melhor esclarecer a abordagem sobre o tema.

exemplo], não podendo deles usufruir diretamente (não administrará o benefício previdenciário que lhe for concedido, não sacará o crédito a que fizer jus etc.). **É justamente essa indisponibilidade dos direitos pelo seu titular que justifica a intervenção do Ministério Público nessas causas, [...].**

Se o incapaz está bem representado processualmente e estão adequadamente defendidos seus direitos, é absolutamente desnecessária – e, por isso mesmo, injustificável para uma Instituição que tem tantas responsabilidades como agente – a manifestação do Ministério Público Federal sobre a pretensão de direito material.

[...]

Assim, **importará que o Procurador da República verifique se o incapaz está atuando sem representante legal ou se há conflito com o representante legal**, e, nestes casos, se lhe foi dado curador especial capaz de resguardar seus direitos (art. 9º, I, CPC); **se o representante legal ou o advogado atua com manifesta negligência, indevida disposição dos direitos do incapaz ou mesmo no interesse próprio em prejuízo do interesse do incapaz etc.**

6.3.3 DA INTERVENÇÃO NOS PROCESSOS QUE ENVOLVAM LITÍGIOS COLETIVOS PELA POSSE DA TERRA RURAL OU URBANA

A previsão do inciso III do art. 178 (“litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”) reproduz, em essência, a hipótese do art. 82, III, primeira parte, do CPC/1973 (“nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural”), apenas estendendo-a para os litígios urbanos, em correção que dispensa maiores comentários, visto que tão somente atualiza o CPC para a presente realidade brasileira.

Tais litígios, necessariamente **coletivos** no texto expresso da lei, são de inequívoco interesse social, guardando, pois, perfeita harmonia com o art. 127 da CF.

Ademais, a prática tem demonstrado que o Ministério Público tem, nesses litígios, um importante papel a desempenhar não apenas na atuação propriamente processual mas também extraprocessual, median-

do o conflito e promovendo a sua resolução com observância dos vários direitos coletivos envolvidos, não só o do acesso à terra mas igualmente o da efetiva implementação da reforma agrária, cuja importância se revela em específicas previsões constitucionais (arts. 184, § 4º; 185) e por sua relação com o cumprimento da função social da propriedade, igualmente merecedora de tratamento diferenciado na CF/1988 (art. 186). Os litígios coletivos urbanos, por sua vez, costumam estar diretamente relacionados à efetividade do direito constitucional social à moradia (art. 6º, *caput*, da CF), de indiscutível relevância social.

6.4 DAS OUTRAS HIPÓTESES DE INTERVENÇÃO PREVISTAS NO CPC

Os naturais limites deste artigo não nos permitem analisar aqui todas as hipóteses de intervenção do Ministério Público no processo civil, tanto aquelas previstas no próprio CPC quanto, menos ainda, as previstas na legislação especial, como a Lei do Mandado de Segurança (art. 12 da Lei n. 12.016/2009) ou o Estatuto do Idoso (art. 75 da Lei n. 10.741/2003). Em relação a todas elas, cabe apenas destacar que devem ser compatibilizadas com a finalidade institucional estatuída no art. 127 da CF, reproduzido no art. 176 do CPC, aplicando-se tudo quanto vimos no tópico 2.

Quanto às demais hipóteses de intervenção previstas no CPC, a grande maioria de maior interesse para os Ministérios Públicos dos estados e do Distrito Federal, cabem algumas breves referências.

A primeira, que o CPC/2015 suprimiu a hipótese antes prevista no art. 82, II, do CPC/1973 (“nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade”), mas manteve ou incluiu, em disposições especiais do próprio Código, hipóteses relacionadas. Assim, por exemplo, prevê-se a intervenção na ação de interdição (art. 752, § 1º) e no procedimento de abertura de testamento (art. 735, § 2º). Nas ações

de família (divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação), o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo (art. 698).

Prevê-se, ainda, a intervenção do Ministério Público nas ações possessórias em que figurarem grande número de pessoas (art. 554, § 1º) e nos litígios coletivos pela posse de imóvel (art. 565, § 2º), disposições que guardam inequívoca conformidade com o art. 127 da CF.

Por sua vez, a intervenção nos processos de jurisdição voluntária somente é cabível nas hipóteses do art. 178 do CPC e se sujeita a prazo específico de 15 dias (art. 721). Não obstante, a ação de opção de nacionalidade, de competência da Justiça Federal, mesmo configurando hipótese de jurisdição voluntária, está sujeita à previsão legal específica (art. 3º, § 2º, da Lei n. 818/1949), ainda vigente, e que estabelece, além da intervenção do Ministério Público Federal, prazo diferenciado de 5 dias.

6.5 DA INTERVENÇÃO NOS TRIBUNAIS

Perante os tribunais, o Ministério Público **intervém na fase recursal das causas em que prevista genericamente a intervenção, no CPC e na legislação especial**, observada a disciplina geral com exceção das disposições específicas, como ocorre no prazo de 15 dias (e não de 30, como regra geral) para manifestação em agravo de instrumento, previsto no art. 1.019, III.

Além dessa atuação, o CPC/2015 contempla algumas hipóteses de **intervenção em ações originárias e incidentes processuais para os quais os tribunais têm competência**, com mudanças significativas em relação ao regime processual anterior.

Nos **conflitos de competência** – diferentemente do que dispõe o CPC/1973, que prevê a intervenção em todos os casos –, a partir da vigência do novo CPC, o Ministério Público somente intervirá naqueles

relativos aos processos previstos no art. 178, assumindo necessariamente a qualidade de parte nos conflitos que suscitar (art. 951, parágrafo único). Atuando como interveniente, o prazo estabelecido para manifestação é de 5 dias (art. 956), excetuando a regra geral de 30 dias do art. 178.

A mesma vinculação às hipóteses do art. 178 passará a ser aplicável à intervenção nas **ações rescisórias** (art. 967, parágrafo único). Neste caso, inexistindo previsão específica de prazo, aplicável a regra geral de 30 dias estabelecida naquele artigo.

Continua cabível a intervenção do Ministério Público **nos incidentes de arguição de inconstitucionalidade** (art. 948), no prazo de 30 dias do art. 178, diante da ausência de previsão específica, e nas **reclamações** que não houver formulado, neste caso no prazo de 5 dias (art. 991).

O Ministério Público terá, ainda, atuação relevante numa das grandes inovações do CPC/2015, o **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**, disciplinado nos arts. 976 a 987. O incidente é cabível “quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976).

Legitimado a pedir a instauração do incidente (art. 977, III), se não for seu requerente, o Ministério Público “intervirá obrigatoriamente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou abandono” do requerente original (art. 976, § 2º). Essa disciplina, bem diversa do art. 178, estabelece autêntico dever processual e guarda absoluta conformidade com o modelo constitucional do Ministério Público, pois este incidente possui inquestionável interesse social ao desempenhar, no sistema jurídico brasileiro, para a racionalização da prestação jurisdicional, função similar à das ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, nas quais também é obrigatória a intervenção do Ministério Público quando não for o próprio autor (art. 92, CDC). Insere-se, sem dúvida, entre as hipóteses que deverão ser priorizadas na atuação seletiva

e estratégica que o CPC/2015 possibilita na atuação do Ministério Público como interveniente.

O prazo de manifestação no incidente de resolução de demandas repetitivas é de 15 dias (art. 982, III).

6.6 A PROVOCAÇÃO DA INTERVENÇÃO

Omite-se o novo Código sobre quem deve promover a intimação do Ministério Público para intervir. Enquanto o anterior conferia esse dever processual à parte (art. 84), o atual silencia a respeito. Andou bem o legislador, visto que têm interesse na intimação do Ministério Público para intervir todos aqueles a quem interessa a validade do processo, isto é, as partes, em primeiro lugar, mas igualmente o juiz e o relator, nos tribunais, pelo que tanto aquelas podem requerer a intimação ministerial quanto estes podem determiná-la de ofício sempre que vislumbrarem hipótese que justifique a intervenção. Essa é a praxe.

Havendo requerimento especificamente fundamentado de qualquer parte para intimação do Ministério Público a intervir em hipótese prevista em lei (por exemplo, sustentando a presença de interesse público ou social na causa), deve ela ser providenciada, não cabendo ao juiz aferir se cabível ou não a intervenção, visto que cabe à Instituição, e não ao Poder Judiciário, a aferição em concreto.

A intervenção também pode ser provocada pelo próprio Ministério Público, peticionando fundamentadamente nos autos para demonstrar a presença de interesse que justifica sua intervenção e a hipótese legal que a torna cabível⁵².

52 Art. 6º, XV, LC 75/93 (“Compete ao Ministério Público da União: [...] XV - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção”) e art. 26, VIII, da Lei n. 8.625/1993 (“Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: [...] VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção”).

6.7 DA NULIDADE PELA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA INTERVENÇÃO

O novo CPC, no art. 279⁵³, mantém a **falta de intimação do Ministério Público no processo em que deveria intervir como o motivo ensejador da decretação de nulidade do processo**, como previsto no CPC/1973 (art. 246). É irrelevante, para tal fim, se a intervenção ocorreu efetivamente ou não, vale dizer, se o Ministério Público se manifestou no processo. Sendo regular a intimação, não há que se falar em nulidade só pelo fato de o Ministério Público não ter apresentado parecer, especialmente porque, no novo regime processual, a lei estabelece de modo específico a consequência dessa inação: a requisição dos autos pelo juiz para dar andamento ao processo⁵⁴. No processo eletrônico, sequer é necessária a requisição, bastando que o Poder Judiciário não abra nova vista.

Também foi mantida a regra de que a nulidade produz efeitos desde o momento em que o Ministério Público deveria ter sido intimado (art. 246, parágrafo único, do CPC/1973 e art. 279, § 1º, do CPC/2015).

O novo CPC ainda incorporou à legislação entendimento consolidado na jurisprudência⁵⁵ quanto à **necessidade**, para a decretação de nulidade, **da existência de prejuízo decorrente da ausência de intervenção, inovando apenas** ao determinar de modo expresso que o Mi-

53 Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. § 1º Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado. § 2º A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.

54 No sentido do texto, cf. STEFANI [In: WAMBIER; DIDIER JUNIOR; TALAMINI; e DANTAS (Coord.), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*], ambos nos comentários ao art. 180.

55 Por exemplo, no REsp n. 207.197/TO, rel. min. Castro Filho, j. em 2.12.2003, e no EDcl no REsp n. 449.407/PR, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. em 28.10.2008.

Ministério Público se manifeste sobre esse aspecto sempre que aventada essa possibilidade e condicionando a sua decretação à **prévia intimação ministerial para tal fim** (art. 279, § 2º), razão pela qual **não pode a nulidade ser decretada de ofício pelo julgador**. A disposição é decorrência do princípio da instrumentalidade que informa o processo civil e sob tal perspectiva deve ser interpretada, pelo que **o prejuízo de que trata a lei é aquele que afeta o interesse que justifica a intervenção e precisa ser concretamente identificado**. Assim, por exemplo, inexistente nulidade quando o julgamento da causa foi totalmente favorável ao interesse que justificaria a intervenção ministerial e não se identifica comprometimento à sua efetividade.

7 DO REGIME JURÍDICO DA INTERVENÇÃO

7.1 DA ORDEM DE VISTA E DOS PODERES PRÓPRIOS DA ATUAÇÃO COMO INTERVENIENTE

CPC/1973	CPC/2015
Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público: I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.	Art. 179. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público: I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; II - poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer.

Na disciplina do novo CPC, **continua o Ministério Público tendo vista dos autos depois das partes e devendo ser intimado de todos os atos do processo** (art. 179, I), exatamente como no regime do CPC/1973 (art. 83, I).

Os **seus poderes processuais também não foram essencialmente alterados**, tendo havido discreta ampliação redacional que, de fato, corresponde à prática consolidada. A possibilidade de “juntar do-

documentos e certidões e produzir prova em audiência” (art. 83, II) encontra-se contemplada, de forma mais técnica e mesmo mais ampla, na de “produzir provas” (art. 179, II), enquanto a de “requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade” constou sob a mais genérica previsão de “requerer as medidas processuais pertinentes” (art. 179, II, *in fine*), seja para o descobrimento da verdade, que naturalmente continua sendo um dos objetivos da intervenção ministerial, seja para regularização processual (por exemplo, quanto à representação dos incapazes), seja para qualquer outro fim que contribua para o bom e eficaz andamento processual, desde que pertinente ao objeto da causa.

Essa pertinência só poderá ser excepcionada, de modo especificamente fundamentado, naquelas causas em que, não obstante esteja o Ministério Público atuando como interveniente, for igualmente legitimado a atuar como agente. Numa ação civil pública, por exemplo, a possibilidade de o Ministério Público requerer medidas processuais no curso de sua atuação como interveniente é mais ampla que numa ação ordinária proposta entre particulares envolvendo direito individual de incapaz. Sendo o Ministério Público colegitimado, pode não se mostrar justificável, no caso concreto, que tenha de propor nova ação com objeto mais amplo para alcançar as pretendidas medidas processuais.

O uso desses poderes corresponde a uma intervenção ativa viabilizada por uma manifestação que, no Ministério Público Federal, convencionou-se denominar de **promoção**, distinta do **parecer**, que consubstancia o entendimento jurídico do membro sobre determinada causa⁵⁶, de

56 As definições de *parecer* e *promoção* foram incluídas no glossário definido pelo Subcomitê Gestor de Tabelas do Ministério Público Federal como espécies do gênero *manifestação* para fins de uniformização dos critérios de alimentação do banco de dados eletrônico de peças, respectivamente como “manifestação dirigida ao Poder Judiciário pela qual o membro, entendendo cabível a intervenção do Ministério Público, externa seu posicionamento sobre a causa ou a questão jurídica em análise, abrangendo regularidade processual, questões preliminares ou mérito” e “manifestação pela qual o membro do Ministério Público, atuando como

natureza essencialmente opinativa e destinada a influir no julgamento da causa, constituindo ambas as principais peças processuais de que se vale o membro em sua atuação como interveniente, além dos recursos.

A propósito das possibilidades de atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica no novo CPC, vale observar que pode alegar a incompetência relativa nas causas em que atuar (art. 65, parágrafo único) e provocar a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica (art. 133), possibilidade esta já contemplada no Código Civil (art. 50).

7.2 DO CUSTEIO

O CPC/2015, no art. 82, § 1º, mantém a disposição do art. 19, § 2º, do CPC/1973, ao estabelecer que incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica.

A disciplina do custeio das despesas processuais quando ocasionadas por provocação do Ministério Público na atuação como agente é diversa, tendo suas linhas gerais estabelecidas no art. 91.

interveniente em matéria cível, requer ou diligência pela adoção de providências ou as providências ele próprio. Engloba a juntada de documentos e certidões e o requerimento de medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade (art. 83, II, CPC). Caracteriza-se, essencialmente, pela iniciativa na atuação como interveniente”. A propósito da denominação *parecer*, que encontra grande resistência entre os Ministérios Públicos estaduais, cujos membros preferem o termo genérico *manifestação*, vale observar que o CPC/2015 faz expressa referência àquela espécie de manifestação no § 1º do art. 180 (“Findo o prazo para manifestação do Ministério Público sem o oferecimento de *parecer*, [...]”). Não acreditamos, com efeito, que o problema se encontre na denominação *parecer* nem na finalidade opinativa destinada a influir no julgamento da causa, mas na postura que se convencionou denominar de *parecerismo* referida no início deste texto, como uma espécie de assessoramento do Poder Judiciário pelo Ministério Público, totalmente desvinculada da defesa do interesse que justifica a intervenção, esta sim completamente inadequada ao perfil constitucional da Instituição.

7.3 DO REGIME JURÍDICO COMUM À ATUAÇÃO COMO INTERVENIENTE E AGENTE

7.3.1 DA LEGITIMIDADE RECURSAL

Quanto à **legitimidade recursal** do Ministério Público, também não houve alteração substancial, dado que a possibilidade, antes expressa no art. 499 do CPC/1973, agora aparece no art. 179, II, *in fine*, e no art. 996, nas disposições gerais relacionadas aos recursos (“O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica”).

Os recursos do Ministério Público continuam dispensados de preparo (art. 1.007, § 1º).

7.3.2 DO PRAZO EM DOBRO

A alteração quanto aos prazos foi relevante, notadamente para a atuação como agente. Enquanto a disciplina do CPC/1973 dava ao Ministério Público o mesmo tratamento dispensado à Fazenda Pública e restringia o benefício do prazo diferenciado à contestação⁵⁷ e à interposição de recursos (“Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”), o novo CPC, em disposição aplicável tanto à atuação como agente quanto como interveniente⁵⁸, tratou dos prazos do Ministério Público em dispositivo específico e estabeleceu sua **contagem em dobro**, iniciada com sua intimação pessoal, **para todas as suas mani-**

57 Conquanto seja excepcional, o Ministério Público contesta naquelas raras hipóteses em que atua como réu: ação rescisória de sentença proferida em ação que ajuizou, ação de anulação de compromisso de ajustamento de conduta que tomou etc.

58 Nesse sentido: MARINONI; ARENHART; MITIDIERO (*Novo Código de Processo Civil comentado*) bem como STEFANI [In: WAMBIER; DIDIER JUNIOR; TALAMINI; e DANTAS (Coord.), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*], ambos nos comentários ao art. 180.

festações nos autos (“Art. 180. O Ministério Público gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal, nos termos do art. 183, § 1º).

Assim, a partir da vigência do CPC/2015, a **contagem em dobro** passa a se aplicar, por exemplo, também para contrarrazões, e não apenas para a interposição de recurso, como ocorre no CPC/1973⁵⁹; de igual modo **para manifestação sobre documento juntado pela parte**, que tem no CPC/2015 prazo de 15 dias fixado sem qualquer referência ao Ministério Público (art. 437, § 1º⁶⁰); essas disposições são de especial interesse para a atuação como agente.

Para a **intimação pessoal** de que trata o dispositivo, permanece inalterada a disciplina anteriormente vigente: **necessariamente com vista dos autos**, por expressa disposição nas respectivas leis orgânicas⁶¹, e contando-se da entrada dos autos com vista na unidade administrativa em que atua o membro do Ministério Público, conforme entendimento jurisprudencial consolidado⁶².

O benefício da contagem em dobro não se aplica quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo para o Ministério Público (art. 182, § 2º), ou seja, quando o referir na fixação do prazo, como ocorre para os debates orais ou, se for o caso, para o oferecimento de razões finais escritas (art. 364).

A propósito de prazos, convém destacar também o disposto no art. 234 do novo CPC, que estabelece que “os advogados públicos ou pri-

59 Cf. MARCO STEFANI [In: WAMBIER; DIDIER JUNIOR; TALAMINI; e DANTAS (Coord.), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*].

60 Art. 437, § 1º: “Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436”.

61 No caso do Ministério Público da União, a prerrogativa processual de intimação pessoal nos autos está prevista no art. 18, II, *b*, da LC/75.

62 Cf., por exemplo, o REsp 868.881/DF, rel. min. Teori Zavaski, 1ª T., j. 10.10.2006.

vados, o defensor público e o membro do Ministério Público devem restituir os autos no prazo do ato a ser praticado”, prevendo, nos §§ 4º e 5º, a imposição de multa ao agente público responsável e a comunicação da falta, pelo juiz, ao órgão responsável pela instauração de procedimento disciplinar contra o membro que atuou no feito.

7.3.3 DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MEMBRO

O art. 181 do novo CPC (“O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”) reproduz na essência o dispositivo constante do art. 85 do CPC/1973 (“O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”).

A diferença relevante está na explicitação de que a responsabilidade é regressiva em relação aos atos cometidos no exercício de suas funções, isto é, a legitimidade passiva para a ação reparatória é da pessoa jurídica de direito público, a União ou o Estado⁶³, a depender do ramo do Ministério Público, como já prevê a regra geral do art. 37, § 6º, da CF⁶⁴, e não do membro. A responsabilização direta e pessoal deste exige que, além de dolo ou fraude, tenha excedido os limites de sua atuação funcional, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁶⁵. Inexiste alteração

63 Nesse sentido, MARCOS STEFANI, [In: WAMBIER; DIDIER JUNIOR; TALAMINI; e DANTAS (Coord.), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 560].

64 § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

65 Cf. REsp n. 1.435.582/MG, rel. ministra Nancy Andrighi, 3ª T., j. em 10.6.2014 (“Os membros do Ministério Público, por serem agentes políticos e gozarem de um regime especial de responsabilidade civil – que se destina à não interferência no livre e independente exercício de seu mister –, não são, quando agirem com culpa, responsáveis diretos pelos danos que causarem a terceiros atuando em suas

legislativa que justifique a mudança desse entendimento jurisprudencial, visto que o acréscimo da expressa previsão de regressividade está atrelada ao cometimento do ato “no exercício de suas funções”.

7.3.4 DOS IMPEDIMENTOS E DAS SUSPEIÇÕES

O art. 148 do novo CPC estabelece que os motivos de impedimento e suspeição previstos para os juízes (nos arts. 144 e 145) se aplicam “I – ao membro do Ministério Público; II – aos auxiliares de justiça; III – aos demais sujeitos imparciais do processo”. Não reproduz a distinção constante do art. 138, I, da lei anterior, entre a atuação quando é ou não parte, vale dizer, quando atua como agente ou interveniente, e parece tratar o Ministério Público sempre como “sujeito imparcial do processo”.

Esse tratamento precisa ser interpretado à luz do modelo constitucional de Ministério Público, reconhecido como parâmetro interpretativo de sua atuação no art. 176, na esteira da linha principiológica de todo o novo CPC estabelecida no respectivo art. 1º. Não se pode pretender dar idêntico tratamento quanto aos impedimentos e suspeições às duas formas de atuação, nem tratar o Ministério Público, sempre, como um “sujeito imparcial do processo”, dado que Constituição incumbiu a Instituição da **defesa** de direitos sociais e individuais indisponíveis (art. 127) e lhe conferiu, entre outras, a função de “promover a **proteção** de interesses difusos e coletivos” (art. 129, III, da CF) e de **defender** os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V, da CF). Por isso, parece-nos que os impedimentos e suspeições dos juízes aos membros do Ministério Público devem-se aplicar apenas no que couber, por força da distinta configuração constitucional, e ser interpretados a partir das diferentes funções constitucionais do Poder Judiciário e do Ministério Público.

atividades funcionais. Para haver responsabilidade direta e pessoal do Promotor de Justiça, segundo o art. 85 do CPC, é preciso que o agente tenha agido com dolo ou fraude, excedendo, portanto, sobremaneira os limites de sua atuação funcional.”).

Assim, numa ação que tem por objeto, por exemplo, a defesa e proteção do meio ambiente ou direitos coletivos dos consumidores, ou a defesa de direitos das populações indígenas, não pode o membro do Ministério Público ser considerado suspeito por ser “interessado no julgamento do processo em favor” da parte que defende os direitos referidos, hipótese de suspeição aplicável aos juízes (art. 145, IV), esteja atuando como parte⁶⁶ ou como interveniente.

Igualmente equivocado o entendimento prevalente na vigência do atual CPC que aplica aos membros do Ministério Público o impedimento previsto para os juízes de exercer funções no processo “que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão” (art. 144, II, do CPC) para impedir que membros que tenham atuado em primeira instância atuem no mesmo processo em instância superior. Além das diferenças de perfil constitucional antes destacadas, o impedimento é inaplicável porque o Ministério Público não **conhece da causa** nem **profere decisão**; ele **atua**, e o faz **peticionando**, oferecendo **pareceres** ou **promoções**. Ademais, como já tivemos oportunidade de sustentar de modo mais aprofundado, “a finalidade do impedimento previsto no art. 134, III, é, evidentemente, assegurar um efetivo duplo grau de jurisdição e permitir uma nova apreciação judicial imparcial da causa” e “a garantia do duplo grau refere-se à jurisdição propriamente dita (não aplicável ao Ministério Público), e a imparcialidade do Ministério Público não observa os mesmos parâmetros da aplicável aos magistrados em geral, notadamente após o perfil institucional emergente da CF/88”⁶⁷.

A aplicação irrefletida desse impedimento aos membros do Ministério Público afronta a eficiência e a efetividade da atuação institucional na defesa dos direitos de que está incumbido constitucionalmen-

66 Reconhecendo a inaplicabilidade dessa suspeição quando o Ministério Público atua como parte, cf. André Vasconcelos Roque [In: WAMBIER; DIDIER JUNIOR; TALAMINI; e DANTAS (Coord.), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 482].

67 GAVRONSKI; MENDONÇA, *Manual do Procurador da República*, p. 1024-1026.

te. Nas causas coletivas e que demandam conhecimento especializado, em regra mais complexas, o prejuízo à eficiência e efetividade decorre do desperdício, nas instâncias superiores, da especialização e dos conhecimentos específicos adquiridos pelo membro promovido que teve atuação em instâncias inferiores nos mesmos processos, não raro permeados de peculiaridades, como usualmente ocorre com os advogados das mesmas causas. Em causas mais simples atendidas por magistrados de mesmo estágio na carreira, como ocorre nos Juizados Especiais da Justiça Federal, o prejuízo decorre da exigência de dois membros a atuarem na instância ordinária e recursal, exigindo nova análise de autos em grande número de processos de baixa relevância.

8 CONCLUSÃO: A NECESSÁRIA MUDANÇA DE MENTALIDADE

Só a mudança da lei não é suficiente para modificar práticas há muito consolidadas, como é o caso da atuação como interveniente desvinculada do modelo constitucional de Ministério Público.

Conquanto tenham ocorrido nos últimos anos significativos avanços nessa atuação, destacando-se entre eles a consolidação da distinção entre interesse público primário e secundário, para reconhecer cabível a intervenção apenas na presença daquele, e a edição da Recomendação n. 16 do CNMP, ainda é grande o descompasso com a atuação como agente. Enquanto nesta o Ministério Público se consolidou como o mais ativo legitimado coletivo do País e autêntico advogado da sociedade, a intervenção no processo civil ainda se apresenta muitas vezes formalista, pouco comprometida com a efetiva defesa dos interesses que legitimam a atuação institucional, reativa e assemelhada a um assessoramento do Poder Judiciário. Num momento em que o crescimento acentuado do número de processos nos quais em tese a intervenção é cabível e começa a comprometer a efetividade e a eficiência da atuação institucional, com diretos prejuízos à qualidade e relevância dos resultados que o Ministério

Público entrega à sociedade, a adequada superação desse descompasso assume um papel crucial para o futuro da atuação cível da Instituição.

É nesse contexto que o **novo CPC se apresenta como auspiciosa novidade, um autêntico farol capaz de iluminar o caminho para um novo modo de atuação do Ministério Público como interveniente, definitivamente adaptado ao modelo constitucional da Instituição.** Principalmente por adotar disciplina que assegura ao art. 127 da CF, de forma inequívoca, o papel de principal critério balizador do cabimento da intervenção e orientá-la para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, mas também por conferir a ela disciplina de faculdade processual do Ministério Público e alçar o interesse público ou social ao posto de primeira hipótese geral de intervenção, ao mesmo tempo em que, nos tribunais, incumbe a Instituição de destacada responsabilidade nos incidentes de resolução de demandas repetidas.

Como todo farol, contudo, só serve àqueles marinheiros que o identificam como tal e o escolhem para guia do seu destino.

Por isso, no que respeita ao objeto de análise neste artigo, é preciso suplantar a mentalidade anterior, substituindo-a por uma nova, que reconheça a necessária primazia da atuação de agente sobre a de interveniente, e racionalize esta última com foco em resultados socialmente relevantes, para o que urge assegurar critérios de seletividade de atuação pautados na relevância social das causas em que intervirá o membro, bem como na efetiva necessidade e utilidade da intervenção. É preciso, também, suplantar em definitivo a postura passiva de um mal disfarçado assessoramento do Poder Judiciário, substituindo-a por outra, mais ativa e resolutiva, de um ativo fiscal da ordem jurídica, e de autêntico defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sempre que a intervenção for necessária para esse fim.

Esperamos, com este texto, ter contribuído para que a grande nau do Ministério Público navegue nessa direção.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito coletivo material: a superação da summa divisio* Direito Público e direito privado por uma summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CARREIRA ALVIM, J.E. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2015.

DINAMARCO, Cândido. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei da ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do Procurador da República*. Salvador: JusPodivm, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 97, p. 9, jan./mar., 2000.

LIMA, Antônio Fernando Negreiros. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2008.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Evolução institucional do Ministério Público. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

MOREIRA, Jairo Cruz. *A intervenção do Ministério Público no processo civil à luz da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. Legitimidade para agir: desenho processual da atuação do Ministério Público. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

A AÇÃO RESCISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI N. 13.105/2015)

Alexandre Senra

1 Introdução. 2 Conceito. 3 Generalidades. 4 Legitimidade ativa. 5 Hipóteses de cabimento. 5.1 Hipóteses mantidas. 5.2 Hipóteses acrescidas/ampliadas. 5.3 Hipótese suprimida. 6 Objeto rescindível. 7 O prazo para o exercício do direito à rescisão. 7.1 Termo final. 7.2 Termo inicial. 8 Outras alterações. 9 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é examinar como a Lei n. 13.105/2015, novo Código de Processo Civil (CPC/2015), disciplina a ação rescisória, com foco nas principais alterações verificadas em relação ao regramento do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973)¹. Evidentemente não esgotaremos o assunto. O que desejamos é chamar a atenção do leitor para as profundas mudanças verificadas no regramento da ação rescisória e a conseqüente necessidade de se estudá-la à luz do novo regime.

2 CONCEITO

Ação rescisória, no CPC/2015, é demanda autônoma de impugnação de decisões judiciais transitadas em julgado ou de capítulos seus transitados em julgado, com eventual rejuízo da matéria antes apreciada. Confira-se como definiam JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA e ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, sob a égide do CPC/1973:

¹ Para uma maior contextualização do tema, recomenda-se a leitura de artigo elaborado por Rodrigo Barioni ao tempo em que o projeto do novo CPC tramitava ainda na Câmara dos Deputados (BARIONI, Rodrigo. A ação rescisória no novo CPC: propostas de alteração. *Revista de Processo*, v. 207, p. 239-263, maio 2012, DTR\2012\38933).

Chama-se *rescisória* à ação por meio da qual pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada² [grifo no original].

[...] *demanda autônoma de impugnação de provimentos de mérito transitados em julgado, com eventual rejuízo da matéria neles apreciada*³ [grifo no original].

As duas definições são corretas, mas se referem ao conceito de ação rescisória no CPC/1973. Assim como o conceito de recurso⁴, o de ação rescisória depende igualmente do direito positivo que se tenha em consideração, tratando-se, neste sentido, de um **conceito jurídico-positivo**⁵. Para defini-lo é necessário: **a)** especificar a qual direito positivo o conceito se refere, **b)** analisar a disciplina normativa conferida ao instituto e **c)** dela eleger as características que se entenda por bem incluir na sua definição, marcas próprias do instituto que permitam ao operador do Direito não o confundir com quaisquer outros.

Na introdução esclarecemos que aqui temos em conta o CPC/2015. Seu novo regramento é o que examinaremos ao longo do artigo. E o que permanece sendo a ele peculiar é a característica de presunção o trânsito em julgado do objeto de rescisão, não mais restringido, pelo texto do novo diploma legal, a sentenças e a acórdãos de mérito.

2 BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 100.

3 CÂMARA, *Ação rescisória*, p. 30.

4 “Não há nenhum céu de puras essências, onde se logre descobrir um conceito de recurso anterior ao que revela o sistema da lei. [...] *Recurso*, para o jurista brasileiro, há de ser tudo aquilo (e só aquilo) que o direito brasileiro considera recurso e como tal disciplina. [...] O fator decisivo, na matéria, é o regime estabelecido pelo direito positivo.” (MOREIRA, *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*, p. 77-80, grifo do autor). Também nesse sentido, cf.: DIDIER JUNIOR; CUNHA, *Curso de direito processual civil*, p. 17.

5 A esses se opõem os **conceitos lógico-jurídicos**, categorias que prescindem da referibilidade a qualquer ordenamento jurídico em específico, como o são os conceitos de “fato jurídico” e de “situação jurídica”, p. ex.

Uma última observação de ordem conceitual: na seleção das características definitórias de quaisquer institutos, o que nos guia é o critério de utilidade. Daí a definição proposta, reconhecidamente sintética, que não exclui possamos cogitar de outras bem mais extensas e, por conseguinte, precisas, mediante a inclusão, isolada ou cumulativa, de outras características próprias do regramento legal da ação rescisória⁶. Apenas não se olvide que, quanto mais características forem agregadas à definição fornecida, mais instável ela se tornará, na medida em que mais suscetível às alterações legislativas.

3 GENERALIDADES

Mesmo definida como **demanda autônoma de impugnação de decisão judicial transitada em julgado**⁷, “ação rescisória” subsiste sendo designativo tanto da **(a)** demanda concretamente exercida quanto do **(b)** procedimento abstratamente previsto para a veiculação do direito à rescisão. Partes (processuais), causa de pedir e pedido são elementos que permitem a identificação da demanda concreta “ação rescisória”

6 Analiticamente, poder-se-ia definir a ação rescisória, no CPC/2015, como demanda autônoma de impugnação:

a) manejável pelos legitimados ativos previstos no art. 967, em face dos sujeitos parciais da ação originária;

b) donde se deduz (art. 968, I, do CPC/2015):

b1. necessariamente, pedido de desconstituição (*iudicium rescindens*) de pronunciamento judicial de natureza decisória de mérito ou que, embora não seja de mérito, impeça nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente, ou de capítulos seus, em quaisquer dos casos desde que transitados em julgado, e;

b2. eventualmente, pedido de rejuízo (*iudicium rescisorium*) da matéria anteriormente apreciada, e;

c) invoca-se como fundamento (fático) ao menos uma das hipóteses previstas em quaisquer dos incisos do *caput* do art. 966, no art. 525, § 15, ou no art. 535, § 8º, do CPC/2015.

Isso para nos atermos apenas aos elementos de identificação da demanda – partes, pedido e causa de pedir –, sem referência alguma a particularidades do procedimento previsto.

7 Para simplificar, suprimimos a referência a capítulos transitados em julgado, o que não compromete a definição, haja vista que um capítulo de decisão não deixa de ser, por si só, também uma decisão.

(art. 337, § 2º, do CPC/2015, correspondente do CPC/1973: art. 301, § 2º). **(I)** Partes (processuais) legítimas, **(II)** causa de pedir que deve ser descrita e **(III)** pedido que deve ser deduzido são elementos que viabilizam a identificação do procedimento abstrato “ação rescisória”, que é o que aqui nos interessa.

(I) Os legitimados ativos para a propositura de ação rescisória são aqueles elencados nos incisos do art. 967 do CPC/2015 (correspondente do CPC/1973: art. 487). No que se refere aos legitimados passivos, não há disposição expressa, tendo subsistido no CPC/2015 a omissão que já se verificava no CPC/1973.

(II) Cada qual das hipóteses contidas nos arts. 525, § 15; 535, § 8º; incisos do art. 658; e incisos do *caput* do art. 966, todos do CPC/2015, consubstanciam uma causa de pedir possível da ação rescisória (abstrata), devendo, portanto, em qualquer demanda rescisória (concreta), haver a descrição de, ao menos, uma das situações ali previstas.

(III) O pedido a se formular há de ser o da rescisão de um pronunciamento judicial de natureza decisória ou de capítulo seu (art. 966, § 3º, do CPC/2015; sem correspondente no CPC/1973), cumulado, se for o caso, com o pedido de novo julgamento (art. 968, I, do CPC/2015; correspondente do CPC/1973: art. 488, I). Não de qualquer pronunciamento judicial de natureza decisória ou de qualquer capítulo seu; apenas daqueles transitados em julgado e que sejam de mérito ou, em não o sendo, que impeçam a nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente (art. 966, § 2º, I e II, do CPC/2015; sem correspondente no CPC/1973). Esse é o objeto passível de rescisão.

Comentaremos, então, os seguintes aspectos do regramento da ação rescisória no CPC/2015, sempre após o quadro comparativo dos dispositivos legais envolvidos: legitimidade ativa (**item 4**), hipóteses de cabimento (**item 5**), objeto rescindível (**item 6**) e prazo para exercício do direito à rescisão (**item 7**). Ao final, destacam-se outras alterações verificadas (**item 8**).

4 LEGITIMIDADE ATIVA

CPC/2015	CPC/1973
<p>Art. 967. Têm legitimidade para propor a ação rescisória:</p> <p>I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;</p> <p>II - o terceiro juridicamente interessado;</p> <p>III - o Ministério Público:</p> <p>a) se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção;</p> <p>b) quando a decisão rescindenda é o efeito de simulação ou de colusão das partes, a fim de fraudar a lei;</p> <p>c) em outros casos em que se imponha sua atuação;</p> <p>IV - aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção.</p> <p>Parágrafo único. Nas hipóteses do art. 178⁸, o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica quando não for parte.</p>	<p>Art. 487. Tem legitimidade para propor a ação:</p> <p>I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;</p> <p>II - o terceiro juridicamente interessado;</p> <p>III - o Ministério Público:</p> <p>a) se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção;</p> <p>b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.</p>

Há duas alterações dignas de nota quanto à legitimidade para a propositura de ação rescisória. Primeira delas: ampliou-se o rol de legitimados ativos, incluindo-se “aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção”. Pela pertinência, confira-se o enunciado n. 339 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC):

339. (art. 967, IV; art. 118, Lei n. 12.529/2011; art. 31, Lei n. 6.385/1976). O CADE e a CVM, caso não tenham sido intimados, quando obrigatório, para participar do processo

8 (CC/2002) “Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.”

(art. 118, Lei n. 12.529/2011; art. 31, Lei n. 6.385/1976), têm legitimidade para propor ação rescisória contra a decisão ali proferida, nos termos do inciso IV do art. 967. (Grupo: Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória)

Tal ampliação, da mesma forma que diversas outras modificações percebidas mediante confronto entre dispositivos do CPC/2015 e seus correspondentes do CPC/1973, não é propriamente uma novidade⁹, mas sim a consagração legislativa de um entendimento construído no regime anterior. BARBOSA MOREIRA já defendia a legitimidade ativa daquele que não fora ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção, valendo-se, para tanto, da aplicação analógica do art. 487, III, *a*, do CPC/1973¹⁰.

Segunda alteração: esclareceu-se, no parágrafo único do art. 967, os casos em que o Ministério Público deverá ser intimado a intervir como *custos legis* em ações rescisórias, a saber, quando, não sendo ele parte, a ação rescisória envolver interesse público ou social, interesse de incapaz ou litígio coletivo pela posse de terra rural ou urbana (art. 178 do CPC/2015; correspondente do CPC/1973: art. 82). Apenas nesses casos.

Com isso supera-se o entendimento de que, em não sendo parte, o *Parquet* deveria intervir em quaisquer ações rescisórias, fundado na pre-

9 O esclarecimento da assertiva exige uma breve digressão. Texto e norma não se confundem. Texto é o suporte físico, norma é o sentido. Norma jurídica é o produto da interpretação do texto legal (= enunciado prescritivo), é seu sentido, construído (e não revelado) pelo intérprete. Nesse sentido: ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 22-23; DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 41. Daí porque não deve causar estranheza o fato de que alterações textuais nem sempre resultam na alteração do sentido. É até comum que alterações de textos legais se prestem frequentemente a tornar mais evidente a norma jurídica que deve, a partir deles, ser construída. Portanto, ao falarmos em **alteração de dispositivo legal que não representa propriamente uma novidade**, queremos dizer que se trata de uma novidade situada apenas no plano do enunciado (texto), mas não no plano da norma (sentido), haja vista que, partindo de dispositivo legal indubitavelmente distinto do CPC/1973, já havia quem construísse norma idêntica àquela que agora se constrói com base no texto do CPC/2015.

10 BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 172.

missa, afastada pelo CPC/2015, de que o só fato de se tratar de ação rescisória implicaria o envolvimento de interesse público a justificar a intervenção. Trata-se do posicionamento defendido na vigência do CPC/1973 por FREDIE DIDIER JUNIOR e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, entre outros:

Não obstante o silêncio do CPC, a ação rescisória é hipótese de intervenção obrigatória do Ministério Público, tendo em vista o interesse público evidenciado pela “natureza da lide” (CPC, art. 82, III), a menos que ele próprio seja o autor da ação rescisória¹¹.

Apesar disso, ao menos no âmbito institucional dos Ministérios Públicos, já prevalecia no regime anterior o posicionamento contrário, esposado, por exemplo, em ato conjunto do Ministério Público do Estado de São Paulo e em relatório final de comissão especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais:

MP/SP:

ATO(N) Nº 286-PGJ/CGMP/CPJ, de 22 de julho de 2002 (Pt. n. 37.535/02) – “Estabelece normas de racionalização de serviço no que concerne à intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei, nas ações rescisórias”

“Artigo 1º. O membro do Ministério Público poderá deixar de manifestar-se nas ações rescisórias se, na causa em que foi proferido o julgado rescindendo, não tiver ocorrido ou sido cabível sua intervenção, bem como na hipótese de haver cessado o interesse social.”¹²

MP/MG:

RELATÓRIO FINAL – “Comissão Especial designada para apresentação de proposta de otimização da intervenção do Ministério Público no processo civil”

“[...] não mais se justifica a sua intervenção, indistintamente, em todas as ações rescisórias, como um verdadeiro defensor da coisa julgada, mas tão-somente quando nela se tenha evidenciado interesse público – identificado no processo originário ou posteriormente.

11 DIDIER JUNIOR; CUNHA, *Curso de direito processual civil*, p. 429. No mesmo sentido: CÂMARA, *Ação rescisória*, p. 138.

12 Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_img/ATOS/286.pdf>. Acesso em: 27 maio 2015.

[...] Registre-se que 86% dos membros da instituição pesquisados concluíram pela desnecessidade dessa intervenção.”¹³

5 HIPÓTESES DE CABIMENTO

CPC/2015	CPC/1973
<p>Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:</p> <p>I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;</p> <p>II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;</p> <p>III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;</p> <p>IV - ofender a coisa julgada;</p> <p>V - violar manifestamente norma jurídica;</p> <p>VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;</p> <p>VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;</p> <p>VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.</p> <p>§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.</p>	<p>Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:</p> <p>I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;</p> <p>II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;</p> <p>III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;</p> <p>IV - ofender a coisa julgada;</p> <p>V - violar literal disposição de lei;</p> <p>VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;</p> <p>VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;</p> <p>VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;</p> <p>IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;</p> <p>§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.</p> <p>§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.</p>

13 Disponível em: <<http://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFD13F152E34013F2027D08C2ED0>>. Acesso em: 27 maio 2015.

<p>Art. 525. [omissis]</p> <p>[...] § 15. Se a decisão referida no § 14¹⁴ for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.</p>	(sem correspondente)
<p>Art. 535. [omissis]</p> <p>[...] § 8º Se a decisão referida no § 7º¹⁵ for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.</p>	(sem correspondente)
<p>Art. 658. É rescindível a partilha julgada por sentença:</p> <p>I - nos casos mencionados no art. 657;</p> <p>II - se feita com preterição de formalidades legais;</p> <p>III - se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.</p>	<p>Art. 1.030. É rescindível a partilha julgada por sentença:</p> <p>I - nos casos mencionados no artigo antecedente;</p> <p>II - se feita com preterição de formalidades legais;</p> <p>III - se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.</p>

Os incisos do *caput* do art. 966, o § 15 do art. 525 e o § 8º do art. 535, bem como os incisos do art. 658, todos do CPC/2015, especi-

- 14 (Art. 525 do CPC/2015) “§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda. § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. § 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.”
- 15 (Art. 535 do CPC/2015) “§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda. § 5º Para efeito do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal

ficam as hipóteses de cabimento de ação rescisória. São as suas possíveis causas de pedir (remotas; i.e. fundamentos fáticos do pedido). Comparando-os com o CPC/1973, percebe-se: a subsistência de diversas das hipóteses de cabimento que já vinham previstas na codificação anterior, tendo-se realizado algumas melhoras de redação e correções técnicas (**item 5.1**); o acréscimo/ampliação de algumas hipóteses (**item 5.2**); e a supressão de outra (**item 5.3**).

Cada hipótese constitui uma causa de pedir distinta, de modo que a invocação de mais de uma hipótese em determinada ação rescisória representa um cúmulo objetivo de demandas rescisórias¹⁶. Além disso, importante notar que os incisos I, II e III vinculados ao *caput* do art. 966, CPC/2015, preveem, cada qual deles, mais de uma hipótese; mais de uma causa de pedir, portanto.

5.1 HIPÓTESES MANTIDAS

À exceção do inciso VIII do art. 485 do CPC/1973, todos os seus demais incisos encontram correspondentes no art. 966 do CPC/2015. Melhorias redacionais e correções técnicas, no entanto, foram empreendidas, sem alteração, em princípio, do alcance das normas.

A redação do art. 485, IV, do CPC/1973, que não apresentava problemas, foi mantida no **art. 966, IV, do CPC/2015**. Também a redação do art. 1.030 do CPC/1973 foi reproduzida no **CPC/2015 (art. 658)**. As redações dos **incisos I e VI do art. 966**, por outro lado, são melhores quando comparadas às de seus correspondentes do CPC/1973 (art. 485, I e VI).

Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.”

16 DIDIER JUNIOR; CUNHA, *Curso de direito processual civil*, p. 376-377.

O **art. 966, II, do CPC/2015** torna textualmente claro que incompetência absoluta é vício do juízo, e não do juiz, como equivocadamente dava a entender a redação do inciso II do art. 485 do CPC/1973.

Por sua vez, o **art. 966, V, do CPC/2015** refere-se à **violação manifesta de norma jurídica**, deixando em evidência o sentido que já era conferido pela doutrina e jurisprudência à expressão **violação literal de disposição de lei**, presente no inciso V do art. 485 do CPC/1973. Não se questiona que o vocábulo “lei” era aí empregado na acepção ampla, como ato normativo (incluindo, p. ex., a Constituição e atos infra-legais)¹⁷; o dispositivo do CPC/1973, entretanto, confundia texto com norma (= sentido construído pelo intérprete a partir do texto), motivo pelo qual é indubitavelmente mais técnica a nova redação. Contudo, de maneira similar ao problema consistente em definir-se violação **literal**, subsiste o problema de se definir violação **manifesta**.

No **art. 966, VIII, do CPC/2015**, modificou-se bastante a obscura redação do seu correspondente do CPC/1973 (art. 485, IX), atribuída, por BARBOSA MOREIRA¹⁸, a uma interpretação equivocada do art. 395, n. 4, do Código de Processo Civil italiano¹⁹. E o parágrafo primeiro do art. 966 do CPC/2015, definitivo do “erro de fato”, é, substancialmente, a junção dos §§ 1º e 2º do art. 485 do CPC/1973.

17 “Doutrina e jurisprudência não divergem quanto à ampla abrangência que deve ser dada ao termo lei referido no inciso V do art. 485. Lei, tal qual empregada no dispositivo, é sinônimo de norma jurídica, independentemente de seu escalão.” (BUENO, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1.477).

18 *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 147-148.

19 “Art. 395. (Casi di revocazione). Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: [...] 4) se la sentenza e' l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi e' questo errore quando la decisione e' fondata sulla supposizione di un fatto la cui verita' e' incontrastabilmente esclusa, oppure quando e' supposta l'inesistenza di un fatto la cui verita' e' positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non constitui' un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare; [...]”.

5.2 HIPÓTESES ACRESCIDAS/AMPLIADAS

1ª e 2ª: Acresceram-se dois outros fundamentos ao **art. 966, III, do CPC/2015**, em comparação com o seu correspondente do CPC/1973 (art. 485, III): a “coação” e a “simulação”²⁰.

3ª: Confrontando-se o **art. 966, VII, do CPC/2015**, com o seu correspondente do CPC/1973 (art. 485, VII), percebe-se que duas expressões foram substituídas: “depois da sentença” por “posteriormente ao trânsito em julgado” e “documento novo” por “prova nova”.

Isoladamente consideradas, “depois da sentença” e “posteriormente ao trânsito em julgado” não são expressões sinônimas. No contexto em que empregadas, todavia, acabam assumindo significado semelhante. Dito em outros termos, acreditamos que “posteriormente ao trânsito em julgado” virá a ser interpretado aí pela doutrina e pela jurisprudência identicamente a como se vinha interpretando “depois da sentença” no art. 485, VII, do CPC/1973, ou seja, como referente ao **momento verifica-**

20 BARBOSA MOREIRA distingue **colusão** de **simulação** e entende, no regime do CPC/1973, não ser rescindível sentença decorrente de simulação. Confrontando o CPC/1973 com o diploma anterior (CPC/1939), afirma que:

“[...] o caso do **processo fraudulento** (colusão), que se distingue do **processo simulado**: enquanto neste as partes não têm, verdadeiramente, a intenção de aproveitar-se do resultado do pleito, nem, pois, real interesse na produção dos respectivos efeitos jurídicos, a não ser como simulacro para prejudicar terceiros, naquele, ao contrário, o resultado é verdadeiramente querido, e as partes valem-se do processo justamente porque ele se lhes apresenta como o único meio utilizável para atingir um fim vedado pela lei. [...] A nova lei (CPC/1973) abriu o caminho da rescisão, em se tratando de processo **fraudulento**; não, porém, de processo **simulado**: dos dois casos contemplados no art. 129, só aparece no dispositivo ora sob exame o de ‘colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei.’” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 126-127) [grifo nosso].

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, em sentido contrário, entende pelo cabimento da ação rescisória, no regime do CPC/1973, em casos de simulação (*Ação rescisória*, p. 70), ao não distinguir **colusão** de **simulação**.

Examinando interessante e frequente exemplo de processo fraudulento na Justiça do Trabalho, cf.: LOPES, Mônica Sette; SANTOS, Marina França. O tempo no processo, a colusão e a ação rescisória na Justiça do Trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 150, p. 225, mar. 2013, DTR\2013\3093.

do após a última oportunidade em que era permitido à parte valer-se da prova no processo originário²¹. Cuida-se, dessarte, de alteração textual que não deverá resultar na modificação da norma jurídica ali contida.

É a substituição de “**documento novo**” por “**prova nova**” que amplia esta hipótese de cabimento da ação rescisória, ao possibilitar a sua propositura com base em quaisquer espécies de provas novas, inclusive não documentais. Torna-se desnecessário, com isso, continuar-se enquadrando o exame de DNA no conceito de prova documental, expediente utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)²² para admitir a propositura de ação rescisória nele fundada²³. Referido entendimento, com o devido respeito, confunde as noções de **prova documental** e de **prova documentada**²⁴.

4ª: Ao voltar as atenções aos **arts. 525, § 15, e 535, § 8º, do CPC/2015**, a primeira constatação é a de que não encontram eles correspondentes no CPC/1973. Ambos contemplam a mesma hipótese, verificada em sedes distintas, apontadas pela localização topográfica dos dispositivos (Capítulos III e V do Título II do Livro I da Parte Especial do CPC/2015): a primeira delas no “cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa” e

21 BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 139-140. DIDIER JUNIOR; CUNHA, *Curso de direito processual civil*, p. 403.

22 CIVIL. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. DOCUMENTO NOVO. [...] 3. Esta Corte Superior já sedimentou o entendimento de que “O laudo do exame de DNA, mesmo realizado após a confirmação pelo juízo *ad quem* da sentença que julgou procedente a ação de investigação de paternidade, é considerado documento novo para o fim de ensejar a ação rescisória (art. 485, VII, do CPC). Precedente citado: REsp. 189.306-MG, DJ 25 ago. 2003.” [...] (REsp 653.942/MG, T4, j. 15.9.2009, DJe 28 set. 2009).

23 Em crítica a esse posicionamento do STJ, assim se pronuncia ALEXANDRE FREITAS CÂMARA: “Ora, nem sequer se trata, aqui, de prova documental, mas evidentemente de prova pericial nova.” (*Ação rescisória*, p. 99).

24 Sobre a distinção, v.: DIDIER JUNIOR; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, p. 182-183.

a segunda no “cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública”, também este definitivo, diante da exigência de que a ação rescisória objetive desconstituir decisão judicial transitada em julgado.

A hipótese envolve o conflito entre o conteúdo de uma decisão judicial transitada em julgado que reconheça a exigibilidade de uma obrigação de pagar quantia certa e de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle de constitucionalidade. Para a configuração desse conflito é necessário que a decisão judicial transitada em julgado encontre-se **fundada em lei ou ato normativo considerados inconstitucionais pelo STF, ou fundada em aplicação ou interpretação de lei ou de ato normativo tidos pelo STF como incompatíveis com a Constituição**. E, para lidar com ele, conta o CPC/2015 com duas normas distintas, conforme o trânsito em julgado daquela primeira decisão tenha-se verificado antes ou após o STF ter proferido a sua:

– se a decisão do STF for **anterior** ao trânsito em julgado da decisão que reconheça a exigibilidade de uma obrigação de pagar quantia certa, tornar-se-á inexigível a obrigação constante do título (arts. 525, §§ 12 e 14, e 535, §§ 5º e 7º, do CPC/2015);

– por sua vez, se a decisão do STF for **posterior** ao trânsito em julgado da decisão que reconheça a exigibilidade de uma obrigação de pagar quantia certa, esta se tornará rescindível (arts. 525, § 15, e 535, § 8º, do CPC/2015).

Eventual modulação temporal dos efeitos da decisão do STF, em atendimento à segurança jurídica, prerrogativa que o CPC/2015 reconhece-lhe expressamente (arts. 525, § 13, e 535, § 6º, do CPC/2015), importará na redução do espectro de incidência dessas normas.

O Enunciado n. 58 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) esclarece que não são quaisquer decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade que se prestam como paradigma:

58. (Art. 525, §§ 12 e 13; Art. 535, §§ 5º e 6º) As decisões de inconstitucionalidade a que se referem os art. 525, §§ 12 e 13 e art. 535 §§ 5º e 6º devem ser proferidas pelo plenário do STF. (Grupo: Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória)²⁵

5.3 HIPÓTESE SUPRIMIDA

O **art. 485, VIII, do CPC/1973** não encontra correspondente no CPC/2015. A redação desse dispositivo era muito criticada pela doutrina, estando com a razão BARBOSA MOREIRA quando afirmava que “[...] onde está escrito ‘confissão, desistência ou transação’ deve-se ler ‘confissão, reconhecimento do pedido, renúncia ou transação’”²⁶.

Quanto à **confissão**, impunha-se a conjugação daquele inciso com o art. 352 do CPC/1973, sensivelmente alterado na nova legislação (correspondente do CPC/2015: art. 393), conforme se percebe do quadro adiante:

CPC/2015	CPC/1973
<p>Art. 393. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.</p> <p>Parágrafo único. A legitimidade para a ação prevista no <i>caput</i> é exclusiva do confitente e pode ser transferida a seus herdeiros se ele falecer após a propositura.</p>	<p>Art. 352. A confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada:</p> <p>I - por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita;</p> <p>II - por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir o único fundamento.</p> <p>Parágrafo único. Cabe ao confitente o direito de propor a ação, nos casos de que trata este artigo; mas, uma vez iniciada, passa aos seus herdeiros.</p>

Corrigiu-se no art. 393 do CPC/2015 grave problema que a redação do *caput* do art. 352 do CPC/1973 apresentava: “a ação rescisória não visa a **revogar** (aliás, **anular**) a **confissão**, mas a **rescindir a sentença**”

25 Redação original: “A decisão parcial proferida no curso do processo, com fundamento no art. 487, I, tem natureza jurídica de decisão interlocutória, sujeita ao recurso de agravo de instrumento”.

26 BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 144.

que nela se fundou – coisa bem diferente.”²⁷ [grifos e parêntesis no original]. E, coerentemente com a supressão do art. 485, VIII, do CPC/1973, deixou-se de reproduzir no CPC/2015 também a previsão do art. 352, II, do CPC/1973.

A limitação apresentada no *caput* do art. 352 do CPC/1973, quanto aos possíveis motivos de revogação (*rectius*: invalidade) da confissão, não era reproduzida no inciso VIII do art. 485, razão pela qual o posicionamento mais correto parecia-nos ser o de se admitir a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória sob a invocação de qualquer fundamento que houvesse para invalidar a confissão em que a decisão se tivesse baseado.

Em resumo, o CPC/1973 comportava a rescindibilidade de sentenças de mérito fundadas em **confissão**, em **reconhecimento do pedido**, em **renúncia** ou em **transação**, quando houvesse **qualquer fundamento para a invalidação de tais atos**. Devemos, então, responder se essa possibilidade subsiste. Nestes termos amplos do CPC/1973, entendemos que não, à vista das mencionadas supressões, o que não afasta, por óbvio, a rescindibilidade das decisões que venham a se amoldar a hipóteses descritas em outros dispositivos do CPC/2015.

6 OBJETO RESCINDÍVEL

CPC/2015	CPC/1973
<p>Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...]</p> <p>§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do <i>caput</i>, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:</p> <p>I - nova propositura da demanda; ou</p> <p>II - admissibilidade do recurso correspondente.</p> <p>§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.</p>	<p>Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...]</p> <p>(sem correspondente)</p>

27 BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 144.

“Ação rescisória” é demanda onde se pede **(I)** sempre que seja reconhecido e efetivado o direito à rescisão²⁸ e, **(II)** eventualmente, novo julgamento (art. 968, I, do CPC/2015; correspondente do CPC/1973: art. 488, I). Objeto rescindível é aquilo que pode ser rescindido (= desconstituído). No regime do CPC/1973 eram as sentenças e acórdãos de mérito transitados em julgado (arts. 485 e 489 do CPC/1973) que apresentassem algum dos vícios rescisórios (= causa de pedir da ação rescisória).

O CPC/2015 amplia esse objeto, passando a ser rescindíveis, **presentes o trânsito em julgado²⁹ e ao menos uma das causas de pedir possíveis da ação rescisória, quaisquer decisões** (= pronunciamentos judiciais de natureza decisória, cf. art. 203 do CPC/2015) – do juízo singular [sentenças e decisões interlocutórias (art. 203, *caput* e §§ 1º e 2º, do CPC/2015)] ou de órgão colegiado³⁰ [acórdãos e decisões unipessoais,

28 Trata-se de direito potestativo, de modo que sua efetivação opera-se no plano normativo, mediante a alteração de uma situação jurídica, no caso, a desconstituição da situação jurídica “coisa julgada”, caracterizada pela relativa imutabilidade do conteúdo de uma decisão judicial. A caracterização da coisa julgada como tal situação jurídica foi objeto de outro artigo de nossa autoria (SENRA, Alexandre. A teoria do fato jurídico e o conceito de coisa julgada. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 13-32, jul./dez. 2014).

29 O trânsito em julgado da decisão rescindenda subsiste sendo pressuposto de admissibilidade da ação rescisória, conforme se extrai do art. 966, *caput*, do CPC/2015. Mesmo que o art. 658 do CPC/2015, reprodução do art. 1.030 do CPC/1973, não se refira expressamente ao trânsito em julgado, entende-se que também a sentença que resolva a partilha só se torna rescindível com o trânsito em julgado. Nesse sentido, enunciados 137 e 138 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “137. (art. 658; art. 966, § 4º; art. 1.068) Contra sentença transitada em julgado que resolve partilha, ainda que homologatória, cabe ação rescisória. (Grupo: Coisa Julgada, Ação Rescisória e Sentença) 138. (art. 657; art. 966, § 4º; art. 1.068) A partilha amigável extrajudicial e a partilha amigável judicial homologada por decisão ainda não transitada em julgado são impugnáveis por ação anulatória. (Grupo: Coisa Julgada, Ação Rescisória e Sentença)”.

30 “O CPC fala em ‘julgamento colegiado proferido pelos tribunais’, mas não só tribunais proferem julgamentos colegiados. [...] o acórdão é a decisão de um órgão colegiado, seja ele um tribunal ou uma turma recursal.” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, p. 307).

finais ou interlocutórios (arts. 204 e 932 do CPC/2015)] – **ou capítulos seus (art. 966, § 3º, do CPC/2015), desde que:**

a) de mérito (art. 966, *caput*, do CPC/2015), **ou que,**

b) não sendo de mérito, impeçam (b1) nova propositura da demanda ou (b2) a admissibilidade do recurso correspondente (art. 966, § 2º, do CPC/2015).

(a) A rescindibilidade de decisões de mérito ou de capítulos de mérito harmoniza-se com o fato de o sistema do CPC/2015 não comportar mais dúvidas quanto à possibilidade de irem sendo proferidas, ao longo do processo, várias decisões aptas a terem seu conteúdo ou parcela dele imutabilizado pela coisa julgada quando não mais recorríveis. Nas palavras de FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA:

O CPC permite a prolação de decisões parciais, que são as que dizem respeito a apenas parcela do objeto litigioso. [...] (v. arts. 354, par. ún., e 356, CPC/15)

O CPC também permite a delimitação voluntária do objeto do recurso. [...] (v. arts. 1.002 e 1.013, § 1º, *in fine*, CPC/15)

Há, então, a possibilidade de serem proferidas, ao longo do processo, várias decisões que possuem aptidão para tornar-se indiscutíveis pela coisa julgada. [...]

Exemplos: a) julgamento antecipado de um dos pedidos formulados em cumulação simples; não houve agravo de instrumento; coisa julgada em relação a esse pedido; b) sentença possui dois capítulos; somente um deles foi objeto da apelação; coisa julgada em relação ao capítulo não impugnado.

[...] **Essa constatação parece ser absolutamente indiscutível, diante da clareza do texto normativo**³¹ [grifo nosso].

Em sintonia com tal ampliação, o conceito legal de coisa julgada material passa a se vincular à **decisão de mérito** (art. 502 do CPC/2015³²;

31 DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, p. 526-527.

32 (CPC/2015) “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna

correspondente do CPC/1973: art. 467) e o art. 515, I, do CPC/2015 passa a dispor serem títulos executivos judiciais “as **decisões** proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; [...]” (correspondente do CPC/1973: art. 475-N, I, incluído pela Lei n. 11.232/2005, grifo nosso).

Tanto o capítulo de decisão quanto a decisão irrecuráveis, se forem de mérito, fazem coisa julgada material (art. 502 do CPC/2015), sendo de mérito as decisões que apresentem no seu conteúdo alguma das matérias previstas no art. 487 do CPC/2015³³ (correspondente do CPC/1973: art. 269), independentemente de serem elas finais ou interlocutórias. A ação rescisória, por sua vez, é meio típico de desconstituição da coisa julgada, seja ela total, seja parcial (art. 966, *caput* e § 3º, do CPC/2015).

Justificados, dessa maneira, os Enunciados n. 161, 336 e 436 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC):

161. (art. 487, II) É de mérito a decisão que rejeita a alegação de prescrição ou de decadência. (Grupo: Coisa Julgada, Ação Rescisória e Sentença)

336. (art. 966) Cabe ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito. (Grupo: Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória)

436. (arts. 502 e 506) Preenchidos os demais pressupostos, a decisão interlocutória e a decisão unipessoal (monocrática) são suscetíveis de fazer coisa julgada. (Grupo: Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória)

imutável e indiscutível a *decisão de mérito* não mais sujeita a recurso.”

33 (CPC/2015) “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção. Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.”

Também sobre a resolução expressa de questão prejudicial incidental pode-se formar coisa julgada, nos termos do art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC/2015³⁴, admitindo-se, conseqüentemente, ação rescisória para desconstituí-la, conforme Enunciado n. 338 do FPPC:

338. (art. 966, *caput* e § 3º; art. 503, § 1º) Cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formada sobre a resolução expressa da questão prejudicial incidental. (Grupo: Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória)

Cabe, ainda, ação rescisória, segundo previsão legal expressa (art. 701, § 3º, do CPC/2015³⁵), da decisão referida no art. 701, *caput*, do CPC/2015 – deferimento do mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer –, pertinente ao procedimento monitorio, caso o réu não realize o pagamento (melhor dizendo: não cumpra voluntariamente a prestação) nem apresente embargos.

Por outro lado, não são rescindíveis:

(I) a decisão que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, ainda que estabilizada, conforme art. 304, § 6º, do CPC/2015³⁶. Como a estabilidade dos respectivos efeitos pode ser afas-

tada por decisão proferida em outra ação, não haveria nem interesse em se rescindir o primeiro julgado;

(II) a sentença arbitral, nos termos do Enunciado n. 203 do FPPC: “**203.** (art. 966) Não se admite ação rescisória de sentença arbitral³⁷. (Grupo: Arbitragem)”

(b) Quanto à **rescindibilidade de decisões ou de capítulos seus**³⁸ que não sejam de mérito, iniciemos pelo registro de que o CPC/1939 admitia a rescisão de sentenças que não fossem de mérito³⁹. A ligação da rescindibilidade a sentenças de mérito adveio com o CPC/1973, principalmente por força dos seus arts. 485, *caput*, e 268.

O art. 485, *caput*, do CPC/1973 corrigiu uma impropriedade do seu correspondente anterior – o art. 798 do CPC/1939, que falava em sentença nula⁴⁰ –, entretanto vinculou a rescindibilidade a sentenças de mérito. O art. 268 do CPC/1973, por sua vez, referindo-se aos casos de extinção do processo sem resolução do mérito (cf. art. 267 do CPC/1973, na redação dada pela Lei n. 11.232/2005), previu que: “Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”.

Excepcionado o inciso V do art. 267 do CPC/1973, referente à preempção, à litispendência e à coisa julgada, se a sentença que extingue

proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.”

34 (CPC/2015) “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.

35 (CPC/2015) “Art. 701. [omissis]
[...] § 3º É cabível ação rescisória da decisão prevista no *caput* quando ocorrer a hipótese do § 2º.”

36 (CPC/2015) “Art. 304. [omissis]
[...] § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar,

37 Sustentando essa tese no regime do CPC/1973, cf.: PEREIRA, Ana Lucia. Considerações sobre a possibilidade da ação rescisória na sentença arbitral. WALD, Arnaldo (Coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 5, n. 17, p. 71-91, abr./jun. 2008; *Doutrinas essenciais arbitragem e mediação*, v. 3, p. 841, set. 2014, DTR\2008\867.

38 Também capítulos que não sejam de mérito podem ser rescindíveis, desde que impeçam nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente (art. 966, §§ 2º e 3º, CPC/2015).

39 MIRANDA, *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, p. 160.

40 “A ‘sentença nula’ do art. 798 do CPC de 1939 correspondia a ‘sentença rescindível’.” (COSTA, *Ação rescisória*, p. 33).

o processo sem resolução do mérito não impede que o autor intente de novo a ação, por que se admitir sua rescindibilidade? Não teria o autor interesse em rescindi-la. “A jurisprudência e a doutrina, porém, estenderam a aplicação da norma, que atribui esse efeito impeditivo, a outras situações, além daquelas previstas no inciso V do art. 267 do CPC.”⁴¹, nos seguintes termos, de acordo com FREDIE DIDIER JUNIOR:

Não se admitirá a repropositura em qualquer caso de extinção do processo por invalidade/inadmissibilidade do procedimento (art. 267, I, IV, V, VI e VII, CPC), sem que se corrija o defeito que deu causa à extinção do processo. E, se o defeito for corrigido, a demanda será proposta em novos termos e não reproposta, obviamente. Trata-se de lição assente na doutrina e na jurisprudência.

Concordamos com o raciocínio, se a causa de inadmissibilidade/invalidade do procedimento for corrigida, ter-se-á **nova ação** e não de novo a **mesma** ação. Apesar disso, abstraímos dos limites interpretativos daquele dispositivo e encampemos esse entendimento como premissa de raciocínio. O entendimento resultou na necessidade de se aceitar, olvidada a literalidade do art. 485, *caput*, do CPC/1973, a rescindibilidade de tais sentenças, que não são de mérito, mas impediriam nova propositura da (mesma) demanda (**b1**)⁴². Até porque essas sentenças podem conter algum dos vícios elencados nos incisos do art. 485 do CPC/1973 e, transitadas em julgado, não haveria outro instrumento para a sua correção.

A situação obviamente distingue-se daquela concernente às decisões que impedem a admissibilidade do recurso (**b2**); apesar disso, com ela guarda uma similaridade: também estas podem conter algum dos vícios rescisórios, e, transitadas em julgado, não haveria outro meio para a sua correção.

Diante disso, no nosso entender *de lege ferenda*, houve quem admitisse a possibilidade de rescisão de juízo de inadmissibilidade que contives-

41 DIDIER JUNIOR, “Editorial 97”.

42 V. DIDIER JUNIOR; CUNHA, *Curso de direito processual civil*, p. 357.

se algum daqueles vícios. A matéria não era pacífica, consoante se extrai de voto proferido pelo então ministro do STJ, Carlos Alberto Menezes Direito, na qualidade de relator do Recurso Especial n. 636.251/SP, conhecido e provido à unanimidade:

(Ementa)

Ação rescisória. Apelação não conhecida por deserção. Precedentes da Corte. 1. Precedentes da Corte considerando **admissível a rescisória quando não conhecido o recurso por intempestividade, autorizam o mesmo entendimento em caso de não-conhecimento da apelação por deserção. Ressalva do Relator.** 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 636.251/SP, T3, unaním., j. 03/02/05, DJ 11 abr. 2005, p. 299) [grifo nosso].

(Trechos do voto)

A matéria tem sido controvertida na doutrina e na jurisprudência. Vejamos alguns precedentes da Corte.

Há precedente desta Corte indicando que não conhecida a apelação por defeito do instrumento de mandato, a rescisória é inadmissível, porque “não veicula provimento jurisdicional de mérito” (REsp nº 489.562/SE, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 6 out. 2003).

Outro existe, da Segunda Seção, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, entendendo inadmissível a rescisória “de decisão que julga intempestiva a contestação” (AR nº 522/DF, DJ de 14 set. 1998).

Também da Segunda Seção há precedente, Relator o Ministro Barros Monteiro, indicando ser “pressuposto da ação rescisória a existência de uma sentença transitada em julgado, que tenha investigado e dirimido o *meritum causae*” (AR nº 441/DF, DJ de 9 jun. 1997).

Há, ainda, precedente desta Terceira Turma em que se entendeu admissível a rescisória quando não conhecido o recurso por intempestividade, “para corrigir erro e dar margem ao reexame da decisão de mérito”, prevalecendo neste ponto o voto do Ministro Costa Leite, o qual mencionou antigos precedentes da Seção (REsp nº 122.413/GO, de minha relatoria, DJ de 9 out. 2000).

Precedente da Quarta Turma, por seu turno, admitiu também a rescisória, quando demonstrado que houve erro na contagem do

prazo recursal (AR nº 466/RJ, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* de 6 maio 1996).

Em boa hora, então, passa o CPC/2015 a prever expressamente a rescindibilidade de decisões que **(b)** não sendo de mérito impeçam **(b1)** nova propositura da demanda ou **(b2)** a admissibilidade do recurso correspondente (art. 966, § 2º, do CPC/2015). E, para manter a coerência, conta o art. 486 do CPC/2015 com redação distinta daquela do seu correspondente do CPC/1973 (art. 268):

CPC/2015	CPC/1973
<p>Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.</p> <p>§ 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.</p> <p>§ 2º A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.</p>	<p>Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.</p>

A rescindibilidade da decisão que impede a admissão do recurso correspondente (art. 966, § 2º, II, do CPC/2015) cria ainda uma situação interessante: é, em tese, possível que ela (juízo de admissibilidade negativo do recurso) e a decisão recorrida sejam concomitantemente rescindíveis. Isso porque decisões de inadmissibilidade não substituem sequer parcialmente as decisões impugnadas⁴³ (art. 1.008 do CPC/2015; correspondente do CPC/1973: art. 512), de modo que as duas transitarão em julgado e poderão apresentar vícios rescisórios.

43 NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 849.

7 O PRAZO PARA EXERCÍCIO DO DIREITO À RESCISÃO

CPC/2015	CPC/1973
<p>Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.</p> <p>§ 1º Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o <i>caput</i>, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense.</p> <p>§ 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.</p> <p>§ 3º Nas hipóteses de simulação ou de colusão das partes, o prazo começa a contar, para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão.</p>	<p>Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.</p> <p>(sem correspondente)</p> <p>(sem correspondente)</p> <p>(sem correspondente)</p>
<p>Art. 525. [<i>omissis</i>]</p> <p>[...] § 15. Se a decisão referida no § 14⁴⁴ for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.</p>	<p>(sem correspondente)</p>
<p>Art. 535. [<i>omissis</i>]</p> <p>[...] § 8º Se a decisão referida no § 7º⁴⁵ for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.</p>	<p>(sem correspondente)</p>

44 (Art. 525, CPC/2015) “§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.”

45 (Art. 535, CPC/2015) “§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.”

A primeira alteração que se nota no quadro comparativo é a correção técnica efetivada pela substituição de “direito de propor ação rescisória” (art. 495, *caput*, do CPC/1973) por “direito à rescisão” (art. 975, *caput*, do CPC/2015). É o direito (material) à rescisão, veiculado via propositura de ação rescisória, que se extingue:

A rigor, o que se extingue não é, aliás, o “direito de propor ação rescisória”: esse existirá sempre, como simples manifestação particular do direito de ação. Extingue-se, sim, o direito mesmo à rescisão da sentença viciada. O fenômeno passa-se no plano *material*, não no plano *processual* [...] ⁴⁶ [grifo no original].

O direito à rescisão é um direito potestativo, sendo o prazo para o seu exercício, previsto no art. 975 do CPC/2015, por conseguinte, decadencial⁴⁷. Como se trata de prazo decadencial estabelecido por lei, não corre contra absolutamente incapazes, é irrenunciável e dele deve o juiz conhecer de ofício, tudo nos termos dos arts. 208 a 210 do Código Civil de 2002⁴⁸. Em que pese mantido o prazo em dois anos⁴⁹, alterações nos seus termos final e inicial foram feitas.

7.1 TERMO FINAL

O art. 975, § 1º, do CPC/2015 (sem correspondente no CPC/1973) inovou ao elencar situações nas quais o prazo em exame será

⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 220-221.

⁴⁷ O ponto não comporta maiores controvérsias (v.: DIDIER JUNIOR; CUNHA, *Curso de direito processual civil*, p. 17; BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 221).

⁴⁸ (CC/2002) “Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.
Art. 209. É nula a renúncia à decadência fixada em lei.
Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.”

⁴⁹ O texto aprovado pelo Senado Federal falava em um ano, mas veio a ser alterado pelo substitutivo da Câmara dos Deputados.

prorrogado. A previsão expressa nesse sentido se fazia mesmo necessária, diante da norma contida no art. 207 do Código Civil⁵⁰.

7.2 TERMO INICIAL

Há quatro hipóteses que o CPC/2015 afasta da regra do *caput* do seu art. 975, todas sem correspondentes no CPC/1973. É por aqui que iniciamos o exame do ponto. Uma delas encontra-se prevista nos arts. 525, § 15, e 535, § 8º, que estabelecem como termo *a quo* do prazo para o exercício do direito à rescisão a data da decisão do STF que venha a conflitar com decisão rescindenda anteriormente transitada em julgado. A segunda está no art. 975, § 2º, do CPC/2015, que faz coincidir o termo inicial do prazo em comento com a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de cinco anos, contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. As outras duas, por fim, registram-se no art. 975, § 3º, que fixa o termo *a quo* do prazo, exclusivamente para o exercício do direito à rescisão por parte do terceiro prejudicado e do Ministério Público quando não tenha intervindo no processo, no momento em que venham a ter ciência da simulação ou da colusão.

Ao voltar as atenções à regra geral, verifica-se que o art. 975, *caput*, do CPC/2015 não reproduziu o disposto no art. 495, *caput*, do CPC/1973, seu correspondente. Além da mencionada correção técnica efetuada, “contados do trânsito em julgado da decisão” veio a ser substituído no novo Código por “contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

Essa alteração envolve duas problemáticas: **(a)** uma atinente aos recursos inadmitidos/inadmissíveis e **(b)** a outra pertinente à coisa julgada parcial. Ambas são questões que foram enfrentadas pelo STJ nos precedentes que deram origem ao Enunciado n. 401 da súmula da sua juris-

⁵⁰ (CC/2002) “Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.”

prudência⁵¹ e subsequentes julgados do Tribunal que o invocam⁵², no que concordamos com FLÁVIO CHEIM JORGE quando sintetiza:

[...] há que se considerar que o enunciado da Súmula 401 do STJ contempla o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça a respeito de duas questões:

(i) **a coisa julgada não se forma parcialmente**, ante a impossibilidade de fracionamento da sentença. O prazo para o ajuizamento da ação rescisória se conta do trânsito em julgado da última decisão proferida, **ainda que a sentença possua capítulos autônomos e independentes**;

(ii) **o recurso não conhecido terá o condão de impedir a fluência do prazo recursal**, já que a decisão a esse respeito possui eficácia *ex tunc*. Constitui exceção a tal regra, o recurso manifestamente inadmissível (intempestivamente flagrante ou falta de preparo), hipótese em que o prazo começará a fluir a partir da prolação da decisão alcançada pela coisa julgada material⁵³ [grifo nosso].

Examinemos a primeira delas. **(a)** O art. 495, *caput*, do CPC/1973 falava em “contados do trânsito em julgado da decisão”⁵⁴, de modo que o sentido mais próximo ao da literalidade daquele dispositivo era o de que a norma se referia ao trânsito em julgado da decisão **rescindenda**.

Acontece que, precisar temporalmente o trânsito em julgado da decisão rescindenda implica o enfrentamento de uma tormentosa ques-

51 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_37_capSumula401.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2015.

52 E.g.: STJ, AR 3.931/MG, rel. ministro Massami Uyeda, SEGUNDA SEÇÃO, j. 29.2.2012, REPDJe 12 mar. 2012, DJe 9 mar. 2012; AgRg na MC 19.751/AL, rel. ministro Paulo de Tarso Sanseverino, TERCEIRA TURMA, j. 11.12.2012, DJe 26 mar. 2013; STJ, AgRg no REsp 1421402/MG, rel. ministra Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, j. 4.2.2014, DJe 13 fev. 2014.

53 JORGE, “Confira a análise de Flávio Cheim Jorge sobre a Súmula 401 do STJ”.

54 Não era raro, contudo, haver quem sustentasse, na hipótese de ação rescisória fundada em documento novo, que o termo *a quo* do prazo decadencial seria a data de obtenção do documento, sob o argumento de que tal prazo não poderia fluir enquanto não fosse possível à parte o exercício do direito à rescisão. Nesse sentido, e.g.: CUNHA, L. C. da. Ação rescisória fundada em documento novo. *Revista de Processo*, v. 134, p. 7, abr. 2006, DTR\2006\296.

tão: saber se recursos inadmissíveis/inadmitidos têm ou não o condão de obstá-lo. A doutrina divide-se, fornecendo três respostas distintas ao referido problema:

1ª recursos inadmissíveis não impedem o trânsito em julgado⁵⁵;

2ª recursos inadmissíveis, ressalvadas algumas hipóteses, impedem o trânsito em julgado (posição intermediária)⁵⁶; e

3ª recursos inadmitidos⁵⁷ sempre impedem o trânsito em julgado⁵⁸.

Cada qual desses posicionamentos tinha repercussão direta sobre a fixação do termo inicial do prazo para o exercício do direito à rescisão. O primeiro conduzia a uma “situação iníqua” todas as vezes que a inadmissibilidade viesse a ser pronunciada mais de dois anos após o trânsito em julgado da decisão recorrida: perdia a parte um direito – o direito à rescisão – que jamais lhe fora possível exercer, visto que o STJ era contrário ao uso de uma ação rescisória condicional na pendência do recurso⁵⁹. O terceiro não lidava bem com a necessidade de se coibir de maneira eficaz a litigância de má-fé, ao aceitar que recursos manifestamente inadmissíveis adiassem o trânsito em julgado da decisão recorrida. E o segundo carecia de uma clara definição de quais seriam as situações em que recursos inadmissíveis não

55 BARBOSA MOREIRA, *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*, p. 202-203.

56 JORGE, *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 61.

57 Não nos é indiferente o emprego das expressões “recurso inadmitido” e “recurso inadmissível”, uma vez que são reveladoras da compreensão que se tenha acerca da natureza do juízo de inadmissibilidade. Se aceito como de natureza declaratória, fala-se em recurso inadmissível (v. BARBOSA MOREIRA, *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*). Por sua vez, se compreendido como de natureza desconstitutiva, fala-se em recurso inadmitido (v. DIDIER JUNIOR, “O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito”, p. 347-349).

58 DIDIER JUNIOR, “O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito”, p. 349-352.

59 STJ, REsp 2447/RS, rel. ministro Athos Carneiro, QUARTA TURMA, j. 5.11.1991, DJ9 dez. 1991, p. 18033; STJ, EREsp 441252/CE, rel. ministro Gilson Dipp, CORTE ESPECIAL, j. 29.6.2005, DJ 18 dez. 2006, p. 276.

impediriam o trânsito em julgado, bem como de qual seria o respaldo legal para a distinção que se viesse a empreender entre tais situações e os demais casos de recursos inadmissíveis. No entanto, foi esse segundo caminho, intermediário, o que veio a ser trilhado pelo STJ.

O mero exame do teor do Enunciado n. 401 da súmula da jurisprudência do STJ (“O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.”) não permite se chegue a tal conclusão. É por meio da análise dos seus precedentes e subsequentes julgados que se comprova a assertiva. O termo *a quo* do prazo decadencial para o exercício do direito a rescisão apenas não seria afetado por recursos inadmissíveis quando se constatasse a presença de **recurso intempestivo juntamente com má-fé do recorrente**⁶⁰, caracterizada no caso por sua intenção de ampliar o prazo de ajuizamento da ação rescisória⁶¹. Em todas as demais situações, os recursos inadmissíveis acarretariam o adiamento do trânsito em julgado.

60 Em voto-vista proferido nos autos do EREsp n. 441252/CE (rel. ministro Gilson Dipp, CORTE ESPECIAL, j. 29.6.2005, DJ 18 dez. 2006, p. 276) a ministra Eliana Calmon sintetiza a evolução do posicionamento do STJ na matéria: “[...] a Corte que, até 1992, não admitia o recurso intempestivo como procrastinador do prazo decadencial, ao final do ano de 1992, pelo único acórdão da Corte Especial, passou a aceitar a dilação do prazo para a rescisória em havendo dúvida em torno da intempestividade. Por último, após o precedente do ministro Ruy Rosado de Aguiar, o Tribunal inseriu na avaliação da intempestividade o elemento boa-fé.” Assim também se posiciona ATHOS GUSMÃO CARNEIRO: “a própria ‘intempestividade’ deve ser desconsiderada quando a parte recorrente tenha agido de boa-fé, ante as circunstâncias do caso concreto;” (“Ação rescisória – embargos de declaração e sua influência na contagem do biênio decadencial”).

61 É o que fica claro no voto do ministro Herman Benjamin, no REsp n. 765823/PR (rel. ministro Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, j. 27.3.2007, DJ 10 set. 2007, p. 212): “Ressalvo que a interposição de recursos manifestamente intempestivos não pode servir de instrumento para a dilação maliciosa do prazo da Ação Rescisória, conforme precedentes desta Corte [...]. No caso destes autos, não está evidenciada má-fé na oposição dos Embargos de Declaração em 4 de maio de 2000 (dez dias após a publicação do acórdão embargado), com intuito de ampliar o prazo para ajuizamento da Ação Rescisória. Assim, há de se contar o prazo decadencial previsto no art. 495 do CPC, a partir do trânsito em julgado da última decisão, mesmo que ela se refira à intempestividade dos Embargos de Declaração”.

À exceção da citada hipótese (recurso intempestivo juntamente com má-fé do recorrente), o momento do trânsito em julgado da decisão recorrida acabava, então, coincidindo com o da decisão que inadmitiu o último recurso interposto.

Com o novo Código de Processo Civil, fixar o termo inicial do prazo para o exercício do direito à rescisão não depende mais da tomada de posicionamento quanto à tormentosa questão examinada. Optou o legislador, no art. 975, *caput*, do CPC/2015, diante da hipótese de recursos inadmissíveis/inadmitidos, segundo entendemos, por fixar o termo *a quo* do prazo em tela no trânsito em julgado do último juízo de inadmissibilidade. Resolveu-se, em princípio⁶², este primeiro problema **(a)**: “O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da **última decisão** proferida no processo.” (art. 975 do CPC/2015, grifo nosso).

Ocorre que, ao fazer referência à “última decisão **proferida no processo**” (grifo nosso), a redação negligencia uma realidade que já existia sob a égide do CPC/1973, tornada ainda mais inquestionável no regime do CPC/2015: a possibilidade de coisa julgada parcial.

Passamos ao exame da segunda problemática. **(b)** Dos precedentes do Enunciado n. 401 e posteriores julgados do STJ que a ele fazem alusão, verifica-se, como já dito, que aquela Corte posicionou-se, no regime do CPC/1973, pela inexistência da coisa julgada parcial, entendendo que haveria um único prazo de ação rescisória, contado do trânsito em julgado da **última decisão proferida no processo**, mesmo se a sentença possuísse capítulos autônomos não recorridos.

62 Pode ser que, não obstante a redação do dispositivo, doutrina e jurisprudência venham a reconhecer a existência de situações a que não se aplique aquela regra. Admitir-se-á, por exemplo, em respeito ao *caput* do art. 975 do CPC/2015, que o recorrente de má-fé logre êxito no alargamento ou mesmo reabertura do prazo para o exercício do direito à rescisão mediante interposição de recursos manifestamente intempestivos – hipótese que vinha sendo excepcionada pela jurisprudência do STJ? A responsabilização por perdas e danos (arts. 79 e 80, VII, do CPC/2015) e a imposição de sanções pecuniárias (art. 77, § 2º, do CPC/2015) por vezes não serão efetivas, sobretudo quando aplicadas a quem já seja insolvente.

Não nos parecia correto tal entendimento. Capítulos autônomos que não fossem objeto de recurso tornavam-se, com o perdão pelo truísmo, irrecorríveis (art. 515, CPC/1973) e, se de mérito, sobre eles se formava coisa julgada material; **coisa julgada material parcial**, tomando por referência a integralidade do mérito da causa. A esse posicionamento do STJ opunham-se boa parte da doutrina⁶³, o Enunciado n. 100 da súmula da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁶⁴ e um recente *leading case* do Supremo Tribunal Federal (RE n. 666.589/DF)⁶⁵.

É neste cenário que surge o *caput* do art. 975 do CPC/2015, cuja redação pode ter-se inspirado no Enunciado n. 401 do STJ, e com ele a pergunta: como devemos interpretá-lo em relação à coisa julgada parcial? FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, fundamentadamente, entendem que:

O CPC adotou uma postura dúbia em relação ao prazo para a ação rescisória. [...]

Note que se adotou a redação do enunciado n. 401 da súmula do STJ, quanto ao término do prazo. Mas nada disse sobre o momento a partir do qual é possível propor a ação rescisória.

É possível propor a ação rescisória de coisa julgada parcial – parece que não há mais espaço para discussão sobre esse ponto, tendo em vista o texto do CPC-2015.

Diante da redação do *caput* do art. 975 do CPC, a discussão, agora,

63 V. DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, p. 527-528.

64 (Súmula n. 100 do TST) [...] II - Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial. (ex-Súmula n. 100 - alterada pela Res. 109/2001, DJ 20 abr. 2001).

65 (Ementa) “[...] Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória.” (RE 666589, T1, j. 25.3.2014, Dje-106 d. 2.6.2014, p. 3 jun. 2014).

passará a ser outra: há mais de um prazo, um para cada coisa julgada, ou o prazo é único?

O art. 975 do CPC fala em “última decisão proferida no processo”. Esse trecho pode ser interpretado como a **última decisão entre todas que podem ser proferidas no processo** – na linha do que o STJ entendia –, ou como a **última decisão sobre a questão que se tornou indiscutível pela coisa julgada – a decisão que substituiu por último** (art. 1.008, CPC).

A valer a primeira interpretação, o prazo para a ação rescisória contra a decisão parcial seria indefinido, pois seu início dependeria do final do processo – enquanto o processo não terminasse, sempre seria possível propor ação rescisória contra qualquer coisa julgada parcial que se tenha formado durante a litispendência. Essa interpretação é, claramente, um atentado contra a segurança jurídica. [...]

A segunda interpretação está em consonância com todo o sistema do Código. Não apenas com as regras sobre coisa julgada parcial, que são várias, mas também com o sistema recursal, tendo em vista o que dispõe o art. 1.008 do CPC. Além disso, essa interpretação está em consonância com os princípios da segurança jurídica e da duração razoável do processo.

Finalmente, esse segundo entendimento relaciona-se, estreitamente, também, com o princípio da igualdade. Se há coisa julgada parcial, há possibilidade de execução definitiva desta decisão; se o credor não promover a execução dentro do prazo prescricional, há prescrição intercorrente (art. 924, V, CPC). [...] O credor passa a ter um prazo para executar e o devedor, um prazo indefinido para propor a ação rescisória. Essa situação é, claramente, uma ofensa ao princípio da igualdade⁶⁶ [grifos nossos].

Concordamos integralmente com as razões dos autores que os levam a repelir a primeira interpretação aventada (“última decisão entre todas que podem ser proferidas no processo”). A despeito de ser a que mais se aproxima da literalidade do dispositivo, não é aquela que melhor se harmoniza com os demais dispositivos legais do CPC/2015. Por outro lado, tomar como última decisão “a decisão que substituiu por último” não é a melhor saída.

66 DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, p. 528-529.

Em primeiro lugar porque alterar “contados do trânsito em julgado da decisão” (CPC/1973) para “contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo” (CPC/2015) não teria tido, então, significado algum; decisão de mérito rescindível já era, no regime do CPC/1973, necessariamente aquela que substituiu por último, uma vez que a decisão substituída deixa de existir juridicamente. Em segundo, porque a precisão temporal do termo *a quo* do prazo de propositura da ação rescisória permaneceria vinculada à questão, altamente controversa em termos científicos, de se saber se recursos inadmissíveis/inadmitidos impedem ou não o trânsito em julgado da decisão recorrida, que poderia ser a rescindenda, haja vista que a decisão de inadmissibilidade não a substituiu.

Defendemos uma terceira saída/interpretação. Entendemos por “última decisão proferida no processo” a **última decisão proferida no processo sobre a questão que se tornou indiscutível pela coisa julgada**. E só. Não nos parece fazer diferença para este fim saber se a última decisão substituiu ou não a anterior, se foi de mérito ou não. Exemplificativamente: **(I)** o prazo para a rescisão de uma decisão interlocutória de mérito da qual se tenha interposto agravo de instrumento (art. 354, parágrafo único, do CPC/2015; sem correspondente no CPC/1973) não conhecido contar-se-á do trânsito em julgado da decisão que inadmitiu o recurso; **(II)** relator do recurso de apelação que impugnara apenas um capítulo da sentença inadmite-a, e dessa decisão monocrática são opostos embargos de declaração que também acabam inadmitidos por decisão da qual não se vem a recorrer: o prazo para a rescisão do capítulo da sentença impugnado contar-se-á do trânsito em julgado da decisão que inadmitiu os embargos.

Assim agindo, conferimos algum significado à diferença existente entre o texto do art. 975, *caput*, do CPC/2015 e o do art. 495, *caput*, do CPC/1973, furtamo-nos a assumir um posicionamento na polêmica que envolve o juízo de inadmissibilidade e o trânsito em julgado da decisão recorrida e construímos norma que não atenta contra o sistema do CPC/2015.

8 OUTRAS ALTERAÇÕES

CPC/2015	CPC/1973
<p>Art. 968. <i>[omissis]</i> [...]</p> <p>II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.</p> <p>§ 1º Não se aplica o disposto no inciso II à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos que tenham obtido o benefício de gratuidade da justiça.</p> <p>§ 2º O depósito previsto no inciso II do <i>caput</i> deste artigo não será superior a 1.000 (mil) salários-mínimos.</p> <p>[...]</p> <p>§ 4º Aplica-se à ação rescisória o disposto no art. 332.</p> <p>§ 5º Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda:</p> <p>I - não tiver apreciado o mérito e não se enquadrar na situação prevista no § 2º do art. 966;</p> <p>II - tiver sido substituída por decisão posterior.</p> <p>§ 6º Na hipótese do § 5º, após a emenda da petição inicial, será permitido ao réu complementar os fundamentos de defesa, e, em seguida, os autos serão remetidos ao tribunal competente.</p>	<p>Art. 488. <i>[omissis]</i> [...]</p> <p>II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.</p> <p>Parágrafo único. Não se aplica o disposto no nº II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público.</p> <p>(sem correspondente)</p> <p>(sem correspondente)</p> <p>(sem correspondente)</p> <p>(sem correspondente)</p>

<p>Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.</p> <p>[...] § 3º O executado que tiver proposto ação rescisória para impugnar a decisão executada pode requerer, a suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado.</p>	(sem correspondente)
<p>Art. 971. Na ação rescisória, devolvidos os autos pelo relator, a secretaria do tribunal expedirá cópias do relatório e as distribuirá entre os juízes que compuserem o órgão competente para o julgamento.</p> <p>Parágrafo único. A escolha de relator recairá, sempre que possível, em juiz que não haja participado do julgamento rescindendo.</p>	(sem correspondente)
<p>Art. 972. Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, fixando prazo de 1 (um) a 3 (três) meses para a devolução dos autos.</p>	<p>Art. 492. Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias para a devolução dos autos.</p>
<p>Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.</p> <p>[...] § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:</p> <p>I – ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;</p>	(sem correspondente)

Outras alterações podem, ainda, ser percebidas do quadro comparativo traçado. O rol de pessoas isentas da exigência do depósito prévio de cinco por cento sobre o valor da causa, como condição de admissibilidade da ação rescisória, foi ampliado (art. 968, § 1º, do CPC/2015)⁶⁷. E se limitou tal depósito ao valor máximo de mil salários-mínimos (art. 968, § 2º, do CPC/2015).

O julgamento liminar de improcedência da ação rescisória encontra-se expressamente autorizado (art. 968, § 4º, do CPC/2015).

Há a regra de que, equivocando-se o autor em relação ao objeto rescindível, deverá ele ser intimado para corrigi-lo⁶⁸ (art. 968, § 5º, do CPC/2015), franqueando-se ao réu a oportunidade de complementar sua defesa, depois da emenda da petição inicial, com subsequente remessa dos autos ao juízo competente (art. 968, § 6º, do CPC/2015).

⁶⁷ Ainda no regime anterior, já se entendia encontrarem-se dispensados do depósito prévio os beneficiários da gratuidade de justiça (v. BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 183). Autarquias e fundações de direito público da União também já gozavam dessa isenção, por força do art. 24-A da Lei n. 9.028/1995 (incluído pela MP n. 2.180-35/2001).

⁶⁸ Proposta a ação rescisória em tribunal que venha se dar por incompetente, o problema deve ser resolvido através da simples remessa dos autos ao juízo competente, como em qualquer outra demanda ajuizada perante juízo incompetente (art. 64, § 3º, CPC/2015). Já era essa a solução que se deveria adotar no regime do CPC/1973, ante o teor de seu art. 113, § 2º. No entanto, firmou-se no STJ o entendimento, *data venia* equivocado, de que tal dispositivo não seria aplicável às ações rescisórias, devendo-se, nesta situação, ser o processo extinto sem julgamento do mérito (EDcl no AgRg no REsp 663.065/PR, T1, j. 21.6.2005, DJ 3 out. 2005, p. 131; REsp 757.163/RS, T2, j. 8.5.2007, DJ 21 maio 2007, p. 557; AgRg no REsp 755710/PR, T2, j. 11.3.2008, DJe 26 mar. 2008). Mas não é dessa situação que o art. 968, § 5º, CPC/2015, sem correspondente no CPC/1973, cuida. E sim do caso em que a incompetência do juízo onde proposta a ação rescisória é mera decorrência do real problema: erro do autor quanto ao objeto rescindível, configurado quando ele ataca decisão que não é *a priori* rescindível (art. 968, § 5º, I, CPC/2015) ou que não mais existe juridicamente (v. art. 968, § 5º, II, CPC/2015). A diferenciação entre as hipóteses tratadas pode ser também encontrada em: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação rescisória: o objeto do pedido de rescisão. *Revista dos Tribunais*, RT 590/9, dez. 1984, *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 7, p. 1.139, out. 2011, DTR\2012\1732.

Tendo sido levada a protesto decisão judicial transitada em julgado, permite-se ao executado que requeira a anotação, à margem do título, de ação rescisória que tenha proposto (art. 517, § 3º, do CPC/2015).

Determina-se que a escolha do relator recaia, sempre que possível, em juiz que não haja participado do julgamento rescindendo (art. 971, parágrafo único, do CPC/2015)⁶⁹, autorizando-se que ele delegue a competência para a produção de provas ao órgão que tenha proferido a decisão rescindenda⁷⁰ (art. 972 do CPC/2015).

Finalmente, suprimiu-se o recurso dos embargos infringentes, cabível no regime anterior para a impugnação da parte não unânime de acórdão que houvesse julgado precedente ação rescisória – ou que houvesse reformado, em grau de apelação, sentença de mérito (art. 530 do CPC/1973, na redação dada pela Lei n. 10.352/2001). Em contrapartida, foi criada uma técnica de julgamento, prevista no art. 942 do CPC/2015⁷¹ e aplicável, entre outras hipóteses, ao julgamento não unânime de procedência da ação rescisória (art. 942, § 3º, I, do CPC/2015).

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de considerações finais, reproduzimos as conclusões parciais a que se chega ao longo do estudo:

69 A previsão é salutar, sobretudo ante o Enunciado n. 252 da súmula da jurisprudência do STF: “Na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo.”

70 Cuidou o dispositivo de deixar clara essa possibilidade, não se devendo interpretá-lo como uma vedação a que tal competência seja delegada a juízo distinto. Nesse sentido, confira-se Enunciado n. 340 do FPPC: “340. (art. 972) Observadas as regras de distribuição, o relator pode delegar a colheita de provas para juízo distinto do que proferiu a decisão rescindenda (Grupo: Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória).”

71 Não se trata de recurso essa técnica de julgamento, mas alguma aproximação entre ela e o recurso de embargos infringentes se faz possível: ambos viabilizam que a decisão final venha a ser proferida por um colegiado de composição mais ampla que aquela do órgão em que proposta a ação rescisória.

1ª A definição do conceito de ação rescisória, à luz do CPC/2015 (art. 966), que propomos é a seguinte: demanda autônoma de impugnação de decisões judiciais transitadas em julgado ou de capítulos seus transitados em julgado, com eventual rejuízo da matéria antes apreciada (item 2).

2ª Com o CPC/2015 (art. 967, parágrafo único) não é mais defensável o entendimento de que o Ministério Público deva intervir em quaisquer ações rescisórias (item 4).

3ª Quanto às hipóteses de cabimento da ação rescisória, confrontando-se o CPC/2015 (arts. 525, § 15, 535, § 8º, 658 e 966) com o CPC/1973 (arts. 485 e 1.030), a despeito da manutenção de diversas delas, houve acréscimos e supressão (item 5).

4ª O objeto rescindível foi inequivocamente ampliado. Passam a ser rescindíveis, no CPC/2015, presentes o trânsito em julgado e ao menos uma das causas de pedir possíveis da ação rescisória, quaisquer decisões ou capítulos seus (art. 966, § 3º, do CPC/2015), desde que de mérito (art. 966, *caput*, do CPC/2015), ou que, não sendo de mérito, impeçam nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente (art. 966, § 2º, do CPC/2015).

5ª O art. 975 do CPC/2015 ainda faz referência ao prazo de dois anos para o exercício do direito à rescisão. Entretanto, alterações foram realizadas no que toca ao seu termo *ad quem* (art. 975, § 1º, do CPC/2015) e, sobretudo, no que concerne ao termo *a quo* do prazo (art. 975, *caput* e §§ 2º e 3º, do CPC/2015).

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara. Disponível em: <[http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1233166/DLFE-55106.pdf/REVISTA 1976.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1233166/DLFE-55106.pdf/REVISTA%201976.pdf)>. Acesso em: 6 jan. 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação rescisória – embargos de declaração e sua influência na contagem do biênio decadencial. *Revista de Processo*, v. 113, p. 246, jan. 2004 DTR\2004\94.

COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1987.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Editorial 97. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-97/>>. Acesso em: 1º jun. 2015.

_____. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume VI. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. ISSN 1982-7636. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/archive/>>. Acesso em: 6 jan. 2014, p. 322-354.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. rev., ampl. e atual. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2014.

JORGE, Flávio Cheim. Confira a análise de Flávio Cheim Jorge sobre a Súmula 401 do STJ. Disponível em: <<http://www.cjar.com.br/noticias/flaviocheim-stj-sumula.html>>. Acesso em: 1º jun. 2015.

_____. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA PROVA EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ana Flávia Messa
Michelle Asato Junqueira

“Se apenas houvesse uma única verdade, não poderiam pintar-se cem telas sobre o mesmo tema.”
(Pablo Picasso)

“Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e em um momento histórico determinados, o que valem os juízes como homens. O dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranquilo.”
(Eduardo Juan Couture)

1 Contexto: constitucionalização do Direito Processual Civil. 2 Dinamizar. 3 Conclusão.

1 CONTEXTO: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

No presente artigo, trataremos da distribuição dinâmica do ônus da prova, estabelecendo a influência da Constituição sobre o tema, salientando desde já o fato de a flexibilização do ônus da prova estar alicerçada no acesso à justiça (garantia de tutela jurisdicional efetiva com demonstração efetiva do direito substancial) e no contraditório efetivo (possibilidade de formação da convicção do julgador).

A Constituição Federal exerce influência direta e imediata no processo civil, não só pela supremacia constitucional mas também pela mudança de paradigma que tivemos no século XX com o advento do constitucionalismo pós-moderno, em que a Constituição passa a ser um

ordenamento normativo capaz de determinar o sentido das normas infraconstitucionais e das relações sociais.

No momento em que a Constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico, temos a influência de valores constitucionais que estabelecem o acesso a uma ordem jurídica justa, em que a formação do convencimento do julgador deve ser feita com base em uma valoração dinâmica, em substituição a uma concepção estática e abstrata da distribuição do ônus da prova.

A constitucionalização do Direito Processual Civil¹ convola a legalidade da distribuição dos ônus da prova em legitimidade justa e equânime da distribuição do ônus da prova. Noutros termos, a distribuição do ônus da prova deixa de ser uma regra abstrata de julgamento para se tornar apenas um parâmetro que não prevalece perante a verdade real.

Em nome do direito fundamental à prova, decorrente do devido processo legal, é vedado atribuir à parte ônus da prova quando ela não tiver condições para realizar a prova de suas alegações². Neste sentido, ROBSON RENAULT GODINHO³:

Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a consequência inevitável de se lhe ser negada a tutela de direitos. Em suma, as regras de distribuição do ônus da prova podem fazer do processo apenas um arremedo de acesso à justiça.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, além de viabilizar o direito fundamental à prova, tutela a igualdade material das partes no

1 MOREIRA, *A constitucionalização do processo no direito brasileiro: estudos de direito processual constitucional*.

2 MARINONI; MITIDIERO, *Código de processo civil comentado artigo por artigo*.

3 “A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais”.

processo⁴, já que evita tratamento discriminatório à parte em sua atividade probatória. A dinamização do ônus probatório é dar à parte que melhor tiver condições de provar o ônus probatório.

Além disso, é possível acrescentar que o juiz não pode ser mero espectador do debate entre as partes no processo. Em nome da verdade dos fatos, pode buscar meios de prova e adotar a distribuição dinâmica dos ônus processuais com melhor distribuição da carga probatória diante dos seus poderes instrutórios⁵.

A distribuição dinâmica do ônus da prova é fundamentada no dever de colaboração entre partes e juiz⁶, na medida em que se realiza a transferência do ônus probatório à parte que detiver melhores condições de comprovar os fatos alegados nos autos.

Com isso, podemos estabelecer uma tríplice fundamentação na distribuição dinâmica do ônus da prova, ao considerar a referida distribuição um:

a) instrumento de realização da justiça, pois permite ao julgador analisar as peculiaridades do caso concreto, promovendo a igualdade material das partes;

b) instrumento de acesso efetivo à justiça, uma vez que possibilita a formação da convicção do julgador na verdade dos fatos;

c) instrumento de lealdade das partes, já que estas, com base na boa-fé, colaboram com o juiz na busca da verdade dos fatos.

4 “A transferência do ônus probatório, portanto, vai ao ensejo da tutela do direito fundamental à igualdade substancial das partes no processo: se a produção da prova é muito difícil ao autor, e em contrapartida, encontra-se melhor ao alcance do réu, apenas com a dinamização dos ônus probatórios é que será possível a adequada e efetiva tutela jurisdicional” (CARPES, “Ônus dinâmico da prova”).

5 CREMASCO, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*; BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*.

6 LAZARI; SOUZA, “Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade”.

Também nos foi possível vislumbrar que a distribuição dinâmica do ônus da prova, além de ser regra de julgamento, pois ajuda formar o adequado convencimento do julgador sobre o caso concreto, é uma regra procedimental, uma vez que exige a observação da oitiva das partes antes de o julgador dinamizar o ônus⁷.

2 DINAMIZAR

Dinamizar compreende tornar mais variável o ônus da prova, segundo as possibilidades das partes envolvidas no processo e de acordo com o andamento do feito. Assim, ao magistrado, mais do que a valoração, caberia a análise de a quem competiria o *onus probandi*.

Regra geral do Direito era de que o ônus da prova competia a quem alega; quase sempre, portanto, ao autor, já que a ele cabe o sustentáculo de alegações que fundamentam o pedido.

Contudo, o ordenamento jurídico já comportava algumas exceções, como, por exemplo, a previsão do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor⁸, ou, ainda, as previsões da Consolidação das Leis do Trabalho⁹. Nestes casos, a regra do ônus probatório foi conferida ao réu, ocorrendo a chamada “inversão do ônus da prova”.

A inversão do ônus da prova ocorre na medida em que se presuppõe a hipossuficiência da parte que, em regra, deveria suportar tal ônus: o consumidor ou reclamante. Nestas hipóteses, a própria relação jurídica questionada gera a presunção da hipossuficiência. É, portanto, o

7 KNIJNIK, “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’...”.

8 “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - 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 regras ordinárias de experiências; [...]”

9 Prescreve a Consolidação das Leis do Trabalho: Art. 818. - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

fabricante do produto que deve provar que cumpriu as especificações técnicas, que informou, que disponibilizou assistência. Da mesma forma, cabe ao empregador demonstrar obediência às obrigações trabalhistas.

O Código de Processo Civil de 1973 dispõe:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

E ainda complementou: “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Por sua vez, o novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, dispõe:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Anote-se e saliente-se que, expressamente, o ordenamento processual positivou a distribuição dinâmica da prova.

A teoria da distribuição dinâmica da prova, também chamada dinamização da carga probatória, não é, todavia, novidade na doutrina ou na aceitação da jurisprudência pátria, inclusive nos tribunais superiores¹⁰.

Nesse sentido, vale citar precedentes do Superior Tribunal de Justiça¹¹:

Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso¹².

10 Embora no Superior Tribunal de Justiça encontremos vedação para reapreciação da prova (Súmula n. 7), a matéria destinada à sua valoração deve ser considerada, uma vez que se refere a eventual afronta a lei federal, no caso à interpretação destinada ao Código de Processo Civil. A título de exemplo, vale consignar o teor extraído do voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira: “A instância de origem, soberana na avaliação dos elementos fáticos, afirmou que o recorrente não estava em situação probatória excepcionalmente desvantajosa a ponto de, com fundamento na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, ser dispensado de provar os fatos constitutivos do seu direito. Não é possível rever essa conclusão sem novamente avaliar todos os elementos fático-probatórios dos autos, pelo que incide a Súmula n. 7/STJ” (AgRg nos EDcl no AREsp 540.071/ES, rel. ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 12.5.2015, *DJe* 19 maio 2015).

11 A análise jurisprudencial a seguir contém pesquisa de julgados colhidos pelo método quantitativo no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça sob o critério de pesquisa “distribuição dinâmica da prova”.

12 REsp 1286704/SP, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22.10.2013, *DJe* 28 out. 2013.

Reitere-se a utilização da teoria da distribuição dinâmica da prova, enfatizando a possibilidade de flexibilização do ônus probatório:

[...] a teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema, e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la. Logo, não há que se falar em contrariedade aos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC¹³.

Ainda:

Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria¹⁴.

Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus¹⁵.

Ainda que não se considere possível aplicar o CDC à espécie, o pedido de exibição de documentos encontra previsão expressa no CPC e pode ser deferido independentemente de eventual inversão do ônus probatório. Consoante precedente da 3ª Turma (REsp 896.435/PR, de minha relatoria, *DJe* 9/11/2009), a eventual inexistência dos extratos que conduza à impossibilidade de produção da prova pode ser decidida pelo juízo mediante a utilização das regras ordinárias do processo civil, inclusive com a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme o caso¹⁶.

13 AgRg no AREsp 216.315/RS, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23.10.2012, *DJe* 6 nov. 2012.

14 REsp 619.148/MG, rel. ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.5.2010, *DJe* 1º jun. 2010.

15 REsp 69.309/SC, rel. ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18.6.1996, *DJ* 26 ago. 1996, p. 29688.

16 REsp 1189679/RS, rel. ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 24.11.2010, *DJe* 17 dez. 2010.

Essa teoria é aplicável, inclusive, em procedimento como o processo monitorio: “Apesar de seguir a regra geral de distribuição do ônus da prova, o processo monitorio admite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova”¹⁷.

A jurisprudência empregava, portanto, o próprio Código de Processo Civil de 1973, equilibrando a carga probatória¹⁸, a fim de que se efetivassem os próprios princípios do contraditório e da ampla defesa, garantias essenciais no Estado Democrático e Social de Direito.

Processo Civil de resultados, processo justo ou processo equo, são expressões que cunham, na essência, um mesmo objetivo dentro do sistema processual, o de dar efetividade ao princípio do acesso à

17 REsp 1084371/RJ, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 1º.12.2011, *DJe* 12 dez. 2011.

18 Cabe assinalar que não se desconhece que a aplicação não é pacificada, v.g.: “3. O chamado ‘ônus da prova’ é instituto de direito processual que busca, acima de tudo, viabilizar a consecução da vedação ao *non liquet*, uma vez que, por meio do art. 333, inc. I, do CPC, garante-se ao juiz o modo de julgar quando qualquer dos litigantes não se desincumbir da carga probatória definida legalmente, apesar de permanecer dúvidas razoáveis sobre a dinâmica dos fatos. 4. Ainda acerca do direito probatório, convém ressaltar que, via de regra, a oportunidade adequada para que a parte autora produza seu caderno probatório é a inicial (art. 282, inc. I, do CPC). Para o réu, este momento é a contestação (art. 300 do CPC). Qualquer outro momento processual que possa eventualmente ser destinado à produção probatória deve ser encarado como exceção.[...] 8. O objetivo do Código de Processo Civil é claro: evitar delongas injustificadas e não queridas pelos litigantes que, muito mais do que o atingimento da sacrossanta ‘verdade material’ ou o prestígio da igualmente paradoxal ‘verdade formal’, acabam prejudicando as partes interessadas, na medida em que inviabilizam uma tutela adequada e eficiente. 9. Por tudo isso, se o autor não demonstra (ou não se interessa em demonstrar), de plano ou durante o processo, os fatos constitutivos de seu direito, mesmo tendo-lhe sido oportunizados momentos para tanto, compete ao magistrado encerrar o processo com resolução de mérito, pela improcedência do pedido, mesmo que, por sua íntima convicção, também o réu não tenha conseguido demonstrar de forma cabal os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito do autor” (REsp 840.690/DF, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.8.2010, *DJe* 28 set. 2010).

justiça, servindo de autêntico instrumento de condução à ordem jurídica justa¹⁹.

Vale ressaltar que as garantias processuais constitucionais, que são refletidas na legislação infraconstitucional, visam, de forma mediata, fortalecer o acesso à justiça e, portanto, devem ser analisadas sob este prisma, especialmente, quando o direito discutido relaciona-se a direitos fundamentais.

Depreende-se, portanto, que negar a equilibrada valoração da prova corresponderia a negar o próprio direito, desequilibrando a relação processual e negando vigência ao direito de ser tutelado.

Ademais, o juiz deve sempre buscar a verdade real.

Apesar de não ser possível o alcance de uma verdade aceita por todos, de uma verdade incontestável, não há dúvida de que, seguindo a doutrina mais moderna, o juiz também deve envidar esforços para que a reconstrução dos fatos no processo seja a mais próxima possível dos acontecimentos reais, motivo pelo qual a doutrina processual passou a defender – e os legisladores a positivar – o desenvolvimento dos poderes instrutórios do magistrado²⁰.

Ao juiz, portanto, às partes e à sociedade importa a verdade real, servindo a correta e justa distribuição da prova como legitimadora da decisão judicial. É necessária, assim, uma releitura dos princípios máximos do contraditório e da ampla defesa.

O novo Código de Processo Civil não cuida, frise-se bem, de extremos. Não há ônus exclusivo do autor ou do réu. Não se trata mais de ônus de quem alega com a inversão total em determinadas situações, mas de dinamização, o que importa análise diante do caso concreto.

19 COUTO, *Dinamização do ônus da prova no processo civil*, p. 201-202.

20 MORAES, “A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da Justiça”, p. 66.

Importante salientar que:

A distribuição dinâmica do ônus da prova, portanto, deixa de decorrer de uma opção do legislador, fundamentada na natureza do fato objeto de prova, e passa a considerar a proximidade real existente entre as partes e as fontes probatórias.

Se a parte que se encontra em melhores condições de produzir a prova não o faz, e no ato do julgamento for constatada insuficiência na demonstração dos fatos, deverá recair sobre ela a consequência pelo descumprimento do ônus, ou seja, deverá ser proferida decisão em sentido contrário aos interesses²¹.

Outra situação que merece destaque é a chamada “prova diabólica”, que se refere à prova dos fatos negativos. Por natureza, os fatos negativos não podem ser provados, a ninguém é possível fazer prova de que, por exemplo, não esteve em determinado lugar ou que não agiu de determinada forma. Para tais casos, já se aplicava o art. 333, I, do Código de Processo Civil de 1973.

Diz-se diabólica na medida em que obriga (dependendo da situação concreta) uma das partes a fazer prova contra si mesma.

Com a dinamização do ônus da prova, deverá o juiz ter a cautela necessária para não inviabilizar a prova. Neste caso,

[...] se a produção de determinada prova a cargo da parte autora é diabólica, não pode a mesma guardar essa característica e circunstância em relação à parte ex-adversa, ou seja, a produção da respectiva prova tem que ser possível para a parte requerida. Se a prova, em relação à parte requerida, também se caracterizar como diabólica, contendo um obstáculo intransponível a sua produção em juízo, não poderá o Estado-juiz aplicar a teoria da dinamização do ônus da prova²².

21 MORAES, “A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da Justiça”, p. 75.

22 COUTO, *Dinamização do ônus da prova no processo civil*, p. 183.

Essas são questões que deverão ser tratadas com cautela pela jurisprudência na efetivação dos direitos e respeito às garantias.

3 CONCLUSÃO

A proposta trazida pelo novo Código de Processo Civil instrumentaliza a posição da doutrina que vem ganhando relevo nos últimos anos, especialmente quando se tem em conta a necessidade de efetivar as garantias constitucionais do processo.

A chamada teoria dinâmica da prova ou “dinamização do ônus probatório” passa a ser uma possibilidade legal e, portanto, tende a ser mais utilizada como parâmetro para a definição da produção da prova. Nessa linha, a atuação do magistrado é mais uma vez privilegiada na condução do processo, e as minúcias do caso concreto podem ser prestigiadas na busca da verdade real.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 2009.

CARPES, Artur Thompsen. Ônus dinâmico da prova. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano XXXIII, n. 104, dez. 2006.

COUTO, Camilo J. D’Ávila. *Dinamização do ônus da prova no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2014.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 35, n. 109, mar. 2008.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz;

NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de. Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 99, jun. 2011.

MACHADO, Alan da Costa. Aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no âmbito do processo judicial previdenciário. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, v. 413, p. 353-360, abr. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2010.

MORAES, Denise Maria Rodriguez. A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 226, n. 38, p. 61-81, dez. 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A constitucionalização do processo no direito brasileiro: estudos de direito processual constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Andrea Boari Caraciola
Lourdes Régina Barone

1 Introdução. 2 Decisão embargável: ampla embargabilidade. 3 Inclusão do erro material nas hipóteses de cabimento. 3.1 Erro material e efeito infringente. 4 Prazo, contraditório e efeito infringente. 5 Preclusão e complementação das razões recursais no caso de efeito infringente. 6 Conversão dos declaratórios em agravo interno. 7 Efeito suspensivo. 8 Embargos de declaração presquestionadores e o questionamento ficto. 9 Embargos protelatórios, sua reiteração e a multa. 10 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio aborda os embargos de declaração, objetivando decodificar esse instituto recursal em face das alterações implementadas pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015), que, ao sobrelevar a efetividade da tutela jurisdicional, impõe seja esta clara, precisa, útil e completa, no atingimento dos escopos do processo.

Neste passo, emerge a função valorativa dos embargos de declaração na sistemática processual civil vigente, recurso destinado ao reexame de decisões mutiladas, seja pela falta de clareza e transparência na expressão das ideias que dão conclusão ao julgado, seja pela incoerência dos seus ditos sucessivos, constituindo-se, pois, em instrumento processual apto a revelar o verdadeiro sentido das decisões judiciais e a conferir-lhes uma interpretação autêntica, quando estas se encontrarem inquinadas por obscuridades, contradições ou omissões que comprometam ou venham a comprometer a utilidade, eficácia e efetividade do julgado, bem como sua executoriedade.

Desenvolveremos nossa investigação explorativa progressivamente, partindo dos conceitos mais abstratos e gerais relacionados à contextualização dos embargos de declaração em face da teoria geral dos recursos.

2 DECISÃO EMBARGÁVEL: AMPLA EMBARGABILIDADE

Questão importante relaciona-se à natureza do pronunciamento judicial passível de impugnação pela via dos embargos de declaração. Em princípio e pela interpretação literal do texto legal impresso no CPC de 1973, os embargos de declaração caracterizaram-se por serem recurso cabíveis e destinados a eliminar obscuridade e contradição ou suprir omissão constante em sentença ou acórdão, nos termos do art. 535 do referido Código.

Não obstante tal previsão legal e contrapondo-se à interpretação literal da lei, já entendiam doutrina e jurisprudência que decisões outras, não qualificáveis como sentenças ou acórdãos, também eram passíveis dos declaratórios.

Sobre a questão, a doutrina e a jurisprudência de vanguarda se posicionavam quanto à impossibilidade de se subtrair da parte o direito de se obter um pronunciamento judicial – materializado em um acórdão, sentença ou decisão interlocutória, ou até mesmo, excepcionalmente, despachos – absolutamente claro e preciso, imune de enganos, do ponto de vista imperativo¹.

Em sendo a clareza e a precisão técnica requisitos essenciais da linguagem veiculada nas decisões judiciais, em conformidade com a pró-

1 Destacamos a fundamentação do seguinte julgado: “Bons argumentos se poderiam alinhar em abono dos embargos declaratórios a qualquer espécie de decisão. Desde que há um julgamento, há sempre interesse em escoimá-lo da dúvida. A clareza da conclusão é sempre primordial nas manifestações de tutela jurisdicional. Seria um contra-senso admitir-se que umas, não outras decisões, pudessem ser esclarecidas. Ainda se poderia considerar que os embargos declaratórios consultam ao princípio da economia e celeridade do processo. Seu julgamento responderia, assim, ao interesse de ambas as partes, porque antes de esclarecida a decisão, não se poderia considerar certa e definitiva”. (AI 321.116, 6ª Câm., rel. juiz Jorge Almeida, j. 13.3.84. v.u., JTACivSP 87/58).

pria teoria da comunicação, é inadmissível que os vícios impugnáveis pelos embargos de declaração subsistam em qualquer pronunciamento jurisdicional, uma vez que a obscuridade, a contradição e a omissão do *decisum* dificultam e até mesmo inviabilizam seu cumprimento.

Clássica a lição de PONTES DE MIRANDA ao asseverar que: “Qualquer decisão judicial, seja interlocutória ou sentença, é suscetível de embargos declaratórios”, afirmando, àquela época, que até mesmo as “denominadas decisões irrecuráveis não afastam a oposição de embargos de declaração, dada a excepcionalidade de tal recurso”².

VICENTE MIRANDA, em monografia sobre os embargos de declaração, nos diz que todo e qualquer pronunciamento jurisdicional – **sentença, acórdão, decisão interlocutória ou despacho** – está sujeito a embargos de declaração, sendo irrelevante o órgão ou o grau de jurisdição de que emane³.

Sensível a essas considerações, o legislador do novo CPC, no *caput* do art. 1.022, ao disciplinar a natureza das decisões embargáveis, afastou o entendimento restritivo e inadequado quanto à embargabilidade apenas de sentenças e acórdãos, para expressamente consignar que “Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial”.

Conforme se verifica, desde que haja um julgamento, há sempre interesse em escoimá-lo da incerteza, da dúvida, porquanto a clareza da conclusão é sempre primordial nas manifestações de tutela jurisdicional. Por conseguinte, seria um contrassenso admitir-se que umas, e não outras espécies de pronunciamento judicial, pudessem ser esclarecidas.

Assim é que qualquer decisão judicial comporta embargos declaratórios, pois inconcebível que fiquem sem remédio os vícios de falta de clareza, certeza e incompletude existentes nos pronunciamentos judiciais, sendo, portanto, irrelevante que a decisão tenha sido proferida por juiz de primeiro grau ou tribunal superior, em processo de conhecimen-

2 MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, p. 400-401.

3 MIRANDA, *Embargos de declaração no processo civil brasileiro*, p. 45.

to, de execução ou cautelar; tampouco importa que a decisão seja terminativa, final ou interlocutória: são cabíveis os declaratórios até mesmo da decisão que tenha solucionado anteriores embargos declaratórios, desde que não se trate de repetir simplesmente o que foi arguido no primeiro recurso, de forma a vigorar, relativamente aos embargos de declaração, o princípio da ampla embargabilidade⁴.

3 INCLUSÃO DO ERRO MATERIAL NAS HIPÓTESES DE CABIMENTO

Com a publicação da sentença – definitiva ou terminativa –, é vedado ao juiz inovar no processo, exceto para corrigir erros materiais – o que lhe é permitido até mesmo *ex officio* – e também para conhecer e julgar embargos de declaração. Esta a determinação veiculada no art. 463 do CPC de 1973 e que encontra simetria no art. 494 do novo CPC⁵, da qual deflui o princípio da inalterabilidade da sentença pelo juiz.

Não obstante a possibilidade de correção do erro material a qualquer tempo, dada a ausência de trânsito em julgado sobre ele, e não obstante ainda a possibilidade dessa correção até mesmo de ofício, o novo CPC trouxe o erro material para o rol de cabimento dos vícios

4 Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 468.801 – 7ª. Câmara, relator juiz Antonio Carlos Marcato, j. 5.11.96, in JTA (LEX) 164/350, “Apesar de a lei processual civil regular, explicitamente, a interposição de embargos declaratórios apenas em relação aos atos processuais finais (quais sejam a sentença e o acórdão), eles também se prestam a afastar eventuais omissões, contradições ou obscuridades envolvendo qualquer ato judicial decisório, sempre que os aludidos vícios possam acarretar prejuízos à parte”. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento no. 220.648-2, relator juiz Corrêa Viana, J. 24.8.93, “Os embargos de declaração pelo fim a que se destinam cabem não só contra sentença e acórdão, como contra decisão interlocutória e despachos, e isso por diversas razões, sejam de ordem prática, de bom senso, de celeridade e economia processual”.

5 Segundo a Lei n. 13.105/2015, art. 494: “Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I- para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo; II- por meio de embargos de declaração”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 jun. 2015.

embargáveis, consoante o inciso III do art. 1.022 do novo CPC: “Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: [...] III- corrigir erro material”.

Assim é que, incorporando na letra da lei uma prática autorizada pela doutrina e jurisprudência, o novo CPC traz como vício ensejador dos declaratórios – ao lado da obscuridade, contradição e omissão – o erro material. Mas em que consiste o erro material?

A decisão judicial, em seu texto escrito, pode estar maculada por um erro ou vício de omissão de caráter material, que não implique um defeito de juízo, mas que aponte, tão somente, um defeito na formulação do ato escrito, constituindo-se, pois, num vício de expressão na materialização da decisão.

A doutrina italiana reconhece, em seu ordenamento jurídico processual, o erro material, caracterizando-o como um erro de declaração contido no julgado – *errore nella dichiarazione* –, que não está relacionado à formação da livre convicção do magistrado na composição da controvérsia⁶.

Tem-se no erro material o erro de expressão do julgador. O erro material corresponde a uma desatenção do magistrado quando da redação do ato judicial, caracterizando-se como algo extrínseco à razão de decidir.

Consoante a sistemática processual civil pátria, as inexatidões materiais e os erros de cálculo podem ser aclarados ou alterados, respectivamente, até mesmo *ex officio*, independentemente da iniciativa da parte interessada, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, mesmo após o trânsito em julgado do *decisum*, porquanto versam questões de ordem pública que se sobrepõem ao interesse particular das partes. Assim, a correção de tais vícios não está condicionada à oposição de embargos de declaração.

No entanto, cumpre ressaltar que a doutrina e a jurisprudência majoritárias sempre compartilharam o entendimento segundo o qual o vício relativo ao erro material poderia ser corrigido pela via dos embar-

6 GIUSEPPE TARZIA assevera que o erro material não intervém “nella formazione della volontà nel giudizio del giudice, bensì soltanto un errore nella dichiarazione” (*Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, p. 286).

gos declaratórios, prestigiando, dessa forma, os princípios da celeridade e economia processual.

O novo CPC, conferindo maior segurança à questão, passa a prever expressamente o cabimento dos declaratórios para a correção de erro material.

3.1 ERRO MATERIAL E EFEITO INFRINGENTE

Pacífico é o entendimento segundo o qual é admissível conferir efeitos modificativos à decisão embargada nas hipóteses de manifesto erro material. Destacamos aqui a possibilidade de infringência do julgado pela denominada teoria do erro evidente, que vem aceitando a utilização dos embargos de declaração com efeitos modificativos para a correção de erro manifesto e inequívoco do julgador.

Preleciona VICENTE MIRANDA que “o manifesto equívoco do juiz, o engano bradante, em uma palavra, o erro evidente, pode ser sanado em grau de embargos declaratórios, os quais terão, por óbvio, caráter infringente”⁷.

Relativamente à possibilidade de se conferirem efeitos infringentes aos embargos de declaração nos casos de erro material manifesto, certa é a influência da casuística jurisprudencial a elencar as hipóteses e os exemplos de seu cabimento: a) quando o recurso extraordinário não foi conhecido sob o fundamento inexato de que o acórdão recorrido não era unânime; b) quando, por erro material, não foi reconhecida a existência de dissídio jurisprudencial que, todavia, ocorrera na hipótese; c) quando o recurso extraordinário não foi conhecido sob o fundamento de não ter havido prequestionamento, que, entretanto, ocorreu na hipótese; d) quando o tribunal julga o processo, não percebendo pedido de desistência do recurso manifestado nos autos; e) quando os embargos tiverem sido julgados intempestivos e, na realidade, eram tempestivos, verificando-se erro material; f) quando tenha ocorrido erro de datilografia no corpo do acórdão que possa implicar contradição entre a fundamenta-

⁷ MIRANDA, *Embargos de declaração no processo civil brasileiro*, p. 62.

ção e o dispositivo; g) quando tenha ocorrido contradição entre a ementa e o resultado do julgamento, ou erro na proclamação do julgamento; h) quando tenha sido admitido recurso intempestivo; i) quando tenha sido admitido, por equívoco manifesto, recurso incabível; j) quando interpostos para retificar decisão *ultra petita*; entre outras hipóteses colacionadas pela doutrina e jurisprudência.

Neste contexto, ressalta-se o entendimento esposado pela mais alta Corte Constitucional relativamente ao erro material: “O STF tem assentado que, por motivo de erro material ou de fato em julgamento seu, é lícito, acolhendo-se os embargos declaratórios, corrigir-se o equívoco, ainda que tal importe modificação da decisão embargada”, orientação jurisprudencial esta que vem ecoando nos julgados de nossos tribunais⁸⁻⁹.

⁸ Supremo Tribunal Federal, Recurso Especial n. 82.215, relator ministro Cunha Peixoto, Revista dos Tribunais 500/245, “Cabem embargos de declaração que objetivam a correção de erro material do acórdão embargado, originado de equívoco constante da ata de julgamento, mormente quando há evidente contradição entre a parte conclusiva do aresto e o voto do relator referendado à unanimidade pela Turma Julgadora.” (STF – RE n. 82.215, relator ministro Cunha Peixoto, in RT 500/245); Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial no. 15.649-0-SP – 2ª Turma, relator ministro Antônio de Pádua, j. 17.11.93 – VU, DJU 6 dez. 1993, p. 26.653, 2ª col., em., “Erro material é aquele perceptível primo ictu oculi e sem maior exame, a traduzir desacordo entre a vontade do juiz e a expressa na sentença”. (STJ – 2ª Turma, Resp. no. 15.649-0-SP, rel. min. Antônio de Pádua, j. 17.11.93, não conheceram, vu., 6.12.93, p. 26.653, 2ª col., em.), Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração em Recurso Especial no. 47.206-7-DF – 1ª Turma, relator ministro Demócrito Reinaldo, 8.2.95 – VU., DJU 6 mar. 1995, p. 4.319, “Excepcionalmente, admite-se emprestar efeito modificativo aos Embargos de Declaração, desde que o aresto embargado tenha incorrido em erro material.” (STJ- 1ª Turma, EDcl REsp. 47.206-7-DF, rel. min. Demócrito Reinaldo, vu., j. 8.2.1995, DJU 6 mar. 1995, p. 4.319), sendo certo que, consoante jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos: Tribunal Federal de Recursos, Agravo n. 53.892-RJ – 5ª Turma, relator ministro Geraldo Sobral, j. 27.2.89 – VU., DJU 15 maio 1989, p. 7.935, 2ª col., em., “Para que se configure o erro material não basta a simples inexactidão; impõe-se que dele resulte, inequivocamente, efetiva contradição com o conteúdo do ato judicial.” (TFR, 5ª Turma, Ag. 53.892-RJ, rel. min. Geraldo Sobral, j. 27.2.89, deram provimento ao agravo, vu., 15.5.89, p. 7.935, 2ª col., em.).

⁹ Acórdãos do Supremo Tribunal Federal autorizam o uso de embargos, com força inovadora, principalmente nos casos de equívocos evidentes: Supremo Tribunal

4 PRAZO, CONTRADITÓRIO E EFEITO INFRINGENTE

Em que pese o novo CPC tenha harmonizado os prazos recursais em 15 dias, consoante o art. 1.003, § 5º, o mesmo dispositivo legal ressalva que os declaratórios mantêm o prazo de 5 dias, quer para sua interposição, quer para a resposta, prazo este a ser contado em dias úteis.

Importante aqui registrar que é muito bem-vinda a expressa previsão legal, no art. 1.023, § 2º, do novo CPC, quanto ao processamento dos declaratórios com a oitiva da parte contrária: “O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada”.

Em um único dispositivo legal, duas novidades bastante interessantes: a) expressa previsão quanto à possibilidade de os embargos de declaração conferirem efeito infringente à decisão embargada e; b) previsão quanto à necessidade de os declaratórios serem processados em contraditório, nas hipóteses em que sejam infringentes. Aliás, não poderia ser diferente em um Código – **como o é o novo CPC** – que prioriza o modelo constitucional do processo e elege a tônica do contraditório como um vetor em prol das bases democráticas da jurisdição¹⁰.

Os embargos de declaração são, habitualmente, na praxe processual, processados sem manifestação da parte contrária¹¹, ou seja, não há oportu-

Federal, Agravo de Instrumento n. 103.086-1, Agravo Regimental em Embargos Declaratórios – SP, relator ministro Rafael Mayer, ac. 18.6.85, in “RT” 600/238, “Embargos de Declaração. Erro Material. Contagem de Prazo. Rejulgamento do Agravo. Verificado o erro material na contagem de prazo, e corrigindo-o, importa afastar a intempestividade pela qual não se conheceu o agravo e proferir o julgamento consequente”, (Superior Tribunal Federal – Agravo de Instrumento n. 103.086-1 – Agravo Regimental em Embargos Declaratórios – SP, relator ministro Rafael Mayer, ac. 18.6.85, in RT 600/238).

10 Sobre o tema: CARACIOLA, *Efeito infringente dos embargos de declaração*.

11 De efeito, salienta VICENTE MIRANDA: “A inexistência de contraditório não invalida a tese defendida. Em embargos de declaração não há contraditório, porque o defeito

nidade para a resposta, porquanto, consoante concepção tradicional, os embargos têm natureza integrativa, e não infringente, da decisão embargada.

Ressalta CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

Tradicionalmente eles são processados sem oportunidade de resposta pelo embargado, até porque se consideram, pela lei e por tradicional definição, destinados a mero aperfeiçoamento na forma de expressão do julgado, sem a menor possibilidade de alterar-lhe o conteúdo: só seriam recebidos, mesmo, para dirimir obscuridade, contradições ou lacunas¹².

Ocorre que, como bem salienta o próprio autor, “a realidade não é bem assim”, apontando os casos em que aos embargos de declaração são conferidos efeitos modificativos do julgado:

A modificação do julgado, em casos assim, é absolutamente ilegítima quando feita sem a parte embargada em contraditório. Ainda que nada disponha a lei a respeito, a observância do contraditório nesses casos é de rigor constitucional e viola a garantia do contraditório o julgamento feito sem oportunidade para a resposta do embargado¹³.

Assim, impõe-se considerar a problemática do contraditório, notadamente quando aos embargos são conferidos efeitos infringentes, de sorte a propiciarem a modificação da decisão recorrida.

Sob esse ponto de vista, SONIA MARCIA HASE DE ALMEIDA BAPTISTA¹⁴ sempre destacou que, diante do caráter modificativo do jul-

do julgado existe para todas as partes do processo, ou seja, causa prejuízo a todos os sujeitos parciais da relação processual e não seria lógico que a parte que não embargou quisesse contrariar pedido de reparação de prejuízo que existe também para ela, não-embargante. Ou o prejuízo (ou seja, o defeito existe) ou não existe; não havendo, inexistirá interesse de recorrer, inexistindo, bastará que uma das partes recorra para que haja a reparação” (*Embargos de declaração no processo civil brasileiro*, p. 13-14).

12 DINAMARCO, *A reforma do código de processo civil*, p. 186.

13 DINAMARCO, *A reforma do código de processo civil*, p. 186.

14 BAPTISTA, *Dos embargos de declaração*.

gado que pode assumir o recurso de embargos declaratórios, mister se fazem observar e respeitar a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, ambas consagradas no art. 5º, inciso LV, da Magna Carta, para que a parte contrária não seja surpreendida. Quando aos declaratórios se confere caráter infringente, a decisão inova no processo, rescindindo o *decisum* declarado, podendo, inclusive, inverter-se a sucumbência nos autos do processo em que a decisão foi embargada de declaração¹⁵.

De há muito há orientação jurisprudencial nesse sentido: “A garantia constitucional do contraditório impõe que se ouça, previamente, a parte embargada na hipótese excepcional de os embargos de declaração haverem sido interpostos com efeito modificativo”¹⁶.

Do exposto, conclui-se que:

Visando os embargos declaratórios à modificação do provimento embargado, impõe-se, considerado o devido processo legal, a ciência da parte contrária para, querendo, apresentar contra-razões. A inobservância dessa formalidade, porque essencial à valia do julgamento, implica transgressão à garantia constitucional do contraditório¹⁷.

5 PRECLUSÃO E COMPLEMENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS NO CASO DE EFEITO INFRINGENTE

Ao sobrelevar a tutela constitucional do processo e, mais especificamente, o contraditório, como um dos vetores mais importantes do

15 “[...] quando os embargos de declaração assumem o caráter modificativo do julgado, para que a parte não seja surpreendida, é de ser aplicado o princípio do contraditório, devendo o juiz dar vista à parte contrária, para contra-arrazoar o recurso interposto”. BAPTISTA, *Dos embargos de declaração*, p. 152.

16 Supremo Tribunal Federal: HC - 74735/PR, rel. min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. 11.3.1997, DJ 16 maio 1997, PP. 19951, ementa, 01869-02. p. 00261.

17 STF, REED - 144981/RJ, rel. min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. 11.4.1995, DJ 8 set. 1995, PP. 28362, ementa, v. 1799-3. p. 539.

processo, o legislador do novo CPC introduziu nova disposição legal, que prevê a possibilidade de complementação ou alteração do recurso já interposto, afastando-se, portanto, a preclusão consumativa, se os embargos da outra parte acarretarem efeito infringente ao julgado embargado. Essa previsão está contida no § 4º do art. 1.024 do novo CPC:

Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

A questão versa sobre a manifestação do princípio da complementaridade dos recursos no processo civil, quando o recorrente poderá complementar a fundamentação de seu recurso já interposto, se houver alteração ou integração da decisão, em virtude de acolhimento de embargos de declaração. O recorrente não poderá interpor novo recurso, a menos que a decisão modificativa ou integrativa altere a natureza do pronunciamento judicial¹⁸.

6 CONVERSÃO DOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO INTERNO

Em prestígio ao princípio da fungibilidade recursal, o art. 1.024, § 3º, do novo CPC prescreve que:

O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º.

18 NERY JUNIOR, *Teoria geral dos recursos*, p. 184.

Esse dispositivo (art. 1.021, § 1º) determina: “Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.”

Em que pese não adotado expressamente no CPC de 1973 o princípio da fungibilidade, tal como o era no CPC de 1939, que previa no seu art. 810: “Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à câmara, ou turma, a que competir o julgamento”, o novo CPC trouxe para a letra da lei a possibilidade de os declaratórios serem recebidos como se agravo interno fossem.

Essa é uma prática frequente nos tribunais superiores do País, que doravante passará a constar do texto expresso do novo CPC:

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Princípios da fungibilidade e da instrumentalidade das formas [...]. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, em atenção aos princípios da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas, admite a conversão de embargos de declaração em agravo regimental¹⁹.

7 EFEITO SUSPENSIVO

O art. 1.026 do novo CPC é taxativo ao prever que: “Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso”.

Foram incorporadas pela letra da lei recomendações doutrinárias, em especial de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, que de há muito preleciona nesse sentido, asseverando que em situações excepcionais, nas quais a executoriedade da decisão fique comprometida pelos vícios que ensejam os declaratórios, nada impede que o embargante pleiteie esse efeito suspensivo:

19 STJ - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL : EDcl no REsp 1219381 DF 2010/0204331-4, 6ª. Turma, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.3.2013, *DJe* 29 abr. 2013.

Por tudo o quanto se disse, parece que o efeito suspensivo dos embargos de declaração deve decorrer de uma única circunstância que é o pedido expresso formulado pela parte fundada na impossibilidade real de que a decisão seja cumprida ou na probabilidade de integral alteração da decisão em virtude do acolhimento dos embargos. Não se deve entender, em nosso sentir, que a interposição dos embargos de declaração, por si só, geraria a cessação dos efeitos da decisão²⁰.

Nesse sentido, o § 1º do art. 1.026 do novo CPC diz:

A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

8 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREQUESTIONADORES E O PREQUESTIONAMENTO FICTO

Destacam-se os embargos de declaração como instrumentos aptos a prequestionarem a matéria controversa para fins de conhecimento, pela superior instância, de eventuais recursos extraordinários e/ou especiais.

Aspecto que tem merecido atenção por parte dos processualistas modernos é o relativo ao estudo da prescindibilidade, ou não, dos embargos de declaração como condição de admissibilidade dos recursos constitucionais.

Certo é que a Constituição Federal de 1988, ao garantir o duplo grau de jurisdição, impõe a necessidade de que não seja suprimida instância, de sorte a exigir quer o exaurimento de instância, quer o prequestionamento para a admissibilidade dos apelos especiais.

Os embargos de declaração contra acórdão podem ter a função de obrigar o tribunal a se pronunciar sobre o ponto que deveria ter sido objeto de exame, provocando, então, o prequestionamento da questão,

20 WAMBIER, “Os embargos de declaração têm mesmo efeito suspensivo?”, p. 70-83.

que é requisito fundamental e indispensável à admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial.

Essa exigência de embargos declaratórios para a satisfação do requisito de admissibilidade do recurso extraordinário contida na Súmula n. 356 do Supremo Tribunal Federal (“O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”) também se faz presente em relação à admissibilidade do recurso especial, em face da Súmula n. 211 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”), sendo certo que, nos casos em que interpostos os declaratórios para o fim de prequestionamento, inadmissível reconhecer os declaratórios com fim protelatório, haja vista o teor da Súmula n. 98 do Supremo Tribunal Federal (“Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”).

A redação da Súmula n. 211 editada pelo Superior Tribunal de Justiça, no entanto, diversamente do enunciado veiculado pela Súmula n. 356 do Supremo Tribunal Federal, leva-nos a concluir que a mera oposição dos embargos declaratórios não é suficiente para atender ao preenchimento do prequestionamento. Uma vez rejeitados os embargos declaratórios interpostos com a finalidade de trazer a debate e a decisão tema sobre o qual se omitiu o tribunal *a quo*, não se tem por suprido o requisito do prequestionamento, cabendo à parte alegar, nas razões do apelo, contrariedade ao dispositivo legal infraconstitucional que veda a omissão nos julgados, ou seja, contrariedade ao próprio cabimento dos declaratórios. Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça, diferentemente da orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, não acolhe o chamado “prequestionamento ficto”.

Não obstante, o novo CPC inova a questão, conferindo a ela tratamento diverso e admitindo, no texto expresso em seu art. 1.025, que:

Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Sobre a questão, destacamos a preleção de Cássio Scarpinella Bueno:

O art. 1.025 que consagra o que parcela da doutrina e da jurisprudência chama de “prequestionamento ficto”, forte no que dispõe a Súmula 356 do STF. A regra, bem-entendida a razão de ser do recurso extraordinário e do recurso especial a partir do “modelo constitucional do direito processual civil”, não faz nenhum sentido e apenas cria formalidade totalmente estéril, que nada acrescenta ao conhecimento daqueles recursos a não ser a repetição de um verdadeiro ritual de passagem, que vem sendo cultuado pela má compreensão e pelo mau uso do enunciado da Súmula 356 do STF e pelo desconhecimento da Súmula 282 do STF e da Súmula 211 do STJ. Mais ainda e sobretudo: pela ausência de uma discussão séria e centrada sobre o que se pode e sobre o que não se pode ser compreendido como “prequestionamento”, tendo presente a sua inescindível fonte normativa, qual seja, o modelo que a Constituição Federal dá aos recursos extraordinário e especial, e, para ir direto ao ponto, à interpretação da expressão “causa decidida” empregada pelos incisos III dos arts. 102 e 105 da CF²¹.

9 EMBARGOS PROTETATÓRIOS, SUA REITERAÇÃO E A MULTA

No que toca à questão dos embargos protelatórios, de sua reiteração e imposição de multa, mister destacar que o novo CPC impõe tratamento legal mais rigoroso no combate à utilização dos declaratórios de forma abusiva.

Os §§ 2º, 3º e 4º do art. 1.026 do novo CPC disciplinam a matéria. No caso de embargos de declaração protelatórios, a multa poderá

21 SCARPINELLA BUENO, *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 661-662.

ser de até 2% sobre o valor atualizado da causa em favor do embargado: “Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa” (art. 1.026, § 2º).

Na reiteração de embargos manifestamente protelatórios, a multa poderá ser elevada a até 10% do valor atualizado da causa, ficando, ainda, a interposição de qualquer recurso condicionada ao depósito prévio desse valor, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário da gratuidade da justiça, que recolherão ao final²².

Considerados protelatórios os dois anteriores, novos embargos de declaração opostos serão inadmitidos: “Não serão admitidos novos embargos de declaração se os dois anteriores houverem sido considerados protelatórios” (art. 1.026, § 4º).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas essas considerações, podemos identificar que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 andou bem ao implementar alterações já apontadas pela doutrina e jurisprudência como necessárias à potencialização dos declaratórios. Esse é um recurso que merece ser analisado com mais cuidado e atenção por parte dos estudiosos e aplicadores do Direito, uma vez que, econômicos, ágeis e dotados de um rigor formal menos acentuado, contribuem para a efetividade do processo e celeridade na entrega da prestação jurisdicional.

Não obstante, impõe-se à magistratura um olhar sensível às alterações implementadas, notadamente no que toca a seu processamen-

22 Art. 1.026, § 3º: “Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final”.

to com a oitiva da parte contrária, a fim de que sejam evitadas decisões inesperadas, como de resto, também, para que seja possível potencializar ao máximo a esfera decisória nesse recurso.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Sonia Marcia Hase de Almeida. *Dos embargos de declaração*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CARACIOLA, Andrea Boari. *Efeito infringente dos embargos de declaração*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MIRANDA, Vicente. *Embargos de declaração no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1996, n. 78.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os embargos de declaração têm mesmo efeito suspensivo? *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 7, mar.-abr. 2007.

AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS E O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA¹

Antonio do Passo Cabral

1 Introdução. Convencionalidade no direito público. 2 A tendência de convencionalidade no Direito Penal e sancionador. 3 A possibilidade de negociação em improbidade administrativa. 4 Ações coletivas e termo de ajustamento de conduta. 5 O novo CPC e os mecanismos de autocomposição dos litígios. 6 A diferença entre negócios processuais e negócios de direito material. A indisponibilidade do direito não impede a negociação sobre o processo. 7 A Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público. 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO. CONVENCIONALIDADE NO DIREITO PÚBLICO

O estreito objetivo deste texto é explorar as possibilidades de utilização dos negócios processuais (sobretudo das convenções processuais) pelo Ministério Público, aproveitando para apresentar e divulgar a recém-editada Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público, que inseriu as convenções processuais como um dos instrumentos de autocomposição cuja aplicação passa a ser recomendada aos membros do MP de todo o País.

Pois bem, tradicionalmente, a literatura processual sempre foi muito arredia em admitir os negócios jurídicos processuais, utilizando-se vários argumentos: por ser ramo do direito público, no processo só haveria normas cogentes; a fonte da norma processual seria apenas a re-

1 O presente texto corresponde, com pequenas alterações, ao texto “A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais” (In: CABRAL; NOGUEIRA. *Negócios processuais*.).

gra legislada; qualquer negócio envolveria necessariamente prerrogativas do juiz; e, para o que nos interessa no presente trabalho, que não haveria espaços de consensualidade ou convencionalidade no direito público, e portanto no processo.

Normalmente, associam-se os “negócios” aos contratos privados; e por incluir-se no campo do direito público, o processo não admitiria opções negociais. A noção de contrato seria normalmente voltada ao direito privado e tradicionalmente alheia ao direito público, e portanto ao processo².

Em nosso sentir, trata-se de uma premissa antiquada e inadequada ao Direito contemporâneo. Apesar de sua natureza pública, o processo não é infenso aos acordos e convenções. JOSEF KOHLER, em obra clássica sobre os acordos processuais, já afirmava que o contrato não é apenas uma figura do Direito Civil, mas que pode nascer e se desenvolver em qualquer ramo do Direito, podendo verificar-se também no direito público, e assim no direito processual³.

Atualmente, ao mesmo tempo em que, no direito privado, afirma-se a constante inserção de valores publicistas⁴, admite-se que o contrato e o acordo também passaram a ser figuras do direito público. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, há mais de 150 anos, já afirmava que o contrato era

2 CARNELUTTI, “Contratto e diritto pubblico”, p. 9; SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, p. 47.

3 KOHLER, “Ueber processrechtliche Verträge und Creationen”, p. 127: “Der Vertrag ist nicht nur eine Rechtsgestalt des Civilrechts, er ist eine Rechtsfigur, welche jedes Rechtsgebiet aus sich erzeugen wird, wo immer der Initiative des Individuums ein hervorragender Einfluss im Rechtsleben gestattet wird: es giebt Verträge des publicistischen Rechts, wie es solche des Privatrechts giebt; es giebt auch Verträge des Processrechts – Verträge, welche, obgleich Privatgeschäfte, ihren Einfluss auf den Process ausüben – ich sage Privatgeschäfte, Privatactes d.h. autoritätslose Acte, bei welchen lediglich die Vertragsunterwerfung massgebend ist, aber Privatactes, welche kraft dieser Vertragsunterwerfung den Process beeinflussen”. No direito público alemão, é antiga a mesma lição em autores do quilate de Jellinek. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 198 e ss., 208.

4 RAISER, “Vertragsfreiheit heute”, p. 1.

um instrumento presente no direito público e no direito internacional⁵. De fato, há mais de um século que a contratualização é um fenômeno que escapou da seara do direito privado e ingressou também em campos publicistas, trazendo para estes foros mecanismos de cooperação entre Estado e indivíduo na produção normativa⁶. Hoje é patente que a conduta pública (em geral, e não apenas no processo) está contratualizada⁷, mesmo no direito do Estado (p. ex., no campo das relações administrativas)⁸ e no direito do trabalho, espaços onde sempre se concebeu haver forte intervenção pública e restrições à autonomia da vontade⁹.

Por outro lado, o processo civil de interesses públicos¹⁰, tradicionalmente arisco às soluções negociadas, há muito vem se rendendo à mediação, conciliação etc. Trata-se da vitória da concepção atualmente disseminada que reconhece uma disponibilidade parcial dos interesses públicos, desfazendo a equivocada compreensão de que o interesse, por ser público, seria indisponível. Ao contrário, há graus de (in)disponibilidade e, em alguma medida, permite-se que mesmo as regras estabelecidas no interesse público sejam flexibilizadas.

5 SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, p. 7.

6 CHASSAGNARD-PINET, “Le système juridique français à l’ère de la contractualisation”, p. 8.

7 CAILLOSSE, “Interrogations méthodologiques sur le ‘tournant’ contractuel de l’action publique: les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l’administration”, p. 471.

8 GAUDIN (Org.), *La négociation des politiques contractuelles*, passim.

9 WOLFF; BACHOF; STÖBER, *Verwaltungsrecht*, p. 200 e ss., 210 e ss.; GROMITSARIS, “Kontraktualisierung im öffentlichen Recht”, p. 255-299; TRIMARCHI, “Accordo (teoria generale)”. *Enciclopedia del Diritto*, p. 297-299; CAILLOSSE, *Interrogations méthodologiques sur le ‘tournant’ contractuel de l’action publique: les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l’administration*, p. 474-476; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 55.

10 DUCAROUGE “Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français”, p. 86 e ss.

E no processo civil não deveria ser diferente¹¹. Lembremos os procedimentos de falência, insolvência e recuperação judicial, nos quais há múltiplos interesses, públicos e privados, e existem muitos acordos processuais. Outros exemplos comuns de flexibilização e disposição de interesses públicos são a arbitrabilidade de conflitos da Fazenda Pública¹², a conciliação em causas do Estado (art. 10, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001), a possibilidade de que não haja reexame necessário em condenações da Fazenda Pública abaixo de mil salários-mínimos para a União (art. 494, § 2º, do novo CPC), a ausência de ajuizamento de execução fiscal em alguns casos de pequeno valor (art. 20 da Lei n. 10.522/2002; arts. 7º e 8º da Lei n. 12.514/2011), entre outros, só para citar o ordenamento brasileiro.

Também na Justiça do Trabalho, é comum encontrar a afirmação, por vezes genérica e irrefletida, de que os direitos dos empregados, individualmente considerados, são sempre indisponíveis. E o processo do trabalho, por tabela, seria normalmente mais orientado ao viés publicista e infenso às convenções processuais por considerar haver uma desigualdade intrínseca entre trabalhador e empregador. Contudo, grande parte da literatura tem admitido uma relativa disponibilidade das relações de trabalho¹³, e também o direito processual laboral tem se voltado para soluções negociais de índole convencional¹⁴. Assim, por exem-

11 E, mesmo nos campos do Direito Civil mais “publicizados”, podemos ver evidentes exemplos. Um deles é o direito de família, que sempre foi o estatuto da ordem pública e da indisponibilidade no direito privado. Hoje, existem flexibilizações consensuais para a guarda de filhos menores, para o regime matrimonial e para o divórcio.

12 Essa é a concepção doutrinária mais difundida, desde que não se trate dos chamados “atos de império”, em que o Estado atua soberanamente, ou que digam respeito ao “interesse público primário”. Sobre o tema, ROQUE (“A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas”, p. 307-319).

13 Cf. ROQUE, “A arbitragem de dissídios individuais no direito do trabalho: uma proposta de sistematização”, p. 13 e ss.

14 CAROLINA TUPINAMBÁ afirma: “Sendo o processo do trabalho um instrumento dedicado à entrega de direitos decorrentes de relações de trabalho, possível extrair,

plô, o art. 114, § 2º, da Constituição da República de 1988, alterado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, exige o acordo para a instauração de dissídio coletivo de natureza econômica.

Todas estas referências revelam uma clara tendência de reforçar as estruturas consensuais mesmo nas relações publicistas¹⁵, e demonstram

destarte, como princípios próprios deste ramo processual os seguintes: (i) equilíbrio de armas processuais, eficaz tanto para a valorização do trabalho humano como para o estímulo à livre iniciativa; (ii) valorização do diálogo, com decorrente adaptabilidade de procedimentos, ampliação de acesso, preferências conciliatórias, simplificação e julgamento por equidade, máxime nas extensas omissões legais; e (iii) estabilidade da ordem social-econômica, a ser galgada pela segurança jurídica a partir da aceleração dos procedimentos e valorização de precedentes como fatores essenciais à previsibilidade, planejamento e pacificação social. [...] O processo do trabalho não deve proteger o trabalhador pela singela razão de que inexistente autorização legal ou principiológica para tanto, muito pelo contrário. O texto constitucional preza pelo equilíbrio de forças, pelo desenvolvimento social e econômico do país sobre uma ordem jurídica justa. Neste contexto, algumas regras que prestigiem gratuitamente um litigante em favor de outro se reputarão contrárias ao texto constitucional e, portanto, inválidas ou inconstitucionais, como se verá mais adiante. Deve informar o processo do trabalho uma sensível isonomia, a tratar desigualmente os desiguais, possibilitando uma luta civilizada, fair, leal, com igualdade de armas. A predileção pelo trabalhador deverá ceder lugar a uma gestão inteligente do processo em que a parte que realmente sinta dificuldades de fazer valer seus direitos possa ter voz ativa e oportunidade de influência no julgamento em condições de igualdade. [...] O procedimento mais maleável e aderente à realidade das partes, do direito material e da própria unidade judiciária em que tem curso a demanda é extremamente salutar. Em suma, nos embates que desafiam o processo trabalhista, a valorização do diálogo importa, muitas das vezes, na superação do fim pelo meio, ou seja, o curso processual tem latente capacidade de evidenciar os fatores sociais e econômicos relevantes para a solução da lide em si, bem como seus eventuais efeitos multiplicadores. [...] Em suma, as tendências recentes se orientam no sentido de se preferir a adequação à “pré-formatação” do procedimento. [...] Defendemos que o processo trabalhista estará melhor servido diante da possibilidade de escolha pelo juiz, em diálogo com partes, do procedimento que melhor lhes convier para a efetivação do direito discutido. [...] o princípio da valorização do diálogo direciona o processo trabalhista para um clima informal, com espaço para a condução procedimental moldada para o conflito subjacente sem que implique afastamento de garantias processuais”. TUPINAMBÁ, *Garantias do Processo do Trabalho*, p. 61-62.

15 DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, p. 13 e ss.; WOLFF; BACHOF; STÖBER, *Verwaltungsrecht*, p. 201.

que as soluções cooperativas podem conviver com ambientes de grande inserção de interesses públicos e sociais, como é, decerto, o direito processual¹⁶. No processo, evitando a lógica hierárquica e linear para o exercício de poder, que no publicismo é fulcrada em relações de sujeição, a consensualidade hoje pode ser atuada de maneira circular e pluralista por instrumentos de base convencional. Com efeito, o contrato hoje vai se modificando e estendendo seus domínios sobre terrenos que não eram explorados¹⁷. Surgem *nova negotia* e entre eles estão as convenções processuais.

2 A TENDÊNCIA DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO PENAL E SANCIONADOR

Este movimento pela contratualização ou convencionalidade chegou até o processo penal, campo do direito processual onde talvez sejam mais evidentes os interesses públicos. De fato, a justiça criminal clássica sempre foi imposta e não negociada, simbolizada na indisponibilidade da ação penal e no princípio inquisitivo, com a consequente prevalência do juiz¹⁸. Todavia, contemporaneamente, a partir do modelo acusatório, tem aumentado a contratualização também do processo penal. Vê-se o crescimento de uma “justiça penal consensual”¹⁹, com reforço da autonomia da vontade que favorece a busca de resultados concertados entre os diversos sujeitos processuais (o agente criminoso, o Ministé-

16 Em termos de teoria geral do processo, vale lembrar que, em várias espécies de processo, subsiste um equilíbrio entre público e privado de maneira a tutelar direitos das partes e efetivar interesses da sociedade. Cf. CADIET, “Ordre concurrentiel et justice”, p. 127.

17 Neste sentido, já era o entendimento de BUNSEN (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, p. 1-2).

18 VAN DE KERCHOVE, “Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle”, p. 189-191.

19 PRADO, “Justiça penal consensual”.

rio Público, a vítima)²⁰. Surgem cada vez mais possibilidades de mediação penal²¹, composição amigável dos danos entre agente e vítima, inclusive com aplicação participativa e negociada da pena²².

Nos ordenamentos do *common law*, o instituto convencional mais conhecido é a *plea bargain* norte-americana²³. Todavia, mais uma vez se deve frisar que este movimento é convergente também nos ordenamentos do *civil law*. Os institutos do *patteggiamento sulla pena* na Itália²⁴, da *conformidad* na Espanha²⁵, e os acordos sobre a sentença penal

20 PIN, *Le consentement en matière pénale*, passim. MCTHENIA; SHAFFER, “For reconciliation”, p. 1660 e ss.; SALVAGE, “Le consentement en droit penal”, p. 699; TULKENS, “La justice pénale: justice impose, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?”, p. 445; PIERANGELLI, *Consentimento do ofendido na teoria do delito*, p. 67 e ss.; ANDRADE, *Consentimento e acordo no direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, p. 382 e ss.

21 CARTIER, “Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale”, p. 1 e ss.; DE LAMY, “Procédure et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale)”, p. 149 e ss.; CHEMIN, “*Le rapport sur la ‘justice de proximité’: des propositions ‘faciles à mettre en oeuvre’*”.

22 Falamos aqui da participação na formação do juízo sobre a pena aplicável, e não apenas na responsabilização, ou seja, não se trata somente de buscar o arrependimento do próprio apenado. Neste sentido: VAN DE KERCHOVE, “Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle”, p. 198.

23 DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, p. 17 e ss.

24 A aplicação de pena por requerimento conjunto das partes (art. 444-1 do *Codice di Procedura Penale* italiano). CHIAVARI, “Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit penal”, p. 427 e ss.; CHIAVARI, “La justice négociée: une problématique à construire”, p. 27 e ss. Muito tempo atrás, LEONE já admitia os negócios processuais no Processo Penal (LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, p. 142 e ss.).

25 A *conformidad* traduz-se numa declaração de vontade emitida pelo arguido em processos abreviados, pela qual se declara conformado com a qualificação mais grave formulada pelo acusador e com a pena solicitada pelo MP, sempre que esta não seja maior que seis anos de prisão (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*, arts. 695 e ss., 787, 801, entre outros). Na doutrina, Cf. RODRÍGUEZ GARCÍA, *El consenso en el proceso penal español*, passim.

na Alemanha (§ 257c da *Strafprozessordnung*)²⁶ são exemplos da mesma tendência em países de tradição romano-germânica. E, no Brasil, não podemos esquecer diversos institutos negociais e cooperativos como a colaboração premiada (art. 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990; art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/1990, art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 9.807/1999; arts. 3º, I, e 4º, § 4º, da Lei n. 12.850/2012), a transação penal, a suspensão condicional do processo, a composição civil dos danos etc (arts. 74, 76, 89 da Lei n. 9.099/1995; arts. 27 e 28 Lei n. 9.605/1998).

A mesma tendência se percebe no processo sancionador brasileiro. O termo de compromisso para as infrações nos mercados de capitais (art. 11, § 5º, da Lei n. 6.385/1976), o compromisso de cessação e o acordo de leniência nas infrações à ordem econômica (arts. 85 e 86 da Lei n. 12.529/2011), este último também previsto na recente legislação anticorrupção (arts. 16 e 17 da Lei n. 12.846/2013), são todos expressão desta mesma constelação de ideias e apontam no sentido da convencionalidade deste tipo de pretensão.

3 A POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO EM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992 restringe as possibilidades de transação ou acordos em matéria de improbidade administrativa. A respeito, a doutrina sempre se dividiu. Alguns autores, seguindo uma interpretação mais conservadora da lei, identificavam uma total impossibilidade de celebração de acordos²⁷. Esse entendimento, *data venia*, nunca foi o mais adequado, muito menos à luz das inúmeras modificações que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu desde então.

26 PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess: die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen*.

27 NEIVA, *Improbidade administrativa*, p. 173-174.

De fato, a lei de improbidade administrativa, embora seja muito atual ainda hoje, foi elaborada no início da década de 1990, publicada em 1992. De lá pra cá, houve uma intensa guinada do ordenamento jurídico na direção da consensualidade e convencionalidade, como vimos. Até mesmo a pretensão penal passou a ser em grande medida objeto de acordo. É verdade que um ato ilícito que leve à sanção de improbidade nem sempre repercutirá na esfera penal. Mas é muito comum que isso aconteça: normalmente, pelo fenômeno chamado aqui e ali de “incidência múltipla”, uma mesma conduta atrairá a incidência de normas penais, civis e administrativas, com uma intercomunicação dos respectivos regramentos processuais²⁸. Nestes casos, repita-se, frequentes no campo da improbidade administrativa, seria de fato curioso que a pretensão punitiva criminal pudesse ser transacionada, convencionalizada, mas a pretensão civil da improbidade não.

Por esse motivo, muitos autores, enxergando essa incongruência e interpretando o sistema à luz das alterações legislativas que, posteriormente à edição da Lei n. 8.429/1992, sinalizaram para uma convencionalidade cada vez mais crescente, passaram a admitir, em algum grau, a disponibilidade no campo da improbidade administrativa²⁹.

E esta possibilidade parece-nos ainda mais evidente depois da edição da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), que, em seus arts. 16 e 17, prevê a celebração de acordos de leniência com os infratores que praticaram o ato ilícito³⁰. A toda evidência, o âmbito de aplicação da Lei n. 12.846/2013 tem interseção com o da Lei n. 8.429/92³¹. A correção

28 Sobre o tema, CABRAL (“O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387”, IV do CPP, p. 33 e ss.).

29 GOMES JR.; FAVRETO, *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*, p. 317 e ss.

30 FIDALGO; CANETTI, “Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção”, p. 263 e ss.

31 Ambas as leis possuem esferas de aplicação autônomas, como afirma o art. 30 da Lei n. 12.846/2013, mas suas sanções podem ser cumuladas. Neste sentido, com

ção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa.

4 AÇÕES COLETIVAS E TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Não podemos esquecer também do regramento genérico para as ações coletivas, as quais, em razão dos interesses de uma comunidade substituída processualmente, possuem forte caráter publicístico (podendo ser ajuizadas por órgãos estatais, com restrições à disponibilidade etc)³².

A possibilidade de disposição sobre direitos coletivos existe, mas é restrita, pois o próprio direito coletivo não é de todo transacionável. Não obstante, alguns instrumentos legais permitem uma margem de negociação no que tange ao tempo e modo de cumprimento das obrigações legais³³. Dentre eles, o mais conhecido e utilizado é o termo de ajustamento de conduta (previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985).

razão, QUEIROZ (“Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção”, p. 291 e ss., 310 e ss.). Além do mais, pelo arts. 3º e 6º da Lei n. 8.429/1992, os beneficiários dos atos de improbidade podem ser atingidos, e estes podem ser pessoas jurídicas. NEIVA, *Improbidade administrativa*, p. 36 e ss.

32 Alguns entendem que correspondem ao meio termo entre interesses públicos e privados. Neste sentido, cf. CAPPELLETTI, “Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile”, p. 372; GRINOVER, “A tutela jurisdicional dos interesses difusos”, p. 31. A exceção que se faz, entre os interesses coletivos em sentido amplo, é aos direitos e interesses individuais homogêneos, que possuem titulares identificáveis, objeto divisível e são disponíveis. Cf. MATTOS NETO, “Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem”, p. 151-166.

33 Parte da doutrina tem relevado a indisponibilidade dos interesses e direitos coletivos. DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 109-110: “[...] o processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse público. Esta indisponibilidade não é, contudo, integral, há uma ‘obrigatoriedade temperada com a conveniência e oportunidade’”. Para alguns, haveria inclusive possibilidade de uso da arbitragem nestes casos. Cf. GONÇALVES, “O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos”, p. 155; e ROCHA, *Lei de Arbitragem*, p. 35-36, sem enfrentar o caso dos direitos individuais homogêneos: “A lei de arbitragem, como sabemos, não se refere às matérias indisponíveis, de

Existem inúmeras controvérsias doutrinárias a respeito do TAC, sobretudo sobre sua natureza jurídica (se seria transação de direito material ou processual) e a margem permitida de negociação sobre os direitos ou interesses coletivos³⁴. A doutrina majoritária não considera o TAC uma forma de transação, mas um ato administrativo negocial, ao argumento de que, nas ações coletivas, o legitimado extraordinário não é o titular do direito alegado (que tem natureza transindividual) e portanto não poderia negociar porque não teria disponibilidade sobre o direito material subjacente³⁵.

modo que é preciso uma pesquisa no ordenamento jurídico para saber quais os direitos que classifica como indisponíveis. Diríamos não poderem ser objeto de arbitragem, entre outros, os conflitos envolvendo: [...] (f) interesses difusos, por terem objeto indivisível e sujeitos indetermináveis; entretanto, em princípio, nada obsta a arbitrabilidade dos interesses coletivos, inclusive porque pertencem a grupo social determinado ou determinável etc”. No mesmo sentido, inclusive para matéria ambiental, que corresponderia a um direito difuso, cf. LIMA, *A arbitralidade do dano ambiental*, p. 52; ALVES, *A arbitragem no direito ambiental: a questão da disponibilidade de direitos*, p. 210-211: “Tomando-se o direito ambiental como uma disciplina jurídica que abrange tanto os direitos difusos e coletivos, quanto os individuais homogêneos e, enfim, os individuais propriamente ditos, como foi feito neste trabalho, é possível dizer que, em tese, a arbitragem pode ser utilizada em conflitos que envolvem os últimos, não pode ser utilizada tendo os dois primeiros como objeto, dada a sua indivisibilidade e indisponibilidade, e quanto ao terceiro, poderá ser utilizada desde que a repercussão social do conflito não chegue ao ponto de justificar a intervenção do Ministério Público”. BRAGA, *Teoria e prática da arbitragem*, p. 277-278: “[...] Dessa forma, o objeto da arbitragem consistirá em definir certos aspectos da reparação ou compensação, como tempo, modo, lugar e condições de cumprimento da obrigação pelo poluidor, estabelecendo a melhor maneira de restabelecer o equilíbrio ecológico do ambiente agredido ou, não sendo isso possível, a medida de responsabilidade de cada um na produção do resultado danoso ao meio ambiente, o que evidentemente não configura questão coletiva; para resolver conflitos que emergem de acidente ambiental e que atingem a esfera patrimonial de particulares e para solucionar questões relativas ao direito de vizinhança”.

34 Sobre o tema, é lapidar a obra de RODRIGUES, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*.

35 VIGLIAR, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 137. MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 408: “É, pois, o compromisso de ajustamento de conduta um ato

Não podemos concordar com esse entendimento. Parece-nos evidente que há negociação nas ações coletivas no que tange ao modo e ao tempo da reparação do dano coletivo, sempre com vistas à máxima efetividade da tutela desses interesses. Nesse sentido, ainda que indisponíveis em algum grau, este dado não impede a negociação³⁶.

5 O NOVO CPC E OS MECANISMOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO DOS LITÍGIOS

A ideologia de colaboração já era, há muito tempo, pregada pela literatura processual brasileira, extraída do ordenamento a partir dos princípios processuais da boa-fé, cooperação, contraditório, devido processo legal, entre outros³⁷.

administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título. Mas mesmo isto não é verdadeira concessão, porque, ainda que o órgão público a nada quisesse obrigar-se, e assim propusesse a ação de conhecimento, vê-la-ia trancada por carência, pois lhe faltaria interesse processual em formular um pedido de conhecimento, se já tem o título executivo”. Cf. CARVALHO FILHO, *Ação civil pública: comentários por artigo*, p. 222: “Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse público difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais”. CARNEIRO (“A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública”, p. 265) conceitua-o como um “reconhecimento de um dever jurídico”.

36 DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 293 e ss.

37 MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, p. 101-103; DIDIER JUNIOR, *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*; CUNHA, “O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”, p. 349-374; CABRAL, “Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito”; CABRAL, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, p. 103 e ss., 207 e ss.; NUNES, “O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa”; OLIVEIRA,

Mas toda essa elaboração teórica desenvolveu bases científicas que impactaram a tramitação legislativa do novo CPC. Com efeito, o novo Código reforçou os mecanismos de autocomposição, incentivando as soluções cooperativas (art. 6º) e negociadas (art. 3º, §§ 2º e 3º); positivou diversas disposições sobre conciliação e mediação nos tribunais (arts. 165 a 175); impôs ao juiz deveres de estímulo à autocomposição (139, V); criou uma audiência de conciliação ou mediação (art. 334), posicionando os atos de defesa para um momento posterior (art. 335).

O novel Código de Processo Civil não só manteve a disposição equivalente ao art. 158 do CPC de 1973, reproduzida no art. 200 (referente a uma cláusula geral de negociação processual), como também reproduziu acordos já previstos há décadas na legislação processual brasileira: eleição de foro (art. 63), suspensão convencional do processo (art. 313, II), convenção sobre distribuição do ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º), entre outras. Além disso, ampliou os negócios processuais típicos. Por exemplo, instituiu o calendário processual (art. 191), permitiu a redução convencional de prazos peremptórios e ainda introduziu uma **cláusula geral** de convenções processuais (art. 190).

Essa ideologia, claramente incentivadora das soluções negociais, parece-nos sinalizar uma ampliação cada vez maior dos espaços de convencionalidade nas ações civis públicas, não só em relação ao direito coletivo mas também no que tange ao processo coletivo.

6 A DIFERENÇA ENTRE NEGÓCIOS PROCESSUAIS E NEGÓCIOS DE DIREITO MATERIAL. A INDISPONIBILIDADE DO DIREITO NÃO IMPEDE A NEGOCIAÇÃO SOBRE O PROCESSO

Pois bem, ainda que haja restrições no que tange à disponibilidade sobre os direitos materiais, vimos que existe alguma margem para autocomposição. De fato, tanto no processo civil das causas do Esta-

“A garantia do contraditório”; OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*.

do quanto no processo sancionador, e até mesmo no processo penal, há possibilidade de celebração de negócios que representam algum grau de disposição sobre os direitos materiais envolvidos, mesmo em campos de forte presença de interesse público. O mesmo acontece nos termos (ou compromissos) de ajustamento de conduta nas ações coletivas e, em nosso sentir, também nas ações de improbidade administrativa. Essa permeabilidade para os acordos existe hoje e deverá ser certamente alargada pela influência da normativa do novo CPC.

Todavia, essa constatação não seria sequer necessária para que investiguemos a admissibilidade de acordos processuais em causas dessa natureza. Se a convencionalidade é reconhecida no processo penal e sancionador, no processo civil de interesse público e nas ações coletivas, até mesmo para dispor dos interesses substanciais, entendemos que não deva haver óbice apriorístico para a negociação **em matéria processual**.

Em se tratando de convenções atinentes a direitos processuais ou ao procedimento, não há propriamente a disposição de direitos materiais da coletividade. A disposição de direito processual não tem como reflexo necessário a mitigação do direito material cuja tutela é pretendida na relação jurídica processual. As convenções, por exemplo, que alteram a forma da citação, ou os negócios que renunciam previamente a certos tipos de recurso ou meios de prova, não versam sobre o direito material, embora possam, é verdade, impactar a solução final do processo em relação a eles.

Por esse motivo, a indisponibilidade sobre o direito material não leva necessariamente à indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais, até porque a convenção processual pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade. Imaginemos numa demanda em que figure um incapaz, ou numa ação coletiva: caso o MP ou outro legitimado extraordinário firme convenção processual para fixar um foro competente que seja mais eficiente para a colheita da prova ou que importe em maior proximidade geográfica

com a comunidade lesada; ou um acordo para ampliar os prazos que possui para praticar atos do processo; ou uma convenção que amplie os meios de prova, ou que facilitem o acesso do incapaz à justiça. Enfim, os exemplos são inúmeros e mostram que, mesmo em processos com alguma indisponibilidade, são possíveis.

Neste sentido, foi editado o Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

7 A RESOLUÇÃO N. 118/2014 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Nesse cenário de evidente tendência de fortalecimento da cooperação, da consensualidade e dos negócios, tanto de direito material quanto de direito processual, o Conselho Nacional do Ministério Público, em demonstração de estar na vanguarda desta temática no Brasil, editou, em dezembro de 2014, a Resolução n. 118, referente aos mecanismos de autocomposição no âmbito do Ministério Público brasileiro.

A crise de sobrecarga nos serviços judiciários, que já tinha levado o Conselho Nacional de Justiça a editar resolução similar (Res. n. 125/2010), inspirou o Ministério Público a buscar também programas e ações efetivas no que tange à prevenção, resolução e pacificação de litígios de maneira extrajudicial, com mais celeridade e economia de recursos.

Desde os seus *consideranda*, passando pelas suas disposições específicas, a resolução reconhece que a adoção e o desenvolvimento de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos é uma tendência mundial, decorrente do fomento a uma cultura de participação, diálogo, consenso e paz; destaca que o acesso à Justiça incorpora também a possibilidade de manejar outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias, que podem ser utilizados pelo Ministério Público como garantia de proteção e de efetivação de direitos e

interesses de repercussão social, mesmo que sejam indisponíveis; afirma que a autocomposição pode reduzir a litigiosidade mesmo nas causas do processo civil de interesse público (controvérsias envolvendo o Estado e também nas ações coletivas); ressalta que os meios autocompositivos levam ao empoderamento das partes na solução dos conflitos, diminuindo as relações de dependência do indivíduo em relação ao Estado (art. 2º); invoca como base normativa para a negociação tanto regras legais do Direito Penal como do direito processual civil; e determina que deve ser uma política pública estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já existentes, consolidando-as, bem assim ampliar e aperfeiçoar o uso dos mecanismos de autocomposição no âmbito do MP (arts. 1º e 4º)³⁸.

No seu art. 1º, parágrafo único, a resolução atribui ao MP o dever de implementar e adotar mecanismos de autocomposição, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos. Em diversos dispositivos, a norma possibilita ao CNMP e a todos os órgãos e unidades do Ministério Público a realização de pesquisas e controle de metas, mapeamento de difusão de boas práticas, disponibilização de cursos de capacitação e treinamento e a promoção de publicações científicas e voltadas à *praxis* institucional. Determina, por outro lado, a inclusão de conteúdo sobre os meios de autocomposição nos concursos de ingresso na carreira, e a criação e manutenção de núcleos permanentes de incentivo à autocomposição (arts. 6º e 7º)³⁹.

38 A resolução estimula ainda que essas iniciativas sejam feitas por meio de convênios e consórcios com outras instituições. Assim, foi elaborado pelo CNMP, em parceria com a ENAM/SJR/MJ, o “Manual de Negociação e Mediação” para membros do Ministério Público, que tem como objetivo orientar a atuação acerca das práticas autocompositivas.

39 Estes núcleos deverão ser compostos por membros. Insta salientar que o Ministério Público do Estado do Acre foi pioneiro na implementação da resolução. Com vistas de incentivar os mecanismos autocompositivos e reduzir a judicialização de processos, instituiu o Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição (Ato do PGJ

Dentre as diversas espécies de atividades e métodos de autocomposição, a resolução destaca a negociação (art. 8º), a mediação (arts. 9º e 10), a conciliação (arts. 11 e 12), as práticas restaurativas (arts. 13 e 14) e, no que mais nos interessa, as convenções processuais, citadas juntamente com os outros tipos de mecanismos autocompositivos nos arts. 6º, IV e V, e 7º, e disciplinadas com maior detalhamento na Seção V, nos arts. 15 a 17.

Sem embargo, a resolução, em seu art. 16, autoriza o membro do Ministério Público, nos limites do ordenamento jurídico, a celebrar acordos de natureza processual. Para além do direito material, o MP poderá convencionar com vistas a constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. E poderá fazê-lo em qualquer fase da investigação ou durante o processo, isto é, poderá celebrar convenções processuais prévias ou incidentais.

No art. 15, a resolução recomenda o uso das convenções processuais quando o procedimento tiver que ser adaptado ou flexibilizado para permitir adequada e efetiva tutela jurisdicional dos interesses materiais subjacentes, bem assim quando permitir resguardar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais relacionados com o acordo.

Em seguida, no art. 17, a Resolução n. 118 dispõe que as convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar a convivência harmônica entre os envolvidos, promovendo a pacificação do conflito.

O mesmo art. 17 afirma que as convenções processuais podem ser inseridas e documentadas em cláusulas de termo de ajustamento de conduta. Segue-se, portanto, não só a tendência de ampliação da convencionalidade na tutela coletiva, mas também se pode visualizar um evi-

n. 7/2015, publicado no D.O do Estado do Acre em 12 de fevereiro de 2015). No seu art. 3º, parágrafo único, incisos IX e X, o ato administrativo também remete às convenções processuais.

dente avanço nos instrumentos de atuação do MP, com uma previsão expressa de inclusão no TAC de acordos em matéria processual.

Por todo o exposto, inúmeras convenções processuais podem e devem ser utilizadas pelos membros do MP em termos de ajustamento de conduta, de maneira a flexibilizar o procedimento e imprimir eficiência à implementação dos direitos coletivos. Acordos em matéria de competência, convenções probatórias (sobre os meios de prova, sobre o ônus da prova), sobre a duração do processo (calendário, por exemplo), acerca dos recursos (renúncia convencionada a meios de impugnação), acordos em execução (sobre os meios executivos, por exemplo), enfim, cada um deles exigiria um esforço próprio e um artigo específico. Aqui queremos apenas sugerir as inúmeras alternativas de aplicação do instituto.

8 CONCLUSÃO

A Resolução n. 118/2014 do CNMP é hoje a única norma vigente no ordenamento brasileiro que expressamente remete às convenções processuais⁴⁰. Ficam aqui nossos efusivos parabéns ao CNMP e a todos os seus conselheiros. Como se pôde ver, ainda que brevemente, a resolução é inovadora e vem na esteira das mais atuais tendências de favorecimento dos meios autocompositivos de solução de conflitos em todo o mundo, seguindo a orientação de décadas do ordenamento brasileiro de permitir convencionalidade mesmo em espaços de direito público. Além disso, não se limitou a mencionar acordos sobre o direito material, já previstos na legislação; mesmo antes de o novo Código de Processo Civil entrar em vigor, o CNMP se antecipou e avançou no tema das convenções processuais.

40 De fato, trata-se de norma, embora de origem administrativa. Além disso, se é verdade que as convenções processuais sempre puderam ser praticadas com base no art. 158 do CPC de 1973, aquele dispositivo não mencionava **expressamente** os acordos ou convenções processuais. É antes uma disposição mais genérica, que abarca também os negócios jurídicos unilaterais.

As possibilidades de utilização dos acordos em matéria processual pelo MP são muitas, e caberá agora à doutrina e aos procuradores e promotores de todo o País o desenvolvimento de boas práticas que permitam explorar esta “nova fronteira” do direito processual e extrair desses mecanismos o melhor resultado prático para a defesa dos interesses coletivos e sociais relevantes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rafael Francisco. *A arbitragem no direito ambiental: a questão da disponibilidade de direitos*. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Leopoldianum, 2006.

ANDRADE, Manuel Costa. *Consentimento e acordo no direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 382 e ss.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BUNSEN, Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Berlin: Guttenlag, 1900.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, n. 2, 2005.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., 2010.

_____. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV, do CPP. *Revista Forense*, v. 105, 2009.

_____. A resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CADIET, Loïc. Ordre concurrentiel et justice. In: *L'ordre concurrentiel: Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*. Paris: Frison-Roche, 2003.

CAILLOSSE, Jacques. Interrogations méthodologiques sur le tournant contractuel de l'action publique: les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration. In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion (Org.). *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*. Montpellier: Presse de la Faculté de Droit, v. II, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 30, 1975.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, n. 1, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. Contratto e diritto pubblico. In: *Studi in onore di Alfredo Ascoli*. Messina: Giuseppe Principato, 1931.

CARTIER, Marie-Elisabeth. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale. *Revue Générale des Procédures*, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. Le système juridique français à l'ère de la contractualisation. In: _____. *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz, 2008.

CHEMIN, Anne. Le rapport sur la "justice de proximité": des propositions "faciles à mettre en oeuvre". *Le Monde*, Paris, 26 fev. 1994.

CHIAVARIO, Mario. La justice négociée: une problématique à construire. *Archives de Politique Criminelle*, n. 15, 1993.

_____. Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal. *Revue Internationale de Droit Comparé*, ano 49, n. 2, abr./jun. 1997.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 209, jul. 2012.

DE LAMY, Bertrand. Procédure et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale). In: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *Approche critique de la contractualisation*. Paris: LGDJ, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?* O Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, v. IV, 2014.

DUCAROUGE, Françoise. Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français. *Revue Française de Droit Administratif*, n. 1, jan/fev. 1996.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: JusPodivm, 2015.

GAUDIN, Jean-Pierre (Org.). *La négociation des politiques contractuelles*. Paris: L'Harmattan, 1996.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et alii* (Org.). *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 3. ed., 2012, p. 317 e ss.

GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; Martins, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, v. 14, abr. 1979.

GROMITSARIS, Athanasios. Kontraktualisierung im öffentlichen Recht. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, v. 57, 2009.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Freiburg im Breisgau: J.C.B. Mohr, 1912.

KOHLER, Josef. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. In: *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*. Berlin: Carl Heymanns, 1894.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Napoli: Pipola, 1954.

LIMA, Bernardo. *A arbitralidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010.

MATTOS NETO, Antônio José. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 122, abr. 2005.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H. Beck, 16. ed., 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MCTHENIA, Andrew W.; SHAFFER, Terry L. For reconciliation. *Yale Law Journal*, Yale, n. 94, 1985.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Niterói: Impetus, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A garantia do contraditório. *Revista Forense*, v. 346, abr./jun. 1999.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PETERS, Julia. *Urteilsabsprachen im Strafprozess: die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen*. Göttingen: Universitätsverlag, 2011.

PIERANGELLI, José Henrique. *Consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: RT, 1989.

PIN, Xavier. *Le consentement en matière pénale*. Paris: LGDJ, 2002.

PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: _____. *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: JusPodivm, 2015.

RAISER, Ludwig. Vertragsfreiheit heute. *Juristen Zeitung*, ano 13, n. 1, jan. 1958, p. 1.

ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1997.

ROQUE, Andre Vasconcelos. A arbitragem de dissídios individuais no direito do trabalho: uma proposta de sistematização. *Revista Fórum Trabalhista*, v. 1, n. 2, set./out. 2012.

_____. A evolução da arbitralidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 33, abr./jun. 2012.

SALVAGE, Philippe. Le consentement en droit pénal, *Revue de Science Criminelle*, 1991.

SATTA, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931.

SAVIGNY, Friedrich Carl. *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp., v. II, 1853.

TRIMARCHI, Vincenzo Michele. Accordo (teoria generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, v. I, 1958.

TULKENS, Françoise; VAN DE KERCHOVE, Michel. La justice pénale: justice impose, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1996.

TUPINAMBÁ, Carolina. *Garantias do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

VAN DER KERCHOVE, Michel. Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle. In: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz, 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. 6. ed. München: C.H.Beck, v. II, 2000.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A COISA JULGADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Bruno José Silva Nunes

1 Introdução: fundamentos da coisa julgada. 2 Coisa julgada formal e coisa julgada material. 3 Definição do instituto: análise sob o prisma das normas constantes do Código de Processo Civil de 2015. 4 Limites da coisa julgada. 4.1 Limites objetivos da coisa julgada. 4.2 Limites subjetivos da coisa julgada. 5 Efeitos da coisa julgada. 6 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO: FUNDAMENTOS DA COISA JULGADA

O estudo da configuração do instituto da coisa julgada no processo civil é de suma relevância, sobretudo porque em um Estado Democrático de Direito, como se conforma o Estado Brasileiro, a segurança jurídica é valor fundamental. Além disso, o fato de ter sido editado recentemente o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), com algumas modificações atinentes ao instituto, impõe um olhar mais aprofundado a seu respeito.

THEODORO JÚNIOR aduz que a coisa julgada é uma “qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual”¹. É de se ver que, na linha defendida pelo mencionado autor, parte da doutrina considera a coisa julgada como uma qualidade que se amolda à sentença, tornando-a imutável e indiscutível. Tal qualidade é atribuída à sentença, observados determinados requisitos, porque há uma necessidade social de conferir estabilidade às relações jurídicas, evitando-se a perpetuação

1 THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 552.

de litígios. O Estado reconhece essa necessidade em prol da segurança que os negócios almejam da ordem jurídica².

O Direito proporciona o convívio harmônico das pessoas em sociedade, viabilizando ordem nas relações intersubjetivas. É possível dizer que o ordenamento jurídico preestabelece qual interesse deve prevalecer no caso de litígios, inclusive de modo a evitá-los. E atribui à sentença a força de coisa julgada para que ela reflita a lei que rege o caso concreto submetido à apreciação, objetivando encerrar as controvérsias que eventualmente surgem no dia a dia.

Nesse rumo, MARINONI e ARENHART sustentam que a decisão prolatada pelo Poder Judiciário declara a disciplina abstrata que incide sobre a situação jurídica submetida à apreciação jurisdicional³. Os mencionados autores afirmam que

[...] a coisa julgada nada mais é do que o reflexo da ordem jurídica abstrata no caso concreto; se a regra abstrata é (ao menos em princípio, e enquanto a necessidade social estiver acorde com ela) imutável, também a regra concreta assim deve ser. E, considerando que na sentença o juiz ‘concretiza’ a norma abstrata, fazendo a lei do caso concreto, nada mais normal que essa lei também se mostre imutável⁴.

2 THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 561. Sobre a matéria, convém visitar as lições de DINAMARCO: “A função da coisa julgada *tout court* é a de proporcionar segurança nas relações jurídicas, sabendo-se que a insegurança é gravíssimo fator perverso que prejudica os negócios, o crédito, as relações familiares e, por isso, a felicidade pessoal das pessoas ou grupos. A imutabilidade da sentença e de seus efeitos é um dos mais importantes pesos responsáveis pelo equilíbrio entre exigências opostas, inerente a todo sistema processual [...]; enquanto a garantia do contraditório, o direito à prova, os recursos etc., propiciam o aprimoramento da qualidade dos julgamentos mediante a refletida ponderação do juiz em torno da pretensão e dos pontos que a envolvem (Calamandrei), a imutabilidade implica pôr um ponto final nos debates e nas dúvidas, oferecendo a solução final destinada a eliminar o conflito ou, ao menos, a extinguir os vínculos inerentes à relação processual” (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 294-295).

3 MARINONI; ARENHART, *Manual do processo de conhecimento*, p. 629.

4 MARINONI; ARENHART, *Manual do processo de conhecimento*, p. 629-630.

No ordenamento jurídico brasileiro, em regra, há previsão de impugnação das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais por meio de recursos⁵. Não obstante, a recorribilidade é limitada, inclusive para viabilizar a estabilização das relações jurídicas com o encerramento das controvérsias. Em verdade, “a impugnabilidade das decisões não pode ser irrestrita; a partir de certo momento, é preciso garantir a estabilidade daquilo que foi decidido, sob pena de perputuar-se a incerteza sobre a situação jurídica submetida à apreciação do Judiciário”⁶.

A coisa julgada consagra o princípio da segurança jurídica, porque confere estabilidade às relações jurídicas. Referido princípio é corolário do Estado Democrático de Direito⁷. Nesse sentido, a doutrina che-

5 Há hipóteses de interposição de recursos a serem julgados pelo próprio órgão prolator da decisão (*e.g.*, os embargos de declaração) e de recursos a serem julgados por um órgão jurisdicional hierarquicamente superior ao prolator da decisão (a exemplo da apelação e dos recursos especial e extraordinário). Em alguns casos não há previsão de recursos, nem mesmo para órgão jurisdicional superior. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já assentou que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro não alberga a garantia do duplo grau de jurisdição (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 513.044/SP. Relator: ministro Carlos Velloso. *Diário de Justiça da União*, 8 abr. 2005, p. 31).

6 DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, p. 477.

7 Sobre a matéria, CANOTILHO informa que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança são elementos constitutivos do Estado de Direito. Sustenta o doutrinador que o princípio geral da segurança jurídica, em sentido amplo, desenvolve-se, relativamente aos atos jurisdicionais, em torno dos conceitos de estabilidade e de previsibilidade. A estabilidade diz respeito ao fato de que as decisões adotadas pelos poderes públicos, sob forma e procedimento regulares, não devem ser arbitrariamente alteradas, salvo no caso de ocorrerem pressupostos relevantes. E a previsibilidade se relaciona à exigência de que os cidadãos tenham certeza de calculabilidade a respeito dos efeitos jurídicos dos atos normativos (CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 256-258). Percebe-se que a estabilidade referida pelo doutrinador português se relaciona com o instituto da coisa julgada e a previsibilidade tangencia certa uniformidade e estabilidade da jurisprudência, mas, no que se refere à previsibilidade, o doutrinador ressalta expressamente que não existe direito à manutenção da jurisprudência (p. 257-258). Ver também: NERY JUNIOR, “Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito”, p. 142-143.

ga a sustentar a dispensabilidade da previsão acerca da coisa julgada no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988, uma vez que ela estaria umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito⁸.

Em verdade, a previsão constante da Lei Maior demonstra o apreço que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro tem pelo instituto⁹, sendo importante registrar que todas as Constituições anteriores (com exceção da Carta de 1937) proclamaram a impossibilidade de a lei retroagir em prejuízo da coisa julgada¹⁰. A Constituição da República de 1988 confere proteção especial à coisa julgada, mas confere à legislação infraconstitucional a apresentação de seus contornos¹¹.

Portanto, conforme assentado anteriormente, embora seja possível considerar desnecessária a previsão da coisa julgada no texto constitucional, ela revela a importância do respeito à autoridade das decisões acobertada pela coisa julgada.

Importante assentar, ainda, que a coisa julgada não é essencial às sentenças. Mesmo sem a referida qualidade, as sentenças podem produzir efeitos no mundo jurídico, o que se vê, por exemplo, na execução provisória. A coisa julgada é um *plus* que viabiliza a segurança jurídica e encerra discussões sobre questões submetidas ao Poder Judiciário, ou seja, evita a rediscussão sobre uma determinada relação ou situação jurídica.

Nesse quadro, é cabível sustentar que o fato de o Brasil se constituir como um Estado Democrático de Direito indica uma opção política de consagrar o princípio da segurança jurídica e o instituto da coisa julgada, para viabilizar a convivência das pessoas em sociedade.

8 ALVIM WAMBIER; MEDINA, *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*, p. 22.

9 THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 561.

10 BASTOS; MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 185.

11 ALVES, “Delineamentos da coisa julgada e sua garantia constitucional”, p. 82-101.

Adverte THEODORO JÚNIOR que o fundamento da coisa julgada não se encontra no fato de a sentença encerrar presunção de verdade ou de justiça. O autor salienta que a instituição da coisa julgada não leva em conta preocupação no sentido de valorar a sentença diante dos fatos ou dos direitos. Segundo o autor, o que move o legislador é “uma exigência de ordem prática, quase banal, mas imperiosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário”. E arrematada dizendo que “apenas a preocupação de segurança nas relações jurídicas e de paz na convivência social é que explicam a *res iudicata*”¹².

A imutabilidade do comando que emerge da sentença, que advém da coisa julgada, permite caracterizar a atividade jurisdicional como a única atividade do Estado com caráter de definitividade. Somente a jurisdição tem aptidão de expedir provimentos de natureza definitiva, que fazem coisa julgada.

2 COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL

Realizada uma breve análise sobre os fundamentos da coisa julgada, impõe-se assentar uma diferenciação corrente na doutrina entre a coisa julgada formal e a material.

É possível dizer que a coisa julgada torna imutável o comando albergado no dispositivo da sentença. O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), no art. 467, define a coisa julgada material como “a **eficácia**, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujei-

12 THEODORO JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 561. No mesmo sentido, ensina NERY JUNIOR que “entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado democrático de direito, fundamento da república brasileira” (“Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito”, p. 145).

ta a recurso ordinário ou extraordinário” [grifo nosso]. De outro lado, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), no art. 502, dispõe que coisa julgada material é “a **autoridade** que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”¹³ [grifo nosso].

A doutrina aponta que além da coisa julgada material existiria a coisa julgada formal. Seriam dois graus de um mesmo fenômeno¹⁴, em que a existência daquela pressupõe a existência desta.

A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão de mérito no âmbito do processo no qual foi proferida, sem se externar para além desse processo. Assim, quando não é mais possível impugnar a decisão de mérito no âmbito do processo em que foi proferida, seja por terem se esgotado os meios de impugnação cabíveis, seja por não ser cabível a interposição de recursos, constitui-se a coisa julgada formal.

Portanto, a coisa julgada formal se configura quando não há mais possibilidade de se impugnar a decisão de mérito.

A impossibilidade de se interpor recursos cabíveis advém da preclusão. Segundo COUTURE, a preclusão “é geralmente definida como a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual”¹⁵. A preclusão pode ser: temporal, que ocorre pelo decurso do prazo; lógica, que se configura quando é praticado um ato incompatível com a vontade de recorrer; e consumativa, que se dá quando há a interposição do recurso¹⁶.

THEODORO JÚNIOR sustenta que a coisa julgada formal decorre da imutabilidade da sentença no processo em que foi proferida, pela im-

13 O debate sobre a coisa julgada ser a eficácia ou a autoridade que alberga a decisão será apresentado adiante.

14 THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 558-560.

15 COUTURE, *Fundamentos de direito processual civil*, p. 93.

16 DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 296.

possibilidade de se interpor recurso. Essa impossibilidade, segundo o autor, é caracterizada pelo fato de a legislação não admitir interposição de recurso, pelo escoamento do prazo estipulado sem interposição, pela desistência do recurso interposto ou pela renúncia ao direito de recorrer¹⁷.

Parcela da doutrina sustenta que a coisa julgada formal, caracterizada pela impossibilidade de se impugnar a sentença no âmbito do processo em que foi proferida, consistiria assim na preclusão máxima ocorrida no processo em que prolatada a decisão¹⁸.

GRINOVER, ao atualizar obra de LIEBMAN, aponta que a coisa julgada formal e a preclusão são institutos diferentes. Aquela seria a qualidade da decisão judicial que se torna imutável no âmbito do processo. Já a preclusão seria, ao mesmo tempo, a perda de uma faculdade processual e um fato impeditivo à prática de determinado ato processual. Há entre a preclusão e a coisa julgada formal uma relação lógica, segundo a qual, verificada a ocorrência da preclusão, tornando-se inimpugnável a sentença no bojo do processo em que foi prolatada, configura-se a coisa julgada formal¹⁹.

Cumprе registrar, por oportuno, que a coisa julgada formal recobre tanto as sentenças terminativas – que não analisam o mérito –

17 THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 558.

18 SANTOS, *Comentários ao código de processo civil*, p. 430. No mesmo sentido: DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 296; DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, p. 479. CHIOVENDA também associa a preclusão à coisa julgada formal. Afirma o autor italiano que a preclusão definitiva das questões propostas ou proponíveis se dá quando há no processo uma sentença que não pode mais ser impugnada. Haveria, nessa situação, sentença passada em julgado, formando-se a coisa julgada em sentido formal (*Instituições de direito processual civil*, p. 450).

19 LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 68. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover.

quanto as definitivas – que analisam o mérito²⁰. De outro lado, a coisa julgada material somente se amolda às decisões de mérito, conforme expressamente consignado no art. 502 do CPC/2015.

Nesse sentido, o art. 503, *caput*, do CPC/2015 dispõe que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”²¹. Assim, a coisa julgada material se relaciona às decisões que efetivamente analisam o mérito.

A partir do momento em que não for mais possível impugnar a sentença de mérito, forma-se a coisa julgada material e a decisão passa a ter força de lei entre as partes. A decisão de mérito não poderá mais ser objeto de discussão, seja no processo em que foi proferida, seja em qualquer outro processo. A qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade da sentença se externa para além do próprio processo em que prolatada a decisão.

O art. 508 do CPC/2015 dispõe que “transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”. Referido dispositivo revela que a coisa julgada material se restringe às decisões de mérito, apontando que o seu trânsito em julgado acarreta a consideração de que foram deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que as partes poderiam opor tanto ao acolhimento como à rejeição do pedido (eficácia preclusiva da coisa julgada).

É de fato pertinente sustentar que a coisa julgada material pressupõe a coisa julgada formal. Aquela, para se externar para além do processo em que foi proferida a decisão de mérito, depende desta (ou seja, pressupõe a impossibilidade de se impugnar a sentença no âmbito do processo)²².

20 GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, p. 274.

21 Conforme dispõe o art. 468 do CPC/1973, “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. O diploma anterior utiliza a expressão “lide” para se referir ao mérito, motivo pelo qual o tratamento não é diferente do CPC/2015.

22 COUTURE, *Fundamentos de direito processual civil*, p. 241.

Portanto, a coisa julgada formal consiste na imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida, enquanto a coisa julgada material consiste na imutabilidade da sentença dentro e fora do processo no qual a decisão de mérito foi proferida²³.

Feitos esses registros, conclui-se que existem alguns requisitos para que a decisão seja acobertada pela coisa julgada material: **a)** a decisão deve ser proferida no âmbito de atividade jurisdicional, porque somente ela é apta a expedir provimentos de natureza definitiva; **b)** a decisão jurisdicional deve versar sobre o mérito, analisando-o em cognição exauriente; e **c)** a coisa julgada formal deve ter se configurado em momento anterior²⁴.

Conforme interpretação dos arts. 502 e 503 do CPC/2015, somente decisões de mérito proferidas no desenvolvimento de atividade jurisdicional podem adquirir a imutabilidade da coisa julgada material. Portanto, somente as decisões proferidas com resolução do mérito, nos termos do art. 487 do CPC/2015, são suscetíveis de fazer coisa julgada material.

De outro lado, a decisão deve realizar exame em cognição exauriente sobre a matéria debatida. A cognição no processo civil pode ser analisada sob os planos vertical e horizontal. Neste plano, a cognição “pode ser plena ou limitada, tudo dependendo da extensão do conflito posto em debate no processo. Será plena se o objeto da demanda for a integralidade do conflito existente; será limitada (ou parcial) se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito”. Por sua vez, no plano vertical, examina-se se a cognição é exauriente, completa, ou se é realizada de forma sumária, perfunctória, sendo que, nessa análise, é verificado o grau de profundidade com que é realizada²⁵.

23 DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, p. 479.

24 DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, p. 480.

25 ZAVASCKI, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 166-167.

A imutabilidade da coisa julgada depende da realização de cognição completa, exauriente (plano vertical)²⁶.

Por fim, e reiterando o que já exposto anteriormente, a coisa julgada material depende do estágio anterior relativo à coisa julgada formal (imutabilidade da decisão de mérito no processo em que foi proferida). Esta é degrau necessário para aquela²⁷.

No que diz respeito a este estudo, a análise da coisa julgada material é a que mais interessa, haja vista sua força de tornar imutável e indiscutível a decisão de mérito para além do processo em que foi prolatada.

3 DEFINIÇÃO DO INSTITUTO: ANÁLISE SOB O PRISMA DAS NORMAS CONSTANTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A doutrina apresenta uma série de teorias a respeito da coisa julgada. Algumas, como as teorias da coisa julgada como uma presunção absoluta de verdade e da coisa julgada como ficção de verdade, foram formuladas em períodos mais remotos e não merecem maiores considerações, sobretudo porque não se tem notícia de doutrinadores que as sustentem nos tempos atuais²⁸.

Assim, incumbe tecer considerações sobre as teorias da coisa julgada como eficácia da sentença, da coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença, da coisa julgada como qualidade do efeito declaratório da sentença e da coisa julgada como situação jurídica.

A primeira corrente – da coisa julgada como eficácia da sentença – é perfilhada, entre outros doutrinadores, por HELLWIG, CHIOVENDA, CELSO NEVES e PONTES DE MIRANDA. Esta corrente considera a coisa julgada como uma eficácia da sentença, que torna a decisão imutável. As-

26 MARINONI; ARENHART, *Manual do processo de conhecimento*, p. 630.

27 DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, p. 481.

28 MITIDIERO, “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”, p. 57-58.

sim, sustentam os doutrinadores que a coisa julgada seria um efeito específico da sentença que se revela quando a decisão já não é mais recorável²⁹. CELSO NEVES argumenta que a “coisa julgada é o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo da decisão final”³⁰.

Vê-se que a mencionada corrente doutrinária defende que a coisa julgada é uma eficácia (ou um efeito) da sentença. Portanto, ao lado dos efeitos tradicionais que podem preponderar na decisão de mérito (declaratório, constitutivo ou condenatório), haveria o efeito da coisa julgada. A eficácia da coisa julgada, segundo a teoria mencionada, incidiria sobre o efeito declaratório da sentença, que se tornaria imutável e indiscutível.

LIEBMAN, ao analisar a teoria da coisa julgada como eficácia da sentença, afirma que a referência à coisa julgada é utilizada para indicar a autoridade da coisa julgada, e não uma eficácia (ou efeito). O autor italiano sustenta que a expressão não diz respeito a um efeito autônomo da sentença, mas sim à força, à maneira com que certos efeitos se produzem, a uma qualidade ou modo de ser deles³¹. Assim, LIEBMAN define a autoridade da coisa julgada, sustentando que ela “[...] não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado”³².

O autor italiano diferencia eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Afirma que a eficácia da sentença é um comando que nasce da decisão judicial e que a autoridade da coisa julgada é a qualidade que torna

29 LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 41. No mesmo sentido: CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, p. 452.

30 NEVES apud SILVA; GOMES, *Teoria geral do processo civil*, p. 323.

31 LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 5.

32 LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 41.

o comando emergente da sentença imutável. Mas adverte quanto à autoridade da coisa julgada, que

não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato³³.

A teoria defendida por LIEBMAN constitui uma nova corrente, que considera a coisa julgada como qualidade do conteúdo e dos efeitos da sentença³⁴. Nesse rumo, LEONEL sustenta que a teoria insere em planos distintos a eficácia natural da sentença, que seria sua aptidão para produzir efeitos e sua efetiva produção, e a autoridade da coisa julgada, que seria uma qualidade da sentença caracterizada por sua imutabilidade³⁵.

Portanto, enquanto a primeira corrente entende a coisa julgada como a eficácia da sentença, que recobre o efeito declaratório da decisão, tornando-o imutável e indiscutível, a segunda corrente apresentada considera a coisa julgada como uma qualidade que se amolda ao conteúdo e aos efeitos da sentença, tornando-os imutáveis e indiscutíveis.

A corrente capitaneada pelo autor italiano é alvo de críticas, principalmente sob o fundamento de que os efeitos da sentença não são imutáveis, podendo, inclusive no plano prático, ser modificados pelas partes³⁶.

33 LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 51.

34 Essa teoria é perfilhada, entre outros, por AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 56) e DINAMARCO (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 301-302).

35 LEONEL, *Manual do processo coletivo*, p. 289.

36 DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, p. 485. Lecionam os autores: “Ora, a sentença que condena dá ensejo à execução (efeito executivo), sendo que esse efeito não se eterniza: a) pode não se implementar – se o devedor paga, por exemplo, ou se o credor abre mão de executar a decisão; b) esgotar-se – realizada a execução forçada, não restarão vestígios de tal efeito; c) ou, até mes-

Assevere-se que LIEBMAN, posteriormente, esclareceu sua tese a respeito da imutabilidade dos efeitos da sentença:

Não significa, naturalmente, que fatos sucessivos não possam modificar a situação e as relações entre as partes. Ao contrário, significa que, com referência à situação existente ao tempo em que a sentença foi prolatada, os efeitos por ela produzidos são e permanecem tais como nela estabelecidos, sem que se possa novamente discuti-los, em juízo ou fora dele, até que fatos novos intervenham criando situação diversa, que tome o lugar daquela que foi objeto da sentença.

Isso porque, nem mesmo a força do julgado pode obviamente impedir que fatos novos produzam conseqüências que lhes são próprias. Assim, em primeiro lugar, as partes podem, depois da sentença, exercer atos que modifiquem suas relações: o devedor pode pagar o seu débito, extinguindo a obrigação declarada na sentença e tornando impossível a execução forçada fundada na sentença condenatória; as duas partes podem, mesmo depois da sentença, entrar em acordo e acertar suas relações de modo diverso do declarado pelo juiz, e assim por diante. Mas o que não poderiam fazer é pretender um novo juízo sobre o que foi validamente decidido por intermédio de uma sentença que representa a disciplina concreta da relação jurídica controvertida, tal como resulta do efetivo funcionamento dos mecanismos previstos e regulados pelo ordenamento jurídico³⁷.

O autor italiano esclareceu a sua tese, demonstrando que previu a possibilidade de alteração dos efeitos da sentença. Assim, registrou a

mo, sofrer alterações – o que ocorre com a modificação das medidas de execução impostas, na forma do art. 461, CPC [1973]. Esse mesmo raciocínio aplica-se às decisões constitutivas, afinal a modificação jurídica decretada pela sentença pode não se operar. As partes podem, voluntariamente, restabelecer a situação anterior – dando cumprimento a um contrato resolvido judicialmente ou reconciliando-se mesmo com o divórcio decretado, por exemplo. Isso sem falar nas decisões meramente declaratórias, pois as partes podem facilmente travar uma relação jurídica já declarada inexistente em juízo, ou pôr fim a uma relação reconhecida judicialmente – dando cabo aos efeitos da certificação judicial”.

37 LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 281.

possibilidade de temperamento da imutabilidade do conteúdo da sentença e de seus efeitos que defendia decorrer da autoridade da coisa julgada. É importante registrar que LIEBMAN teve o mérito de distinguir a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada³⁸.

A exposição de motivos do CPC/1973 indicava que o referido diploma legal havia adotado a teoria da coisa julgada sustentada por LIEBMAN. Não obstante, a redação final conferida ao art. 467 do CPC/1973 tratava a coisa julgada como uma eficácia da sentença. O CPC/2015, por sua vez, dispôs expressamente que a coisa julgada material é “a **autoridade** que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” [grifo nosso].

Com fundamento nas considerações até aqui assentadas, é possível avançar na definição da coisa julgada que não se amolda às teorias da coisa julgada como eficácia da sentença e da coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença.

SILVA, utilizando os principais aspectos das referidas teorias, indica que a coisa julgada é uma qualidade que recobre o efeito declaratório da sentença. Essa qualidade seria adquirida quando superada a possibilidade de interposição de recursos pela parte interessada e tornaria esse efeito específico indiscutível³⁹.

De acordo com o entendimento apontado no parágrafo anterior, a imutabilidade e a indiscutibilidade são inerentes à declaração contida no dispositivo da sentença de mérito. As demais partes da decisão, incluindo-se os outros efeitos, seriam mutáveis. Contudo, a mutabilidade das demais partes da sentença e de seus efeitos não poderia implicar a reabertura de discussões que pudessem afetar a declaração contida na

38 BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 384.

39 SILVA; GOMES, *Teoria geral do processo civil*, p. 325.

sentença. Logo, restaria impossível rediscutir questões com o objetivo de infirmar a coisa julgada⁴⁰.

Por fim, é relevante apresentar a teoria defendida por MOREIRA, que considera a coisa julgada como uma situação jurídica. Segundo o autor, o comando da sentença, que rege o caso concreto submetido à apreciação judicial, passa, em determinado instante, de mutável a imutável. Assim, a norma jurídica contida na sentença, que rege o caso concreto, tornar-se-ia imutável e indiscutível, com força de coisa julgada⁴¹.

Assim, é possível sustentar que a coisa julgada torna imutável e indiscutível o comando que emerge do dispositivo da sentença, como norma jurídica do caso submetido à apreciação, quando não mais é possível impugnar a decisão de mérito.

4 LIMITES DA COISA JULGADA

A coisa julgada torna imutável e indiscutível o comando erigido na decisão de mérito, externando para as partes, concretamente, a nor-

40 SILVA; GOMES, *Teoria geral do processo civil*, p. 327.

41 Afirma MOREIRA: “A imutabilidade conseqüente ao trânsito em julgado reveste, em suma, o conteúdo da sentença, não os seus efeitos. Reveste, convém frisar, todo o conteúdo decisório. Deixa de fora a motivação, com a solução dada pelo juiz a cada uma das questões de fato e de direito, e mesmo a das questões prejudiciais (Código de Processo Civil, art. 469, ns. II e III). Não deixa de fora, entretanto, os elementos do *decisum* de natureza não puramente declaratória. [...] É toda a norma jurídica concreta que se torna imutável e, por isso, indiscutível; [...]. Não se expressa de modo feliz a natureza da coisa julgada, ao nosso ver, afirmando que ela é um efeito da sentença, ou um efeito da declaração nesta contida. Mas tampouco se amolda bem à realidade, tal como a enxergamos, a concepção da coisa julgada como uma qualidade dos efeitos sentenciados, ou mesmo da própria sentença. Mais exato parece dizer que a coisa julgada é uma situação jurídica: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável. É a essa estabilidade, característica da nova situação jurídica, que a linguagem jurídica se refere, segundo pensamos, quando fala da “autoridade da coisa julgada” (*Temas de direito processual*, p. 112-113).

ma jurídica que rege o caso concreto. A coisa julgada apresenta limites, que podem ser objetivos – referentes ao objeto sobre o qual o juiz profere sua decisão – e subjetivos – relativos às pessoas que ficam vinculadas pela decisão.

4.1 LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

O CPC/2015 apresenta dispositivos que permitem aclarar os limites objetivos da coisa julgada. É importante anotar que a sistemática do novo diploma legal modificou, de forma considerável, aquela existente no CPC/1973, sobretudo no que diz respeito à decisão das questões prejudiciais.

De acordo com o art. 503, *caput*, do CPC/2015, “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”. Ademais, o diploma recém editado determina que compete ao juiz decidir o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte (art. 141), bem como assenta a impossibilidade do *non liquet* (art. 140).

Desse modo, presentes certas condições e pressupostos para o julgamento do mérito, o juiz deve decidir a respeito dos pedidos formulados pelo autor⁴².

O dispositivo da sentença (ou do acórdão ou decisão monocrática que a substituir) sedimenta a decisão do Poder Judiciário a respeito dos pedidos apresentados na petição inicial. É o dispositivo, interpretado à luz de todos os elementos da decisão judicial (art. 489, § 3º, do CPC/2015), que revela os limites objetivos da coisa julgada.

A sentença, nos termos do art. 489 do CPC/2015, deve apresentar três partes: o relatório, no qual o juiz indicará o nome das partes,

⁴² Em havendo reconvenção ou pedido contraposto, nos casos em que admitidos, o magistrado também deverá se manifestar sobre os pedidos formulados em seu âmbito.

a identificação do caso, com a suma do pedido e da resposta do réu, bem como registrará as principais ocorrências do processo; a fundamentação, na qual o magistrado analisará as questões de fato e de direito; e o dispositivo, em que o órgão jurisdicional deverá resolver as questões que as partes lhe submeterem.

É relevante assentar que o relatório e a fundamentação não são albergados pela coisa julgada. A coisa julgada, revestindo de imutabilidade e indiscutibilidade a norma jurídica do caso concreto assentada no dispositivo da decisão de mérito, evita que sejam reabertas discussões a respeito da situação ou relação jurídica já submetida à apreciação do Poder Judiciário. Desse modo, afasta-se a possibilidade do conflito prático de decisões, por restar impedido o ajuizamento de idêntica ação quando já tenha sido proposta demanda anterior com sentença transitada em julgado. Além disso, há vinculação à decisão prolatada anteriormente – no caso de a identidade entre as ações não ser total –, devendo o juiz utilizar a decisão anterior constante do dispositivo da sentença como premissa em ações posteriores ajuizadas que envolvam as mesmas partes.

Consoante registrado acima, no relatório da decisão, o juiz indicará o nome das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da resposta do réu, bem como registrará as principais ocorrências do processo. Assim, uma vez que o relatório é apenas um resumo do processo, não seria lógico nem mesmo necessário que fosse revestido pela imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada. Se o relatório não apresenta conteúdo decisório, não transita em julgado⁴³.

Do mesmo modo, a fundamentação não se reveste da imutabilidade e da indiscutibilidade da coisa julgada. Toda a operação realizada pelo órgão jurisdicional no sentido de analisar questões de fato e de direito para chegar à norma concreta que rege o caso submetido à apreciação não faz coisa julgada. LIEBMAN assevera que “só o comando pronun-

⁴³ CÂMARA, *Lições de direito processual civil*, p. 469.

ciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão”⁴⁴.

O art. 504 do CPC/2015 reforça o entendimento exposto, ao prescrever que “não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

Nos termos do art. 371 do CPC/2015, cabe ao juiz indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento. Não obstante, os motivos que formam a convicção do magistrado, por mais importantes que sejam, inclusive para a interpretação da decisão, não se tornam imutáveis e indiscutíveis. É justamente em virtude disso que COUTURE salienta que, se fosse admitido o contrário, a parte vencedora deveria interpor apelação para alterar o motivo constante da sentença que lhe fosse desfavorável para evitar que futuramente o motivo acobertado pela coisa julgada fosse utilizado contra ela. Entretanto, o doutrinador registra que não se admite recurso para modificar os motivos da sentença⁴⁵.

Tal qual os motivos constantes da sentença, a verdade dos fatos estabelecida pelo juiz como fundamento da sentença também não se torna imutável e indiscutível em virtude da coisa julgada. Logo, não há impedimento para que um fato considerado verdadeiro em processo anterior como fundamento da sentença seja considerado falso em processo subsequente.

No que diz respeito às questões prejudiciais, impõe-se tecer algumas considerações, sobretudo porque houve substancial alteração de tratamento em relação ao CPC/1973.

De acordo com o art. 469, III, do CPC/1973, a questão prejudicial, decidida de forma incidente no processo, não é acobertada pela coisa julgada. A respeito das questões prejudiciais, ensina AMARAL SANTOS:

44 LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 52.

45 COUTURE, *Fundamentos de direito processual civil*, p. 249-250.

Ao proferir a sentença de mérito terá o juiz, inúmeras vezes, de apreciar e resolver sobre pontos controvertidos (questões), que constituam antecedentes lógicos da decisão final.

Num sentido amplo essas questões se englobam sob a denominação de questões prejudiciais, porque, conforme a solução que lhes for dada, estará prejudgada a lide. Num sentido restrito, mais técnico, questões prejudiciais são aquelas que, além de constituírem premissas lógicas da sentença, reúnam condições suficientes para ser objeto de ação autônoma⁴⁶.

As questões prejudiciais devem ser resolvidas na sentença, como antecedentes lógicos necessários ao julgamento do pedido principal deduzido na petição inicial, e podem ser objeto de ação autônoma⁴⁷. A título de exemplo, podem-se citar como prejudiciais a questão atinente ao reconhecimento da paternidade ou do parentesco em uma ação de alimentos e a questão relativa à propriedade do bem na ação de ressarcimento por danos a ele causados.

De acordo com o CPC/1973, a resolução de questão prejudicial somente faria coisa julgada se a parte o requeresse, o juiz fosse competente em razão da matéria e constituísse pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Assim, de acordo com o regramento anterior, somente se houvesse requerimento expresso e estivessem presentes as demais condições acima indicadas é que a resolução de questão prejudicial poderia ganhar força de coisa julgada.

46 SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 69.

47 Sobre a matéria, ensinam NERY JUNIOR e NERY: “Questão prejudicial: É o fato ou relação jurídica anterior ao mérito, de cuja declaração de existência ou inexistência o julgador não pode prescindir para julgar a causa. A questão prejudicial influencia no teor da questão seguinte (prejudicada)” (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, p. 734).

O CPC/2015 alterou o tratamento das questões prejudiciais. O novo diploma dispõe que a decisão que resolver questão prejudicial poderá ter força de lei (art. 503). Segundo o novo Código de Processo Civil, para tal ocorrer, a questão prejudicial deverá ser decidida expressa e incidentemente no processo, e: **a)** dessa resolução deverá depender o julgamento do mérito; **b)** a seu respeito deverá ter havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; e **c)** o juízo deverá ter competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

A nova sistemática adotada pelo CPC/2015 indica que não será necessário requerimento para que a resolução de questão prejudicial ganhe força de coisa julgada. Bastará que sejam atendidos os requisitos elencados no art. 503, § 1º, sem a necessidade da propositura de ação ou pedido específico. Assim, numa comarca na qual haja apenas uma Vara Cível com competência plena, em ação de alimentos, sustentada como questão prejudicial a paternidade para fins de pedido de fixação de alimentos, o reconhecimento da relação de parentesco na sentença fará coisa julgada e poderá, inclusive, dar ensejo às consequências práticas naturais, como o registro desse reconhecimento no Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Incumbe salientar que o CPC/2015 indica que a resolução de questão prejudicial não adquirirá força de coisa julgada se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial. É que a ausência de cognição exauriente a respeito da questão impede a formação da coisa julgada, conforme exposto no item 2.

O novo tratamento das questões prejudiciais é bastante interessante do ponto de vista da redução de processos. É que não haverá necessidade de requerimento das partes para que a decisão a seu respeito passe a ter força de coisa julgada, evitando-se a possibilidade de discussão da questão em novos processos. Tal previsão acarreta maior efetividade do direito processual, sobretudo por potencializar o alcance das decisões de mérito.

Assim, na sistemática do CPC/2015, é possível afirmar que o relatório e a fundamentação⁴⁸ não são albergados pela coisa julgada, adquirindo essa qualidade apenas o dispositivo da sentença: a conclusão⁴⁹. Impõe-se ressaltar, novamente, que a resolução de questão prejudicial, de acordo com o novo diploma, fará coisa julgada, independentemente de requerimento nesse sentido, se atendidos os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º.

Cumprido considerar, por oportuno, que o art. 508 do CPC/2015 dispõe que, “transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”. A previsão legal reforça a imutabilidade e a indiscutibilidade da decisão decorrentes da coisa julgada. A eficácia preclusiva da coisa julgada impede a rediscussão da decisão com base em alegações que poderiam ter sido aventadas pelas partes, para o acolhimento ou rejeição do pedido⁵⁰.

Finalmente, incumbe anotar que apesar de o órgão jurisdicional, no dispositivo da sentença, dever consolidar a decisão a respeito das questões submetidas à apreciação, o fato de eventual decisão de questão principal (ou mesmo prejudicial, observados os requisitos acima expostos) ocorrer fora do dispositivo não lhe retira a força de coisa julgada. É que a análise nessa hipótese não pode ser meramente formal.

Conforme ensina GRECO FILHO,

[...] é de se considerar que a parte dispositiva da sentença, em princípio, deve estar concentrada e resumida no final, mas pode ocorrer que o juiz, ao fazer a fundamentação, pode decidir algum ponto da lide principal, sem depois reproduzir, em resumo, no dispositivo. Tal decisão fará coisa julgada porque, apesar de formalmente não fazer parte do dispositivo, tem conteúdo dispositivo⁵¹.

48 DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 312.

49 GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, p. 277.

50 A matéria será tratada de forma detalhada no item 5.

51 GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, p. 278.

Vê-se, pois, que a identificação do dispositivo da decisão de mérito não deve ser meramente formal, impondo-se uma análise substancial. Somente dessa forma é possível indicar corretamente os limites objetivos da coisa julgada em determinado caso concreto.

4.2 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

No que diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada, importa verificar as pessoas que ficam vinculadas à imutabilidade e indiscutibilidade da decisão.

O CPC/2015 prescreve, no art. 506, que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. Assim, a imutabilidade e a indiscutibilidade da decisão de mérito vinculam as partes que figuraram no processo.

A sentença, enquanto ato jurídico emanado do Estado no desempenho de sua função jurisdicional, vale e tem aptidão para produzir efeitos também em relação a terceiros estranhos ao processo.

Ensina CHIOVENDA que, “como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos”⁵². Na realidade, a sentença vale perante terceiros e pode produzir efeitos em relação a eles. No mundo fático, há efeitos da sentença que podem atingir terceiros⁵³, mas a imutabilidade e a indiscutibilidade decorrentes da coisa julgada não os vinculam, sendo perfeitamente possível que terceiros que não participaram do processo no qual proferida a decisão de mérito voltem a discuti-la, demonstrando o interesse jurídico.

52 CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, p. 499.

53 GRECO FILHO apresenta interessante situação hipotética na qual terceiro é atingido pelos efeitos da sentença: “[...] se A é credor hipotecário de B, tendo sua garantia sobre o imóvel que B vem a perder em ação reivindicatória movida por C, tal garantia, em face da decisão entre C e B, está irremediavelmente perdida, porque a nova situação jurídica declarada (B não era o proprietário) torna impossível a manutenção da hipoteca” (*Direito processual civil brasileiro*, p. 280).

As partes podem ser consideradas os sujeitos parciais⁵⁴ do processo: aquele que pede e aquele em face de quem se pede a tutela jurisdicional (autor e réu, respectivamente). Conforme assevera BUENO, esse conceito é eminentemente formal, porque leva em consideração o plano processual⁵⁵. Levando-se em conta que o conceito de parte é oposto ao de terceiro, pode-se afirmar que “terceiro é rigorosamente toda pessoa que não seja parte no processo”⁵⁶.

GRECO FILHO classifica os terceiros quanto ao grau de influência dos efeitos da sentença sobre suas relações jurídicas, apontando quatro grupos: terceiros absolutamente indiferentes (não sofrem qualquer influência da sentença proferida em relação a outros); terceiros com interesse de fato (são atingidos em suas relações jurídicas apenas nas expectativas de fato); terceiros juridicamente interessados (apresentam interesse igual ao das partes); e terceiros com interesse jurídico inferior ou subordinado (titulares de uma relação jurídica dependente de outra)⁵⁷.

A análise da classificação apresentada pelo doutrinador permite concluir que os terceiros absolutamente indiferentes e os terceiros com interesse de fato não se vinculam à imutabilidade e à indiscutibilidade inerentes à coisa julgada e também não têm legitimidade para questionar a sentença ou tentar neutralizar seus efeitos, uma vez que não apresentam interesse jurídico para tal⁵⁸. Por outro lado, os terceiros juridicamente interessados podem ajuizar ação própria para defender seus direitos, ou mesmo pleitear intervenção como terceiro no processo, entre outros. Por sua vez, os terceiros com interesse jurídico subordinado podem pleitear

54 DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 246.

55 BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 394-395.

56 DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 372.

57 GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, p. 281.

58 DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 317.

intervenção como terceiro, mas não são legitimados a buscar a neutralização dos efeitos da sentença transitada em julgado proferida no processo, entre outros⁵⁹.

O princípio do contraditório, assentado no art. 5º, LV, da Constituição da República de 1988, é a norma jurídica que aponta a impossibilidade de vincular terceiros que não participaram do processo à força da coisa julgada. Não é possível admitir restrição a seus direitos sem a possibilidade de audiência e participação no processo⁶⁰.

Em regra, a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença passada em julgado somente vinculam as partes. Entretanto, existem hipóteses nas quais a coisa julgada é oponível aos terceiros.

Na sucessão *mortis causa*, os sucessores recebem os direitos e obrigações na mesma situação em que estava o falecido. Também na sucessão a título individual, a regra é o recebimento dos bens e direitos na situação em que se encontravam⁶¹. Assim, o sucessor fica vinculado à imutabilidade e à indiscutibilidade da coisa julgada, consoante se infere dos arts. 109 e 110 do CPC/2015.

Nas hipóteses de substituição processual, as quais decorrem da legitimação extraordinária conferida pela lei⁶², o substituído também fica vinculado à sentença.

A doutrina aponta, ainda, que em casos de solidariedade pode ocorrer de a imutabilidade da sentença se estender aos credores ou devedores que não participaram do processo⁶³.

59 GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, p. 281.

60 CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos: da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 106-107.

61 DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 319-320.

62 A lei permite em casos excepcionais que se pleiteie em nome próprio direito alheio, nos termos do art. 18 do CPC/2015.

63 DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 321.

Por fim, há sistemática peculiar nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, nas quais a coisa julgada é oponível *erga omnes*, bem como nas ações coletivas, em que há previsão de oponibilidade da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, vinculando não apenas as pessoas/órgãos que participaram do processo mas também terceiros.

5 EFEITOS DA COISA JULGADA

É possível afirmar que a coisa julgada produz três efeitos: o negativo, o positivo e a eficácia preclusiva.

A coisa julgada impede que se volte a discutir a respeito do comando que emerge de sentença transitada em julgado. Desse modo, a decisão de mérito sobre situação ou relação jurídica submetida à apreciação jurisdicional, revestida de coisa julgada, não poderá vir a ser re-discutida em outro processo, configurando-se, pois, o efeito negativo da coisa julgada⁶⁴.

O efeito negativo da coisa julgada opera não apenas nos casos de repetição de idênticas ações. O art. 337 do CPC/2015 determina que o réu deve alegar, antes de discutir o mérito, a prejudicial de coisa julgada. O conhecimento da matéria pode ser realizado *ex officio* pelo órgão jurisdicional e acarreta, em regra, a extinção do processo, sem resolução de mérito (art. 485, V, e § 3º).

Conforme dispõem os §§ 1º e 2º do art. 337 do CPC/2015, “verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada” e “uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”. Em verdade, o § 1º indica que deve ser reconhecida a litispendência ou a coisa julgada quanto se reproduz ação anteriormente ajuizada, uma vez que a pendência da lide e a coisa julgada são preexistentes ao novo processo.

64 MARINONI; ARENHART, *Manual do processo de conhecimento*, p. 634.

É importante considerar que, mesmo quando não houver de forma perfeita a tríplice identidade, pode haver o reconhecimento da coisa julgada. Nesse sentido, adverte GRECO FILHO que “a tríplice identidade é elemento perfeito de identificação da ação, mas não pode ser utilizada para limitar o âmbito da autoridade da sentença de mérito”⁶⁵. Dessa forma, a coisa julgada impede que em qualquer processo posterior que envolva as mesmas partes seja rediscutida a questão objeto de debate em processo anterior, a respeito da qual foi prolatada decisão com força de coisa julgada.

A título exemplificativo, se ajuizada por X uma ação de investigação de paternidade em face de Y e reconhecida a procedência do pedido, na eventual ação de alimentos a questão atinente à paternidade não poderá vir a ser rediscutida. Vê-se, pois, que, ainda que ausente a identidade de todos os elementos da ação, a rediscussão da questão entre as mesmas partes é vedada. O órgão jurisdicional deverá tomar como premissa a coisa julgada anteriormente definida referente à questão do reconhecimento da paternidade.

Na hipótese de haver identidade total das ações, uma com sentença transitada em julgado, a ação posterior deverá ser extinta, sem resolução do mérito, nos termos assinalados acima (art. 485, V, do CPC/2015). De outro lado, se houver identidade parcial entre as ações, caberá ao órgão jurisdicional verificar a amplitude do objeto dos processos. Se a nova ação apresentar objeto de menor amplitude do que a anterior, aquela deverá ser extinta. Do contrário, se a nova ação apresentar objeto de maior amplitude, o órgão jurisdicional deverá levar em consideração a coisa julgada em relação à matéria já decidida por sentença. E quanto ao mais, será em tese possível a apreciação pelo órgão jurisdicional⁶⁶.

A impossibilidade de rediscutir a decisão com força de coisa julgada – que deve, portanto, ser considerada como premissa em ações fu-

65 GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, p. 288.

66 THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 568-569.

turas que envolvam as mesmas partes – é considerada por GRECO FILHO como aspecto do efeito negativo da coisa julgada⁶⁷. Mas parcela da doutrina considera esse fenômeno como um efeito positivo da coisa julgada, no sentido de que as partes⁶⁸ e o órgão jurisdicional ficam vinculados à decisão anteriormente proferida, constante do dispositivo da sentença.

Assim, vindo a questão principal já decidida a ser apresentada novamente ao Poder Judiciário como questão incidental, deverá ser considerada na forma como decidida no processo anterior, no qual proferida decisão de mérito sobre ela com força de coisa julgada⁶⁹.

Ao lado dos efeitos positivo e negativo da coisa julgada, é possível elencar a eficácia preclusiva da coisa julgada, consagrada no art. 508 do CPC/2015. Segundo o dispositivo legal, após o trânsito em julgado da decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

Apesar de a coisa julgada revestir somente o dispositivo da sentença, deixando de fora o relatório e a fundamentação, não é possível suscitar novas alegações a fim de reabrir a discussão a respeito da questão decidida no dispositivo da sentença ou decisão de mérito que adquiriu a autoridade da coisa julgada. Logo, “a coisa julgada cria uma sólida armadura em torno da decisão, tornando irrelevantes quaisquer razões que se

67 O doutrinador sustenta que “o efeito negativo da coisa julgada consiste na proibição de voltar a discutir, ou decidir, o que foi decidido no dispositivo da sentença de mérito irrecorrível em face das mesmas partes, qualquer que seja a ação futura” (GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, p. 289).

68 BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 387.

69 DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, p. 493. No mesmo sentido, afirmam MARINONI e ARENHART que “a coisa julgada também operará o chamado efeito positivo, vinculando os juízes de causas subseqüentes à declaração proferida (e transitada em julgado) no processo anterior” (*Manual do processo de conhecimento*, p. 634).

deduzam no intuito de revê-la. Nem mesmo questões de ordem pública podem ser arguidas”⁷⁰.

A eficácia preclusiva da coisa julgada também está refletida no art. 505 do CPC/2015, segundo o qual nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, houver ocorrido modificação no estado de fato ou de direito. Nesse caso, poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença e nos demais casos prescritos em lei. Depreende-se que a coisa julgada impede a reabertura da discussão a respeito da decisão de mérito, seja por meio da defesa de teses já repelidas, seja por meio de teses não arguidas, mas que poderiam ter sido suscitadas.

Convém ressaltar, por oportuno, que a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a rediscussão daquilo que foi decidido, desde que as alegações suscitadas posteriormente digam respeito à causa de pedir deduzida no processo anterior. Em se tratando de causa de pedir diversa daquela aventada no processo precedente, não haverá de se falar em coisa julgada e, por maior razão, em eficácia preclusiva daquela. A alteração da causa de pedir deduzida em juízo permite o ajuizamento de um novo processo⁷¹.

Portanto, a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a rediscussão da decisão com base em alegações que poderiam ser deduzidas no processo anterior, relacionadas aos fundamentos nele debatidos, mas não impede que seja deduzida nova ação, com esteio em causa de pedir diversa daquela constante do processo anterior.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A coisa julgada, como autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, na dicção expressa

70 DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, p. 495.

71 BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 391.

do CPC/2015, viabiliza a segurança jurídica e encerra discussões sobre questões submetidas ao Poder Judiciário.

A consagração do instituto revela opção política do Brasil, que se constitui como um Estado Democrático de Direito, com o compromisso de assegurar a realização prática do princípio da segurança jurídica, permitindo a convivência das pessoas em sociedade.

No que diz respeito à coisa julgada, o CPC/2015 apresenta significativas alterações. Além de tratar a coisa julgada como a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito, alterou a sistemática da resolução das questões prejudiciais.

O novo diploma prescreve que a decisão que resolver questão prejudicial poderá ter força de lei e, para tal ocorrer, a questão prejudicial deverá ser decidida expressa e incidentalmente no processo, e: **a)** dessa resolução deverá depender o julgamento do mérito; **b)** a seu respeito deverá ter havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; e **c)** o juízo deverá ter competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. A nova sistemática indica que não será necessário requerimento para que a resolução de questão prejudicial ganhe força de coisa julgada, bastando que sejam observados os requisitos elencados nos §§ 1º e 2º do art. 503 do novo diploma processual.

O novo tratamento das questões prejudiciais é bastante interessante do ponto de vista da redução de processos. É que a desnecessidade de requerimento das partes para que a decisão a seu respeito passe a ter força de coisa julgada evitará a possibilidade de discussão de questões idênticas em novos processos. Tal previsão acarreta maior efetividade do direito processual, sobretudo por potencializar o alcance das decisões de mérito.

A edição do novo diploma processual civil e sua vigência a partir deste ano reclamam um olhar detido sobre as alterações que passarão a incidir, impondo-se aos operadores do Direito extrair a maior efetividade possível das normas do CPC/2015 que tratam da coisa julgada.

REFERÊNCIAS

ALVES, E. C. B. Delineamentos da coisa julgada e sua garantia constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 93, v. 827, p. 82-101, set. 2004.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de direito processual civil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos: da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MITIDIERO, D. F. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 102, v. 388, p. 51-78, nov./dez. 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson. Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 100, v. 375, p. 141-159, set./out. 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 4.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

SILVA, Ovídio Batista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BREVES REFLEXÕES SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Carlos Augusto de Assis
Maria de Fátima Monte Maltez

1 Introdução. 2 O ônus da prova no novo CPC. 3 A busca da verdade e a persuasão racional no novo CPC. 3.1 A busca da verdade. 3.2 A persuasão racional. 4 A prova emprestada. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.015, de 16.3.2015), vigente a partir de março de 2016, afora as adequações de texto das normas trazidas do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869), trouxe importantes avanços na conformação da legislação ordinária ao nosso modelo constitucional de processo (CPC/2015, art. 1º), dando destaque à observância do princípio do contraditório (CPC/2015, arts. 7º, 9º e 10), além de torná-lo mais cooperativo (CPC/2015, art. 6º) e menos formalista, com vistas a alcançar um processo mais célere, que efetivamente assegure o acesso à justiça daqueles que litigam.

Entre os inúmeros temas cuja regulamentação pelo novo CPC terá decisiva repercussão no funcionamento do nosso novo processo civil, gostaríamos de destacar o da prova. Realmente, na lição sempre lúcida de MICHELE TARUFFO, a descoberta da verdade acerca dos fatos é condição necessária de toda decisão justa e legítima¹ e, para tal mister, entram em cena justamente a produção e a valoração das provas, bem como seus as-

1 “[...] la verdad de los hechos en litigio no es un objetivo en sí mismo ni el propósito de un proceso civil. Es más bien una condición necesaria (o un objetivo instrumental) de toda decisión justa y legítima y, en consecuencia, de cualquier resolución apropiada y correcta de la controversia entre las partes.” (*La Prueba*, p. 23).

pectos correlatos, que compõem a chamada Teoria Geral da Prova (conceito, objeto, ônus etc.). São esses temas gerais que vão informar toda a regulamentação e a aplicação das normas que compõem o direito probatório.

Do ponto de vista legislativo, o novo Código de Processo Civil dedica uma seção (Seção I – Disposições Gerais) dentro do Capítulo XII do Livro I da Parte Especial (arts. 369 a 380) para tratar desses temas.

Resolvemos, aqui, proceder a uma primeira análise dos aspectos ali tratados que apresentaram inovações mais relevantes e passíveis de suscitar alguma polêmica.

Algumas dessas inovações consistem na mera positivação de entendimento já consolidado na doutrina e na jurisprudência, como é o caso da admissão da prova emprestada de outro processo como meio legal de prova (CPC/2015, art. 372). Há, ainda, a tomada de posição em temas mais controvertidos, como o da teoria da distribuição dinâmica da prova (CPC/2015, art. 373). Tanto um quanto o outro serão objeto de reflexão neste breve estudo.

Não se pode deixar de mencionar um tema que tem gerado especial atenção dos processualistas e sobre o qual grassa divergência, derivada da redação dada ao art. 371 do novo CPC (CPC/1973, art. 131), que trata do sistema de apreciação da prova a ser adotado pelo juiz para o julgamento da causa.

Em suma, este artigo tratará, especialmente, do ônus da prova, da busca da verdade e da persuasão racional, além da prova emprestada, questões que nos parecem merecer destaque.

2 O ÔNUS DA PROVA NO NOVO CPC

As alegações fáticas (excepcionalmente as de direito) trazidas pelas partes ao processo como fundamento do pedido ou da defesa devem ser provadas, a fim de influenciarem na convicção do juiz que, por meio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional (cuja

permanência no CPC/2015 defendemos a seguir), decidirá a causa, atestando qual dos litigantes tem razão, total ou parcialmente.

Como destacou o **art. 369 do novo CPC** (CPC/1973, art. 332), as partes têm o direito processual de produzir as provas necessárias e úteis para demonstrar a verdade dos fatos alegados, desde que por meios legais ou, se não disciplinados na lei, por meios moralmente legítimos, isto é, que não resultem em violação à lei material e às garantias constitucionais². Esse direito à produção das provas está intimamente ligado a outro aspecto, que é o do destinatário das provas produzidas. Tradicionalmente se costuma afirmar ser o juiz o destinatário da prova, pois produzida pelas partes com o intuito de convencê-lo sobre a veracidade de suas alegações. Mais recentemente, porém, vários autores reconhecem uma dimensão maior a esse respeito. HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO fala que o Estado-Juiz é o destinatário direto da prova, mas que as partes são destinatárias indiretas³. FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA, de modo semelhante, aludem ao juiz como destinatário principal e direto, mas referindo-se às partes como destinatárias indiretas⁴. WILLIAM SANTOS FERREIRA, por seu turno, ao comentar a parte geral do capítulo de provas do novo CPC, refere-se ao fato de se considerar também como uma inovação as partes destinatárias da prova, mencionando, inclusive, a produção antecipada de prova sem necessidade de incoação de demanda nem de urgência (CPC/2015, art. 381, II e III) como um reflexo dessa visão⁵. Pode-se considerar portanto uma tendência, refletida no novo CPC e na sua interpretação, a consideração

2 Enunciado n. 301 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Aplicam-se ao processo civil, por analogia, as exceções previstas nos §§ 1º e 2º do art. 157 do CPP, afastando a ilicitude da prova”.

3 *Direito processual civil contemporâneo*, p. 219.

4 Segundo justificam, porque “elas também precisam se convencer da verdade, para que acolham a decisão” (*Curso de direito processual civil*, p. 72).

5 *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 992.

de que a prova não se destina exclusivamente ao juiz, mas a todos aqueles que dela possam fazer uso⁶.

Esse direito de prova das partes se apresenta atrelado ao ônus processual que têm de provar suas alegações, sobre o qual trata o **art. 373, caput, do novo CPC** (CPC/1973, art. 333), dispondo que incumbe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito (causa de pedir) e, ao réu, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (causa de resistir). Trata-se aqui da regra geral de distribuição do ônus da prova, lastreada na premissa de que quem alega tem o ônus de provar, sob pena de sofrer os prejuízos advindos da inércia.

O nosso sistema processual já há algum tempo admitia a inversão do ônus da prova, porém apenas nos casos expressamente previstos em lei (v.g. CDC, art. 6º, VIII) ou por convenção das partes, desde que não envolvesse direito indisponível e não inviabilizasse o exercício do direito pela parte (CPC/1973, art. 333, parágrafo único). O novo CPC vai além.

O novo CPC, nos §§ 1º e 2º do art. 373, contemplou a chamada “teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova”, ao admitir que o juiz (em caráter excepcional e não só nas hipóteses especificamente previstas em lei) distribua o ônus da prova de modo diverso do estabelecido no *caput* sempre que as peculiaridades do caso concreto evidenciarem a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de a parte (a quem pela regra comum incumbia o ônus de provar) cumprir o encargo, ou, ainda, quando for maior a facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Ou seja, de modo diverso da regra geral, poderá o ônus da prova recair sobre quem tiver melhores condições de produzi-la, como já admitia parte da doutrina⁷ e da jurisprudência.

6 Enunciado n. 50 do FPPC: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

7 A estruturação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova costuma ser atribuída a JORGE PEYRANO. Para uma breve referência à doutrina brasileira, lembramos, por exemplo, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, que a fundamenta no princípio da igualdade, dizendo que se justifica apenas para evitar as provas diabólicas,

Tal entendimento tem por fundamento evitar a *probatio diabolica* que, pela teoria de carga estática da prova estabelecida no art. 333 do CPC/1973, às vezes se impõe à parte, atribuindo-lhe um ônus do qual seria muito difícil ou mesmo impossível se desincumbir. Essa situação, sem dúvida, revela prejuízo não só à parte, que tem de se desincumbir do ônus de provar, mas especialmente à convicção do juiz sobre a verdade real, como ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁸.

A interpretação sistemática da legislação processual, orientada pela Constituição Federal, permitiu que nossos tribunais adotassem a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, considerando as circunstâncias fáticas da causa sob julgamento. A ministra Nancy Andrighi, em voto proferido no julgamento do REsp n. 1.084.371-RJ, conclui pela possibilidade de aplicação dessa teoria em ação monitória, considerando,

[...] sobretudo, os princípios da isonomia (arts. 5º, *caput*, da CF, e 125, I, do CPC), do devido processo legal (art. 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), da solidariedade (art. 339 do CPC) e da lealdade e boa-fé processual (art. 14, II, do CPC), bem como os poderes instrutórios do Juiz (art. 355 do CPC)⁹.

Cabe notar, porém, que a previsão da possibilidade de aplicação de tal teoria traz maior segurança jurídica, inclusive pela estipulação das condições em que se autoriza a redistribuição do ônus da prova¹⁰.

permitindo uma redistribuição mais racional do ônus da prova (*Direito processual civil contemporâneo*, p. 225). Em contraponto, lembre-se que FLÁVIO YARSELL, embora reconheça méritos em tal teoria, adverte que a avaliação da maior ou menor facilidade para a produção de prova deve ser feita primeiramente pelo legislador, admitindo-se flexibilizar a regra apenas “[...] se o ônus de uma das partes se revelar de tal forma excessivo que gere o risco de inviabilizar a produção da prova e, assim, de ferir as garantias do devido processo legal, da ação, do contraditório e da ampla defesa” (*Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, p. 87).

8 *Curso de direito processual civil*, p. 191.

9 STJ, 2ª Turma, REsp.1.135.661-RS, relator ministro Herman Benjamin, j. 16.11.2010, v.u.

10 RICARDO DE BARROS LEONEL assim expressou o problema de não haver regra es-

O novo CPC traz a lealdade processual como dever de todos que atuam no processo, além dos poderes instrutórios do juiz a que se refere o acórdão, respectivamente em seus arts. 378, 77 e 396, o que mantém incólumes as bases que levaram à conclusão da admissibilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova à luz de nosso sistema processual, inclusive no direito processual trabalhista¹¹.

Evidencia-se no novo CPC que o legislador, inegavelmente, socorreu-se do princípio da cooperação para assegurar a participação de todos na atividade processual voltada a dar ao juiz efetivas condições de chegar à verdade real dos fatos ou o mais próximo dela possível, mesmo que para isso seja necessário distribuir o ônus da prova de modo diverso daquele estabelecido no *caput* do art. 373 do novo CPC, para o que deverá atender ao princípio da razoabilidade, evitando-se a “diabolização da prova – aquela entendida como impossível ou excessivamente difícil de ser produzida – como prova de fato negativo”¹².

pecífica sobre a dinamização do ônus da prova: “Os argumentos favoráveis à teoria das cargas probatórias dinâmicas não afastavam uma crítica pertinente: do modo como essa teoria vinha sendo construída, conferia praticamente um cheque em branco ao juiz, como se ele pudesse escolher, caso a caso, se deveria cumprir a lei (regra do ônus fixo da prova) ou a Constituição (isonomia), mesmo sem declarar a lei inconstitucional. Como o NCPC adota regra expressa sobre o tema, a discussão fica superada” (“Anotações sobre a prova no novo CPC”. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 126, AASP, maio 2015, p. 178).

- 11 Enunciado n. 302 do FPPC: “Aplica-se o art. 373, §§ 1º e 2º, ao processo do trabalho, autorizando a distribuição dinâmica do ônus da prova diante das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de cumprir o seu encargo probatório, ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. O juiz poderá, assim, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que de forma fundamentada, preferencialmente antes da instrução e necessariamente antes da sentença, permitindo à parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.
- 12 STJ, 2ª Turma, REsp.1.135.661-RS, relator ministro Herman Benjamin, j. 16.11.2010. Pondere-se aqui, como já explicava MOACYR AMARAL SANTOS (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 23; *Prova judiciária no cível e comercial*,

Exige a norma, acertadamente, que a distribuição do ônus da prova, de modo diverso da regra geral, se dê por meio de decisão fundamentada¹³, assegurada oportunidade à parte de se desincumbir do ônus, produzindo a prova. A garantia de oportunidade da produção da prova vem afastar acirrada discussão acerca da natureza da regra da inversão do ônus da prova: regra de instrução ou de julgamento?

Com efeito, diante dos arts. 6º, VIII, e 51, VI, do CDC, nossos tribunais vinham debatendo se a inversão do ônus da prova de que trata tal dispositivo consistiria em regra de julgamento e/ou de procedimento ou instrução. Muitas decisões divergentes têm sido proferidas, prevalecendo hoje no Superior Tribunal de Justiça (STJ) o entendimento de que “a inversão do ônus da prova autorizada pela referida norma constitui regra de instrução”¹⁴.

Parece-nos que o novo CPC, ao adotar a inversão do ônus da prova como regra de instrução (na medida em que assegura à parte incumbida oportunidade para a produção da prova), andou bem, à luz do contraditório, considerando o nosso modelo constitucional de processo, cujas bases o novo Código procurou realçar¹⁵.

p. 194), que impossível não é a prova de fato negativo em si mesmo, mas apenas a das negativas indeterminadas. É perfeitamente possível provar que a pessoa não estava em São Paulo numa determinada data, demonstrando que ela se encontrava em outro local. O que é praticamente impossível é demonstrar que jamais a pessoa esteve em uma determinada cidade.

- 13 Lembrando-se que a necessidade de motivação detalhada de qualquer decisão é um dos pontos que o novo CPC procura deixar claro.
- 14 STJ, 2ª Seção, Resp. 802.832-MG, relator ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 21 set. 2011.
- 15 Nesse sentido, lembre-se que a moderna acepção do contraditório envolve a proibição de decisões-surpresa no processo. Tratando especificamente sobre o tema, ANDRÉ PAGANI DE SOUZA repudia expressamente tanto a inversão do ônus com base no CDC quanto a flexibilização das regras de ônus da prova (carga dinâmica) sem a prévia comunicação às partes, em momento processual que possibilite à parte

É possível, ainda, que as partes convençionem distribuição do ônus da prova de modo diverso da regra geral, antes de instaurado o processo ou já durante o seu curso, desde que essa convenção não envolva direito indisponível (hipótese em que a solução do litígio tem que se dar à luz da verdade real conhecida pelo juiz) e que a inversão ajustada não coloque a parte diante do ônus de fazer prova de tal forma difícil que resulte em evidente impossibilidade de exercer o direito (mesmas vedações contidas no CPC/1973).

3 A BUSCA DA VERDADE E A PERSUASÃO RACIONAL NO NOVO CPC

3.1 A BUSCA DA VERDADE

O **art. 6º do novo CPC** (sem correspondente no CPC/1973) dispõe que todos os sujeitos do processo têm o dever de colaborar entre si para que se alcance, em tempo razoável, “decisão de mérito justa e efetiva”, qualidades essas que, obviamente, dependem do quanto foi possível ao julgador conhecer a verdade sobre as alegações fáticas trazidas pelas partes, o que revela a importância da busca da verdade.

Assim é que o **art. 378 do novo CPC** (CPC/1973, art. 339) atribui a todos, partes no processo ou não, o “dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Com relação à parte, nos termos do **art. 379 do novo CPC** (CPC/1973, art. 340), deve ela comparecer em juízo e responder ao que lhe for perguntado (ressalvado “o direito de não produzir prova contra si própria”), colaborar na produção de prova por meio de inspeção judicial e atender às determinações do juiz. Por sua vez, ao terceiro (estranho ao processo) compete prestar as informações sobre “os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento”, bem como exibir coisa ou documento que esteja em seu poder,

que recebeu o encargo dele se desincumbir (*Vedação das decisões-surpresa no processo civil*, p. 176-184).

conforme **art. 380 do novo CPC** (CPC/1973, art. 341). Faz-se presente o **princípio da cooperação** inclusive com vistas ao saneamento do processo, se complexa a matéria de fato e de direito, como se vê no **art. 357, § 3º, do novo CPC**.

Não resta dúvida de que o legislador buscou com o novo CPC alcançar um processo mais colaborativo, no que foi feliz, pois indubitável a importância da atividade processual dos envolvidos no processo, bem como daqueles que, de alguma forma, estão inseridos nas situações fáticas que dão lastro à causa de pedir e à causa de resistir, na busca da “verdade dos fatos” (CPC/2015, art. 369).

Esse dever de colaboração, porém, tem limites. Isto porque “há outros valores relevantes que devem ser levados em consideração e que, às vezes, acarretarão um desvio dessa diretriz”¹⁶. É em prol da preservação desses outros valores o disposto no **art. 388 do novo CPC** (CPC/1973, art. 347), que exime a parte de depor sobre fatos que a incriminem ou resultem em descumprimento do dever de sigilo, o que não se aplica nas ações de estado e de família. Também se extrai o limite ao dever de colaboração do **art. 404 do novo CPC** (CPC/1973, art. 363), que exime a parte ou o terceiro de exibir coisa ou documento que revele negócios da própria vida da família, resulte em violação ao dever de honra ou redunde em sua desonra, de seu cônjuge ou parentes consanguíneos ou afins até terceiro grau, ou mesmo represente perigo de ação penal, além da quebra de sigilo a que esteja obrigado por estado ou profissão. Tal proteção à parte verifica-se também no Código Civil, que em seu art. 229 traz o direito de a parte escusar-se em situações similares.

Especificamente sobre esses limites, merece um breve comentário a inovação redacional trazida no art. 379, que ressalva “o direito de não produzir prova contra si própria”, que assistiria à parte. Este dispositivo, analisado isoladamente, poderia conduzir a equívocos, como se no

16 Assis, “O dever de falar a verdade e o processo civil”, p. 93.

processo civil existisse um direito a não produzir prova contra si mesmo. O único direito de não produzir provas contra si localiza-se na esfera penal (CF, art. 5º, LXIII). Evidentemente, esse direito reflete-se no processo civil, na medida em que a atuação da parte poderia repercutir no âmbito criminal. É justamente por isso que encontramos a escusa de depor no inc. I do art. 388 do novo CPC, ou a recusa legítima em exibir a coisa ou o documento na hipótese do inc. III do art. 404 do novo CPC. A ressalva do art. 379 do novo CPC não traz, portanto, nenhuma novidade ao sistema jurídico¹⁷.

Não obstante mantidos no novo CPC, com acerto, os limites impostos ao dever de colaboração, evidente o espírito do legislador voltado a dar maior força à diretriz fundamental da colaboração de todos na busca da “verdade dos fatos”.

Aliás, a respeito dessa última expressão, é de se ressaltar que alguns processualistas apontam equívoco na afirmação de que a prova busca a “verdade dos fatos”. Isto porque “não existem fatos verdadeiros em contraposição a fatos não verdadeiros. Ou ocorreu e, assim, é fato, ou não ocorreu, e, portanto, não é fato”, concluindo que “o que pode ou não ser verdadeira é a alegação de fato feita pelas partes no processo”, ou seja, “a representação (provável¹⁸) daquilo que ocorreu”¹⁹. Pois bem, o legislador do novo CPC não se preocupou em afastar o equívoco levantado por alguns doutrinadores, fazendo novamente referência a tal expressão no art. 369, entre outros.

17 Concordamos com WILLIAM SANTOS FERREIRA quando afirma que a “[...]” parte só está autorizada a não produzir prova contra si para observar a garantia constitucional nos casos em que a prova poderia ser utilizada para acusação da parte no âmbito criminal” (*Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1024).

18 Sobre o significado de probabilidade, ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “Probabilidade é mais do que mera credibilidade ou mesmo que verossimilhança, mas é necessariamente menos que certeza” (*Instituições de direito processual civil*, p. 143).

19 ASSIS, “O dever de falar a verdade e o processo civil”, p. 88.

Neste ponto cabe ressaltar que a decisão do juiz deve, sempre que possível, resultar na certeza quanto ao fato investigado, ou seja, o Poder Judiciário deve buscar a verdade real em detrimento da formal. Contudo, não se pode esperar que a conclusão do julgador esteja sempre nela pautada, sob pena de inviabilizar a segurança jurídica advinda da solução definitiva dos conflitos que lhe são apresentados e, assim, frustrar o escopo da paz social. Ou seja, deve-se prestigiar a verdade real, porém, considerando as particularidades do caso, admite-se que a solução do conflito se dê com lastro na verdade formal, o que, se sabe, ocorre em muitos casos²⁰.

Não se nega aqui que o processo civil, tal qual o processo penal, tem por prioridade chegar à verdade real, como forma de dar solução justa à causa. Nesse sentido, CARLOS AUGUSTO DE ASSIS, após citar autores com o mesmo entendimento, conclui que

[...] não se pode deixar de reconhecer que – na medida do possível – todo o sistema probatório é voltado para descobrir o que ocorreu, ou, em outros termos, saber a verdade. Tanto melhor o conhecimento dos fatos relevantes para o deslinde da causa, maior a chance de, ao final, fazer justiça²¹.

Entretanto, em função de outros princípios relevantes, essa busca não pode ser ilimitada.

20 Em recente decisão envolvendo ação de prestação de contas (segunda fase), o TJSP assim manifestou-se: “[...] O juízo não está adstrito a nenhum cálculo. Não precisa considerar exato o laudo pericial, nem tem obrigação de acolher o cálculo realizado pela autora. Dispõe de livre convencimento, de acordo com as provas juntadas nos autos. Busca a verdade real, por todos os meios de prova cabíveis. Essa é uma busca necessária, mas de difícil consecução, obrigando o julgador, no mais das vezes, a satisfazer-se com a verdade formal produzida nos autos” (TJSP, 14ª Câmara de Direito Privado, Ap. n. 0103267-04.2008.8.26.0003, relator Melo Colombi, j. v.u. em 28.5.2015 – g.n.).

21 “O dever de falar a verdade e o processo civil”, p. 89.

Tem especial relevância a participação ativa do juiz na busca da verdade sobre as alegações fáticas trazidas pelas partes, consolidada tal participação no **art. 370 do novo CPC** (CPC/1973, art. 130), que preservou o poder instrutório do juiz de tomar a iniciativa para determinar a realização de prova que se mostre indispensável, hipótese de exceção ao princípio dispositivo (CPC/2015, art. 2º). Portanto, embora caiba à parte o ônus da prova de suas alegações (CPC/2015, art. 373), tem o juiz o poder de determinar a realização daquelas que, embora não requeridas pelos litigantes, entenda necessárias para o deslinde da causa.

Muito se discutiu sobre o cuidado do juiz no exercício do poder de iniciativa probatória, considerando o princípio dispositivo e a imparcialidade com a qual deve atuar no exercício da função jurisdicional. Tal preocupação, contudo, restou superada pela doutrina e jurisprudência, frente ao princípio da liberdade de investigação, em prol da busca da verdade real (em contraposição à verdade formal), que é escopo também do processo civil e não apenas do processo penal. Reitere-se, evidente a relevância do poder de iniciativa do juiz na busca do conhecimento da verdade real, pois quanto mais perto se chegar da exatidão dos fatos, maior a possibilidade de se dar ao conflito solução justa.

Quanto ao poder instrutório do juiz de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, este se impõe como poder-dever seu, uma vez que deve velar pela celeridade do processo, repudiando a prática de atos desnecessários que muitas vezes revelam deslealdade processual do litigante (CPC/2015, art. 139, II e III). Tal decisão deve ser fundamentada, como, aliás, exige o art. 11 do novo CPC, em consonância com a Constituição Federal (art. 93, IX).

3.2 A PERSUASÃO RACIONAL

A prova pertence ao processo e destina-se principalmente à convicção do juiz, de modo que sua apreciação independe de qual das partes a tenha promovido (princípio da aquisição), como dispõe o **art. 371 do**

novo CPC (CPC/1973, art. 131). Importa apenas verificar, em sendo lícita a prova, o quanto foi útil para o esclarecimento dos fatos e, portanto, para o conhecimento da verdade real. Cabe ao juiz, como principal destinatário da prova, avaliar a conveniência e a necessidade de sua produção, de modo que, suficientes as provas produzidas para a formação do seu convencimento, se tenha madura a causa para julgamento.

De acordo com o art. 371 do novo CPC, o juiz apreciará a prova, indicando na decisão as razões da formação de seu convencimento, em consonância com o princípio da motivação das decisões (CF, art. 93, IX). Orientado por tal princípio está o art. 11 do novo CPC, que, além de dispor sobre a publicidade dos julgamentos, exige que sejam fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. O art. 489, II, do novo CPC (CPC/1973, art. 458) dispõe ser a fundamentação um dos elementos essenciais da sentença, exigindo-a também para as decisões interlocutórias e os acórdãos, conforme o § 1º da norma, que traz as hipóteses que resultam na inobservância do requisito, em rol exemplificativo²².

A redação dada ao referido artigo tem gerado discussão sobre como deve o juiz, à luz do novo CPC, apreciar a prova para construir seu convencimento e, assim, julgar motivadamente o conflito, isto porque o legislador não fez constar do texto a apreciação **livre** da prova, afastando-se neste ponto do art. 131 do CPC/1973. Ou seja, discute-se a permanência no novo CPC do “sistema do livre convencimento motivado do juiz” ou “sistema da persuasão racional”.

Como ensina CASSIO SCARPINELLA BUENO, o sistema da persuasão racional é “aquele em que o juiz, observados os limites do sistema jurídico, pode dar a sua própria valoração à prova, sendo dever seu o de fundamentar, isto é, justificar a formação de sua convicção”²³.

22 Enunciado n. 303 do FPPC: “As hipóteses descritas nos incisos do § 1º do art. 489 são exemplificativas”.

23 *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 248.

Para ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a

[...] persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão²⁴.

Interessante discussão a respeito do tema foi travada entre juristas envolvendo artigo publicado por FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, para quem o sistema do livre convencimento motivado prevalece no CPC/2015, que “não ‘coisificou’ ou ‘robotizou’ o julgador, tolhendo qualquer espaço de liberdade decisória. Além da autonomia na valoração motivada da prova, mesmo em matéria de interpretação do Direito há espaço para a liberdade de convicção”²⁵, como se depreenderia do disposto no art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015. Em crítica ao artigo, GUILHERME VALLE BRUM, entre outros que discordaram do posicionamento do jurista, ressalta que

[...] também em relação à análise da prova, o magistrado está adstrito ao dever de respeito à coerência e à integridade do Direito, positivado pelo Novo Código de Processo Civil (artigo 926), o que afasta qualquer convencimento **livre**, ainda que **motivado**. Claro, pois de nada adianta exigirmos que o convencimento deve ser motivado, se ele for livre, discricionário²⁶ [grifos do autor].

LENIO LUIZ STRECK, para quem o sistema do livre convencimento motivado foi excluído do ordenamento, defende que tal sistema não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, sendo inadmis-

24 “Teoria geral do processo”, p. 377.

25 “O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC”.

26 “Réquiem para o livre convencimento motivado”.

sível que se aceite “o poder discricionário e seus genéricos, como o livre convencimento (motivado ou não) e a livre apreciação da prova”, de modo que o processo jurisdicional democrático deve “ser pautado por direitos e suas disposições têm o sentido de limite, de controle. O processo deve servir como mecanismo de controle da produção das decisões judiciais”, tema bastante discutido com o relator do Projeto, Paulo Teixeira.

Entendemos que a análise sistemática das normas do novo CPC, à luz dos princípios constitucionais que as orientam, permite-nos concluir pela preservação do sistema da persuasão racional como regra de valoração das provas e julgamento motivado do conflito, pois a tão debatida liberdade não tem caráter absoluto.

Abstraindo-nos das considerações filosóficas e epistemológicas e sem olvidar a pertinente crítica ao solipsismo judicial, no sentido de que se deve, sim, evitar a discricionariedade judicial, parece-nos que esse pensamento não é incompatível com o livre convencimento motivado ou com a persuasão racional quando se busca compreender o significado do vocábulo **livre**, ponto central da questão.

WILLIAM SANTOS FERREIRA explica que o CPC/1973 (art. 131), ao utilizar o termo **livre** convencimento, “objetivava aclarar não propriamente uma ‘liberdade’ do julgador para decidir como desejasse apenas apresentando motivos, o vocábulo ‘livre’ significava desvinculado de um ‘sistema tarifado’, de ‘provas legais’, apenas isto”²⁷, ou seja, deve ser entendido o livre convencimento em oposição ao sistema da prova legal, segundo defendeu GAJARDONI²⁸.

O eventual desvirtuamento da norma pelos julgadores não tem o condão de dar ao vocábulo **livre** outro entendimento que não esse, tampouco de concluir pelo desaparecimento da persuasão racional de

27 *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1001.

28 “O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC”.

nosso sistema processual como forma de assegurar o controle das decisões judiciais. O juiz que diz não precisar de mais nada e recusa provas que teriam em tese o potencial de demonstrar alguma alegação de fato relevante viola o contraditório. O juiz que diz que acha porque acha e pensa que isso é suficiente viola o dever de motivação.

Por certo, não se trata de liberdade absoluta, nem de se confundir com a discricionariedade, embora se reconheça que o convencimento é um ato voluntário e, como tal, envolve parcela de liberdade. Como não reconhecer um grau de liberdade para o juiz que rejeita o laudo pericial fundado em outras provas constantes dos autos? Observe-se que isso não tem nada de discricionário. O juiz terá que motivar muito bem e a decisão estará sujeita ao duplo grau.

Quanto mais exigente se faz o legislador em matéria de motivação, e este é um dos pontos positivos do novo CPC, maior é o controle da liberdade. A supressão do vocábulo **livre**, nos parece, veio reforçar o dever de motivação e a dimensão mais ampla do contraditório.

Não se é contra a ideia subjacente de segurança jurídica, previsibilidade e de “enquadramento” do juiz voluntarioso, mas é forçoso concluir que tal pensamento de modo algum colide com a preservação do princípio do livre convencimento motivado no novo CPC (que não desapareceu do ordenamento pela simples exclusão do vocábulo **livre**), considerando tratar-se de um sistema normativo constitucional e, por isso, construído sob o manto do Estado Democrático de Direito.

4 A PROVA EMPRESTADA

Por prova emprestada devemos entender a trasladação de uma produzida em outro processo. A prova emprestada aparece no outro processo sob a **forma** de documento, mas com a **eficácia probatória** original²⁹. Em outras palavras, trasladada do processo original uma prova

²⁹ TALAMINI, “Prova emprestada no processo civil e penal”, p. 94.

testemunhal, seria, em termos de eficácia probatória, como se a testemunha tivesse deposto no outro processo. Advirta-se que, em se tratando do aproveitamento de prova documental que instrui outro processo, não há que se falar em “prova emprestada”, pois em nada diferirá de uma junta de documento normal.

O **art. 372 do novo CPC**, sem correspondente no CPC/1973, confere ao juiz o poder de admitir a utilização de prova produzida em outro processo, desde que observado o contraditório, cabendo-lhe atribuir à prova o valor que entender adequado. O Enunciado n. 52 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) entendeu ser admissível a utilização da prova emprestada desde que o contraditório tenha sido observado no processo de origem e no de destino e que neste a prova mantenha sua natureza originária³⁰.

Esta é uma inovação que vem, também, positivar entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da admissibilidade da prova emprestada (que frente ao CPC/1973 se tratava de prova atípica, isto é, obtida por meio legítimo, porém não especificado no CPC), desde que sua produção não tenha ferido lei material ou garantia constitucional. O STJ já se manifestou favoravelmente à utilização da prova emprestada por favorecer a observância do princípio da celeridade (CF, art. 5º, LXXVIII), afora o princípio da economia processual, destacando sua importância na busca da verdade de fato relevante para o deslinde da causa e recomendando o empréstimo sempre que possível.

A análise do art. 372 do novo CPC passa, certamente, pela discussão travada em nossos tribunais sobre as bases de sua aplicação. Além da utilização por completo de todas as peças pertinentes³¹ (ou seja, em se tratando de prova pericial, não apenas o laudo do perito, mas os pareceres dos assistentes técnicos), as condições do empréstimo da prova têm

³⁰ ROQUE et al., *Novo CPC anotado e comparado* – Lei 15.105/2015, p. 396.

³¹ TALAMINI, “Prova emprestada no processo civil e penal”, p. 94.

como ponto central a garantia do contraditório à parte contra a qual for produzida, como expressamente determina a norma, em consonância, aliás, com os arts. 7º, 9º e 10 do novo CPC.

MOACYR AMARAL SANTOS, ao tratar do tema, reconhece eficácia probatória tanto para a prova emprestada de processo entre as mesmas partes quanto no caso de ter sido parte apenas aquele contra quem se pretende utilizar a prova³². Nesse último caso, ele pode ter participado da formação daquela prova no processo original, motivo pelo qual o contraditório foi respeitado³³. Complementarmente, cremos ser importante verificar se no processo original não apenas o desfavorecido pela prova emprestada foi parte, mas se houve realmente efetivo contraditório³⁴.

Fundados nessa respeitável doutrina, cremos, portanto, que a participação no processo da parte contra quem se pretende produzir a prova emprestada é ponto-chave para a sua admissibilidade.

Entretanto, o STJ já se posicionou no sentido de que

[...] a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Ora,

32 *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 409-410. EDUARDO TALAMINI também reconhece eficácia probatória em ambos os casos, fundado justamente no princípio do contraditório (“Prova emprestada no processo civil e penal”, p. 95). Em sentido contrário, exigindo a presença de ambas as partes no processo originário, ADA PELLEGRINI GRINOVER (“Prova emprestada”, p. 62).

33 A jurisprudência tem adotado o parâmetro do contraditório, na forma aqui exposta, conforme se pode depreender da nota 3 ao art. 332 do *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, de THEOTONIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO GOUVÊA e LUIZ GUILHERME BONDIOLI.

34 Diz EDUARDO TALAMINI: “Não basta a mera participação no processo anterior daquele a quem a prova transportada desfavorecerá. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo” (“Prova emprestada no processo civil e penal”, p. 97).

independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada. Portanto, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo³⁵.

Vê-se que tal decisão se contrapõe ao entendimento do Enunciado n. 52 do FPPC, no sentido de que o contraditório diz respeito ao processo de origem também. Sem dúvida, importava ter o novo CPC tratado diretamente da questão, mas nesse ponto, infelizmente, foi omissivo.

O tema, entretanto, apresenta nuances. É verdade que, em princípio, a prova emprestada sem a obediência dos requisitos acima debatidos não deve ser admitida. Porém, como bem pondera EDUARDO TALAMINI, tal ocorre necessariamente se a prova foi emprestada por razões de economia processual. Por sua vez, se o empréstimo se deu porque aquela prova era imprescindível, entra em jogo o próprio direito à prova, o que poderá dar ensejo à aplicação do princípio da proporcionalidade, o que eventualmente poderá tornar aceitável a sua utilização³⁶.

Outra questão a ser levantada envolve a possibilidade de o juiz, de ofício, tomar de empréstimo prova produzida em outro processo. Ou seja, poderia o juiz de ofício socorrer-se de prova emprestada, desde que observasse o contraditório, como exige a norma?

Parece-nos que o empréstimo da prova pode dar-se por iniciativa do juiz, como fruto do seu poder instrutório, na medida em que, dela tomando conhecimento e julgando-a relevante para o conhecimento da verdade sobre as alegações fáticas trazidas pelas partes, nada justifica desprezá-la, em prejuízo de uma decisão justa.

35 STJ, EREsp 617.428/SP, relatora ministra Nancy Andriighi, j. v.u. em 4.6.2014, *DJe* 17 jun. 2014.

36 “Prova emprestada no processo civil e penal”, p. 110-112.

Observe-se, finalmente, que admitir a prova emprestada não significa necessariamente valorá-la da mesma forma que o juiz do processo original, daí ter constado do art. 373 do novo CPC que o juiz atribuirá a ela “o valor que considerar adequado”.

5 CONCLUSÃO

O novo CPC trouxe, sem dúvida, inovações relevantes, consolidando entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que foram sendo construídos por meio de debates enriquecedores.

No que se refere à Teoria Geral da Prova, parece-nos óbvio que a inovação mais polêmica está na redação dada ao art. 371 do novo CPC, como visto já bastante acirrada, o que exigirá reflexão.

De todo modo, parece-nos que o novo CPC andou bem em alguns pontos essenciais nessa temática. Continuou consagrando a busca da verdade como um dos objetivos do processo, dotando o juiz dos meios necessários para a efetivação dessa busca. Por outro lado, deixou evidente que a formação do convencimento do juiz deverá estar fortemente alicerçada na prova dos autos, conforme demonstrado na motivação da sentença. Oxalá as interpretações e a prática diária possam otimizar os bons parâmetros encontrados na novel legislação em matéria probatória.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Carlos Augusto de. O dever de falar a verdade e o processo civil. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 61, p. 88-102, set./out. 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 7. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRUM, Guilherme Valle. Réquiem para o livre convencimento motivado. Disponível em: <<http://emporioidireito.com.br/requiem-para-o-livre-convencimento-motivado-por-guilherme-valle-brum-2/>>. Acesso em: 23 maio 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2003.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado n. 50*. Salvador, 2013.

_____. *Enunciado n. 301*. Belo Horizonte, 2014.

_____. *Enunciado n. 302*. Belo Horizonte, 2014.

_____. *Enunciado n. 303*. Belo Horizonte, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em: 23 maio 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. In: _____. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. Nota 3 ao art. 332. In: _____. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROQUE, André; GAJARDONI, Fernando; TOMITA, Ivo Shigueru; DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar (Org.). Nota ao art. 372. In: _____. *Novo CPC anotado e comparado – Lei 15.105/2015*. São Paulo: Foco, 2015.

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

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 26. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1983.

SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em: 23 maio 2015.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 91, p. 92-114, jul./set. 1998.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 43. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

YARSHHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

O ART. 4º DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

Elias Marques de Medeiros Neto

O art. 4º do novo Código de Processo Civil estabelece: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

É inegável que a preocupação com a efetividade do processo está no espírito deste artigo. Previamente à análise mais específica do princípio da efetividade, é importante trabalharmos com a noção de princípio.

Definir princípio não é uma tarefa tão simples, sendo certo que grandes estudiosos do direito já se debruçaram sobre o tema e contribuíram com suas reflexões para o significativo e polêmico rol dos debates acerca da natureza dos princípios jurídicos.

PAULO BONAVIDES¹ enumera as seguintes características dos princípios jurídicos: (I) normas genéricas; (II) normas indeterminadas que dependem de interpretação para serem aplicadas; (III) normas programáticas; (IV) normas hierarquicamente superiores; e (V) normas que guiam a interpretação e a formação de outras normas jurídicas.

GENARO CARRIÓ² tenta caracterizar princípio jurídico de acordo com um levantamento de algumas acepções em que normalmente o conceito é empregado em obras jurídicas consagradas: (I) princípios traduzem a finalidade da norma a ser aplicada; (II) princípios denotam um aspecto ou detalhe importante de um certo sistema jurídico; (III) princípios apresentam os requisitos formais que a ordem jurídica deve obser-

¹ *Curso de direito constitucional*.

² *Principios jurídicos y positivismo jurídico*.

var; (IV) princípios generalizam determinados valores; (V) princípios positivam valores que levam à noção do justo; (VI) princípios traduzem comandos programáticos direcionados ao legislador; (VII) princípios fazem referência a juízos de valor que centralizam os anseios básicos da moral positiva; e (VIII) princípios sintetizam noções consagradas oriundas da tradição jurídica.

Conforme bem lembra GISELE SANTOS FERNANDES GÓES³, os princípios possuem como característica comum a generalidade e o papel de guia para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, com o foco de garantir coerência ao sistema jurídico como um todo⁴.

KARL LARENZ⁵ apresenta a visão de que os princípios concentram as fórmulas mestras do sistema jurídico, estabelecendo os fundamentos para a hermenêutica do direito e servindo de origem para as normas de conduta⁶.

3 *Princípio da proporcionalidade no processo civil.*

4 Interessante definição surge da leitura da obra de JOSÉ CRETTELLA NETO, para quem os princípios são “vigas mestras que sustentam a estrutura organizacional e operativa do sistema jurídico, atuando também como elo de ligação entre a lei, a doutrina e a jurisprudência, possibilitando a regulamentação harmônica e equânime da sociedade. Seu emprego permite, por um lado, a elaboração de leis que reflitam a ideia daquilo que, em determinado momento histórico, a sociedade considere como ‘socialmente justo’; e por outro, permite-se a aplicação dessas leis aos conflitos de interesse, de forma a efetivar o direito, mediante a adequada interpretação da *mens legis*. Na ausência de leis em que se tivessem positivado, ou com o surgimento de novos institutos – o que ocorre, por exemplo, quando inovações tecnológicas passam a ser patenteadas e comercializadas – entram novamente em cena os princípios, agora como orientadores dos operadores do direito” (*Fundamentos principiológicos do processo civil*, p. 26).

5 *Derecho justo* – fundamentos de la ética jurídica, p. 14.

6 Nesta linha segue a obra de PAULO DOURADO DE GUSMÃO no sentido de que “o direito positivo se funda em certos princípios gerais que dão unidade ao sistema. São os princípios que nortearam o legislador. A esses princípios deve recorrer o intérprete em primeiro lugar. Para descobri-los são necessárias a comparação, a generalização e a abstração progressiva de todo o direito vigente de um país. Portanto, para encontrá-los deve-se remontar de norma a norma, de princípio em princípio,

No direito brasileiro, os princípios possuem importante função de integração do sistema jurídico, de tal sorte que o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, expressamente prevê a possibilidade de o magistrado se valer dos princípios gerais do direito em caso de lacuna⁷.

Grande polêmica existe na doutrina acerca da natureza dos princípios. Ilustres nomes, como JOSÉ AFONSO DA SILVA⁸, sustentam que os princípios são a base jurídica das normas e que podem vir a ser positivados, também se transformando em normas-princípios. Mas sua essência não necessariamente é normativa, sendo, na realidade, fontes diretivas e interpretativas para as normas jurídicas.

Esta também parece ser a doutrina de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁹, que transfere aos princípios o papel estrutural de garantir coesão ao sistema normativo, sendo fonte de formação e inspiração hermenêutica para as regras imperativas.

até se atingir aos mais gerais, fundamentais e incondicionados que estruturam e fundamentam o direito positivo” (*Introdução ao estudo do direito*, p. 248).

7 Acerca da importância dos princípios para o preenchimento das lacunas do direito, CARLOS MAXIMILIANO, em obra referência sobre a hermenêutica jurídica, leciona que “todo o conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as diretivas ideias do hermenêuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica. Se é deficiente o repositório de normas, se não oferece, explícita ou implicitamente, e nem sequer por analogia, o meio de regular ou resolver um caso concreto, o estudioso, o magistrado, ou funcionário administrativo como que renova, em sentido inverso, o trabalho do legislador: este procede de cima para baixo, do geral ao particular; sobe aquele gradativamente, por indução, da ideia em foco para outra mais elevada, prossegue em generalizações sucessivas, e cada vez mais amplas, até encontrar a solução colimada” (*Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 295).

8 *Curso de direito constitucional positivo*, p. 93.

9 *Introdução ao estudo do direito*, p. 247.

JEAN-LOUIS BERGEL¹⁰ já assinala a importância dos princípios perante os magistrados e o legislador, sendo eles verdadeiras inspirações para as normas, além de guias diretivos e corretivos para a aplicação das regras jurídicas.

Todavia, há também a escola filosófica que entende que os princípios são, sim, normas, as quais, sendo um grande gênero, se subdividem em princípios e regras.

ROBERT ALEXY¹¹, provavelmente, é um dos grandes nomes dessa escola, doutrinando que princípios e regras se reúnem no gênero das normas, porque ambos expressam o “dever ser”, apesar de as regras serem menos genéricas que os princípios, os quais guardam consigo um alto grau de generalidade.

RONALD DWORKIN¹² também defende a natureza normativa dos princípios, mas os diferencia das regras em razão de natureza lógica. Para DWORKIN, uma regra traz consigo um comando específico e concreto que deve ser considerado válido e aplicável, ou não válido e não aplicável. Não há meio do caminho. Os princípios, por sua vez, encerram comandos mais genéricos e que podem servir de guias para interpretação e aplicação das regras, tendo os seus comandos sopesados de acordo com o caso concreto.

O caráter normativo dos princípios está presente na obra de MARIA HELENA DINIZ¹³, a qual, com sua costumeira didática, sintetiza que

[...] os princípios gerais do direito, entendemos, não são preceitos de ordem ética, política, sociológica ou técnica, mas elementos

10 *Teoria geral do direito*, p. 118.

11 *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 87.

12 *Levando os direitos a sério*, p. 39.

13 *As lacunas no direito*, p. 236.

componentes do direito. São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, sendo que algumas são de tamanha importância que estão expressamente contidas em leis, como já enunciamos.

As lições de NORBERTO BOBBIO¹⁴ também direcionam para a natureza normativa dos princípios:

[...] os princípios são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

E como o presente tema tem significativa relação com o universo da filosofia do direito, citar MIGUEL REALE¹⁵ é mais do que um dever, sendo certo que sua lição define princípios como

[...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, deste modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito,

14 *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 158-159.

15 *Lições preliminares de direito*, p. 300.

quanto o de sua atualização prática. Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa constituição sobre os princípios da isonomia (igualdade de todos perante a lei), da irretroatividade da lei para a proteção dos direitos adquiridos, etc.

No universo normativo do direito brasileiro, muitos princípios estão positivados, merecendo destaque as previsões dos arts. 5º, 37 e 93 da CF de 1988, as quais reúnem profunda relação com o princípio da efetividade do processo.

É missão do Estado, por meio do Poder Judiciário, possibilitar aos demandantes uma adequada, tempestiva e eficiente solução de controvérsias; de tal sorte que a correta aplicação da regra de direito material deve ser assegurada pelas vias processuais existentes e tuteladas pelo Estado.

A visão meramente formal da ciência processual, a qual deveria ser autônoma e apenas reger com precisão técnica o fluxo dos atos praticados em um determinado processo, não é mais pauta do dia. Não é outro o entendimento de PEDRO J. BERTOLINO: “[...] concebido el proceso ante todo como instrumento, vemos que resultará irrazonable hacer de un mero medio – el proceso civil – un fin en si mismo”¹⁶.

Atualmente, o estudioso do processo deve se preocupar em como os atos processuais podem auxiliar na concreta tutela do direito material, de modo a garantir que este não seja apenas uma hipótese de direito prevista em um determinado código de normas.

O Estado, por intermédio do Poder Judiciário, não pode deixar de ser visto como uma “força empregada exclusivamente como um meio de realização do direito e segundo normas jurídicas”, conforme a lição de DALMO DE ABREU DALLARI¹⁷.

16 “El exceso de rito de cara a la efectividad del proceso civil”, p. 176.

17 *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 97.

LÉON DUGUIT¹⁸ também já assinalava que,

[...] pela função jurisdicional, o Estado intervém nos casos de violação do direito objetivo ou nas contestações relativas à existência ou extensão de uma situação jurídica subjetiva; ordena a reparação, repressão ou anulação, segundo o caso, quando foi violado o direito objetivo; ordena as medidas necessárias, para assegurar a realização das situações jurídicas subjetivas de que reconhece a existência e a extensão.

A necessária e fluente relação entre o direito processual e o direito material foi observada na obra de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE¹⁹, da qual se extrai a necessidade de uma visão instrumental do processo civil, voltada ao processo de resultados, na busca de servir adequadamente ao direito material.

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO destaca que existe uma ligação umbilical entre o direito processual e o direito material, sendo aquele instrumento para tutelar de forma eficaz este último. Não se pode olvidar que é missão essencial do Estado garantir um eficaz exercício da jurisdição, entendendo-se por isso não só uma adequada e eficiente formal resposta do Poder Judiciário quanto à solução da lide, mas também se compreendendo a garantia da própria realização do direito material tutelado²⁰.

Como a jurisdição tem como fim a resolução de conflitos²¹, almejando à obtenção da paz social²², é certo que o princípio da efetivida-

18 *Fundamentos do direito*, p. 44.

19 *Direito e processo*, p. 19.

20 *Curso sistematizado de direito processual civil*, 2012, p. 91.

21 “A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por conseqüência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade [...]” (ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 30).

22 A necessidade de a jurisdição resolver de forma eficiente a lide está na doutrina de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “A força das tendências metodológicas do direito

de do processo torna-se verdadeira essência da jurisdição, principalmente porque um processo tardio, ineficaz e sem real impacto no mundo dos fatos, fracassando na tutela e na realização do direito material, não terá proporcionado nem a paz social, nem o almejado adequado desfecho da resolução de conflitos²³.

Neste passo, significativo é o desafio de se atingir a efetividade processual, a qual consiste em se garantir ao litigante, na medida do possível, praticamente aquilo que ele naturalmente teria se não precisasse ir ao Poder Judiciário²⁴.

Moldar todo o arcabouço legislativo processual e a atuação da jurisdição para, de forma eficaz, tempestiva, oportuna e adequada, garantir e realizar o direito material a ser tutelado é a missão hoje presente nos foros acadêmicos e profissionais que constantemente debatem processo civil no Brasil.

Dando continuidade a esse debate, deve-se lembrar que o art. 37 da CF de 1988 já positiva a necessidade de o Estado – e, portanto, o Poder Judiciário – atuar de forma eficiente em seus atos. Trata-se da consagração do princípio da eficiência, o qual guarda íntima relação com a noção de efetividade processual.

O princípio da eficiência foi positivado na Magna Carta por meio da EC n. 19 de 1998 e traz consigo a imposição ao agente público de atuar de forma a permitir que o Estado atinja os seus fins perante a sociedade, buscando sempre, nesse sentido, resultados favoráveis ao todo social²⁵.

processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.” (*A instrumentalidade do processo*, p. 277).

23 DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 319.

24 DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 319.

25 BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, *Comentários à Constituição Federal de 1988*, p. 728.

A Lei n. 9.784/1999, em seu art. 2º, *caput*, igualmente faz referência ao princípio da eficiência como um dos que regem o processo administrativo. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, acerca de sua natureza, bem disserta que esse princípio

[...] pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público²⁶.

E especificamente sobre a necessidade de o processo ser regido com a máxima eficiência e dentro dos parâmetros da economia e da instrumentalidade, de modo a ser efetivo e atender ao seu escopo social, interessante é a seguinte passagem da administrativista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

[...] há que se ter sempre presente a ideia de que o processo é instrumento para aplicação da lei, de modo que as exigências a ele pertinentes devem ser adequadas e proporcionais ao fim que se pretende atingir. Por isso mesmo, devem ser evitados os formalismos excessivos, não essenciais à legalidade do procedimento que só possam onerar inutilmente a administração pública, emperrando a máquina administrativa²⁷.

ALEXANDRE DE MORAES, também analisando o princípio da eficiência, proclama que este é

[...] aquele que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da

26 *Direito administrativo*, p. 83.

27 *Direito administrativo*, p. 504.

qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social²⁸.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, acerca do princípio da eficiência, em lição sobre a necessidade de o direito atender seu escopo de efetivamente resolver os conflitos concretos, enfatiza que:

O Direito Público do Estado Contemporâneo visa satisfazer determinadas necessidades sociais, sendo vinculado ao atendimento eficiente dos fins sociais e fáticos aos quais se destina. A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para a liberdade dos cidadãos. Os resultados práticos da aplicação das normas jurídicas não constituem preocupação apenas sociológica, mas, muito pelo contrário, são elementos essenciais para determinar como, a partir desses dados empíricos, devam ser interpretadas (ou reinterpretadas), legitimando a sua aplicação. O Direito deixa de ser aquela ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos; desce do seu pedestal para aferir se esta realização lógica está sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade. Uma interpretação/aplicação de lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos não pode ser considerada como a interpretação mais correta²⁹.

A doutrina acima, focada na eficiência da administração pública e na necessidade de o direito ser interpretado e aplicado de forma a realmente atender aos seus fins, tem flagrante inspiração na escola de

²⁸ *Direito constitucional*, p. 300.

²⁹ “Eficiência (princípio da)”, p. 393.

NORBERTO BOBBIO³⁰, que já na década de 1970 frisava a importância de uma teoria realista do direito, focada mais na efetividade da norma jurídica do que na sua validade formal.

Indubitavelmente, o princípio da eficiência³¹, que rege a atuação da Administração Pública, apresenta estreita e íntima ligação com o princípio da efetividade processual, pois o Poder Judiciário (art. 93 da CF de 1988), como ente do Estado que concentra o exercício da jurisdição, deve pautar seus atos com observância das diretrizes que estão consagradas no art. 37 da CF de 1988.

FREDIE DIDIER JR.³², neste contexto, pontua que

[...] o processo, para ser devido, há de ser eficiente. O princípio da eficiência, aplicado ao processo, é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal. Realmente, é difícil conceber um devido processo legal ineficiente. Mas não é só. Ele resulta, ainda, da incidência do art. 37, *caput*, da CF/88. Esse dispositivo também se dirige ao Poder Judiciário [...].

E dentro de uma busca da plena efetividade processual, não é por outra razão, inclusive, que o próprio novo Código de Processo Civil, no art. 8º, faz expressa referência ao princípio da eficiência: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

³⁰ *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*.

³¹ FÁBIO SOARES DE MELO enfatiza que “o princípio da eficiência tem por finalidade principal a obrigatoriedade de que a atuação da administração pública obtenha resultados de forma satisfatória e eficiente.” (*Processo administrativo tributário: princípios, vícios e efeitos jurídicos*, p. 54).

³² “Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo”, p. 433.

A noção de efetividade processual está presente nos referidos conceitos ligados ao princípio da eficiência, podendo-se dizer que cabe ao Poder Judiciário se organizar da forma mais adequada para garantir que a tutela jurisdicional possa ser conferida ao titular do direito material de maneira oportuna, econômica e tempestiva, tudo de modo a garantir que a resolução de conflitos não se limite apenas à prolação de uma sentença judicial, mas sim que possa efetivamente realizar o direito devido ao seu titular e formalmente reconhecido em decisão proferida no processo.

Bem oportuno, aliás, é o disposto no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a necessidade de os órgãos públicos, aí se incluindo o Poder Judiciário, fornecerem serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Além do princípio da eficiência, pode-se dizer que o princípio da efetividade processual também encontra relação com o texto constante do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF de 1988³³.

Como já disse RUI BARBOSA, "a justiça atrasada não é justiça, se não injustiça qualificada"³⁴.

A celeridade processual ganha fundamental realce nos tempos modernos, principalmente em razão das significativas transformações da vida social e seus reflexos nos litígios, conforme bem observa KAZUO WATANABE:

Vários são os fatores que contribuem para que o fator celeridade tenha relevância no estudo das relações sociais, destacando-se o encurtamento das distâncias, em razão da evolução dos sistemas

de comunicação e sofisticação dos meios de transporte, e os instrumentais tecnológicos que aceleram ou mesmo substituem o agir humano nos diferentes atos da vida cotidiana³⁵.

J. J. GOMES CANOTILHO, nesta seara, já teve a oportunidade de observar que "a existência de processos céleres, expeditos e eficazes [...] é condição indispensável de uma protecção jurídica adequada"³⁶.

A duração razoável do processo e a celeridade certamente são importantes componentes do conceito de efetividade processual. Mas não são expressões sinônimas, sendo a celeridade um dos elementos para que o processo possa ser considerado efetivo, mas nunca o único elemento. Um processo célere mas que agrida o devido processo legal não pode ser considerado efetivo como bem alertam MARIA ELIZABETH DE CASTRO LOPES e JOÃO BATISTA LOPES³⁷ em artigo referência sobre o tema:

Tem-se observado, em trabalhos acadêmicos, certa confusão entre celeridade e efetividade. Talvez em razão da constante preocupação com a morosidade da justiça, a efetividade muitas vezes é identificada com celeridade ou com presteza da atividade jurisdicional. Nada, porém, menos exato, já que a celeridade é apenas um aspecto da efetividade. Com maior rigor técnico e à luz da Emenda n. 45, aos jurisdicionados se deve garantir a razoável duração do processo que, entre outros aspectos, terá de levar em consideração a complexidade da causa. Por exemplo, se o desate da lide exigir prova pericial, e o juiz a dispensar, em nome da celeridade processual, a efetividade do processo estará irremediavelmente comprometida: o julgamento não será antecipado, mas precipitado... Tem-se, pois, que a celeridade processual não pode vulnerar as garantias constitucionais entre as quais se colocam a ampla defesa e a produção da prova.

33 "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

34 *Oração aos moços*, p. 53. Na mesma linha, defendendo que a justiça não entregue em prazo razoável seria um "diniego de tutela", é a doutrina de LUIGI PAOLO COMOGLIO ("Principi costituzionali e processo di esecuzione", p. 454).

35 *Da cognição no processo civil*, p. 142.

36 *Direito constitucional*, p. 652-653.

37 "Princípio da efetividade", p. 244-245.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE³⁸, na mesma direção, doutrina que:

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo. Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a ideia do devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo³⁹.

E, como já tivemos a oportunidade de defender,

[...] o processo efetivo é aquele que busca resolver de forma eficaz a lide, dentro de uma ótica de economia processual, atendendo

o equilíbrio entre a celeridade e o respeito aos princípios que compõem o devido processo legal; respeitando-se a adequada segurança aos valores fundamentais que devem ser preservados em favor dos sujeitos do processo⁴⁰.

Portanto, a duração razoável do processo e a celeridade são fundamentais para que a efetividade processual possa ser garantida no caso concreto, mas tais qualidades não devem mitigar os importantes princípios inerentes ao *due process of law*, sendo este outro fundamental elemento para a conquista da efetividade processual:

[...] a celeridade não pode atropelar ou comprometer o processo *giusto* de que nos fala Comoglio, ou seja, o reconhecimento e a garantia dos direitos, a fundamental exigência de efetividade técnica e qualitativa, o contraditório, o juiz natural, etc. Sobre preocupar-se com a celeridade, deverá o magistrado indagar, em cada caso, qual deva ser a duração razoável do processo. Em outras palavras, o processo deve durar o tempo necessário e suficiente para cumprir seus escopos, nem mais, nem menos⁴¹.

O devido processo legal está previsto na CF de 1988, em seu art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal é princípio-base para todo o sistema processual⁴², tendo em sua essência a orientação de respeito às garantias

38 *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 49.

39 Não são diferentes os magistérios de JOÃO BATISTA LOPES e CÁSSIO SCARPINELLA BUENO: “Como se pretende sustentar, porém, efetividade não é sinônimo de celeridade, ainda que deva ser considerada aspecto importante daquela, como se exporá mais adiante. [...]. Verifica-se, para logo, que o conceito de efetividade é mais complexo do que geralmente se supõe, não se identificando, pura e simplesmente, com o resultado do processo. É necessário que o resultado alcançado obedeça ao princípio do devido processo legal, isto é, que as garantias do processo sejam observadas, que se tenha um processo equo e *giusto*, como dizem os italianos. Também não se pode confundir efetividade com celeridade processual. Se é certo que a celeridade constitui um valor a ser perseguido, especialmente ante o quadro atual de morosidade da justiça, também é exato que a ideia de efetividade não se exaure na de celeridade.” (LOPES, “Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil”, p. 135); e “O grande norte a ser seguido pelo legislador e, conseqüentemente, pela técnica processual é o do princípio da efetividade da jurisdição, ou do acesso à justiça ou à ordem jurídica justa, constante do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, sempre equilibrado e dosado, como bom princípio que é, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal)” (BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, 2007, p. 148). No mesmo sentido: DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 360.

40 MEDEIROS NETO, *Proibição da prova ilícita no processo civil brasileiro*, p. 20.

41 LOPES; CASTRO LOPES, “Novo Código de Processo Civil e efetividade da jurisdição”, p. 173-174.

42 “Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies. Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do ‘devido processo legal’ o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz

processuais positivadas em favor das partes na Constituição Federal e nas demais normas infraconstitucionais. Entre tais garantias, destacam-se, sem a tanto se limitar, o direito ao contraditório⁴³ e à ampla defesa⁴⁴, o respeito ao princípio da legalidade⁴⁵, o dever de os magistrados motivarem suas decisões e a publicidade dos atos processuais⁴⁶ (art. 93, IX, da CF de 1988), o direito à prova⁴⁷, a proibição à prova ilícita⁴⁸, o dever de se conferir tratamento igualitário às partes⁴⁹, o direito ao juiz natural e imparcial⁵⁰.

A imparcialidade do magistrado como elemento essencial do *due process of law*, inclusive, é muito bem ressaltada na obra de MARCELO FIGUEIREDO⁵¹, sendo já uma preocupação presente na Constituição brasileira de 1824.

natural, do contraditório e do procedimento regular.” (NERY JUNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 60).

43 “O que caracteriza fundamentalmente o processo é a celebração contraditória do procedimento, assegurada a participação dos interessados mediante exercício das faculdades e poderes integrantes da relação jurídica processual. A observância do procedimento em si próprio e dos níveis constitucionalmente satisfatórios de participação efetiva e equilibrada, segundo a generosa cláusula *due process of law*, é que legitima o ato final do processo, vinculativo dos participantes.” (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 77).

44 NERY JUNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 172.

45 SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 400.

46 OLIVEIRA NETO, “Princípio da fundamentação das decisões judiciais”, p. 201.

47 LOPES, *A prova no direito processual civil*, p. 166-168.

48 SHIMURA, “Princípio da proibição da prova ilícita”, p. 263-264.

49 FERREIRA FILHO, *Direitos humanos fundamentais*, p. 118. No mesmo sentido: BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, 2012.

50 NERY JUNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*.

51 “Transição do Brasil Império à República Velha”, p. 122.

NELSON NERY JR.⁵², com didática, sintetiza:

E é nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução “devido processo legal”, como se pode verificar, v.g., da enumeração que se fez das garantias dela oriundas, *verbis*: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação. Especificamente quanto ao processo civil, já se afirmou ser manifestação do *due process of law*: a) a igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório. Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que a cláusula procedural *due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo a pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.

O devido processo legal denota que ninguém será privado de sua liberdade e/ou de seus bens sem a observância de procedimento previamente previsto em lei, bem como sem a garantia da ampla defesa, do contraditório e do tratamento igualitário entre as partes (inciso LV do art. 5º da CF de 1988)⁵³.

52 *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 70.

53 “Por essa concepção formal, mencionado princípio representa uma garantia de acesso à justiça e, também, de que, ao ser parte em um processo, seja ele criminal, civil ou administrativo, a pessoa não sofrerá qualquer restrição em sua vida, liberdade ou patrimônio sem que seja observado um procedimento previamente estabelecido na lei, no qual se respeite a igualdade das partes e se permita a mais ampla defesa

Um processo que observa o devido processo legal, pautado pelo respeito às garantias constitucionais, mas que também observa a necessidade de eficiência, celeridade e duração razoável, demonstra a preocupação com a efetividade na solução do conflito.

A efetividade processual mantém igualmente íntima relação com a noção de acesso à justiça, termo este muito presente quando se examina o inciso XXXV do art. 5º da CF de 1988. Esse inciso proclama que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Tal previsão normativa, também conhecida como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁵⁴, estabelece o acesso ao Poder Judiciário por parte de todo aquele que se sentir ameaçado em sua esfera de direitos subjetivos.

É certo que a previsão é extremamente bela, pois prevê como direito constitucional a possibilidade de o jurisdicionado sempre se valer do Poder Judiciário para o exame de suas questões.

Todavia, para que o acesso à justiça – aqui interpretado como decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – deixe de ser uma mera elogiável previsão no rol das garantias constitucionais e passe a se tornar um concreto direito a ser exercido pelos jurisdicionados, é inevitável a observância das ondas de transformação de que sabiamente falam MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH⁵⁵.

Pela lição dos referidos mestres, o pleno acesso à justiça pode ser obtido pela preocupação em possibilitar aos menos favorecidos economica-

dos seus interesses [...]. Dessa forma, além da paridade de atuação, no acesso e no desenvolvimento do processo, e do respeito a uma sequência de atos previstos em lei, as partes têm o direito de ver resolvida, em tempo razoável, a causa que submeteram ao Poder Judiciário, impedindo que as ações judiciais se perpetuem.” (DIAS, “Princípio do devido processo legal”, p. 34-35).

54 SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 410.

55 *Acesso à justiça*.

mente o acesso à informação e ao uso das ferramentas processuais necessárias para a proteção dos seus direitos. Essa seria a primeira onda de transformação, garantindo-se o acesso à justiça para aqueles que tradicionalmente são excluídos, por fatores econômicos, do sistema de proteção dos direitos.

Neste particular, oportuna é a lição de SÉRGIO SHIMURA⁵⁶, para quem “a verdadeira efetividade do processo é o problema que mais aflige o jurisdicionado, no momento de recorrer à tutela jurisdicional. A morosidade do processo estrangula os canais de acesso à tutela jurisdicional, principalmente aos economicamente mais fracos”.

A referida primeira onda de transformação cuidaria de tentar conferir aos economicamente mais fracos a real possibilidade de terem os seus direitos efetivamente tutelados pelo Poder Judiciário.

A segunda onda de transformação está na busca de proteção aos interesses difusos e coletivos, almejando-se tutelar os interesses da sociedade como um todo, e não só o direito individual de cada cidadão.

A terceira onda reside no desafio de o Estado e o Poder Judiciário atuarem efetivamente na resolução dos conflitos que são apresentados, sendo missão do sistema jurídico não só entregar ao jurisdicionado uma formal resposta para o conflito por meio de uma decisão ou sentença, mas também conferir a ele todas as ferramentas e vias processuais necessárias para a efetiva realização do seu direito.

A terceira onda de transformação de que falam CAPPELLETTI e GARTH apresenta o mais perceptível elo entre a preocupação com o acesso à justiça e a efetividade processual.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE⁵⁷, acerca da relação entre o acesso à justiça e a efetividade processual, disserta que

56 *Arresto cautelar*, p. 37.

57 *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 341.

[...] entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor do seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea.

E, como narra CASSIO SCARPINELLA BUENO⁵⁸, a terceira onda traz o desafio de o sistema processual se adaptar aos novos tempos dos conflitos modernos, ser flexível, prever procedimentos que possam atender as especificidades de cada lide, ter, enfim, as condições necessárias para atuar de forma concreta e real na proteção ao direito material que está sendo violado no caso concreto.

O jurisdicionado, na ótica da terceira onda de CAPPELLETTI e GARTH, não pode se deparar com um sistema processual rígido, formal, distante e pouco preocupado com a eficaz solução da lide.

Pelo contrário, passa a ser missão essencial do Poder Judiciário garantir a efetividade do processo. O sistema processual como um todo deve trabalhar para a melhor compreensão do litígio e para conferir os meios processuais necessários para atender a especificidade do direito a ser garantido, tudo de modo a se poder ir além da mera e simples resolução formal do litígio, de tal sorte que todos que atuam com o processo devem se sentir protegidos pelos mecanismos existentes e estarem cientes de que o direito ameaçado será, de fato, eficaz e concretamente tutelado.

MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH⁵⁹ já propunham as seguintes mudanças para que o acesso à justiça pudesse ser observado:

58 *Curso sistematizado de direito processual civil*, 2012, p. 91.

59 *Acesso à justiça*.

(I) reformas dos procedimentos judiciais, de modo a reduzir custos, simplificar os atos processuais e atender-se a natureza e as especificidades dos diferentes conflitos levados ao judiciário; (II) incentivo aos métodos alternativos de resolução de conflitos, tais como o juízo arbitral e a conciliação; (III) instituição de procedimentos e cortes especiais para casos economicamente diferenciados, bem como para casos que tenham matérias mais específicas.

Apesar de os escritos de CAPPELLETTI e GARTH serem da década de 1970, pode-se dizer que eles nunca foram tão atuais.

As rápidas e desafiadoras transformações oriundas da globalização econômica⁶⁰, a velocidade da troca de informações e a complexa multiplicação de litígios obrigam o processualista moderno a ter um olhar diferenciado sobre a forma de resolução de conflitos.

O Poder Judiciário enfrenta um desafio institucional. Precisa estar pronto para efetivamente garantir e realizar o direito material a ser tutelado, não podendo mais se limitar a conferir meras formais e tardias respostas jurisdicionais aos demandantes, as quais não raro fracassam em aplicabilidade no real mundo dos fatos.

E é missão do processualista auxiliar o Poder Judiciário e a ciência processual neste desafiador momento de transformação, revisitando velhos institutos e propondo a criação de novos, ou mesmo apresentando um olhar diferente sobre o contexto presente, tudo na linha de colaborar com a busca da tão sonhada efetividade processual.

Como bem destaca RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO⁶¹, o desafio para o Poder Judiciário e também para o processualista é a obtenção de uma tutela jurisdicional de qualidade, a qual deve revestir-se dos seguintes atributos:

60 FARIA, *Direito e globalização econômica*.

61 *Acesso à justiça*, p. 475.

[...] ser justa (resolução da pendência em modo equânime), jurídica (tecnicamente hígida e convincente), econômica (boa relação custo benefício), tempestiva (prolatada num processo sem dilações excessivas), razoavelmente previsível (apta a permitir um verossímil prognóstico sobre o desfecho da causa) e efetiva (idônea a assegurar a exata fruição do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado).

A meta é transcender o mero debate científico dos institutos processuais, contribuindo para que surjam instrumentos de maior eficiência para a proteção dos direitos tutelados⁶².

A eficaz proteção do direito material, conferindo-se os instrumentos necessários para a sua efetiva garantia e realização, é a diretriz da moderna ciência processual, é o verdadeiro desafio do Poder Judiciário e do processualista dos tempos contemporâneos.

Na realidade, a efetividade processual é caminho indispensável para a materialização da justiça, tida aqui como a garantia de se dar a cada um o que lhe é devido, de acordo com uma relação de igualdade, seja ela simples ou proporcional⁶³, conforme já enfatizado por PIERO CALAMANDREI⁶⁴.

62 Não sendo outra a doutrina de KAZUO WATANABE: “O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando mecanismos de segurança que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso.” (*Da cognição no processo civil*, p. 141).

63 MONTORO, *Introdução à ciência do direito*, p. 129.

64 “E, entretanto, também a técnica dos juristas, se deve respeitar os limites do *ius conditum*, tem em si mesma, não obstante o limitado desses confins, um acorde moral que a inspira e vivifica. Se ao jurista, que é essencialmente um legalista, não lhe é permitido tomar parte ativa (enquanto quer seguir como jurista) na luta pela instauração de leis mais justas, é seu ofício, entretanto, igualmente importante,

Como bem lembra a lição de GIORGIO COSTANTINO⁶⁵, a preocupação com a efetividade processual se acentua nos procedimentos de execução, onde há um verdadeiro teste de fogo para a eficiência do Poder Judiciário e para os mecanismos processuais existentes, uma vez que é nesta etapa que a satisfação do direito do legítimo credor deve ocorrer.

A profunda e necessária relação entre a efetividade e a execução já foi muito bem observada por MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, ao afirmar com propriedade que: “asi todas las actividades necesarias para que la tutela sea ‘efectiva’ – como quiere el art. 24, I, de nuestra Constitución – están encomendadas al proceso de ejecución; de ahí su importanda científica y práctica”⁶⁶.

Esse tema teve a especial atenção de MARCELO LIMA GUERRA⁶⁷, para quem a efetividade processual passa a ser direito fundamental do credor na execução, cujo legítimo crédito deve ser protegido e amparado pelo sistema processual:

No presente trabalho, o que se denomina direito fundamental à tutela executiva corresponde, precisamente, à peculiar manifestação

o de lutar ativamente a fim de que o direito vigente seja aplicado justamente; e também, com essa luta, mais modesta e mais próxima à terra, se possa contribuir a fazer menos ásperas as misérias humanas e a defender a civilidade.” (*Estudos de direito processual na Itália*, p. 88).

65 “In riferimento ai processi esecutivi, occorre ricordare il ruolo fondamentale della esecuzione forzata nell’ambito della tutela giurisdizionale: non basta ottenere il riconoscimento o la attribuzione di ovvero un provvedimento anticipatorio, né prevedere titoli esecutivi stragiudiziali se non si dispone anche degli strumenti per realizzare coattivamente quel diritto nel caso di mancata cooperazione del soggetto o dei soggetti obbligati [...] L’esecuzione forzata, nel suo complesso, tuttavia, costituisce il settore della giustizia civile che presenta piu limitati margini di efficienza.” (“Le riforme della giustizia civile nella XIV Legislatura”, p. 30).

66 *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 13.

67 *Direitos fundamentais do credor e a proteção do credor na execução civil*, p. 90.

do postulado da máxima coincidência possível no âmbito da tutela executiva. No que diz com a prestação de tutela executiva, a máxima coincidência traduz-se na exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo. É a essa exigência, portanto, que se pretende “individualizar”, no âmbito daqueles valores constitucionais englobados no “due process”, denominando-a direito fundamental à tutela executiva e que consiste, repita-se, na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva⁶⁸.

SIDNEI AGOSTINHO BENETTI⁶⁹, dentro da mesma margem de relação entre a efetividade e a execução, proclama:

[...] tem-se que decidir e executar. De nada adianta à parte ver a bela sentença ornada de citações políglotas e abstrata doutrina de sutis filamentos. A parte quer saber do dinheiro dela; o réu criminal deseja ver se recebeu a pena adequada ou foi absolvido; a vítima busca verificar se quem lhe causou dano foi condenado; o locador quer o despejo do inquilino inadimplente. A prestação jurisdicional com a practização do decidido, simples fato, cuja beleza, para o juiz, é mais significativa do que arranjos florais de extratos de livros pinçados no afogadilho das últimas horas – que geralmente não provam cultura, mas simplesmente acesso a uma biblioteca própria ou alheia.

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO⁷⁰, abordando a crise de efetividade dos comandos condenatórios, leciona que esta,

68 LUIS ROBERTO BARROSO, com a mesma preocupação quanto à efetividade na execução, doutrina que a efetividade apenas ocorre quando se dá a “realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.” (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 85).

69 *Da conduta do juiz*, p. 13.

70 *Acesso à justiça*, p. 111.

[...] além de ser muito grave em si mesma, na medida em que a Constituição Federal erige a eficiência dentre os princípios retores do setor público, ainda projeta inquietantes externalidades negativas: desprestigia a função judicial do Estado, na medida em que não oferece aos jurisdicionados a devida contrapartida por haver criminalizado a justiça de mão própria (Código Penal, artigo 345); desestimula o acesso à justiça dos que têm os seus direitos injustamente resistidos ou contrariados; penaliza aqueles que, embora tendo obtido o reconhecimento judicial de suas posições de vantagem, todavia não conseguem usufruí-las concretamente, ante as postergações e resistências consentidas na fase jurissatisfativa; fomenta a hostilidade entre os contraditores, ante a dilação excessiva das lides; exacerba a contenciosidade social, ao insuflar os bolsões de frustração e de insatisfação ao interno da coletividade.

Para a obtenção da efetiva prestação da tutela jurisdicional – aqui entendida como a tutela pautada pelos princípios da eficiência, da duração razoável do processo, da celeridade, do devido processo legal e inspirada nos sólidos fundamentos do pleno acesso à justiça –, dois grandes desafios devem ser enfrentados.

O primeiro, de natureza institucional, implica a importância de o Estado se aparelhar de forma apta a gerir eficazmente as resoluções de conflitos; de nada adianta uma legislação processual ultramoderna se o Estado, por intermédio dos seus órgãos – entre os quais o Poder Judiciário –, não está apto a dirimir de forma efetiva as lides.

Como uma grande analogia, vale lembrar o quão moderna se mostrou à realidade brasileira a elogiada Lei de Execução Penal n. 7.210, de 11 de julho de 1984, baseada nas festejadas medidas de assistência ao condenado e nas ideias da nova defesa social⁷¹. Todavia, na medida em que o Estado tem sérios problemas na execução de políticas públicas voltadas à administração prisional, é certo que a realidade da execução penal no Brasil é de baixa qualidade, conforme já relatado pela *Human*

71 MIRABETE, *Execução penal*, p. 33.

Rights Watch, em trabalho publicado em 1998, intitulado “O Brasil atrás das grades”⁷².

Portanto, a efetividade processual depende, em muito, de um forte preparo institucional do Estado e do Poder Judiciário, que devem estar aparelhados de forma satisfatória para o adequado cumprimento da finalidade essencial da jurisdição. Como bem lembra JOÃO BATISTA LOPES⁷³: “Em conclusão, mais do que reformas processuais, necessitamos da modernização da máquina judiciária e de condições materiais para que os juízes possam cumprir fielmente o seu ofício [...]”.

O segundo desafio passa pela necessidade de a legislação processual conferir os mecanismos necessários para que o titular do direito material possa receber uma resposta adequada, oportuna, tempestiva e eficaz do Poder Judiciário, uma legislação processual adaptada às especificidades dos diferentes casos concretos que são levados diariamente ao conhecimento do Poder Judiciário, e que realmente possibilite ao demandante obter as garantias necessárias para a concreta realização do seu direito.

Os dois desafios devem e precisam ser enfrentados, sendo ambos fundamentais para a obtenção da almejada efetividade do processo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Eficiência (princípio da). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pelegrini;

72 HUMAN RIGHTS WATCH, *O Brasil atrás das grades*.

73 “Contraditório e abuso do direito de defesa na execução”, p. 350.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENETI, Silvio Agostinho. *Da conduta do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BERTOLINO, Pedro J. El exceso de rito de cara a la efectividad del proceso civil. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALAMANDREI, Piero. *Estudos de direito processual na Itália*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARRIÓ, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1970.

CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de; LOPES, João Batista. Princípio da efetividade. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, 2-1994/454.

COSTANTINO, Giorgio. Le riforme della giustizia civile nella XIV Legislatura. *Rivista di Diritto Processuale*, 1-2005/30.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JUNIOR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda (Org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Angel. *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Iurgium, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio de. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIGUEIREDO, Marcelo. Transição do Brasil Império à República Velha. In: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo*. Homenagem ao Professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais do credor e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HUMAN RIGHTS WATCH. *O Brasil atrás das grades*. New York: Human Rights Watch, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho justo – fundamentos de la ética jurídica*. Tradução de Luiz Diéz-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. Contraditório e abuso do direito de defesa na execução. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2006.

LOPES, João Batista; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth. Novo Código de Processo Civil e efetividade da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 188, out. 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. São Paulo: RT, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Proibição da prova ilícita no processo civil brasileiro*. São Paulo: Fiuza, 2010.

MELO, Fábio Soares de. *Processo administrativo tributário: princípios, vícios e efeitos jurídicos*. São Paulo: Dialética, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. Comentários à Lei n. 7.210, de 11.7.1984. São Paulo: Atlas, 1997.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 22. ed. São Paulo: RT, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SHIMURA, Sérgio. *Arresto cautelar*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. Princípio da proibição da prova ilícita. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

A VOZ E A VEZ DO INTERESSE PÚBLICO EM JUÍZO: (RE)TOMANDO A SÉRIO A INTERVENÇÃO *CUSTOS LEGIS* DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Elton Venturi

1 Introdução. 2 A intervenção *custos legis* do Ministério Público no processo civil relaciona-se à representação adequada do interesse público (de natureza difusa e indisponível). 3 A ausência de intimação do Ministério Público ensejadora da adequada intervenção no processo civil: hipótese de nulidade relativa ou de nulidade absoluta? 4 A ausência de intimação do Ministério Público para intervir no processo civil equivale à falta de citação da parte para integração na relação processual: a inexistência processual e a *querela nullitatis insanabilis*.

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil brasileiro aposta na formatação de um modelo processual liberal e colaborativo, mais flexível e menos interventivo, oportunizando às partes o amoldamento procedimental e da própria atividade jurisdicional aos interesses em disputa, inclusive mediante o emprego de negócios jurídicos processuais. Ao mesmo tempo, propugna-se pela disseminação do emprego dos meios consensuais de solução de conflitos, seja em juízo ou fora dele.

Se essa **contratualização do processo** parece fazer sentido quando da pretensão de adjudicação jurisdicional de disputas envolvendo interesses exclusivamente individuais, patrimoniais e disponíveis, remanesce a concepção de que eventuais afetações do interesse público continuem a merecer cuidados especiais do sistema jurisdicional. Neste sentido, o

Ministério Público sempre desempenhou papel fundamental dentro do sistema de justiça nacional, sendo chamado a intervir obrigatoriamente em todas as causas nas quais, objetiva ou subjetivamente, entende-se presente o interesse público.

Contudo, a nova codificação pouco ou nada avança no capítulo reservado à intervenção do *Parquet* no processo civil. O texto da Lei n. 13.105/2015 não revela especial preocupação em aprimorar esse importante sistema, cingindo-se a repetir as antigas previsões referentes às prerrogativas processuais do Ministério Público na qualidade de fiscal da ordem jurídica, quais sejam, a intimação pessoal de todos os atos do processo, a manifestação após as partes, o direito de produzir provas, recorrer e pleitear outras medidas processuais cabíveis.

Quando o texto inova (art. 279), o faz para tratar da nulidade processual acarretada pela falta da intimação propiciadora da intervenção do representante do Ministério Público no curso do feito. Neste particular, confirmando a concepção liberal do novo processo civil e na linha da sedimentada jurisprudência dos tribunais nacionais, a nova codificação consagra o **regime da nulidade meramente relativa** para a hipótese, passível de convalidação mediante intervenção *a posteriori* do membro do *Parquet* que atua já em instância recursal. Não havendo prova de prejuízo concreto decorrente da ausência de atuação na primeira instância, o firme indicativo legislativo é pela não decretação de qualquer invalidade processual.

O tema, por certo, não é novo. O debate sobre a natureza *sui generis* da intervenção do Ministério Público no processo civil e sobre o tipo de nulidade (relativa ou absoluta) a incidir nas hipóteses do seu inadequado alijamento das demandas que envolvam interesses públicos já fora inaugurado e praticamente encerrado, respectivamente, pela vigência do art. 82 do CPC de 1973 e pela mais recente consolidação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Então, porque retomá-lo?

Achamos que se trata de ótima oportunidade para refletir a respeito da efetividade da proteção do interesse público pela via interventiva, a partir da profunda reanálise de uma aparentemente sutil e “requeitada” questão processual sob o contexto da nova legislação. Trata-se de reavaliar, sobretudo, o próprio sentido do exercício da função interventiva pelo Ministério Público em prol do aprimoramento do sistema de justiça brasileiro.

A retomada do debate se presta a demonstrar, inicialmente, que a intervenção do *Parquet* na qualidade de fiscal da ordem jurídica em nada difere de sua atuação processual quando na formal qualidade de parte. Em ambas as hipóteses, **cumprido o Ministério Público idêntica função constitucional de adequada representação judicial do interesse público contido na proteção dos interesses transindividuais e individuais indisponíveis**. Por tal motivo, a intervenção ministerial deve ser compreendida como **autêntica atuação de uma terceira parte**, cujos interesses de tutela jurisdicional muitas vezes não se confundem com os do demandante nem com os do demandado.

A partir desta fundamental premissa, o papel desempenhado pela via fiscalizatória merece maior atenção, não podendo nem devendo ser reduzido à concepção do mero oferecimento de um “parecer imparcial” após as alegações finais das partes, imagem criada pela *práxis* forense e responsável pelo desvirtuamento e apequenamento da adequada atividade representativa esperada.

Passa-se a apontar, então, o **equivoco de se tratar a falta de intimação do Ministério Público para intervir no processo como hipótese geradora de mera nulidade**, seja ela considerada absoluta ou relativa. Analisa-se a incoerência dos recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que aludem à necessidade de **demonstração de prejuízo às partes ou à descoberta da verdade substancial** para a decretação da nulidade. Por certo, a atividade essencialmente representativa exercida pelo Ministério Público pela fiscalização interven-

tiva não se relaciona nem ao estrito interesse das partes formalmente litigantes, nem à ilusória pretensão de descoberta da verdade material.

Como o “prejuízo” aos interesses constitucionalmente tuteláveis pelo *Parquet* parece ser, muito mais do que presumível, evidentemente constatável em face da violação dos princípios do devido processo legal e do promotor natural, não seria difícil sustentar tratar-se de hipótese de **nulidade absoluta**, como o fazia a antiga jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, mesmo tal orientação mais rígida a respeito do regime de nulidade (absoluta) a afetar a involuntária ausência de intervenção ministerial parece **técnica e politicamente insuficiente e inadequada**. Apesar de permitir a anulação dos atos decisórios e a eventual retomada do processo desde o momento em que deveria ter sido intimado o representante do Ministério Público, referida interpretação ainda **submete todas as concretas hipóteses de não intimação ao regime de mera rescindibilidade dos julgamentos de mérito eventualmente transitados em julgado**. Vale dizer, mesmo que detectado o “esquecimento” judicial da imprescindível intimação ministerial, ultrapassados os dois anos para a propositura da ação rescisória, nada mais poderia ser feito no campo processual, ainda que evidente o prejuízo causado ao interesse público, aos interesses sociais e aos interesses individuais indisponíveis.

Precisamente por causa disto, sustenta-se que a “intimação” legalmente estabelecida para ensejar a intervenção *custos legis* do Ministério Público nos processos cíveis, na verdade **deve ser compreendida, e assimilada, como a citação da parte para integração na relação processual**. Tal interpretação, para além de ser perfeitamente condizente com o regime representativo demonstrado, ainda induz à incidência do mesmo regime jurídico aplicado à falta de citação válida e regular da parte demandada para a integração no processo.

Defende-se, a partir daí, que a não intimação do Ministério Público para intervir nos processos cíveis em que seja detectada a presença

do interesse público ou dos demais interesses socialmente relevantes deve acarretar não apenas a anulação dos atos decisórios ou a rescindibilidade da coisa julgada, caso já transitada decisão de mérito no processo. Mais do que isto, sustenta-se que a hipótese passe a ser considerada, tecnicamente, como de **inexistência processual**.

Tal interpretação parece ser a única capaz de garantir a efetiva oportunidade de fiscalização constitucionalmente ordenada ao *Parquet* e, por via dela, a adequada representatividade do interesse público. Permite, ainda, o manuseio da *querela nullitatis insanabilis*, mediante a qual torna-se possível desconstituir qualquer decisão judicial eventualmente lesiva ao referido interesse, em qualquer tempo e por mera ação declaratória, conforme consagrado pela remansosa jurisprudência dos tribunais superiores nacionais quando da não citação válida da parte demandada para integrar o processo de conhecimento.

Cabe ao próprio Ministério Público assumir postura firme na defesa de suas funções constitucionais de proteção do interesse público e dos interesses sociais. Sua obrigatória intervenção jurisdicional jamais pode ser assimilada à de mero *amicus curiae*, como se sua função simplesmente implicasse **sugerir** à Jurisdição o melhor caminho para a resolução do conflito de interesse público.

Pendente o processo judicial, deve **manifestar-se sempre pela ineficácia dos atos decisórios** e pela retomada procedimental que lhe **permita exercer por completo todos os seus deveres-poderes instrutórios, consultivos e recursais**. Encerrado o processo judicial com trânsito em julgado de decisão de mérito, deve ter à sua disposição a imprescritível ação declaratória de inexistência processual pela qual pode suscitar a *querela nullitatis insanabilis*.

A indisponibilidade dos interesses representados pelo Ministério Público por via de sua atuação interventiva *custos legis* deve ser levada a sério.

2 A INTERVENÇÃO *CUSTOS LEGIS* DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL RELACIONA-SE À REPRESENTAÇÃO ADEQUADA DO INTERESSE PÚBLICO (DE NATUREZA DIFUSA E INDISPONÍVEL)

O desenho constitucional do Ministério Público brasileiro confere-lhe um perfil *sui generis*, sem paralelo entre as demais instituições públicas pelo mundo afora. Trata-se de instituição permanente, independente e essencial ao sistema de justiça, incumbida da proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, arts. 127 e 129).

Sabe-se, a partir disto, que o *Parquet* possui ampla legitimação ativa para, na qualidade de parte, ajuizar demandas coletivas na proteção de referidos interesses que, na consagrada concepção do sistema de justiça nacional, são **interesses ou direitos difusos**, caracterizados pela transindividualidade, indivisibilidade e titularidade de todo o conjunto social¹.

Contudo, se tal percepção parece já pacífica e devidamente disseminada na cultura jurídica nacional pelas últimas três décadas, o mesmo não se pode afirmar quando o Ministério Público é chamado a integrar relações processuais, não na condição de parte autora, mas de um sujeito processual supostamente imparcial destinado a fiscalizar o processamento de demandas correlacionadas aos interesses de incapazes, ao interesse público e à ordem jurídico-constitucional².

Nas hipóteses interventivas, a extrema fluidez e abstração conotativas das expressões normativas referentes à atuação ministerial não ra-

1 Sobre o conceito de interesses ou direitos difusos, VENTURI, *Processo civil coletivo*, p. 50 e ss.

2 Algumas expressões ainda comumente empregadas para designar a atuação imparcial (**no sentido de não parte**) do Ministério Público no processo civil, tais como *custos legis* ou **fiscal da lei**, revelam-se política e tecnicamente inadequadas quando se pensa no papel que a Instituição passou a desempenhar no Estado Constitucional brasileiro a partir de 1988. Daí a relevância da redesignação das hipóteses interventivas, buscando-se melhor explicar a amplitude e profundidade do exercício da fiscalização constitucionalmente determinada. O uso das referidas expressões ao longo do texto se justifica pela sua tradicional compreensão no sistema de justiça nacional.

ramente têm provocado interpretações distorcidas e restritivas a respeito da atuação do Ministério Público, prejudicando, portanto, a adequada proteção dos interesses ou direitos em relação aos quais imaginou o legislador constituinte existir uma distinta e especial valoração pública.

De fato, avaliando-se o tratamento doutrinário e jurisprudencial que vem se consolidando no Brasil sobre a intervenção processual do Ministério Público nos feitos cíveis, a percepção é de uma equivocada e injustificável distinção valorativa e ontológica a respeito **dos interesses** protegidos pela Instituição: **quando parte**, tutelaria nitidamente interesses difusos; quando *custos legis*, sua atuação fiscalizatória miraria algo diverso e nunca muito bem definido, tal como a proteção da **legalidade** (ordem jurídica), dos interesses das partes, da “justiça da decisão”, e quiçá a descoberta da verdade substancial.

Na realidade, a **forma** de atuação do Ministério Público no processo civil não poderia jamais obscurecer o fato de que, seja atuando na qualidade de parte, seja atuando pela via interventiva, **os interesses ou direitos que constitucionalmente deve representar e proteger são exatamente os mesmos**, podendo ser resumidos (nem por isso simplificados) pela enigmática fórmula do **interesse público**.³

Como já precisamente sustentado por ilustre doutrina⁴, a *ratio essendi* da intervenção do Ministério Público no processo civil é **sem-**

3 Apontando a dificuldade para se encontrar um conceito dogmático de interesse público, conclui TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR: “As duas palavras constituem, talvez, um dos mais importantes e difundidos lugares comuns do direito moderno. Principalmente do direito contemporâneo, a partir do século XIX. Ambas as expressões, tanto a expressão ‘público’ - essa é mais antiga -, quanto e principalmente, a expressão ‘interesse’. [...] Se é um lugar comum, poderemos até dizer que por pressuposto ‘interesse’ e, conseqüentemente, ‘interesse público’, sendo um lugar comum, é algo que, em tese e por princípio, não admite definição (no sentido estrito de delimitar, de estabelecer limites - *de-finis donde definitio*)” (“Interesse público”. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/31>>).

4 Conforme NERY JUNIOR, “Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária”, p. 42.

pre o interesse público. Com efeito, muito embora seja possível teoricamente distinguir-se as expressões normativas utilizadas para fundamentar a atuação *custos legis* do *Parquet* (quais sejam: ordem jurídica, regime democrático, interesses e direitos sociais, interesses e direitos individuais indisponíveis e interesse público), **todas** essas hipóteses de intervenção redundam, inexoravelmente, na intenção de preservação de um especial interesse que é pertinente, a um só tempo, ao Estado e a toda a sociedade: **o interesse público**, pretensão tipicamente transindividual e indisponível.

Vale dizer, a despeito da possibilidade de discussão *ad eternum* em torno das diferenças ontológicas entre referidas categorias, parece evidente que **a adequada tutela jurisdicional de todas elas é, desde sempre, de interesse público.** Daí a razão de se reunir sob tal expressão o fundamento primeiro e último de intervenção *custos legis* do Ministério Público no processo civil brasileiro.

As hipóteses de **intervenção fiscalizatória** do Ministério Público no processo civil estão fundamentalmente ligadas às suas tarefas constitucionais, nada mais restando ao legislador ordinário a não ser a redundância ou a mera repetição do texto maior quanto ao tratamento meritório da intervenção⁵. Por tal motivo, não compete à legislação ordinária inovar em tal matéria, seja para criar novas hipóteses interventivas (que não se amoldem àquelas constitucionais), muito menos para suprimir as já constitucionalmente determinadas⁶.

5 Daí a razão da redação do tratamento dado ao tema pelo novo Código de Processo Civil: “**Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis. Art. 177. O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais.**”

6 Não por outro motivo tem-se interpretado a parte final do inciso III do art. 82 do CPC de 1973 (intervenção do Ministério Público “nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”) como meramente indicativa da existência dos valores constitucionalmente definidos.

O desafio não é neste momento, contudo, tratar mais profundamente do difícil tema relativo à concreta constatação da presença de qualquer dos interesses que chamam a intervenção fiscalizatória do Ministério Público no processo civil. Sobre o tema, aliás, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação n. 16, objetivando **pedagogicamente** orientar os membros da Instituição em relação a algumas hipóteses de possível desnecessidade de intervenção fiscalizatória⁷, a serem avaliadas (sem caráter vinculante) quando da atuação concreta do membro do *Parquet*, que goza de independência no exercício de suas funções institucionais⁸.

7 A Recomendação n. 16, de 28 de abril de 2010 (*DJU*, 16 jun. 2010, p. 8), editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público a respeito da atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil, foi fundamentada tomando em consideração: I) “a necessidade de racionalizar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis”; II) “a necessidade e, como decorrência, a imperiosidade de (re)orientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República (arts. 127 e 129), que nitidamente priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente”; III) “a justa expectativa da sociedade de uma eficiente, espontânea e integral defesa dos mesmos interesses, notadamente os relacionados com a hipossuficiência, a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a infância e juventude, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os consumidores e o meio ambiente”; IV) “a iterativa jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive sumuladas, em especial dos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça” e V) “a exclusividade do Ministério Público na identificação do interesse que justifique a intervenção da Instituição na causa”.

8 Respeitando a natureza administrativa do Conselho Nacional do Ministério Público, a resolução em referência deve ser interpretada como importante mas mero referencial pedagógico. Assim, orienta a resolução: “Art. 5º. Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses: I - Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária; II - Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento *in*

O que nos importa analisar aqui, especificamente, é um momento já posterior, quando ultrapassada aquela etapa. Importa averiguar,

-
- articulo mortis* – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil;
- III – Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz;
- IV – Ação declaratória de união estável, onde não houver cumulação de ações que envolva interesse de menor ou incapaz;
- V – Ação ordinária de partilha de bens;
- VI – Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes;
- VII – Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolva reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos;
- VIII – Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes;
- IX – Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes;
- X – Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho;
- XI – Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei n° 10.257, de 10 de julho de 2001;
- XII – Requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido;
- XIII – Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista;
- XIV – Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial;
- XV – Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa;
- XVI – Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93);
- XVII – Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes;
- XVIII – Ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada;
- XIX – Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção;
- XX – Intervenção em ação civil pública proposta pelo Ministério Público;
- XXI – Assistência à rescisão de contrato de trabalho;
- XXII – Intervenção em mandado de segurança”.

em suma, o **devido processo legal** a ser obedecido **quando e se** presente o interesse público ensejador da intervenção dita **fiscalizatória**.

Se não compete ao legislador infraconstitucional ou ao Poder Judiciário pautar institucionalmente a atuação do Ministério Público, cabe-lhes estabelecer a forma pela qual essa **misteriosa** atividade de fiscalização deve ser desenvolvida dentro do processo judicial, bem como as consequências derivadas da eventual falta da adequada intervenção. Daí a enorme importância da interpretação que o sistema de justiça deferir ao regime jurídico da atuação *custos legis*.

Para tanto, é fundamental que se consiga compreender que: **I) a tutela do interesse público pela via interventiva implica proteção de típico direito difuso; e II) em se tratando de interesse subjetivo transindividual, compete ao Ministério Público uma atuação verdadeiramente representativa em prol de tal interesse no âmbito dos processos judiciais.**

Se por um lado não é difícil entender o significado da atuação do Ministério Público quando promove demandas coletivas e nelas deduz pedidos típicos de tutela difusa (v.g., objetivando compensações específicas ou pecuniárias por danos causados ao meio-ambiente ou a aplicação das sanções legalmente previstas a quem pratica atos de improbidade administrativa por via da respectiva ação coletiva), nem sempre persiste idêntica percepção a respeito da representação exercitada pela Instituição quando na qualidade de interveniente *custos legis*.

Aliás, o grande problema parece mesmo ser o **de simplesmente não se enxergar na atividade de fiscalização processual uma autêntica representação dos interesses sociais e individuais indisponíveis**, vale dizer, do **interesse público**. Outras vezes, como adiante se destaca, ainda que compreendida a natureza representativa da intervenção, não se lhe assegura o devido processo legal.

Os motivos pelos quais o sistema de justiça nacional muitas vezes não tenha conferido o devido tratamento à atuação interventiva do *Parquet* parecem decorrer de ao menos duas dificuldades hermenêuticas:

a **primeira** é relativa ao pleno reconhecimento da existência e da representatividade jurisdicional do **interesse público enquanto interesse ou direito difuso**; a **segunda** refere-se à fixação do clássico modelo da “relação jurídica processual”, forjado sob a perspectiva da contraposição de apenas e exatamente duas partes formais, aparentemente incompatível com a aparição de um sujeito interveniente que pudesse defender interesses estranhos àqueles debatidos entre autor e réu⁹.

A história dos interesses ou direitos transindividuais (aí compreendido o interesse público) sempre esteve correlacionada ao drama da ausência de adequada proteção estatal, simplesmente porque referidos interesses sempre foram e ainda são, em larga escala, **invisíveis** aos olhos de grande parte dos operadores do sistema de justiça¹⁰.

9 Interesses difusos existem? São tuteláveis judicialmente? Quem os representaria em juízo? O interesse público é qualificável como um interesse difuso? Um interesse difuso pode estar correlacionado a um processo individual ou só a processos coletivos? Como atribuir adequada representatividade a interesses difusos dentro de processos individuais? O Ministério Público seria representante dos direitos difusos apenas na condição de parte (em ações coletivas), mas não na condição de “fiscal da ordem jurídica”? A intervenção do Ministério Público no processo civil seria meramente acessória da função jurisdicional ou complementar da atividade das partes? São apenas algumas das indagações que o sistema de justiça se faz ou deveria se fazer previamente às deliberações precipitadas sobre os rumos da intervenção processual do Ministério Público no processo civil.

10 Na feliz síntese de CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO, “[...] a pessoa, para o Direito Moderno, há de ser uma e identificável. Por outro lado, o objeto há de ser conhecido e avaliável economicamente. Nesta avaliação reside sua juridicidade, a tal ponto que o Direito resolve todas as pendências, em última instância, em perdas e danos. Esta a regra até mesmo para bens patrimoniais intangíveis, como o chamado dano moral, a propriedade intelectual e os direitos de autor. Até mesmo a vida individual passa a ser valorada patrimonialmente. Dentro desta lógica seria impensável um direito coletivo que não fosse o conjunto ou a soma de direitos individuais, e, como direitos individuais, tratados. Os poucos titulares coletivos de direitos que aparecem para solucionar questões concretas são provisórios e existem muito mais como processo para se atingir um fim, que é a plenitude do direito individual, momentaneamente misturados, do que como direito propriamente dito” (“Os direitos invisíveis”, p. 311-312).

E se uma tal invisibilidade já dificulta a compreensão do real significado da **adequada representação** quando do ajuizamento e condução de uma ação coletiva por qualquer dos legitimados do sistema brasileiro, com ainda maior intensidade obscurece a transposição de idêntica racionalidade para as hipóteses de intervenção fiscalizatória do Ministério Público no processo civil.

A própria **forma** pela qual comumente o *Parquet* intervém, por certo, também pouco ajuda na compreensão de que se trata da exata e mesma função representativa, apenas não exercitada na qualidade de parte (em sentido formal) no processo judicial.

Com efeito, a imagem do **parecer**, da pretensa **manifestação imparcial** que os atores processuais esperam do membro do Ministério Público assim que encerrada a instrução e antes da sentença judicial, insuspeita e involuntariamente acaba por desfigurar completamente a noção representativa, transformando e tolhendo subversivamente o seu papel constitucional. A intervenção ministerial, a este ponto, já passa a ser encarada como atividade meramente auxiliar e coadjuvante da jurisdição, armadilha interpretativa capaz de iludir e desestimular até mesmo alguns membros do próprio Ministério Público.

A intervenção do Ministério Público no processo civil não pode mais continuar a ser vista como **imparcial**, como se tal função fosse resumida a uma manifestação que, por equidistante dos interesses das partes, tivesse em mira a “melhor aplicação do direito objetivo”¹¹, a “justiça da decisão” ou a “verdade material”¹².

11 Conforme precedente do STF, “A qualificação do Ministério Público como órgão interveniente defere-lhe posição de grande eminência no contexto da relação processual, na medida em que lhe incumbe o desempenho imparcial da atividade fiscalizadora pertinente à correta aplicação do direito objetivo” (ADI 758 MC, Tribunal Pleno, rel. min. Celso de Mello, DJU de 8 abr. 1994).

12 “A função fiscalizatória exercida pelo *Parquet* também deve ser marcada pela imparcialidade, sob pena de se inviabilizar o alcance das suas incumbências consti-

É mais do que tempo de se compreender que referida intervenção jurisdicional do *Parquet* é genuinamente **representativa** e, assim o sendo, evidentemente **parcial**¹³, na defesa do mais elevado interesse difuso (interesse público), cujo possível risco de afetação fora detectado concretamente da análise da demanda instaurada¹⁴.

Tal constatação, aliás, conduz tecnicamente à conclusão de que **todas as vezes em que o Ministério Público está em juízo o faz na condição de representante do interesse público**, o que pode acarretar uma

tucionais (art. 127, *caput*, da Constituição Federal” (STJ, 5ª Turma, HC 242.352/SP, rel. min. Jorge Mussi, julgado em 8.4.2014, *DJe* 23 abr. 2014). Em idêntico sentido: “Ao atuar em sede recursal opinando, a Procuradoria-Geral de Justiça possui a função de *custos legis*, com a atribuição somente de assegurar a correta aplicação do direito, desempenhando atividade fiscalizadora do exato cumprimento da lei, de tal sorte que é dotada de imparcialidade, porquanto não está vinculada às contrarrazões oferecidas pela Promotoria de Justiça, esta sim, parte da relação processual” (STJ, 5ª Turma, HC 207.319/MG, rel. min. Jorge Mussi, julgado em 3.5.2012, *DJe* 17 maio 2012).

- 13 Por outro lado, em provocativo debate sobre a distinção entre **imparcialidade** e **imparcialidade**, conclui CABRAL: “Pensamos, entretanto, que o fato de ser parte, de por vezes buscar a realização concreta de um bem ou direito, em suma, o “tomar parte” por um interesse material, não gera forçosamente a parcialidade, o que se observa na atuação do Ministério Público e da Administração Pública. O administrador, por definição, é gestor da coisa pública, devendo agir com vistas à consecução do interesse público. Também o MP é movido pelo interesse público, assim como qualquer outro órgão administrativo; é motivado pelo interesse público primário, o interesse geral, aquele de toda a coletividade, e é exatamente este dado que justifica sua atribuição, visto que a Constituição da República de 1988 expressamente o proíbe de postular em favor de interesses individuais” (“Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal”, p. 351).
- 14 “Hoje, portanto, não é mais possível considerar-se qualquer participação do Ministério Público apenas como parte em um processo. Na verdade, é certo que todas as vezes em que o Ministério Público atuar como órgão agente, ele estará atrelado à sua função fiscalizadora, até mesmo por obediência ao objetivo precípua que lhe é atribuído pelo art. 127, *caput*, da Constituição Federal” (PINHO, “A feição do Ministério Público no projeto do novo CPC”, p. 3).

verdadeira **confusão** entre suas formais intervenções processuais na qualidade de **parte** e de **custos legis**. Isso ocorre porque simplesmente não há como razoavelmente cindir a atuação ministerial enquanto parte e enquanto fiscal da ordem jurídica, antes de tudo, em função do próprio regime constitucional conformador da Instituição¹⁵.

Representar o interesse público e os demais interesses transindividuais e individuais indisponíveis **pela via interventiva**, de fato, não é tarefa fácil de se compreender nem de se exercer, muito embora não se possa deixar de lembrar que, para o Ministério Público, instrumentos processuais para sua concreta atuação não faltam.

Tanto o CPC de 1973 (art. 83) como o CPC de 2015 (art. 179) autorizam o *Parquet* a praticar, mesmo que na qualidade de interveniente *custos legis*, atos processuais equivalentes aos das partes: pode requerer a produção de provas, solicitar “as medidas processuais cabíveis”, manifestar-se no decorrer de toda a relação processual (**inclusive** e não **apenas** por via de parecer), assim como recorrer contra decisões que entenda lesivas aos interesses por ele judicialmente representados¹⁶.

15 Há diversos precedentes que reconhecem a confusão entre o exercício das funções processuais do Ministério Público (parte e *custos legis*). Neste sentido: “Sendo o Ministério Público o autor da ação civil pública, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória. Isto ocorre porque, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno como instituição, motivo pelo qual, o fato dele ser parte do processo, dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei” (STJ, 2ª Turma, REsp 1183504/DF, rel. ministro Humberto Martins, julgado em 18.5.2010, *DJe* 17 jun. 2010).

16 Como já reconheceu o STJ (1ª Turma, REsp 498.280/CE, rel. min. Luiz Fux, julgado em 9.9.2003, *DJ* 29 set. 2003, p. 159), “O Ministério Público, como *custos legis*, opina pela procedência ou improcedência do pedido, decorrendo de sua expectativa legal, o direito de oferecer as exceções instrumentais. Exegese que se impõe do art. 138, inciso I, primeira parte, do CPC. Aliás, é essa mesma *ratio* que autoriza o recurso do Ministério Público como parte ou como fiscal da lei (art. 499 do CPC)”.

Portanto, muito embora a *práxis* forense tenha se encarregado de moldar simplificada e restritivamente a intervenção processual do Ministério Público em torno da figura do **parecer**, é preciso combater o atrofiamento da intervenção ministerial no processo civil, o que passa pela necessária compreensão de seu papel relacionado à **adequada representação** do interesse público¹⁷.

Mas, se a intervenção *custos legis* do Ministério Público deve ser entendida como verdadeira **atuação na qualidade de parte representativa da sociedade em defesa do interesse público**, como presentemente sustentado, como explicar-se um **modelo processual com três partes**?

Esta é precisamente a segunda dificuldade hermenêutica responsável pelo **limbo processual** ao qual a intervenção do *Parquet* foi condenada pelo sistema de justiça nacional, com evidentes prejuízos à sua efetividade.

De fato, o *status* processual do Ministério Público, quando chamado a intervir na qualidade de *custos legis*, parece nunca ter sido muito bem explicado, na medida em que sua presença em juízo não se amolda perfeitamente à vetusta fórmula “*judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*”¹⁸.

Uma simples consulta aos manuais doutrinários e à jurisprudência formada em torno do assunto revela a preocupação em se tentar en-

17 De se recordar, ademais, que o Ministério Público é legitimado para o ajuizamento da ação rescisória precisamente na hipótese em que sua intervenção foi negligenciada pelo Poder Judiciário. Ora, se assim é, o sistema processual brasileiro assume que a decisão de mérito transitada em julgado no processo em que deveria ter atuado o *Parquet* faz, em face deste, coisa julgada material. **Consequentemente, admite, ainda que implicitamente, que o MP era ou deveria ter intervindo na relação processual na qualidade de parte, na medida em que apenas as partes são submetidas à coisa julgada material** (CPC, art. 472).

18 A imagem do processo enquanto relação jurídica foi cunhada em 1868 por OSKAR VON BÜLOW (*Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2. ed. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005), tendo grande impacto sobre o pensamento científico contemporâneo, inclusive sobre Enrico Tullio Liebman e, por consequência, no sistema do CPC brasileiro de 1973.

caixar o papel fiscalizatório do Ministério Público no processo civil de acordo com a lógica daquilo que a tradição da ciência processual, cunhada entre o final do século XIX e o início do século XX, concebia **dever ser** o processo: uma autêntica **relação jurídica** na qual só haveria espaço para que **duas partes**, com interesses contrapostos, pedissem a intervenção do Estado para a resolução de conflitos¹⁹. E tais conflitos, por sua vez, necessariamente deveriam ser diagnosticados como **públicos** ou **privados**, a depender da “natureza da lide ou qualidade da parte”.

Daí as corriqueiras e vazias alusões à posição *sui generis* do Ministério Público quando intervencionista na relação jurídica processual, da qual não seria parte, a qual não julgaria. O que seria então?

Na falta de alguma explicação que fizesse sentido, criou-se a imagem da intervenção *sui generis*, de uma **fiscalização supra-partes** que sequer estaria sujeita ao princípio do contraditório²⁰, em prol de interesses cuja abstração e invisibilidade aos olhos dos tradicionais atores

19 Conforme a expressiva e instigante crítica de LUIZ GUILHERME MARINONI, “Na verdade, o conceito de relação jurídica processual é avesso ao de legitimidade, seja de legitimidade pela participação no procedimento, de legitimidade do procedimento e de legitimidade da decisão. A neutralidade do esquema da relação jurídica processual imuniza o processo em relação à legitimidade do exercício do poder, à legitimidade do módulo processual em face das necessidades de tutela dos direitos e dos direitos fundamentais, assim como diante da legitimidade da decisão. [...] O processo é importante não apenas por envolver, em uma relação, o juiz e as partes. Aliás, no que interessa a um processo comprometido com os valores do Estado constitucional, a simples e pura existência de uma relação jurídica quer dizer absolutamente nada.” (“Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional”).

20 Conforme reiterados precedentes do STJ, “Este Tribunal firmou orientação no sentido de que, quando o Ministério Público se pronuncia nos autos na qualidade de *custos legis*, como no caso dos autos, não há falar em contraditório a ser exercido pela defesa, ainda que ele se oponha às teses defensivas, uma vez que, além de o parecer não vincular a decisão proferida pelo órgão julgador, o Ministério Público na função de fiscal da lei nem sequer compõe um dos polos da relação processual. Precedentes” (STJ, 6ª Turma, HC 167.513/SP, rel. min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 20.8.2013, *DJe* 6 set. 2013).

processuais parecem nunca ter permitido conduzir à noção de uma **autêntica representação processual**²¹.

Por consequência, surge a magnífica oportunidade para a relativização da relevância da intervenção do *Parquet* como fiscal do interesse público no processo civil. Tal apequenamento, como adiante discutido, gerou terreno fértil para o florescimento da tese da nulidade meramente relativa para a ausência da intervenção.

De fato, importando mesmo ao Estado resolver por via do processo judicial a controvérsia entre as partes formalmente ocupantes dos polos processuais, nos exatos limites em que a pretensão do autor foi deduzida, que mal haveria nos casos em que a ausência do Ministério Público “fiscalizando” o processo não provocasse prejuízo ao interesse das partes, à descoberta da verdade material, ou à chamada **justiça da decisão**? Por que anular decisões judiciais, retrocedendo procedimentos em anos, comprometendo a efetividade e a tempestividade da prestação jurisdicional? Por que comprometer a validade e a eficácia de um processo judicial no qual as partes se comportaram “colaborativamente”, apesar da omissão na convocação do *Parquet*?

As respostas a tais indagações têm sido reiteradamente dadas pelo sistema de justiça brasileiro mediante o emprego da oportuna (ou talvez oportunista) fórmula da **nulidade relativa**, que submete o sancionamento das invalidades dos atos processuais a critérios valorativos de conveniência e oportunidade, fortemente destacados, aliás, com o novo Código de Processo Civil²².

21 Nada a se estranhar, aliás, em um país que apenas passou a conhecer e a conviver com a realidade da representatividade de interesses ou direitos difusos e coletivos a partir de 1985, por via da implementação do sistema da ação civil pública (Lei n. 7.347/1985).

22 Conforme salienta FREDIE DIDIER JUNIOR, “O juízo de invalidade é um juízo normativo. Não se trata de um mero reconhecimento de defeitos de um ato jurídico. O magistrado tem de examinar se o defeito é suficiente para a decretação da sanção

Por outro lado, as **outras possíveis respostas** envolvem muito mais do que tomar o processo como **negócio privado das partes**. Não se trata apenas disso, certamente, quando o que está em jogo é não apenas a “fiscalização” do interesse público e dos interesses sociais e individuais indisponíveis mas, na verdade, sua autêntica **representação processual**. E, reitere-se, se o que a Constituição ordena é uma genuína representação processual de tais interesses por via da intervenção do Ministério Público, **então sempre se esteve a tratar de atuação institucional do *Parquet* essencialmente na qualidade de parte ou a essa equivalente**²³.

A artificialidade da contraposição entre as hipóteses de atuação jurisdicional do Ministério Público no processo civil não é constatação exatamente nova, já tendo sido denunciada há muito tempo por expoentes da doutrina processual nacional²⁴.

da invalidade. Entre o reconhecimento do defeito e a decretação da invalidade há que se proceder a uma valoração judicial, pela qual se reconheça a utilidade, a necessidade e a adequação dessa medida extrema. Não obstante o exame da validade do ato jurídico opere-se no plano lógico-formal, a decretação da invalidade não prescinde do aspecto axiológico” (“A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro”).

23 Este modelo, todavia, jamais foi formalmente desenhado porque incompatível com a clássica visão do processo como *trio actum personarum*, pela qual um é pouco, dois é bom, três já é demais...

24 Conforme já apontou CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a distinção doutrinariamente articulada entre a condição de Ministério Público “parte” e Ministério Público “fiscal da lei” não tem razoável base científica. Parte, na lição do professor da USP, “é todo sujeito que integra a relação processual com as possibilidades de pedir, alegar e provar”, independentemente das razões ou modalidades da legitimidade *ad causam*. Nem o dever de imparcialidade, que obriga o Ministério Público a ocupar uma posição de superparte, nem o fato de o MP como fiscal da lei não ser o sujeito que articula o pedido da ação ou o sujeito contra quem se pede a atuação da vontade da lei, nada disso impede, portanto, a condição de parte do Ministério Público, até mesmo quando age como *custos legis* (*Instituições de direito processual civil*, p. 426). No mesmo sentido a doutrina de VICENTE GRECO FILHO: “Com efeito, todo aquele que está presente no contraditório perante o juiz é parte. Portanto, dizer que o Ministério Público ora é parte, ora é fiscal da lei, não define uma verdadeira

O que há de realmente **novo**, entretanto, é a compreensão do Ministério Público como adequado representante dos interesses difusos em juízo (e, portanto, também do interesse público), o que só se viabilizou após a consagração do sistema brasileiro de tutela coletiva, fundamentalmente ocorrida entre 1985 e 1990. O que há de novo, em última análise, é a superação do reduzido sentido processual que o vocábulo **fiscalização** indevidamente ajudou a cunhar. A adequada proteção do interesse público, enquanto interesse difuso, exige efetiva **representação**, o que só se satisfaz integralmente mediante a compreensão do Ministério Público no processo judicial sempre como parte.

3 A AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ENSEJADORA DA ADEQUADA INTERVENÇÃO NO PROCESSO CIVIL: HIPÓTESE DE NULIDADE RELATIVA OU DE NULIDADE ABSOLUTA?

Sendo indubitosa a existência, na disputa judicial, de interesse cuja proteção é constitucionalmente submetida à atuação interventiva do Ministério Público, a ausência de sua intimação para a integração na relação processual desde o seu início deve ser considerada hipótese de **nulidade processual relativa** ou de **nulidade absoluta**?

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, num primeiro momento, com base em interpretação aparentemente literal proposta pelo CPC de 1973, orientou-se pelo enquadramento do caso ao regime da nulidade absoluta, impassível de convalidação ainda que mediante a tardia intervenção do representante da Instituição na instância *ad quem*²⁵.

distinção de atividades, porque seja como autor ou como réu, seja como interveniente equidistante a autor e réu, o Ministério Público, desde que participante do contraditório, também é parte” (*Direito processual civil brasileiro*, p. 156).

25 Consoante o art. 246 do CPC de 1973, “É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. Parágrafo único. Se o processo tiver corrido sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado”.

A solução contemplada implicaria, então, a inevitável anulação dos atos decisórios e na retomada procedimental desde o momento em que falhou a cientificação ministerial, não tendo lugar a aplicação dos princípios da instrumentalidade e da economia processual, diante da indisponibilidade e da inderrogabilidade do interesse público e, por consequência, da cogência das normas indicadoras da intervenção do Ministério Público no processo civil²⁶.

26 Ilustre-se a inicial orientação do STJ: “Em se tratando de nulidade absoluta, não tem aplicação o princípio da finalidade do ato processual. Artigos 154 e 244 do CPC” (3ª Turma, AgRg no AREsp 5.936/MG, rel. ministro Sidnei Beneti, julgado em 17.4.2012, *DJe* 4 maio 2012).

“Esta eg. Corte de Justiça já decidiu que ‘O interesse público, acaso existente por força de lei, implica a intervenção do Ministério Público, sua participação resta obrigatória, indisponível e inderrogável, por se tratar de norma cogente’ (REsp n. 811.530/RN, rel. min. Luiz Fux, *DJ* de 14 abr. 2008). Precedente: REsp n. 854.166/BA, rel. min. Denise Arruda, *DJ* de 4 dez. 2006. Por tal razão, forçoso concluir que a motivação do Tribunal *a quo* para rejeitar a nulidade do feito, de que a simples existência de cota ministerial deliberando sobre a desnecessidade de sua intervenção, não se sobrepõe à letra da lei e ao interesse público e social das ações de desapropriação para fins de reforma agrária, no sentido de que a presença do Ministério Público é obrigatória, indisponível e inderrogável. Recursos providos, com a anulação do feito expropriatório a partir do momento em que era obrigatória a intervenção do Ministério Público, prejudicadas as demais questões. (STJ, REsp 1035444/AM, 1ª Turma, rel. ministro Francisco Falcão, julgado em 21.10.2008, *DJe* 10 nov. 2008)”.

“A falta de intimação do representante do Ministério Público no momento processual adequado, seja para se manifestar sobre eventual(is) prova(s) que entendessem pertinente(s) – que, aliás, poderia(m) ser deferida(s) ou indeferida(s) pelo Juízo, com fundamento no art. 130 do CPC –, seja para emitir parecer sobre o mérito da lide, notadamente quando, sob o seu ponto de vista, a causa de pedir (próxima e remota) se revestir de plausibilidade jurídica, constitui nulidade absoluta (CPC, art. 246). 5. Recurso especial provido, para decretar a nulidade do processo desde a sentença. (STJ, 1ª Turma, REsp 770.397/DF, rel. ministra Denise Arruda, julgado em 4.9.2007, *DJ* 11 out. 2007, p. 295)”.

Na mesma linha, decidindo pela nulidade absoluta do processo pela falta de intimação do *Parquet* para intervir em ação na qual se discutia interesses de comunidades indígenas, STJ, 1ª Turma, REsp 660.225/PA, rel. ministro Luiz Fux, rel. p/ acórdão ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 13.3.2007, *DJ* 12 abr. 2007, p. 213.

Mais recentemente, contudo, diversos precedentes do STJ acabaram por gradativamente indicar a modificação da orientação anterior, passando a Corte Superior de Justiça a qualificar a falta de intimação para a intervenção do *Parquet* como hipótese geradora de mera **nulidade relativa**. Assim, o vício apontado não mereceria gerar qualquer consequência anulatória diante da ausência de demonstração de concreto **prejuízo** bem como em face da possibilidade de se propiciar, ainda que tardiamente, a **intervenção da instituição na instância recursal**.

De fato, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça insiste em fundamentar a não decretação de nulidade na hipótese ora analisada forte no princípio *pas de nullité sans grief*, argumentando, ainda, que o único motivo forte o bastante para justificar a anulação pela não intervenção ministerial decorreria do **prejuízo causado às partes** ou **à descoberta da verdade substancial** ²⁷.

Seguindo praticamente o mesmo raciocínio, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal recentemente também teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema em acórdão relatado pela ministra Carmem

27 Neste sentido, STJ, 2ª Turma, Resp 201001084632, rel. min. Mauro Campbell Marques, *DJE* 3 out. 2011: “Não há falar em nulidade por ausência de intimação do Ministério Público de todos os atos do processo, principalmente porque não foi comprovada no caso a existência de prejuízo. Inclusive, eventual nulidade estaria sanada em face da intervenção do representante ministerial em segundo grau de jurisdição. Ofensa aos arts. 82, III e 246 do CPC não configurada. A jurisprudência desta Corte já assentou entendimento no sentido de que a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullités sans grief*. Até mesmo nas hipóteses em que a intervenção do *Parquet* é obrigatória seria necessária a demonstração de prejuízo para que se reconheça a nulidade processual. (Precedentes: REsp 1.010.521/PE, rel. min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.10.2010, *DJe* 9 nov. 2010; REsp n. 814.479/RS, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.12.2010, *DJe* 14 dez. 2010)”. Mais recentemente, insistindo na necessidade da demonstração do “**efetivo prejuízo para as partes**”, STJ, 2ª Turma, Agarep 201304198220, rel. min. Mauro Campbell, *DJE* 24 set. 2014.

Lúcia. Na ocasião, mesmo reconhecendo a existência de **nulidade absoluta** pela ausência de intimação do Ministério Público, entendeu por negar a pretensão anulatória do processo porque, conforme constou do voto da relatora,

é entendimento assente neste Supremo Tribunal que até mesmo as nulidades absolutas podem ser relevadas quando não demonstrado o efetivo prejuízo da parte que a alega [...]. No caso ora em análise, o Agravante não demonstrou nem afirmou ter-lhe acarretado prejuízos a ausência de intimação do Ministério Público Federal²⁸.

Tal orientação jurisprudencial encontrou ampla ressonância na redação do anteprojeto de lei, recentemente convertido no novo Código de Processo Civil²⁹.

Os fundamentos que determinaram a alteração paradigmática do STJ, o recente aresto do STF e a nova regulação no aprovado Código de Processo Civil, apesar de já aplaudidos por prestigiosa doutrina³⁰, merecem ser verificados com muito mais cuidado, na medida em que re-

28 STF, 2ª Turma, ARE 744437 AgR, relatora min. Carmem Lúcia, julgado em 14.10.2014, Processo eletrônico *DJe*-212, div. 28.10.2014, pub. 29 out. 2014.

29 “Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. § 1º Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado. § 2º A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.”

30 Assim manifestou-se HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, comentando o art. 279 do novo CPC brasileiro (quando ainda era apenas projeto de lei): “De certa forma, o dispositivo é coerente. Embora caiba ao M.P. decidir em que hipóteses deve intervir (art. 26, inciso VIII, da Lei n. 8.625/1993), parece realmente um exagero criar uma presunção absoluta de que a falta de intervenção gera, automaticamente e por si só, vício que contamina todo o ato e demanda a sua anulação, sem possibilidade de sanatória. O dispositivo também vem ao encontro da ideia, já referida anteriormente, de se reduzir as hipóteses de intervenção do Ministério Público nos processos cíveis” (“A feição do Ministério Público no projeto do novo CPC”).

velam preocupante incompreensão a respeito **de o quê e a quem** exatamente está se tentando tutelar por via da intervenção representativa do Ministério Público. Ainda, porque também afrontam os princípios constitucionais do **devido processo legal** e do **promotor natural**, menoscando por completo as funções constitucionais do *Parquet*.

Verifiquemos inicialmente o argumento segundo o qual a **falta de alegação e de demonstração de prejuízo concreto** às partes ou à **descoberta da verdade material** implicaria a necessidade de se evitar a decretação de nulidade processual.

Como parece evidente, a intervenção fiscalizatória a ser exercida pelo Ministério Público no processo civil não se relaciona nem com uma coisa, muito menos com outra. **Os interesses representados pela integração do *Parquet* ao processo judicial têm a ver, única e exclusivamente, com o interesse público, com os interesses sociais e com os interesses individuais indisponíveis**, jamais podendo ser confundidos com os interesses das partes³¹. Importa recordar, aliás, que não raras vezes o interesse das partes revela-se diametralmente oposto àqueles³².

Relativamente à ausência de comprometimento ou ao suposto sucesso da “descoberta da verdade substancial”, mesmo diante da não intervenção do *Parquet*, a força retórica e absolutamente vazia do argumento impressiona e assusta por si só. Ainda que alguma razão houvesse (para além da ilusão) para a invocação desta falaciosa imagem, mesmo assim também em nada se correlacionaria nem com o objetivo do processo civil e muito menos com o papel interventivo desempenhado pelo Ministério Público.

31 Essa, aliás, a razão de o parágrafo único do art. 178 do novo CPC estabelecer que “a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público”.

32 Em tais hipóteses, a intervenção do Ministério Público intenta a extinção do feito sem resolução de mérito ou a anulação de negócios jurídicos (acordos) realizados entre as partes em afronta aos interesses constitucionalmente representados pela Instituição.

A perversão da tese da mera **nulidade relativa** é ainda mais evidente quando se constata que, inacreditavelmente, **ainda se imputa ao Ministério Público o ônus de alegar e demonstrar (provar) que a ausência de sua intervenção no processo acarretou concretos prejuízos às partes, à descoberta da verdade ou à justiça da decisão**; ou seja, não basta ao *Parquet* comparecer, ainda que tardiamente ao processo, para protestar contra sua não intimação prévia e requerer a anulação processual. Segundo disseminados precedentes dos tribunais nacionais, compete-lhe fazer prova efetiva do sentido e do alcance dos prejuízos derivados de sua não atuação, o que acaba por submeter as pretensões anulatórias ao exercício de suposições a respeito de como **a história do processo** poderia ter sido diferente caso tivesse ocorrido normalmente a intervenção institucional³³.

Por outro lado, imaginar-se seriamente que uma tardia intervenção supletiva do representante do Ministério Público em instância recursal (procedimentalmente resumida ao oferecimento de um parecer) pudesse suprir a completa ausência institucional durante a tramitação do

33 Neste sentido, STJ, 3ª Turma, AgResp 201301916952, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJE* 13 out. 2014. De igual forma, cite-se acórdão lavrado também pela 3ª Turma do STJ (AgRg no REsp 1196311 DF 2010/0100970-0, rel. min. Sidnei Beneti, j. 26.6.2012, *DJe* 29 jun. 2012) no qual é extremamente ilustrativa a inversão probatória perpetrada pela Corte Superior, exigindo que o Ministério Público, então interponente de recurso especial, tivesse demonstrado o que poderia ter ocorrido caso a Instituição tivesse acompanhado o processo desde a sua origem: “No caso dos autos, o Juiz da causa usou da sua faculdade de nomear perito para fazer a perícia contábil (fls. 482/483), a qual concluiu pela existência de uma dívida de R\$ 672.969,60 (fls. 697/719). **Assim, somente poderia ser anulado o processo por falta de intervenção do Ministério Público se se provasse que ele, caso tivesse sido intimado, teria denunciado alguma incorreção nesse laudo pericial.** O compulsar dos autos revela, todavia, que o Órgão Ministerial, intimado a se manifestar, apenas sustentou a nulidade do processo por ausência de intimação do Ministério Público, como causa de nulidade absoluta, sem mencionar qualquer argumento que pudesse evidenciar a existência de efetivo prejuízo às partes ou ao andamento do processo [...] [grifos nossos].”

processo judicial na primeira instância não é, definitivamente, levar o interesse público e os interesses sociais a sério³⁴.

Uma tal solução, nada obstante explicável pelas generalizadas e por vezes irresponsáveis pressões pela celeridade, instrumentalidade e economia processual, em verdade só faz revelar a incompreensão do significado (sentido e alcance) da intervenção fiscalizatória do Ministério Público legalmente entabulada, esvaziando-a quase que por completo.

Nenhuma formal tentativa de convalidação, eventualmente até mesmo acordada com o representante do Ministério Público nas instâncias recursais, nem mesmo as mais festejadas razões pragmáticas poderiam aqui justificar a não retomada da relação processual desde a sua base, com a anulação dos atos decisórios³⁵.

34 “Recurso Especial. Ausência de Intervenção do Ministério Público Federal em primeiro grau. Espécie em que o Ministério Público Federal não interveio no primeiro grau de jurisdição, mas o fez em grau de apelação, subscrevendo parecer; prática que genericamente contraria o disposto no art. 246 do Código de Processo Civil, mas que não acarreta nulidade *in concreto*, em face das peculiaridades do caso. Recurso especial interposto pela União conhecido e provido; recurso especial interposto pela Agência Nacional de Transportes Terrestres prejudicado”. (STJ, 1ª Turma, Resp 201001844230, rel. min. Ari Pargendler, *DJE* 23 abr. 2014). No mesmo sentido: “Quanto à suposta nulidade decorrente falta de intervenção do Ministério Público, pacificou-se nesta Corte entendimento de que, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, considera-se sanada a nulidade decorrente da falta de intervenção, em primeiro grau, do Ministério Público, se posteriormente o Parquet intervém no feito em segundo grau de jurisdição, sem ocorrência de qualquer prejuízo à parte” (STJ, 2ª Turma, AgResp 201101844675, rel. min. Mauro Campbell Marques, *DJE* 17 jun. 2013).

35 Precisamente neste sentido há importantes (apesar de antigos) precedentes cunhados pelo Supremo Tribunal Federal: “Processual. Menores. Intervenção do Ministério Público. Indispensabilidade: Art. 80, par. 2º do Código de Processo Civil. Nulidade: Art. 84 do mesmo código. Havendo, no feito, interesse de menor, a intervenção do Ministério Público é indispensável, na conformidade do disposto no art. 80, par. 2º, do Código de Processo Civil, não sendo de considerar-se sanada a omissão se tal interveniência se faz apenas em segunda instância. A comissão é de nulidade, segundo o art. 84 do mesmo Código. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF, RE 76868, rel. min. Aldir Passarinho). Na mesma linha, STF, RE 73629, rel. min. Barros Monteiro.

Neste sentido, a tentativa de **remendar** ou **evitar** a decretação de nulidade por via da intervenção tardia do representante do MP com atuação perante a instância recursal também fere inexoravelmente o **princípio do promotor natural**, já consagrado pela jurisprudência do STF³⁶.

O exercício das atribuições constitucionais pelos membros do Ministério Público, tanto quanto o das atribuições jurisdicionais pelos magistrados (então chamadas de “competências”), é distribuído legal e regimentalmente entre os representantes institucionais, atendendo a democráticos e republicanos critérios, entre outros, os de territorialidade e anterioridade.

A autorização que os recentes precedentes dos tribunais superiores e o novo regramento do CPC deferem, no sentido da simples e pura subtração ou persalto da atuação institucional do promotor incumbido de intervir no feito desde a sua origem (portanto, o promotor natural), representa nada menos que permitir ao Poder Judiciário deliberar ou “escolher” entre a atuação deste ou daquele agente ministerial ou até, por vezes, de nenhum deles³⁷. Representa, antes disso, retirar do Ministério

36 “A reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que ‘o princípio do Promotor Natural, tendo presente a nova disciplina constitucional do Ministério Público, ganha especial significação no que se refere ao objeto último decorrente de sua formulação doutrinária: trata-se de garantia de ordem jurídica destinada tanto a proteger o membro da Instituição, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei’ (Habeas Corpus nº 67.759-2/RJ, Plenário, relator ministro Celso de Mello, *DJ* de 1º jul. 1993). 5. Agravo regimental não provido.” (RE 638757 AgR, relator(a): min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 9.4.2013, Acórdão eletrônico *DJe*-078 divulg. 25.4.2013, pub. 26 abr. 2013).

37 É curioso anotar e necessário denunciar como os tribunais superiores indevidamente arrogam para si, via regulamentação administrativa (regimentos internos), o poder de deliberar a respeito dos limites da intervenção jurisdicional do Ministério Público, como se ilustra: “Não há nulidade de decisão monocrática de recurso especial mesmo sem a intervenção do Ministério Público no âmbito do STJ. Isso porque, em recurso especial, tal intervenção não é obrigatória e, geralmente, está sujeita ao

Público, por via do promotor natural, até mesmo a possibilidade da interposição do recurso de apelação³⁸.

Em tais casos, entender-se que a mera invocação dos princípios constitucionais da unidade e da indivisibilidade institucional do Ministério Público³⁹ seriam suficientes para justificar a solução pragmaticamente encontrada, na verdade apenas revela, de igual forma, indiscutível incompreensão a respeito do significado do princípio do promotor natural⁴⁰.

Ainda que se pudesse superar a violação a referido princípio, a solução engendrada não passaria por um adequado controle pautado no respeito ao princípio do **devido processo legal**.

Por qualquer ângulo que se possa analisar a natureza da intervenção fiscalizatória do Ministério Público no processo civil, a mera oportunidade para que a Instituição se faça representar somente em instância recursal a ninguém deveria parecer suficiente para suprir as mais básicas exigências integradoras da garantia multissecular, seja em termos de razoabilidade, de adequação, seja de proporcionalidade.

critério do Relator, conforme o artigo 64, XIII, do RISTJ. Só se verifica nulidade caso não haja pronunciamento da instituição nas instâncias ordinárias” (razões do voto relator no julgamento do AGARESP 201400991162, rel. min Humberto Martins, STJ, 2ª Turma, DJE 23 set. 2014).

38 Segundo a Súmula n. 99 do STJ, “o Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que haja recurso da parte”.

39 Art. 127, § 1º, da CF: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

40 Conforme bem assinala GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA, comentando a hipótese da não intimação do *Parquet* para manifestação em primeira instância nas ações de mandado de segurança, “A atuação do órgão do Ministério Público de segundo grau não tem o condão de derogar a observância do princípio constitucional do promotor natural. O promotor natural para officiar originariamente no mandado de segurança é o que tem atribuição para officiar em sede de primeiro grau de jurisdição. A unidade e a indivisibilidade do Ministério Público não podem impedir a aplicação da garantia constitucional processual geral, que é o princípio do promotor natural (art. 5º, LIII, da CF)” (*Manual das ações constitucionais*, p. 483).

O insanável comprometimento do devido processo legal fica ainda mais evidente quando a lei brasileira confia e assegura ao Ministério Público, por via de sua atuação interventiva, uma série de deveres-poderes processuais que lhe são, inclusive, indisponíveis⁴¹. Havendo no processo efetivo interesse público, interesse social ou interesse individual indisponível, **o completo alijamento processual do Parquet, que lhe tira qualquer oportunidade de requerer a produção de provas, de se manifestar e de recorrer** (dentre outras possíveis medidas processuais cabíveis), parece ser motivo forte o bastante para que se conclua pelo desrespeito ao devido processo legal. Parece ser motivo evidente, aliás, para fazer incidir presunção absoluta de prejuízo à representação processual do interesse público⁴².

A proteção das fundamentais garantias processuais ligadas ao contraditório, aliás, ganhou especial atenção por parte da nova codificação brasileira. Entre outras inovações, notabiliza-se a previsão do art. 10

41 Por tal motivo, correta a conclusão a que chegam MARINONI, ARENHART e MITIDIERO ao comentar o art. 180, § 1º, do novo CPC: “Se o juiz entender que há interesse público para a intervenção do Ministério Público, e este, intimado, não intervier no prazo de trinta dias, omitindo-se de qualquer pronunciamento, deve o juiz submeter a questão ao órgão de supervisão do Ministério Público (art. 28, do CPP, por analogia) e não prosseguir o processo sem a intervenção ministerial. Assim deve ser porque o interesse a ser protegido goza de especial relevância constitucional, não se podendo deixá-lo apenas nas mãos de um sujeito, que pode eventualmente falhar em sua proteção. É por isso, inconstitucional a previsão do art. 180, § 1º do CPC, que autoriza o prosseguimento do feito sem a intervenção do Ministério Público, nos casos em que sua intervenção é obrigatória” (*Novo Código de Processo Civil comentado*). Apesar disso, contraditoriamente, ao comentar o art. 179 do novo CPC, aceitam os mesmos juristas que a falta de intimação do representante do Ministério Público revela causa **formal de mera anulabilidade**, que “ocorrerá tão somente se não for possível decidir a causa em favor de quem a intervenção do Ministério Público fora prevista: não há invalidade sem prejuízo; não há invalidade se, apesar do desvio de forma, há consecução da finalidade legal”.

42 Importante precedente, neste sentido, já partiu do STJ: “Verificado o prejuízo ensejador na nulidade, uma vez que ao fiscal da lei foi omitida a oportunidade de recorrer, o que fere o ditame contido na Súmula 99/STJ, ‘o Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei.’” (STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 235.365/BA, rel. min. Humberto Martins, julgado em 7.11.2013, DJe 16 dez. 2013)

do novo CPC, segundo a qual passa a ser vedado ao Poder Judiciário decidir sem a prévia oitiva das partes, ainda que com base em fundamento arguível *ex officio*⁴³, em manifesto prestígio da representatividade das partes perante o Estado.

Se o sistema processual assim o faz para proteger a voz do interesse das partes litigantes em juízo, por que razão idêntica racionalidade não deveria se aplicar também para proteger a voz do interesse público? Estaria o magistrado autorizado a sentenciar sem a prévia oitiva ou efetiva intervenção do Ministério Público nas hipóteses constitucional e legalmente determinadas? A oitiva *a posteriori* da instituição seria capaz de convalidar tal vício?

Tecnicamente, a fundamental questão que se põe é: merece a intimação do Ministério Público para intervenção em processos de interesse público continuar a ser compreendida como mero pressuposto processual de validade?⁴⁴ A relação jurídica processual de interesse público que não contou com a intervenção do Ministério Público (porque não intimado desde o início do feito) pode ser considerada não apenas válida, mas antes, juridicamente existente?

4 A AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INTERVIR NO PROCESSO CIVIL EQUIVALE À FALTA DE CITAÇÃO DA PARTE PARA INTEGRAÇÃO NA RELAÇÃO PROCESSUAL: A INEXISTÊNCIA PROCESSUAL E A QUERELA NULLITATIS INSANABILIS

O sistema de justiça brasileiro há muito incorporou a distinção entre as hipóteses de nulidade e de inexistência processual, baseando-se

43 Novo CPC, art. 10: “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 deva decidir de ofício”.

44 Conforme FREDIE DIDIER JUNIOR, “A participação do Ministério Público, em tais casos, é encarada como ‘pressuposto processual’ objetivo intrínseco de validade” (“A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro”).

na diferenciação entre os chamados **vícios rescisórios** (submetidos à invalidação tão somente por via da ação rescisória) e os chamados **vícios transrescisórios** (passíveis de impugnação por via de ação declaratória de inexistência processual, veiculando *querela nullitatis insanabilis*).

Tanto a melhor doutrina como a jurisprudência dos tribunais superiores encarregaram-se de consolidar os respectivos regimes jurídicos, objetivando as hipóteses de cabimento e instrumentos processuais para impugnação de tais vícios⁴⁵.

Nada obstante correntes mais liberais preconizam interpretação dilatada das possíveis hipóteses de invocação da *querela nullitatis insanabilis*⁴⁶, há consenso no sentido de que ela tem cabimento sempre que ve-

45 PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*; WAMBIER, *Nulidades do processo e da sentença*; SILVA, “Sobrevivência da *querela nullitatis*”; KOMATSU, *Da invalidade no processo civil*; MARTINS, *A defesa do executado por meio de ações autônomas*; GAJARDONI, “Sentenças inexistentes e *querela nullitatis*”; LUCCA, “*Querela nullitatis* e réu revel não citado no processo civil brasileiro”. No campo jurisprudencial, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já cunharam importantes precedentes a respeito, destacando-se: STF, 2ª Turma, RE 96374, rel. min. Moreira Alves, j. 30.8.1983, DJ 11 nov. 1983, p. 07542: “Ação de nulidade. Alegação de negativa de vigência dos artigos 485, 467, 468, 471 e 474 do CPC para a hipótese prevista no artigo 741, I, do Código de Processo Civil de 1973 – que é a de falta ou nulidade de citação, havendo revelia –, persiste, no direito positivo brasileiro, a ‘querela nullitatis’, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é a cabível. Recurso extraordinário não conhecido”. No STJ, recentemente: “A ausência de citação não convalesce com a prolação de sentença e nem mesmo com o trânsito em julgado, devendo ser impugnada mediante ação ordinária de declaração de nulidade. A hipótese não se enquadra no rol exaustivo do art. 485 do Código de Processo Civil, que regula o cabimento da ação rescisória”, (4ª Turma, REsp 1333887/MG, rel. ministra Maria Isabel Gallotti, j. 25.11.2014, DJe 12 dez. 2014).

46 Na doutrina, a orientação mais liberal é a defendida por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, para quem inclusive a ausência de alguma das condições da ação poderia implicar a inexistência processual (*Nulidades do processo e da sentença*). Referida doutrina faz escola no STJ, como se ilustra: “O cabimento da *querela nullitatis insanabilis*

rificada a ausência de algum dos pressupostos de constituição da relação jurídica processual, acarretando-lhe a pecha de inexistência jurídica⁴⁷.

Entre tais causas, indiscutivelmente a ausência da adequada integração de algum dos sujeitos processuais (partes) ou do Estado-Juiz (Jurisdição) sempre constituiu firme fundamento para ações declaratórias de inexistência processual. Até mesmo nos casos em que falta a citação de algum dos litisconsortes necessários tem se proclamado tal drástica sanção, em nome da preservação do devido processo legal⁴⁸.

Então, por que razão haveria de ser diferente quando falha a convocação para o Ministério Público intervir nas causas que envolvem o interesse público? Porventura não se trata de hipótese tão ou ainda mais relevante, merecedora de idêntico zelo por parte do sistema de justiça?

De fato, é surpreendente constatar como o mesmo sistema de justiça que costuma sancionar com rigor a violação da garantia consti-

é indiscutivelmente reconhecido em caso de defeito ou ausência de citação, se o processo correu à revelia (v.g., CPC, arts. 475-L, I, e 741, I). Todavia, a moderna doutrina e jurisprudência, considerando a possibilidade de relativização da coisa julgada quando o *decisum* transitado em julgado estiver eivado de vício insanável, capaz de torná-lo juridicamente inexistente, tem ampliado o rol de cabimento da *querela nullitatis insanabilis*. Assim, em hipóteses excepcionais vem sendo reconhecida a viabilidade de ajuizamento dessa ação, para além da tradicional ausência ou defeito de citação, por exemplo: (i) quando é proferida sentença de mérito a despeito de faltar condições da ação; (ii) a sentença de mérito é proferida em desconformidade com a coisa julgada anterior; (iii) a decisão está embasada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo eg. Supremo Tribunal Federal” (STJ, 4ª Turma, REsp 1252902/SP, rel. min. Raul Araújo, j. 4.10.2011, *DJe* 24 out. 2011).

47 A sentença impugnável pela *querela nullitatis* é somente a proferida no processo em que ausentes os pressupostos processuais. AgRg no AREsp 44.901/PR, rel. ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 11.3.2014, *DJe* 19 mar. 2014).

48 “[...] Por alegada inexistência de citação, é possível debater-se a ausência de litisconsortes passivos necessários e a consequente anulação do feito rescindendo, tanto em ação rescisória quanto por meio de *querela nullitatis*, pois neste caso há concurso de ações. Precedentes” (STJ, 2ª Seção, AR 3.234/MG, rel. ministro Luís Felipe Salomão, j. 27.11.2013, *DJe* 14 fev. 2014).

tucional da ampla defesa e do contraditório – especificamente quando inexistente a citação da parte para a integração processual – não reage da mesma forma quando idêntica violação afeta o Ministério Público em sua missão constitucional interventiva. Enquanto a primeira hipótese acarreta a **inexistência jurídica da relação processual** e o consequente manuseio da imprescritível ação impugnativa, na hipótese da falta de intimação do Ministério Público para intervenção (*rectius*, integração) nos processos em que sua oitiva é obrigatória, submete-se eventual pretensão desconstitutiva do julgado a ação rescisória⁴⁹.

Por que haveria de ser considerada inexistente (como o é) a relação jurídica processual na qual faltou a citação do réu para defender seus interesses (no mais das vezes patrimoniais e disponíveis), mas, por outro lado, apenas **anuláveis** os atos decisórios proclamados sem a intervenção fiscalizadora do Ministério Público, ainda que no intuito de representação do interesse público? **Fiscalizar** o interesse público difere de **representá-lo**? A **citação** do réu para integrar o processo difere tanto assim da **intimação** do *Parquet* para intervir?⁵⁰ A condição de **sujeito interveniente sui generis**, por si só, sublevaria o significado da intervenção? O fato de a intervenção ministerial se resumir, muitas vezes, ao oferecimento de manifestação (parecer) apenas antes da sentença, por acaso de-

49 A rescindibilidade das decisões de mérito transitadas em julgado em processos nos quais falhou a intimação do Ministério Público é expressamente tratada pelo art. 487 do CPC de 1973 (tanto quanto no art. 967, III, *a*, do novo CPC), quando se alude à legitimação ativa para a ação rescisória: “Tem legitimidade para propor a ação: [...] III - o Ministério Público: a) se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção”.

50 A interpretação literal, especialmente aqui, parece absolutamente insuficiente porque enganosa. O ato judicial de convocação dos sujeitos processuais para comparecimento e participação no procedimento, independentemente de ser eventualmente rotulável por textos legais como **citação**, **intimação**, **notificação**, ou **cientificação**, evidentemente possui conteúdo próprio e inconfundível. Daí que, falhando referido ato convocatório, a mesma solução jurídica deve ser deferida.

sabonaria a incidência de um sistema protetivo mais rígido quanto à falta de intimação da Instituição?

São indagações que, quando menos, deveriam provocar reflexões e respostas bem mais cuidadosas.

Sistema algum de nulidade processual revela-se suficiente ou adequado para sancionar o vício e prestigiar a efetiva proteção dos mais elevados interesses em jogo. Daí a (re)construção teórica ora propugnada, no sentido de se passar a interpretar a falta de intimação do Ministério Público para intervir no processo de interesse público não apenas como hipótese de invalidade processual mas, antes, de negação da existência jurídica do processo e, por consequência, de total ineficácia dos seus provimentos (mesmo que **transitados em julgado**).

Apesar de toda a complexidade científica que o direito processual adquiriu a partir de sua autonomização em relação ao direito material, há determinados raciocínios que, por sua simplicidade, deveriam parecer absolutamente evidentes, mesmo aos olhos dos meticolosos juristas do sistema do *civil law*. Ora, se um sistema de justiça estabelece que em todos os processos nos quais se detecte a existência de interesse público é imprescindível a participação de uma entidade que por eles zele e os represente, a não convocação de tal representante para o processo implica, sensata e logicamente, a total ineficácia do quanto decidido em relação aos representados. Aplicando-se essa lógica ao modelo brasileiro, se a titular do interesse público (toda a sociedade) não é representada em juízo pelo Ministério Público, contra ela não podem ser opostos quaisquer efeitos decorrentes da relação processual da qual não participou.

Nem se alegue, por outro lado, que o mero **comparecimento espontâneo** ou mesmo provocado do Ministério Público *a posteriori* poderia implicar a desconsideração ou a falta de sancionamento do vício processual. Em tal hipótese, é de se aplicar idêntico regime jurídico dedicado ao comparecimento tardio da parte cuja citação fora considerada

inválida. Conforme o art. 239, § 1º, do novo Código de Processo Civil, a solução não se resume à mera devolução dos prazos para manifestação: todos os atos processuais havidos sem a presença da parte devem ser considerados não praticados, em homenagem ao devido processo legal⁵¹.

Ainda que não se desejasse qualificar a intervenção do *Parquet* como uma autêntica atuação de **parte processual**, mesmo assim a obediência à regra que ordena sua convocação mereceria ser diagnosticada como **pressuposto de existência** da relação processual, e não de mera validade. Com efeito, trata-se de *error in procedendo* capaz de macular a própria essência do processo⁵², inviabilizando a prestação jurisdicional nas causas de interesse público⁵³.

Sob a ótica do processo do Estado Constitucional, aliás, ainda melhores argumentos poderiam ser lançados para fundamentar a tese segundo a qual a negativa de adequada participação dos representantes dos interesses em disputa importa a própria negação do processo, da ação e

51 “Art. 239. Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido. § 1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução.”

52 E, assim, aparentemente fundamento suficiente para a *querela nullitatis*, conforme se poderia inferir de recente julgamento do STJ: “A ação de *querela nullitatis* é remédio vocacionado ao combate de sentença contaminada pelos vícios mais graves dos erros de atividade (*errores in procedendo*), nominados de vícios transrescisórios, que tornam a sentença inexistente, não se sanando com o transcurso do tempo” (STJ, 4ª Turma, REsp 1201666/TO, rel. ministro Luis Felipe Salomão, j. 10.6.2014, DJe 4 ago. 2014).

53 Na lúcida avaliação de HUGO NIGRO MAZZILLI a respeito da intervenção do Ministério Público no processo civil, “é possível identificar a essencialidade de sua atuação para o advento de uma prestação jurisdicional do Estado: não pode haver função jurisdicional em matéria social ou indisponível, sem a presença do Ministério Público. Havendo violação da ordem jurídica que envolva um interesse social ou individual indisponível, não pode haver prestação jurisdicional sem a presença do Ministério Público” (“A atuação do Ministério Público no processo civil”).

da jurisdição. Superando-se a estreita e já insuficiente noção do processo enquanto relação jurídica, não seria difícil compreender por que um procedimento que suprima por completo a possibilidade de efetiva representação dos interesses em jogo (v.g., do interesse público representado pelo Ministério Público) deveria não apenas ser qualificável de inválido mas, antes, de inexistente⁵⁴.

A se concordar com a releitura ora propugnada, **a inexistência jurídica dos processos** (e de tudo o que neles se decidiu) nos quais foi inobservada a intimação para intervenção do Ministério Público pode ser buscada judicialmente inclusive por via da ação civil pública, instrumento apropriado para veicular a *querela nullitatis insanabilis*, de acordo com consolidada orientação do STJ⁵⁵.

54 “A legitimação pela participação decorre da efetividade da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as condições necessárias a tanto, implica em negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a ideia de participação. Isso quer dizer que o processo requer a legitimidade do exercício da jurisdição e a efetividade da participação das partes, envolvendo, de uma só vez, exigências que fazem com que os partícipes da relação processual civil se dispam das suas máscaras de elementos e, principalmente, que as partes compreendam que a efetividade da participação é necessária para legitimar a tarefa jurisdicional”(MARINONI, “Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional”).

55 Dentre referidos precedentes, destacamos o acórdão lavrado pela 2ª Turma do STJ (REsp 1015133/MT, rel. min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão min. Castro Meira, j. 2.3.2010, *DJe* 23 abr. 2010): “O controle das nulidades processuais, em nosso sistema jurídico, comporta dois momentos distintos: o primeiro, de natureza incidental, é realizado no curso do processo, a requerimento das partes, ou de ofício, a depender do grau de nulidade. O segundo é feito após o trânsito em julgado, de modo excepcional, por meio de impugnações autônomas. As pretensões possíveis, visando ao reconhecimento de nulidades absolutas, são a ação *querela nullitatis* e a ação rescisória, cabíveis conforme o grau de nulidade no processo originário. A nulidade absoluta insanável – por ausência dos pressupostos de existência – é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (o processo), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC (ação rescisória). A chamada *querela nullitatis insanabilis* é de competência do

Relativizada a importância da intervenção do Ministério Público nos processos de interesse público, atrelada a eventual falta de sua intimação ao regime jurídico da nulidade relativa e sujeitando-se a decretação da invalidade à prova de prejuízo concreto, corre-se sério **risco de passar a ser a intervenção *custos legis* do *Parquet* gradativamente assimilada à mera manifestação a título de *amicus curiae***. Vale dizer, de admissão discricionária, optativa e, portanto, eventualmente dispensável⁵⁶.

juízo monocrático, pois não se pretende a rescisão da coisa julgada, mas apenas o reconhecimento de que a relação processual e a sentença jamais existiram. A doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que a ausência de citação ou a citação inválida configuram nulidade absoluta insanável por ausência de pressuposto de existência da relação processual, o que possibilita a declaração de sua inexistência por meio da ação *querela nullitatis*. [...] A pretensão *querela nullitatis* pode ser exercida e proclamada em qualquer tipo de processo e procedimento de cunho declaratório. A ação civil pública, por força do que dispõe o art. 25, IV, "b", da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), pode ser utilizada como instrumento para a anulação ou declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público. A ação civil pública surge, assim, como instrumento processual adequado à declaração de nulidade da sentença, por falta de constituição válida e regular da relação processual. A demanda de que ora se cuida, embora formulada com a roupagem de ação civil pública, veicula pretensão *querela nullitatis*, vale dizer, objetiva a declaração de nulidade da relação processual supostamente transitada em julgado por ausência de citação da União ou, mesmo, por inexistência da própria base fática que justificaria a ação desapropriatória, já que a terra desapropriada, segundo alega o autor, já pertencia ao Poder Público Federal. [...]”. No mesmo sentido, STJ, 2ª Turma, REsp 1227965/SC, rel. min. Herman Benjamin, j. 2.6.2011, *DJe* 15 jun. 2011).

56 Há outras previsões legais interventivas que, muito embora eventualmente qualificadas como *amicus curiae*, a rigor também mereceriam melhor investigação quanto à sua natureza jurídica. Assim é com a obrigatória intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos processos em que se discuta matéria de sua competência (art. 31 da Lei n. 6.385/1976: “Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação”). Também assim é com a oitiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), cuja intervenção é obrigatória nos processos em que se discuta matéria de sua competência (art. 118 da Lei n. 12.529/2011: “Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na quali-

Já é mais do que tempo para se revisitar o *status* ostentado pelo Ministério Público quando chamado a intervir nos feitos de interesse público e, por consequência, o vício decorrente da ausência de sua convocação para o processo.

Ser, parecer e agir como o mais adequado representante do interesse público e social nos processos judiciais, seja na qualidade de “parte autora”, seja na de “parte interveniente”, constitui missão que desafia a compreensão do Ministério Público e a cuidadosa vigilância de todo o sistema de justiça nacional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CABRAL, Antonio. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 149, Revista dos Tribunais, jul. 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-invalidacao-dos-atos-processuais-no-processo-civil-brasileiro>>.

_____. Nova hipótese de legitimidade para a propositura de ação rescisória. Novo CPC. Art. 979, IV, versão da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-183>>.

dade de assistente)”. Tais intervenções, segundo FREDIE DIDIER JUNIOR, seriam tipicamente exemplos de atuação *amicus curiae* (“Nova hipótese de legitimidade para a propositura de ação rescisória. Novo CPC. Art. 979, IV, versão da Câmara dos Deputados”). Não obstante a referência da Lei n. 12.259/2011 à intervenção assistencial do CADE, é de se destacar que o novo CPC (inciso IV do art. 967) expressamente legitimou para propor a ação rescisória “aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção”. Se assim é, aceita o novo CPC que as instituições cujas intervenções processuais são legalmente ordenadas, mas pragmaticamente ignoradas, também ficam submetidas à autoridade da coisa julgada material, instituto tradicionalmente incidente sobre as partes do processo.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. Interesse público. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/31>>.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Sentenças inexistentes e *querela nullitatis*. Disponível em: <<http://www.injur.com.br/mod/file/download>>.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Querela nullitatis* e réu revel não citado no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.academmia.edu>>.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos>>.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. E-book. Thomsom Reuters - Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A atuação do Ministério Público no processo civil. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br>>.

NERY JUNIOR, Nelson. Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Justitia*, São Paulo, v. 48, n. 135; p. 39-68, jul./set. 1986.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A feição do Ministério Público no projeto do novo CPC. Disponível em: <<http://www.academia.edu>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

PANORAMA GERAL DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Evane Beiguelman Kramer

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6.

SILVA, Ovídio Baptista da. Sobrevivência da *querela nullitatis*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: n. 333, Forense, jan./mar. 1996.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: MACHADO, Francisco de Oliveira; PAOLI, Maria Célia Pinheiro (Coord.). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global*. Petrópolis: Vozes. Brasília: Nedic, 1999.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

1 A nova divisão sistemática do Código de Processo Civil. 2 Princípios inovadores na parte geral. 3 Honorários sucumbenciais. 4 Prazos (arts. 218/232 do novo CPC). 5 Litigância de má-fé. 6 Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (arts. 133/137). 7 Processo de conhecimento. 8 As demandas contra a Fazenda Pública. 9 Os recursos. 10 Conclusão.

A Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, sancionou o novo Código de Processo Civil, que passou a vigorar em um ano a partir de sua publicação oficial, ou seja, aos 18 de março de 2016.

Este artigo pretende abordar aqueles dispositivos do novo diploma processual que a autora entende como inovadores em relação ao Código de Processo Civil de 1973.

1 A NOVA DIVISÃO SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O primeiro aspecto inovador a ser destacado é a estrutura do texto normativo, dividido em cinco livros:

- Parte Geral (arts. 1º – 317).
- Processo de Conhecimento (arts. 318 – 770).
- Processo de Execução (arts. 771 – 925).
- Processos nos Tribunais – Recursos e Ações Originárias (arts. 925 – 1044).
- Disposições Finais (arts. 1.045 – 1.072).

Nota-se que o processo cautelar não existe mais como livro autônomo, pois foi incorporado no livro *Parte Geral* sob a rubrica *Tutela*

de Urgência. Todavia os procedimentos cautelares não foram extintos, a exemplo da produção antecipada de provas, que foi inserida no Processo de Conhecimento, dentro do capítulo das provas (art. 381).

Por sua vez, os procedimentos especiais foram incorporados ao livro do processo de conhecimento, mantendo-se a existência das possessórias, demarcatórias, embargos de terceiro e prestação de contas como procedimentos específicos, sem que a eles tenha o Código dedicado livro especial.

2 PRINCÍPIOS INOVADORES NA PARTE GERAL

Um dos aspectos mais inovadores do novo CPC, seguramente, diz respeito à predominância do dever de colaboração, que pretende imantar a atuação de todos os atores do processo, previsto no art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Cooperar, na acepção processual, não quer dizer que os interesses contrários deixarão de existir e que a pretensão não será mais resistida¹. Cooperação deve aqui ser entendida como participação dinâmica dos sujeitos do processo na construção ativa do provimento jurisdicional, com a maximização da dialética e do contraditório, dando às partes mais espaço dentro da relação processual do que a mera postura adversarial, jungida à decisão do magistrado distante e soberano, estratificado em um modelo hierárquico e verticalizado². É conceito atrelado à eficiência da relação

1 De se destacar que o dever de colaboração na realização da prova já vinha previsto nos arts. 645 da CLT e 339 do CPC de 1973. O dever de colaboração na execução está previsto no art. 600, IV, do CPC/1973, que compreende a obrigação de o devedor indicar bens aptos à penhora.

2 No modelo colaborativo, com ênfase no contraditório, a figura do magistrado é de atuar de forma isonômica com as partes, tanto que se vale da cooperação delas inclusive no saneamento do feito. DANIEL MITTIDIERO, examinando o que já se destacava em colaboração, no CPC/1973, diz “[...] A comunhão de trabalho resta evidenciada com a iniciativa oficial em tema de prova na medida em que o seu resultado deve ser, necessariamente, submetido ao crivo das partes, possibilitando-lhes influir sobre o valor probante a ser outorgado pelo magistrado. Não há que

processual e se dirige a todos os atores do processo judicial, pois “todos pretendem que o processo seja solucionado em tempo razoável”³.

A propósito, o princípio da razoabilidade⁴ e seu consectário princípio da proporcionalidade⁵, que já figuram como princípios norteadores da Administração Pública no art. 37 da CF, agora aparecem como princípios processuais explícitos no art. 8º do novo CPC, imantando toda a atividade jurisdicional.

Alguns exemplos escudados no art. 6º:

- O contraditório é amplificado a todas as decisões judiciais, executada a tutela de urgência, evidência e em sede de conversão do mandado de pagamento em ação monitória (art. 9º). Há também vedação a que o juiz decida com base em fundamento (entenda-se matéria fática ou fundamento jurídico) sobre o qual as partes não se manifestaram, ainda que seja matéria que o juiz poderia conhecer de ofício (art. 10).

- Em prol da concretização da duração razoável do processo, institui-se a obediência à ordem cronológica de julgamento dos processos, mediante lista a ser elaborada pelos tribunais, que deverão ser disponibilizadas para consulta pública (art. 10 e seu § 1º), buscando, assim,

se falar, ademais, em quebra da imparcialidade e da independência judiciais por obra da possibilidade de instrução por iniciativa oficial, como o ambiente social do modelo isonômico chegava a sugerir, porquanto imparcialidade e neutralidade são conceitos que não se confundem. Juiz ativo é o contrário de juiz neutro; um e outro, todavia, podem ser imparciais. A valoração da prova no processo cooperativo não se liga, de regra, a vínculos legais apriorísticos, sendo nesse sentido considerada livre. Todo juízo de valor sobre a prova, contudo, tem de ser absolutamente motivado. É, aliás, como consta do art. 131 do nosso Código de Processo Civil, e como exige a doutrina italiana ao interpretar o art. 116 do *Codice di Procedura Civile*.” (MITTIDIERO, *Colaboração no processo civil*, p. 99-100).

3 WAMBIER et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 62.

4 Princípio da proporcionalidade remete-nos à adequação dos meios aos fins, segundo CANOTILHO “Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 263)

5 Princípio da proporcionalidade entendido como a proibição de excessos ou desbordamento de balizas.

dar transparência (e possibilidade de fiscalização pelo jurisdicionado) ao encaminhamento e sentenciamento dos processos⁶.

- As exceções ao princípio da ordem cronológica estão previstas no § 2º do art. 10, a saber: sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido; o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos; o julgamento de recursos repetitivos ou incidentes de resolução de demandas repetitivas; as sentenças terminativas; o julgamento de embargos de declaração e agravo interno; as preferências legais e as metas do Conselho Nacional de Justiça – CJN; qualquer causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada, decisão esta, por sua vez, irrecorrível. Ainda, a hipótese de sentença ou acórdão anulado determina que o processo volte ao primeiro lugar na fila, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou complementação da instrução e também na hipótese do art. 1.040, II.

- As partes têm à disposição a participação em fase de conciliação e mediação (arts. 165/175). Esta inovação do novo CPC inspira-se na Resolução n. 125/2010 do CNJ, que visa estimular programas de conciliação e mediação, impondo aos tribunais a criação dos Núcleos Permanentes de

6 Segundo TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO: “Este artigo tem em vista privilegiar o aspecto da transparência em relação à atividade do Poder Judiciário, bem como favorecer a aplicação da máxima da razoável duração do processo, sob a ótica individual. Em seu desfavor, há a dificuldade, que a regra gera, no sentido de que os juízes administrem seus processos, seu cartório. De fato, há processos mais simples, outros mais complexos, e é comum que os juízes prefiram passar na frente os mais simples. Esta regra não permite a utilização deste critério e pode ocorrer que o julgamento de uma causa complexa represe dezenas, centenas de outras ações cuja solução poderia ser rapidamente concebida. Espera-se que a lista de exceções previstas pelo próprio NCPC minimize esse efeito, que dificulta, sob este aspecto, a atividade do juiz. Entendeu-se, todavia, que a regra traria mais vantagens do que desvantagens” (*Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 70).

Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Destaquem-se as diferenças existentes entre conciliação e mediação, previstas nos §§ 2º e 3º do art. 165: o conciliador poderá sugerir soluções para o conflito; o mediador, por sua vez, auxilia as partes na compreensão do litígio, mas não sugere soluções. Poderão atuar como mediadores e conciliadores profissionais que estiverem inscritos em cadastro nacional e cadastro do respectivo tribunal em que atuarem, mediante curso de capacitação, registro ou concurso público (art. 167). Estes profissionais deverão ser remunerados de acordo com tabela de cada tribunal. Não se pode perder de vista a relevância que essa fase preliminar adquiriu no novo CPC, pois a regra é da citação do réu conjuntamente com a intimação para comparecimento à audiência de conciliação ou mediação, que só não se realizará se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse em sua realização (art. 334, § 4º, I).

- As partes poderão estabelecer “negócios jurídicos processuais”, em se tratando de direitos disponíveis, convencendo mudanças no procedimento e ônus, poderes, calendários e faculdades – em contrato ou no curso do processo – (arts. 190/191)⁷. Os dispositivos em questão expressam o propósito de “pacto”, de autorregulação, perseguido pelo novo ordenamento processual. O negócio jurídico de caráter processual já se apresentou no CPC/1973 quando permitia, no art. 265, II, que as partes convencionassem a suspensão do processo. No novo CPC esta possibilidade de pacto foi ampliada, permitindo, inclusive, a convenção sobre o procedimento a ser adotado, o calendário de atos processuais a serem praticados, o ônus e os poderes das partes. Evidentemente que o juiz fiscalizará e controlará as alterações pretendidas pelas partes.

7 Como compatibilizar a regra da ordem cronológica de sentenciamento dos processos com o “calendário processual” trazido pelo art. 191 do CPC de 2015 (negócio processual)? Como as partes e o juiz fixarão datas para a prática dos atos processuais em relação à prolação da sentença, que deve seguir a ordem cronológica? A resposta para harmonizar as duas regras é que o calendário processual deve “terminar” antes da fase decisória, a fim de que a demanda ocupe o seu devido lugar na “fila de conclusão e julgamento”.

• O juiz poderá “dinamizar” o ônus da prova (carga dinâmica da prova ou ônus dinâmico), como prevê o art. 373, § 1º: quem tem melhores condições para o desempenho de produzir a prova deve colaborar para esclarecer o fato controvertido.

• O art. 357 está inserido na Seção IV do Capítulo X do Livro II – Processo de Conhecimento – e disciplina o despacho saneador, agora denominado Saneamento e Organização, que prevê a possibilidade de as partes pedirem esclarecimentos ou solicitarem ajustes, no prazo de 5 dias, findo o qual a decisão saneadora se tornará estável. Ainda, o § 3º prevê a cooperação das partes, em audiência, sujeita ao contraditório, inclusive com a produção de prova testemunhal.

3 HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Outro aspecto inovador na Parte Geral diz respeito à regulação dos honorários advocatícios sucumbenciais.

O novo CPC resolveu a polêmica que vigorou acerca da titularidade sobre os honorários sucumbenciais, disciplinando que é direito do advogado receber os honorários devidos pela parte vencida⁸.

O art. 85, § 1º, explicitou que os honorários advocatícios podem ser impostos, cumulativamente, na reconvenção, cumprimento de sentença, execução (resistida ou não) e recursos. Observe-se que, pela nova sistemática, a cada recurso improvido o sucumbente é condenado a pagar honorários adicionais que, no todo, não poderão ultrapassar a 25%

8 A polêmica chegou a ser objeto de exame pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, confirmou, por unanimidade, que os honorários advocatícios de sucumbência pertencem ao advogado e são devidos mesmo que a parte firme um acordo extrajudicial, sem a participação de seu advogado. Sobre o assunto, ver Recurso Especial (Resp) n. 1.218.508. Assim, a unanimidade da Corte Especial do STJ entendeu que os honorários advocatícios são devidos, prevalecendo, portanto, o art. 24, § 4º, da Lei n. 8.906/1994 – que prevê que o acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convencionados, quer os concedidos por sentença.

do valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtida. O objetivo da regra é remunerar os advogados pelo trabalho adicional em 2º grau, no STJ e no STF (art. 85, § 7º).

Quanto aos honorários devidos em demanda formulada contra a Fazenda Pública, se esta for sucumbente, a fixação do valor dos honorários advocatícios da parte vencedora variará proporcionalmente ao valor da condenação ou proveito econômico obtido. Significa dizer que quanto maior o valor da condenação, menor o percentual de honorários e vice-versa. O teto é de 20% e o piso é de 1% (art. 85, § 3º). Resulta, portanto, que o novo Código não reproduz o sistema atual, em que, quando vencida a Fazenda Pública, os honorários são fixados por apreciação equitativa⁹.

4 PRAZOS (ARTS. 218/232 DO NOVO CPC)

Os prazos serão contados em dias úteis (art. 219), o que caracteriza um regime diferenciado do que era regido pelo CPC/1973 (em dias

9 A jurisprudência já resolvia a questão sobre a valoração dos honorários excetuando os limites do art. 20, § 4º, do CPC, como se lê em emblemático acórdão do STJ: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA. FIXAÇÃO DO QUANTUM. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento de que, nas ações condenatórias em que a Fazenda Pública restar vencida, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil. 2. É incabível, em sede especial, reexaminar a justiça do valor fixado a título de honorários, já que o exame das circunstâncias insertas nas alíneas do parágrafo 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil implica, necessariamente, incursão no acervo fático-probatório dos autos, atraindo a incidência do enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 3. “Não se tem, na espécie, a errônea valoração da prova, pois esta pressupõe apenas contrariedade a um princípio ou a uma regra jurídica no campo probatório, que não é o caso *sub judice*, no qual se pretende, na realidade, que se colha das provas produzidas nova conclusão, incabível na via eleita incidindo, pois, a Súmula n. 7/STJ” (AgRgAg n. 960.848/SP, relator ministro Aldir Passarinho Júnior, DJe de 28 out. 2008). 4. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 844572 DF 2006/0100509-7, relator: ministro Hamilton Carvalhido, data de julgamento: 5.11.2009, T1 - Primeira Turma, data de publicação: DJe 18 nov. 2009).

corridos), mantendo-se a regra segundo a qual se exclui o dia do começo e inclui-se o dia do vencimento (art. 224)¹⁰.

Por outro lado, indo ao encontro do dever de colaboração, a complexidade do ato pode levar à fixação específica de prazo para o caso em concreto (art. 218, § 1º).

Foi explicitada no texto do novo CPC a prerrogativa do prazo em dobro para litisconsortes com patronos distintos independente de requerimento (art. 229). Significa dizer, o benefício é automático, desde que os litisconsortes tenham patronos distintos, integrantes de escritórios distintos. Destaque-se que também foi explicitado que tal prerrogativa não se aplica a autos eletrônicos (art. 229, § 2º).

Outra inovação na seara dos prazos processuais foi a inclusão da suspensão do curso dos prazos compreendidos entre os dias 20/12 e 20/1, atendendo a importante reivindicação da categoria dos advogados que obtiveram a expressão legal de prazo para o seu descanso (art. 220).

O período de suspensão dos prazos não significa inatividade jurisdicional, pois os juízes exercerão suas atribuições nesse período, todavia apenas os prazos estarão suspensos, como dispõe o art. 220, § 1º. A propósito da expressão contida no art. 215, "férias forenses", a conclusão que se pode extrair é que se refere ao período previsto no art. 220. Não se pode perder de vista que a Emenda Constitucional n. 45 extinguiu a figura das férias forenses coletivas em 1º e 2º graus.

Os recessos de final de ano ou o período entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, como dito, caracterizam a suspensão dos prazos e não a paralisação do Poder Judiciário.

Em síntese, entende-se por férias forenses a suspensão dos prazos processuais, prevista no art. 220, e, assim, excetuam-se do prazo ge-

10 Exemplo: prazo para embargos de declaração de decisão publicada na quinta-feira? Conta-se a sexta-feira, não se conta o sábado e domingo, contam-se mais quatro dias úteis: vencimento na quinta-feira.

ral de suspensão os procedimentos de jurisdição voluntária, as ações em que forem requeridas tutelas de urgência – se a suspensão puder prejudicar a conservação do direito –, as ações de alimentos, tutela, curatela e aquelas que a lei determinar, como previsto no art. 215.

Por derradeiro, destaque-se que os prazos para a Fazenda Pública e o Ministério Público manifestarem-se nos autos foram uniformizados para prazo em dobro (art. 183), desaparecendo a prerrogativa do prazo em quádruplo para contestar, constante do CPC/1973.

Significa dizer que, quanto à uniformização da contagem dos prazos para a Fazenda Pública e o Ministério Público, o novo CPC manteve a orientação de prazo diferenciado para a Fazenda Pública: todos os prazos para a manifestação da Fazenda Pública são contados em dobro.

Entende-se por Fazenda Pública a União, estados, municípios e respectivas autarquias e fundações.

Relembre-se que esta regra não se aplica às ações diretas de inconstitucionalidade como, reiteradamente, decide o STF¹¹.

11 “Os Estados-Membros da Federação não estão no rol dos legitimados a agir como sujeitos processuais em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sendo indevida, no modelo de processo objetivo, a intervenção de terceiros subjetivamente interessados no feito. Precedente: ADI 2.130-AgR, rel. min. Celso de Mello, DJ 14.12.01.” (ADI 2.994-ED-AgR/BA, rel. min. ELLEN GRACIE, Pleno) “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA POR GOVERNADOR DE ESTADO – DECISÃO QUE NÃO A ADMITE, POR INCABÍVEL – RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO PELO PRÓPRIO ESTADO-MEMBRO – ILEGITIMIDADE RECURSAL DESSA PESSOA POLÍTICA – [...] – RECURSO DE AGRAVO NÃO CONHECIDO . O ESTADO-MEMBRO NÃO POSSUI LEGITIMIDADE PARA RECORRER EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. O Estado-membro não dispõe de legitimidade para interpor recurso em sede de controle normativo abstrato, ainda que a ação direta de inconstitucionalidade tenha sido ajuizada pelo respectivo Governador, a quem assiste a prerrogativa legal de recorrer contra as decisões proferidas pelo Relator da causa (Lei n. 9.868/99, art. 4º, parágrafo único) ou, excepcionalmente, contra aquelas emanadas do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal (Lei n. 9.868/99, art. 26). [...]” (ADI 2.130-AgR/SC, rel. min. Celso de Mello, Pleno) e ainda (AI 726.763/SP, rel. min. Celso de Mello – RE 556.331/MG, rel. min. Marco Aurélio – RE 560.197/RJ, rel. min. Eros Grau – RE 568.354/PR, rel. min. Cezar Peluso – RE 579.760-ED/RS, rel. min. Cezar Peluso – RE 594.709/SP, rel. min. Cármen Lúcia – RE 603.293-AgR/SP, rel. min. Joaquim Barbosa.

Sobre a inaplicabilidade da prerrogativa do prazo diferenciado em ações de inconstitucionalidade, primoroso voto do ministro Celso de Mello, no AgRg Resp 658375/AM, destaca que a espécie consiste em ação objetiva e por tal razão a ela não se defere a prerrogativa processual do prazo em dobro¹².

12 “Não se aplica, ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, a norma inscrita no art. 188 do CPC, cuja incidência restringe-se, unicamente, ao domínio dos processos subjetivos, que se caracterizam pelo fato de admitirem, em seu âmbito, a discussão de situações concretas e individuais. Precedentes: [...] o entendimento de que o processo de fiscalização normativa abstrata ostenta, ordinariamente, posição de autonomia em relação aos institutos peculiares aos processos de índole meramente subjetiva, valendo referir, por relevante, nesse mesmo sentido, a lição de MORAES (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 2.142): “Regência do controle abstrato de constitucionalidade por regras processuais próprias: Em virtude da natureza objetiva do processo de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos, os princípios e regras processuais a que estão submetidas as ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão, e a ação declaratória de constitucionalidade não são os mesmos que regem os demais processos jurisdicionais. O processo de fiscalização abstrata da constitucionalidade do ordenamento jurídico necessita de um conjunto próprio de regras processuais, sendo, portanto, o direito processual constitucional um direito processual autônomo, regido por princípios próprios, em que são afastados os interesses meramente subjetivos [...]. CANAS (*Os processos de fiscalização da constitucionalidade e legalidade pelo Tribunal Constitucional – natureza e princípios estruturantes*, p. 87-89) acentua que o processo de controle de constitucionalidade, quando analisado em seus lineamentos fundamentais, apresenta-se irreduzível à generalidade das normas que se aplicam ao processo comum (ou subjetivo). Eis a observação constante do magistério desse publicista português (“op. loc. cit.”), que, ao distinguir entre o processo constitucional de controle abstrato, de índole marcadamente objetiva, e o processo comum ou geral, de caráter eminentemente subjetivo, assinala: “De tudo o que escrevemos nas páginas anteriores só se pode extrair uma conclusão: o direito processual constitucional não pode deixar de ser um direito processual autônomo, regido por princípios próprios, necessariamente pouco fungíveis com os dos processos jurisdicionais típicos. Estes últimos têm por fim resolver lides ou conflitos intersubjectivos de interesses que se manifestem em concreto. E se não se quiser ficar preso no conceito, porventura demasiado rígido, de lide, pelo menos terá de se reconhecer que nesses processos vêm sempre envolvidos interesses subjectivos. Diferentemente, os processos de fiscalização da constitucionalidade [...] são processos objectivos, já que não visam ao julgamento de lides ou até mesmo de simples controvérsias (embora por vezes haja controvérsia sobre a questão; isso não é, porém, indispensável ou inevitável), mas sim de questões de constitucionalidade suscitadas em abstracto [...]. O processo constitucional exige, portanto, um corpo próprio de regras de processo [...]. Esta última condição requer do Tribunal Constitucional uma constante vigília, de modo a evitar tentativas de aplicação *contra naturam* das regras do processo civil a situações em que elas não podem ser aplicadas”.

Igualmente, o novo CPC disciplinou, no § 1º do art. 183, a necessidade de intimação pessoal da Fazenda Pública em todas as fases do processo.

Aplicam-se à Defensoria as prerrogativas da Fazenda Pública (arts. 185 a 187).

5 LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Outro aspecto inovador do novo CPC insere-se na temática da má-fé processual, com o recrudescimento das sanções imputáveis.

O ato atentatório à dignidade da justiça, previsto no CPC/1973 nos arts. 14 a 17 e 601, vem agora previsto no art. 77, I a VI, e a litigância de má-fé está prevista nos arts. 79 a 81.

Ambas as circunstâncias revelam modalidades de dolo processual (descumprimento de decisões judiciais, desatendimento de ordens, inovações no estado de fato ou direito litigioso, fraude etc). A multa sancionatória pode ser imposta dentro da variável de 10% a 20% do valor da causa.

Além disso, o juiz pode impor ao litigante que inovar ilegalmente o estado de fato de bem ou direito litigioso a proibição da parte de falar nos autos até o restabelecimento do *status quo ante* pagamento da multa¹³.

6 INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (ARTS. 133/137)

O novo CPC disciplinou o incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica nos arts. 133 a 137, admitindo a sua instauração no

13 NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY destacam a circunstância da necessidade de oportuna indenização, quando a inovação ilegal no bem ou direito litigioso provocarem a irreversibilidade do dano. Neste sentido: “Questão que talvez mereça mais atenção da doutrina e da jurisprudência, em momento posterior, será a irreversibilidade da inovação ilegal promovida pela parte: neste caso, além das sanções possíveis previstas neste artigo, pode também se fazer necessária a indenização da parte prejudicada pelo ato, pelas perdas e danos dele decorrentes” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 406).

processo de conhecimento, em fase de cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial.

A desconsideração da personalidade jurídica já está prevista no art. 50 do Código Civil (CC) de 2002 e é aplicada nos casos de abuso de personalidade, em que ocorre desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Nessa hipótese, o magistrado pode decidir que os efeitos de determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Com o novo CPC, a agressão do patrimônio do sócio da pessoa jurídica deverá se consumir no bojo do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que comporta contraditório, ampla defesa e instrução probatória, se necessária.

A grande importância desta alteração legislativa, que cria o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, é de “internalizar” o sócio na demanda da qual inicialmente não era parte, propiciando que se defenda, antes da decisão sobre a constrição de seus bens.

São legitimados passivos para a sua instauração a parte ou Ministério Público. Evidentemente, tal incidente não é necessário se houver pedido de desconsideração da personalidade na inicial, quando então o reu será citado para contestar o pedido.

Interessante notar que o novo CPC prevê a desconsideração da personalidade “inversa”, ou seja, a agressão dos bens da sociedade, quando há confusão patrimonial entre o patrimônio desta e o do **sócio** que o transfere para a sociedade. Significa dizer: a desconsideração inversa ocorre quando, em vez de responsabilizar o controlador por dívidas da sociedade, o juiz desconsidera a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigação do sócio¹⁴.

14 A desconsideração inversa da personalidade jurídica poderá ocorrer, por exemplo, quando o cônjuge ou companheiro empresário se valer de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, para subtrair do outro cônjuge direito oriundo da sociedade afetiva. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

O incidente previsto nos arts. 133 a 137 do novo CPC é resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento.

Os efeitos da decisão proferida no incidente de desconsideração da personalidade jurídica são os mesmos efeitos da fraude à execução (ineficácia da alienação ou oneração de bens).

Igualmente, a relevância do tratamento desse tema decorre das inúmeras previsões do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento pátrio (art. 50 do CC, art. 28 do CDC, art. 4º da Lei n. 9605/1998, art. 18 da Lei Antitruste, além da legislação trabalhista, tributária e previdenciária).

7 PROCESSO DE CONHECIMENTO

Como assinalado, a estrutura do texto normativo do CPC foi dividida em cinco livros, cabendo ao processo de conhecimento abarcar todo o segundo livro, entre os arts. 318 a 770.

Destaque-se, de início, que os procedimentos especiais foram englobados no livro Processo de Conhecimento, estando presentes na estrutura do novo CPC, todavia em número menor e não mais como livro autônomo.

Igualmente, desapareceu a distinção entre o procedimento sumário e o rito ordinário. A preocupação do legislador com a simplificação de ritos resultou não mais em dois, mas apenas um procedimento, denominado “comum”, à luz do que dispõe o art. 318 do novo CPC.

Destacaremos algumas inovações no processo de conhecimento que nos parecem as mais relevantes:

- A possibilidade de desmembramento do julgamento de mérito, propiciando o adiantamento da solução, por sentença, de uma parte

já vem aplicando esta tese. No caso analisado pela Terceira Turma (Resp 123916), o juiz de primeiro grau, na ação para dissolução de união estável, desconsiderou a personalidade jurídica da sociedade, para atingir o patrimônio do ente societário, em razão de confusão patrimonial da empresa e do sócio que está se separando da companheira. A desconsideração foi confirmada pelo TJRS e pelo STJ.

do pedido, de parte não contestada do pedido ou nas hipóteses em que a parte do pedido se revista dos requisitos do julgamento imediato da lide (art. 355), prosseguindo o processo em relação à outra parte, é uma inovação de destaque contida no art. 356. A tutela exauriente tratada neste dispositivo legal significa que o juiz poderá julgar o mérito de uma parte da pretensão e proceder à execução desta parcela, sob a forma de cumprimento de sentença, prosseguindo o processo em relação à outra parte da pretensão, sobre a qual o juiz não formou cognição plena. Esta fragmentação do julgamento de mérito propicia a ocorrência do fenômeno da coisa julgada formando-se progressivamente, ou seja, em relação às partes da pretensão que foram sentenciadas de forma fragmentada.

- A petição inicial prevê novo requisito, ou seja, dela deve constar se há opção pela conciliação ou mediação (art. 319, VII). Nesta circunstância, havendo pretensão à conciliação, a citação é conjunta com a intimação para comparecimento à audiência de conciliação (art. 334), devendo o Réu manifestar por petição a sua opção pela conciliação ou mediação (art. 334, § 5º). Somente não ocorrerá audiência se ambas as partes manifestarem desinteresse na conciliação ou se tratar de direito indisponível (art. 334, § 4º). Portanto, o início do prazo de contestação deverá ser contado a partir da data da audiência de conciliação (art. 335) e, se esta não ocorrer, da juntada dos autos do AR de citação ou outras formas do art. 231.

- Impugnação ao valor da causa, assistência gratuita e incompetência relativa serão feitas em preliminar na contestação (art. 293) e não mais em incidente. A alteração legislativa favorece a instrumentalidade e racionalização do processo, concentrando na peça de defesa toda a matéria de exceção, inclusive de índole formal e processual, como as exceções de incompetência relativa e valor da causa. O pedido de assistência judiciária gratuita reveste-se de natureza material, como direito ao acesso à justiça.

- No mesmo vetor da racionalização do processo, a reconvenção, entendida como a ação conexa (ou seja, ligada a ação principal pelo elo da mesma causa de pedir) que o réu promove em face do autor, será

elaborada em pedido contraposto, não necessitando mais que seja apresentada em petição autônoma (art. 343).

- Em matéria de instrução probatória a ata notarial foi incluída, expressamente, como meio prova (art. 384).

- Ação de dissolução parcial de sociedade encontra-se prevista nos procedimentos especiais (arts. 599 a 609). O Código de Processo Civil de 1973 não dispunha sobre o assunto, que pode ter por objeto a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; a apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; ou somente a resolução ou a apuração de haveres. A petição inicial será necessariamente instruída com o contrato social consolidado. A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado que não pode preencher o seu fim. As hipóteses dos incisos I, II e III do art. 599 do novo Código de Processo Civil são aquelas arroladas nos arts. 1.028 a 1.030 do Código Civil: sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso. O § 2º do art. 599 corresponde à alínea *b* do inciso II do art. 206 da Lei n. 6.404/1976. As sociedades abrangidas pelo art. 599 são as sociedades limitadas, simples, anônimas fechadas, em nome coletivo e em comandita simples.

- Fundamentação das decisões: há extensa regulamentação da motivação das decisões, inclusive no sentido de que o juiz deve enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de infirmar a conclusão do julgador (art. 489, § 1º, IV). Dita o novo CPC que se considera carente de motivação a decisão que simplesmente repete a lei, sem que indique, expressamente, os fatos (ou as razões de direito) que determinam a submissão à norma enunciada. Apesar da constitucionalização do dever de motivar (art. 93, IX, da CF), a inovação da norma processual contida no § 1º do art. 489 é digna de destaque para dar a correta dimensão da fundamentação adequada das decisões judiciais. Assim, o inciso I do mencionado § 1º do art. 489 diz que não se considera motivada a de-

cisão que simplesmente repetir a lei, ou seja, aquela decisão que não faz o cotejo analítico e o raciocínio de subsunção do fato à norma. Isto porque, por exemplo, a norma pode conter conceitos vagos ou indeterminados, os quais devem ser definidos e analiticamente expostos pelo magistrado, a fundamentar a sua opção decisória. O inciso III do § 1º do art. 489 é de extrema relevância para coibir as decisões “padrão”, comuns nas situações de admissibilidade recursal ou de concessão de efeitos antecipatórios.

• Coisa julgada: (arts. 502 a 508) uma das novidades do novo diploma é que decisões interlocutórias, como a tutela antecipada não controvertida pelo réu, tornam-se imutáveis e revestidas pela coisa julgada¹⁵. O novo CPC eliminou a declaratória incidental, mas abarcou a questão prejudicial dentro do instituto da coisa julgada, ampliando os limites objetivos da imutabilidade às questões prejudiciais (art. 503, § 1º). Esta ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, aliada à imposição de uma fundamentação exauriente da decisão, consiste em instrumento para empreender maior rigor às sentenças e decisões e maior celeridade apoiada em maior segurança.

8 AS DEMANDAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Um aspecto inovador do novo CPC foi a pacificação de um prazo geral para a Fazenda se manifestar nos processos judiciais, revogando o prazo em quádruplo para contestar. Portanto, a Fazenda gozará de prazo em dobro para contestar, recorrer e, em geral, se manifestar nos autos (art. 183).

Também a remessa necessária ou reexame necessário foram alterados, sendo dispensados em: (a) ações cujo valor da causa seja inferior a mil salários mínimos (para as demandas que envolvam a União, autarquias federais e fundações de direito público federais) e quinhentos salários mínimos (para as demandas que envolvam estados/municípios e respectivas autarquias e fundações públicas); (b) julgamento de recursos repetitivos.

¹⁵ Imutabilidade refere-se ao conteúdo da sentença, é um atributo que revestirá o conteúdo decisório da respectiva imutabilidade. Não é um efeito da sentença.

Igualmente, desapareceram os embargos à execução do art. 730 do CPC/1973, portanto não há mais necessidade de citar a Fazenda para a execução. O cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública será realizado mediante a intimação, na pessoa de seu procurador (carga, remessa ou meio eletrônico), para em 30 dias oferecer impugnação (arts. 534/535). Todavia, por dicção constitucional, em se tratando de execução para cumprimento de sentença que condena a obrigação de pagar quantia certa, o pagamento continua sendo pela via de precatório (art. 100 da CF c/c 535, I).

9 OS RECURSOS

Quanto aos recursos, o novo Código disciplinou as espécies recursais no art. 994. Os recursos, com exceção dos embargos de declaração, tiveram seus prazos de interposição unificados para 15 dias e a regra é o efeito devolutivo.

Verifica-se que os **embargos infringentes** foram extintos como espécie recursal, mas previstos como incidente e admitem sustentação oral, que poderá ser realizada na mesma sessão de julgamento em que se consumir o julgamento com divergência (art. 942).

Com relação ao **recurso de apelação** (arts. 1.009 a 1.014), as alterações substanciais residem no fato de que a admissibilidade será feita pelo tribunal, não obstante seja o recurso encaminhado inicialmente ao juiz *a quo*, que o encaminhará ao tribunal “independentemente de admissibilidade”.

O **agravo de instrumento** contém rol explícito de decisões agraváveis e não cabe contra todas as interlocutórias que vierem a ser proferidas. Portanto, não há previsão do cabimento do agravo na forma retida, cabendo agravo de instrumento apenas quando diante das hipóteses taxativamente previstas no art. 1016. Não se falará mais na “lesão grave e de difícil reparação” do art. 522 do CPC/1973, mas em decisões interlocutórias que versem sobre tutelas de urgência (antecipatória ou cautelar) ou da evidência.

Destaque-se que as questões que tiverem sido objeto de decisões interlocutórias proferidas antes das sentenças e não comportarem o agravo de instrumento não precluirão e poderão ser suscitadas em preliminar de apelação, ou nas contrarrazões, de acordo com o estabelecido no parágrafo único do art. 963 do novo CPC. Houve, na verdade, uma alteração no sistema de preclusão (art. 1016).

Quanto à instrução do agravo de instrumento, as peças obrigatórias estão descritas no art. 1017, a saber: petição inicial, contestação, petição que ensejou a decisão agravada, certidão de intimação ou outro documento que comprove a tempestividade, procurações dos advogados do agravante e agravado. A inovação é que se admite a emenda na hipótese de falta de peça obrigatória (o relator deverá aplicar o art. 932, parágrafo único c/c 1.017, § 4º) e, em se tratando de processo digital, dispensa-se a juntada dos documentos obrigatórios.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987), festejado como representante da tendência à uniformização da jurisprudência¹⁶, encontra como legitimados ao pedido de instauração do *incidente* o juiz ou relator, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública. Consiste em técnica processual adequada a processos repetidos, para as teses de mesma fundamentação jurídica, e visa a pacificação de um entendimento predominante, resultando no precedente a ser aplicado a referidos processos de base jurídica idêntica.

A competência para admitir, processar e julgar o incidente é do plenário do tribunal ou, onde houver, de seu órgão especial. Assim, uma

16 Merece destaque a colocação do ministro LUIZ FUX acerca do tema ainda durante a tramitação do anteprojeto do novo CPC: “O incidente criado pelo anteprojeto permite a seleção de causas piloto com base na experiência germânica do mercado de capitais (*musterverfahren*) as quais, uma vez julgadas servem como paradigma obrigatório para as inúmeras ações em curso na mesma base territorial da competência do tribunal local encarregado de admitir o incidente por provocação das partes, do juiz, do Ministério Público ou da Defensoria Pública” (*O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*, p. 23).

vez admitido, o presidente determinará a suspensão das ações pendentes em primeiro e segundo grau de jurisdição. Tal suspensão não impede a concessão de provimentos de urgência no juízo de origem.

Julgado o incidente em comento, a matéria jurídica firmada será aplicada em todas as demais ações, individuais ou coletivas, que versem sobre a mesma questão de direito e tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, e servirá como paradigma para processos futuros, reconhecendo-se, assim, o seu efeito prospectivo.

Todavia, para que a tese jurídica seja aplicada em todos os processos que tramitam em território nacional e que versem idêntica questão de direito, é necessário que o STJ ou o STF aprecie a matéria ventilada, em sede de recurso especial ou extraordinário.

10 CONCLUSÃO

Os itens destacados neste artigo resultam da opinião da autora como os mais representativos da reforma processual.

Certo é que o novo ordenamento buscou a racionalização do diploma, com a diminuição de fases processuais e a maior celeridade da prestação jurisdicional.

Todavia, as reformas processuais legislativas não podem se descolar da busca pela melhoria do sistema judiciário, sob a ótica da realidade da instituição, buscando alternativas eficientes para o sistema processual e a obtenção de melhores resultados na atuação judicial.

A expressão política pública é usada para designar, por vezes, o cumprimento de atos administrativos plenamente vinculados ou, então, para se restringir aos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, política pública deve ser entendida como as ações estatais voltadas a tornar concreta a atuação dos conteúdos normativos constitucionais que expressam as decisões políticas, não sendo exclusiva de um poder ou outro.

No caso, o Poder Judiciário, como próprio do Estado de Direito, exerce o monopólio da função jurisdicional, recebendo a demanda social pela solução de conflitos.

Assim, além das mudanças legislativas do novo CPC, o Poder Judiciário deve continuar a participar ativamente da promoção do acesso à ordem jurídica, fixando metas e planos que alcancem o melhor funcionamento do serviço jurisdicional.

Por tais razões concluo que a eficiência judicial necessita buscar modelos concretos de gestão da estrutura judiciária para alargar a costumeira análise da efetividade processual não apenas associada a mudanças de ordem normativa.

REFERÊNCIAS

CANAS, Vitalino. *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e legalidade pelo Tribunal Constitucional* – natureza e princípios estruturantes. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro*: direito em expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MITTIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E NA RECLAMAÇÃO: INTERPRETANDO UM SILÊNCIO E UM EXAGERO VERBORRÁGICO DO NOVO CPC

Fredie Didier Jr.
Leonardo Carneiro da Cunha

1 Panorama sobre a intervenção do Ministério Público no processo civil após o CPC/2015. 2 Intervenção do Ministério Público na reclamação. 3 Intervenção do Ministério Público no incidente de assunção de competência.

1 PANORAMA SOBRE A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL APÓS O CPC/2015

Uma das principais razões para a criação do novo Código de Processo Civil foi a necessidade de adequar a legislação processual à Constituição Federal de 1988.

Esse ajuste constitucional era necessário em diversos pontos. Um deles, pouco resenhado nos textos sobre o novo Código, diz respeito aos casos em que é obrigatória a intimação do Ministério Público para atuar como fiscal da ordem jurídica. O perfil constitucional do Ministério Público, reconstruído em 1988, impunha a revisão de sua participação no processo civil – como, aliás, já se defendia doutrinariamente há muitos anos¹.

1 Toda essa discussão doutrinária resultou na Recomendação n. 16/2010, do Conselho Nacional do Ministério Público, que consolida a opinião em torno do tema. O art. 732 do CPC/1973, referido no texto da recomendação, corresponde aos arts. 528 e ss., CPC/2015. Eis o texto da Recomendação: “RECOMENDAÇÃO n° 16, de 28 de abril de 2010. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil.

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício das atribuições conferidas pelo artigo 130-A, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, e pelo artigo 31, inciso VIII, do seu Regimento Interno; CONSIDERANDO a decisão unânime do Colegiado proferida na Sessão do dia 28 de abril de 2010 no procedimento nº 0.00.000.000935/2007-71; CONSIDERANDO a necessidade de racionalizar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis; CONSIDERANDO a necessidade e, como decorrência, a imperiosidade de (re)orientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República (artigos 127 e 129), que nitidamente priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente; CONSIDERANDO a justa expectativa da sociedade de uma eficiente, espontânea e integral defesa dos mesmos interesses, notadamente os relacionados com a hipossuficiência, a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a infância e juventude, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os consumidores e o meio ambiente; CONSIDERANDO a iterativa jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive sumuladas, em especial dos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça; CONSIDERANDO a exclusividade do Ministério Público na identificação do interesse que justifique a intervenção da Instituição na causa; CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLVE, respeitada a independência funcional dos membros da Instituição, expedir a seguinte RECOMENDAÇÃO, sem caráter vinculativo: Art. 1º. Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro do Ministério Público, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos. Art. 2º. Em se tratando de recurso interposto pelas partes nas situações em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória, resguarda-se ao agente ministerial de primeiro grau a manifestação sobre a admissibilidade recursal. Parágrafo único. Será imperativa, contudo, a manifestação do membro do Ministério Público a respeito de preliminares ao julgamento pela superior instância eventualmente suscitadas nas razões ou contrarrazões de recurso, bem assim acerca de questões novas porventura ali deduzidas. Art. 3º. É desnecessária a atuação de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, propostas ou não por membro da Instituição, podendo oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão com atuação em segundo grau. (Alterado pela Recomendação nº 19, de 18 de maio de 2011). Art. 4º. O membro do Ministério Público pode ingressar em qualquer causa na qual reconheça motivo para sua intervenção. Art. 5º. Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes

demandas e hipóteses: I - Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária; II - Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento *in articulo mortis* – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil; III – Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz; IV – Ação declaratória de união estável, onde não houver cumulação de ações que envolva interesse de menor ou incapaz; V – Ação ordinária de partilha de bens; VI – Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes; VII – Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos; VIII – Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes; IX – Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes; X – Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho; XI – Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001; XII – Requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido; XIII – Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista; XIV – Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial; XV – Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa; XVI – Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93); XVII – Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes; XVIII – Ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada; XIX – Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção; XX – Em ação civil pública proposta por membro do Ministério Público, podendo, se for o caso, oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão com atuação no segundo grau; (Alterado pela Recomendação nº 19, de 18 de maio de 2011); XXI – Assistência à rescisão de contrato de trabalho; (Revogado pela Recomendação nº 22, de 17 de setembro de 2013); XXII – Intervenção em mandado de segurança. Art. 6º. Recomenda-se, ainda, que as unidades do Ministério Público, respeitada a autonomia, disciplinem a matéria da intervenção cível, também por ato interno, preservada a independência funcional dos membros da Instituição, sem caráter normativo ou

O CPC/2015 fez uma claríssima opção pela equalização constitucional da intervenção do Ministério Público no processo civil, racionalizando-a. Há um conjunto de regras nesse sentido; todas podem ser reconduzidas a uma mesma norma superior: a participação do Ministério Público no processo civil, como fiscal da ordem jurídica, somente se justifica nos casos em que há interesse público, social ou individual indisponível em discussão (art. 127 da CF/1988).

O novo sistema é bem coerente. A coerência entre duas normas revela-se, também, quando ambas podem ser justificadas com base em um mesmo princípio ou em um mesmo conjunto de princípios que estejam hierarquicamente em nível superior. Ou seja: é preciso que essas duas normas “façam sentido”, “em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns”². Define-se a coerência, aqui, como uma relação de justificação (de argumentação) entre duas normas³.

Vejamos alguns exemplos:

a) Não se impõe mais a intervenção do Ministério Público em ações de estado, tal como fazia o CPC/1973 (art. 82, II). Em ações de

vinculativo, nos termos acima referidos. Art. 7º. Recomenda-se que as unidades do Ministério Público, no âmbito de sua autonomia, priorizem o planejamento das questões institucionais, destacando as que, realmente, tenham repercussão social, devendo, para alcançar a efetividade de suas ações, redefinir as atribuições através de ato administrativo, ouvidos os Órgãos Competentes, e, também, que repensem as funções exercidas pelos membros da Instituição, permitindo, com isto, que estes, eventualmente, deixem de atuar em procedimentos sem relevância social, para, em razão da qualificação que possuem, direcionar, na plenitude de suas atribuições, a sua atuação na defesa dos interesses da sociedade.”

2 MACCORMICK, *Retórica e o estado de direito*, p. 252. Nesse sentido, MICHELON, “Princípios e coerência na argumentação jurídica”, p. 267; ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 136; MITIDIERO, *Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação*, da jurisprudência ao precedente, p. 86.

3 MICHELON, “Princípios e coerência na argumentação jurídica”, p. 267.

família, a intervenção do Ministério Público apenas se impõe se houver interesse de incapaz (art. 698, CPC).

b) Esclarece-se que a participação da Fazenda Pública em juízo não torna, por isso, imperiosa a intimação do Ministério Público para atuar como fiscal da ordem jurídica (art. 178, parágrafo único, CPC).

c) Na ação rescisória, a intimação obrigatória do Ministério Público apenas se justifica se a causa subsumir-se a uma das hipóteses gerais de intervenção (art. 967, parágrafo único, CPC). Ao tempo do CPC/1973, prevalecia o entendimento de que a intervenção ministerial era obrigatória **em qualquer ação rescisória**, a despeito do silêncio normativo⁴.

d) No conflito de competência, a intimação obrigatória do Ministério Público também se justifica apenas se a causa subsumir-se a uma das hipóteses gerais de intervenção (art. 951, parágrafo único, CPC). No CPC/1973, havia dispositivo que expressamente impunha a participação do Ministério Público em **todos** os conflitos de competência (art. 116, parágrafo único, CPC/1973).

e) Discussão antiga também foi resolvida pelo CPC/2015: a intervenção do Ministério Público em jurisdição voluntária. A redação do art. 1.105 do CPC/1973 levava ao entendimento de que a sua participação era obrigatória em **qualquer** procedimento de jurisdição voluntária. Havia quem pensasse de outra maneira: a intimação do Ministério Público era indispensável apenas nos casos de jurisdição voluntária que se encaixassem em uma das hipóteses gerais do art. 82 do CPC/1973. O problema agora foi resolvido expressamente nesse último sentido (art. 721, CPC).

Mas o CPC/2015 trouxe, ainda, **novas hipóteses de intimação obrigatória do Ministério Público**, afinal o ajuste constitucional não se

4 MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 199-200; MACHADO, *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, p. 373-374; DIDIER JUNIOR; CUNHA, *Curso de direito processual civil*, v. 3, p. 429. Em sentido diverso, com entendimento agora encampado pelo CPC/2015, ZENKNER, *Ministério Público e efetividade no processo civil*.

restringe a eliminar hipóteses desnecessárias de intervenção, mas, também, acrescenta casos em que a intervenção se impõe.

a) Inclui-se a hipótese de intervenção obrigatória do Ministério Público nos casos de conflito coletivo sobre propriedade urbana (art. 178, III, CPC). No CPC/1973, a intervenção era obrigatória apenas nos conflitos coletivos sobre propriedade **rural**. A inclusão é bem-vinda não apenas porque não há razão para distinguir o conflito coletivo de propriedade pela localização do bem, mas, sobretudo, pelo recrudescimento dos conflitos coletivos urbanos no País – os casos “Pinheirinho”, em São Paulo, e “Cais Estelita”, em Recife, são notórios e emblemáticos.

b) Criou-se o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 e ss., CPC), que serve, a um só tempo, como técnica de gestão e julgamento de casos repetitivos e como procedimento de formação concentrada de precedentes obrigatórios. A participação do Ministério Público nesse incidente é **corretamente** obrigatória (art. 982, III, CPC): de um lado, amplia-se a cognição, qualificando o debate para a formação do precedente; de outro, garante a fiscalização na criação de uma norma jurídica de origem jurisdicional, que será de observância obrigatória pelo próprio tribunal e por todos os juízes a ele vinculados.

Convém destacar que, em qualquer caso de intervenção obrigatória do Ministério Público, é suficiente sua intimação, não sendo necessária sua manifestação. Com efeito, o STF, ao julgar a ADIn 1.936-0, reafirmou seu entendimento segundo o qual a falta de manifestação do Ministério Público, nos casos em que deve intervir, não acarreta a nulidade do processo, desde que tenha havido sua regular intimação. De acordo com o STF, para se atender à exigência normativa de sua intervenção, basta a intimação do Ministério Público, sendo prescindível seu pronunciamento expresso.

O panorama do novo perfil da intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro permite que se chegue a uma conclusão:

para manter a coerência do sistema, é preciso interpretar dispositivos que imponham a participação do Ministério Público nesse mesmo sentido e, ainda, se for o caso, preencher eventuais lacunas legislativas.

Essa conclusão é o ponto de partida para a solução de dois problemas que o novo CPC trouxe: a) é obrigatória a intimação do Ministério Público em qualquer reclamação, como dá a entender o art. 991, CPC? b) é obrigatória a intimação do Ministério Público no incidente de assunção de competência, tendo em vista o silêncio do CPC no particular?

Para cada pergunta, um item a seguir.

2 INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA RECLAMAÇÃO

O procedimento da reclamação constitucional está integralmente regulado no CPC; essa é, inclusive, uma das novidades. Até então, a reclamação estava regulada na Lei n. 8.038/1990, arts. 13-18. Esses artigos foram revogados (art. 1.072, IV, CPC/2015) e todo o regramento foi incorporado ao texto do CPC (arts. 988 a 993).

O CPC manteve, sem maiores alterações, o procedimento da reclamação, tal como previsto na Lei n. 8.038/1990. Esse procedimento foi claramente inspirado no procedimento do mandado de segurança: exigência de prova pré-constituída, possibilidade de tutela provisória, informações da autoridade coatora e intervenção do Ministério Público.

No que diz respeito à intervenção do Ministério Público, a mera repetição do enunciado do art. 16 da Lei n. 8.038/1990 no art. 991 do CPC/2015 foi irrefletida e não está em consonância com o padrão encampado pelo Código, tal como visto no item anterior.

Não há razão para o Ministério Público intervir em **qualquer** reclamação, assim como não há razão para intervir em qualquer **ação rescisória, conflito de competência ou procedimento de jurisdição voluntária**.

O art. 991 do CPC deve ser interpretado em **harmonia** com o sistema do Código: caso a reclamação se subsuma a uma das hipóteses

gerais de intervenção previstas no art. 178, a intervenção ministerial impõe-se; apenas nesses casos. Se a reclamação não se subsume, o Ministério Público não será intimado a intervir.

O dispositivo, lido isoladamente, é um fóssil legislativo. A interpretação literal do art. 991 retira-o do **contexto** do novo sistema processual civil e ecoa uma norma jurídica construída em outro tempo. É preciso atribuir-lhe um sentido coerente com a nova ordem processual e em conformidade com o perfil constitucional do Ministério Público.

A circunstância de a reclamação poder ser utilizada para garantir a autoridade de precedente obrigatório não transforma o seu objeto litigioso em um caso de interesse público, social ou individual indisponível. Precedente obrigatório é norma jurídica; reclamação para garantir a sua autoridade é ação para fazer valer uma determinada norma jurídica. Mas, rigorosamente, esse é o objeto de **qualquer ação**: concretizar o Direito. Se o Ministério Público fosse obrigado a intervir na reclamação, em razão desse fundamento, seria obrigado a intervir em qualquer ação, com muito mais razão se a ação tivesse por objetivo efetivar norma constitucional ou legal.

A reclamação constitui, nesse sentido, um meio de controle da **aplicação** do precedente. A intervenção do Ministério Público é obrigatória na **formação** do precedente. É muito importante fazer essa distinção. A dogmática dos precedentes exige que se os analise sob duas perspectivas: na sua **formação** e na sua **aplicação**. Para formar um precedente, é imperiosa a amplitude do debate, fazendo com que se imponha a intervenção do Ministério Público. A construção da norma exige amplitude de debate e de participação de todos os agentes públicos envolvidos, aí incluído o Ministério Público. A aplicação do precedente, por sua vez, equivale à aplicação de uma norma, não atraindo a exigência de intervenção obrigatória do Ministério Público.

3 INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

De acordo com o art. 927, III, CPC, os juízes e tribunais deverão observar “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Nesses casos, há previsão de incidente processual para elaboração do precedente obrigatório (arts. 489, § 1º; 984, § 2º; e 1.038, § 3º, CPC), com natureza de processo objetivo. **É uma espécie de formação concentrada de precedentes obrigatórios** – precedentes também podem formar-se **difusamente**, é claro.

Esses procedimentos formam um **microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios**, cujas regras se complementam reciprocamente⁵.

Esse microsistema estrutura-se a partir de uma técnica-eixo: a construção do precedente deve pautar-se na ampliação do debate e motivação qualificada.

O incremento da participação – e, por isso, do contraditório – dá-se a partir de diversas técnicas-satélites: seleção de causas representativas que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (art. 1.036, § 6º); intervenção do *amicus curiae* (arts. 983 e 1.038, I); realização de audiências públicas (arts. 983, § 1º, e 1.038, II); qualificação da publicidade do processo (art. 979, §§). Todos os argumentos contrários e favoráveis à tese discutida devem ser enfrentados e listados na decisão (arts. 984, § 2º, e 1.038, § 3º)⁶.

5 DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 466.

6 O art. 896-B, CLT, incorporou ao recurso de revista do processo do trabalho o regramento do incidente de julgamento de recursos especiais extraordinários e especiais repetitivos, instituindo também, nesse mesmo dispositivo, normas próprias. A decisão daí decorrente também deve ser considerada precedente obrigatório no

A outra técnica-satélite para qualificar o debate na formação do precedente é a intervenção obrigatória do Ministério Público (arts. 976, § 2º, e 1.038, III).

Sucedem que, embora o incidente de assunção de competência também seja um procedimento de formação concentrada de precedente obrigatório, o legislador silenciou sobre a necessidade de participação do Ministério Público.

Esse silêncio deve ser suprido por uma interpretação **microssistemática**: a participação do Ministério Público é obrigatória no incidente de assunção de competência, pois essa é a (correta) opção do microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios brasileiro.

O Ministério Público tradicionalmente é o terceiro **ouvido**, obrigatoriamente, quando se pretende ampliar e qualificar a discussão. A função de **fiscal da ordem jurídica** é, basicamente, para isso. Não faria sentido excluir essa participação no incidente de assunção de competência, quando ela é exigida em outros procedimentos aptos à produção de precedentes igualmente obrigatórios.

Além disso, no incidente de assunção de competência, há, sempre, como pressuposto, a discussão de relevante questão de direito, **com**

âmbito da Justiça do Trabalho, tendo em vista que todas essas regras inseridas na CLT por força da Lei n. 13.015, de 2014, compõem um microsistema de julgamento de casos repetitivos (cf. Enunciado n. 346 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, compõe o microsistema de solução de casos repetitivos”). Embora a remissão seja ao CPC/1973, deve ser considerada como referente aos dispositivos correspondentes no CPC/2015: “Art. 896-B. Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.” Inclusive, no § 8º desse dispositivo também se assegura o contraditório no incidente, nos seguintes termos: “§ 8º O relator poderá admitir manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples, na forma da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”. Note que a lei trabalhista fala em **assistente simples**, e não em *amicus curiae*.

grande repercussão social (art. 947, *caput*, CPC). A existência de interesse social é causa de intervenção do Ministério Público (art. 178, I, CPC). Ou seja: é ínsita ao incidente de assunção de competência a relevância social que justifica a participação obrigatória do Ministério Público.

Por uma ou por outra razão, é obrigatória a intimação do Ministério Público no incidente de assunção de competência. É preciso suprir essa lacuna legislativa.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2014.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo (trad.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MICHELON, Claudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação – racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 12. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade no processo civil*. São Paulo: RT, 2006.

BREVES REFLEXÕES SOBRE O POTENCIAL DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA APRIMORAR A TUTELA PROCESSUAL COLETIVA¹

Geisa de Assis Rodrigues

1 Considerações iniciais. 2 Subsistência do microsistema de processo civil coletivo ante o novo CPC. 3 Normas do Código de 2015 que podem ter impacto positivo no microsistema de processo coletivo. 4 Considerações finais.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De há muito não se espera que um novo Código discipline integralmente as relações de uma determinada seara jurídica. Características como a *allcomprehensiveness* de BENTHAM² e a racionalidade ilustrada dos franceses, tão bem retratada no Discurso Preliminar do Código Civil francês de PORTALIS³, não mais são atribuídas aos códigos contemporâneos. A codificação atual é uma sistematização de parte das normas jurídicas com a previsão de princípios, normas gerais e específicas para um dado setor. Embora não seja hierarquicamente superior às demais leis, tem um alcance mais amplo em virtude da dimensão de seu objeto, da enunciação de valores que dão consistência às normas codificadas, pretendendo assim gerar maior durabilidade de sua vigência. Mas o faz de maneira muito mais tímida e pragmática do que no início da codifi-

1 Este breve artigo representa o desenvolvimento de ideias que foram apresentadas no Seminário **O novo Código de Processo Civil em face do direito processual ambiental**, promovido pela Comissão de Meio Ambiente da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, em São Paulo, no dia 16 de junho de 2015.

2 BENTHAM, *Works of Jeremy Bentham*.

3 PORTALIS, *Discurso preliminar al código civil francês*.

cação nos países de família romano-germânica. Fala-se, até mesmo, em uma crise da codificação

[...] que se manifesta, entre outros processos, pelo da descodificação (N. Irti), o que quer dizer uma eliminação progressiva do campo de aplicação dos códigos, de certas matérias, e a regulação destas por meio de dispositivos especiais, às vezes de caráter singular e exorbitante⁴.

Além disso, temos desde o fim do século XX uma relevância cada vez maior da Constituição, que, embora para alguns seja uma espécie de código político⁵, tem supremacia normativa e maior plasticidade. A bela frase do professor Paulo Bonavides “ontem os códigos, hoje a Constituição”⁶ exprime como a Constituição passou a ser central no ordenamento jurídico, desbancando os códigos que tratavam exclusivamente das relações privadas. Aliás, um dos objetivos da comissão de juristas do Senado que elaborou o projeto inicial do Código de Processo Civil foi “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”.

Qualquer mudança nos gera uma certa angústia. Mesmo os câmbios desejados nos tornam ansiosos, pois o novo é desconhecido e arriscado; o perigo só foi plenamente ultrapassado no passado⁷. Mudanças

4 SÓJKA-ZIELIŃSKA, “Verbete Codificação”, p. 101.

5 “No campo do direito público foi realizada uma espécie de codificação das leis fundamentais do Estado, bem como dos direitos políticos dos cidadãos, pela via da ‘constitucionalização’ (G. SOLARI, G. TARELLO). Segundo certos autores, a codificação e constituição modernas teriam emanado das mesmas fontes histórico-ideológicas e, primitivamente, só se diferenciariam pelas esferas que elas procuravam regular.” (“Verbete Codificação”, p. 101).

6 Esta frase, que já é clássica, foi pronunciada pelo professor Paulo Bonavides ao receber a medalha Teixeira de Freitas no Instituto dos Advogados Brasileiros em 1998, conforme anotado por JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO (*Constituição e crise política*, p. 127).

7 Interessante artigo da antropóloga americana sobre como encaramos os riscos e as mudanças (DOUGLAS, *Risk and blame – essays on cultural theory*).

ças externas nos impactam de modo a que tenhamos que também nos reinventar. Isso tudo é muito trabalhoso e “arriscoso” como diria Diadorim, famoso personagem de Guimarães Rosa. No campo do Direito não é diferente. Uma enorme massa de intérpretes e operadores terão que se assenhorear das novas normas e encontrar uma nova harmonia para apresentar seus raciocínios jurídicos.

Por isso, o início da vigência de uma normatividade não é fácil. Há uma natural resistência que vai desde questionamentos sobre a necessidade do novo Código e sobre a qualidade de suas soluções normativas até debates acerca das implicações de suas proposições. Nem o que seja literal estará a salvo desse nascimento turbulento.

Na verdade, a norma não gera a mudança pelo seu mero advento. É necessária a coexistência de uma mudança cultural, uma alteração das mentes, as quais darão os contornos da nova legislação, ou seja, os doutrinadores e os magistrados têm um papel de destaque na definição do verdadeiro alcance de qualquer alteração legislativa.

Dentro de um Estado Democrático de Direito, temos que respeitar as mudanças legislativas compatíveis com a Constituição. O novo Código pode não ser o que gostaríamos, mas, inegavelmente, foi fruto de um processo legislativo democrático e está, em regra, compatível com os mais altos valores albergados na Constituição. Como intérpretes e aplicadores do Direito, temos que aproveitar esse momento para pavimentar o caminho do novo Código em direção à ampliação do acesso à justiça. Críticas e eventuais propostas de mudanças fazem parte do jogo e serão importantes para essa empreitada, mas posturas niilistas só dificultam o diálogo e o aprimoramento das instituições.

Partindo dessas premissas, apresentaremos nossas reflexões iniciais sobre o potencial do novel Código para aprimorar o microsistema de processo civil coletivo. Para tanto, vamos, mais uma vez, reiterar a existência desse microsistema e suas características principais, apresentando o acervo dos problemas mais relevantes já diagnosticados dessa

modalidade processual. Em seguida, destacaremos alguns aspectos que podem ensejar benefícios para o processo coletivo dentro da nova sistemática normativa, com especial ênfase nos seguintes temas: a) a conciliação nas ações coletivas; b) a instrução nas ações coletivas; e c) a execução do termo de ajustamento de conduta.

Convidamos o leitor a compartilhar de nossas reflexões com espírito crítico, pois somente assim poderemos criar um diálogo a partir dessa fala inicial.

2 SUBSISTÊNCIA DO MICROSSISTEMA DE PROCESSO CIVIL COLETIVO ANTE O NOVO CPC

A noção de sistema em Direito é bastante equívoca, podendo ter conteúdo diverso se for examinada sob o prisma essencialmente jurídico ou de sociologia do Direito⁸. Para o que nos interessa neste momento, podemos adotar as seguintes definições de sistema jurídico: “conjunto das normas jurídicas válidas para um certo território ou um certo grupo de pessoas, e que não obtém sua validade de nenhuma norma jurídica externa a ele”⁹, também podendo significar “qualquer grupo de normas jurídicas válidas em um mesmo dado momento e que formem um subconjunto de um sistema jurídico”¹⁰.

Podemos, assim, afirmar que o sistema jurídico brasileiro conta com o microssistema processual civil, que reúne as normas válidas em um dado momento e que tem como objeto a definição da forma de composição dos conflitos de natureza cível pelo Estado-Juiz e pelas partes envolvidas nos litígios. É um microssistema, pois tem suas próprias re-

8 Para uma rápida resenha sobre a questão, vide os verbetes “Sistema jurídico” e “Sistema em sociologia do Direito” do *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*.

9 SÓJKA-ZIELIŃSKA, Verbetes “Sistema Jurídico, acepção 1”, p. 729.

10 SÓJKA-ZIELIŃSKA, Verbetes “Sistema Jurídico, acepção 2”, p. 729.

gras, categorias e princípios, mas também está jungido aos princípios e às normas do sistema geral.

Um sistema jurídico, quando dividido a partir da especialização das normas, pode ser integrado por vários microssistemas. Assim, quando comparado ao sistema jurídico nacional, o sistema jurídico processual pode ser considerado como um microssistema. Também esse microssistema, se considerado como um sistema principal, poderá ser dividido em microssistemas. O microssistema de processo civil coletivo tem como objeto as normas que definem a forma de composição dos conflitos coletivos de natureza cível pelo Estado-Juiz e pelas partes envolvidas neste tipo de litígio, e obviamente naquilo que não seja singular está amplamente integrado ao sistema processual.

Qual a razão justificadora dessa divisão em sistemas e microssistemas? O que teria motivado autores tão díspares como KELSEN¹¹ e LUHMANN¹² a se dedicarem à defesa da aplicação do conceito de sistema ao Direito?

Como é cediço, o Direito é uma ciência humana aplicada que integra a cultura de uma sociedade. Por ser um bem cultural, o direito não existe de forma objetiva como os bens da Natureza. O Direito é resultado de uma série de convenções firmadas pelos diversos atores sociais em um espaço territorial para reger e possibilitar a sua convivência e é sempre construído a partir de determinados valores matrizes. A organização do fenômeno normativo em sistema permite seu melhor conhecimento, a determinação de sua identidade, de seus princípios basilares e de seu funcionamento. A cognição sistemática nos permite sonhar com a captura da lógica da ordem jurídica e alimentar a quimera da possibilidade de favorecer o seu aprimoramento. Obviamente, como tudo que é humano, esse esforço sistêmico nunca é perfeito e está sempre em cons-

11 Para uma maior compreensão da ideia de sistema em KELSEN, vide *Teoria geral do direito e do Estado*.

12 LUHMANN, *Introdução à teoria dos sistemas*.

trução, mas pode apresentar resultados bastante significativos, especialmente se comparados com a alternativa caótica da completa aleatoriedade. Por isso, tantos e por tanto tempo vêm se dedicando ao estudo dos sistemas jurídicos.

A doutrina é assente em reconhecer a existência de um microsistema processual coletivo¹³ integrado especialmente pela Lei n. 4.717, de 1965 (ação popular); Lei n. 7.347, de 1985 (Lei da Ação Civil Pública); pelos princípios e regras processuais da Constituição Federal de 1988; pela Lei n. 7.853, de 1989 (tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos das pessoas com deficiência); Lei n. 7.913, de 1989 (ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários); pela parte processual da Lei n. 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); parte processual da Lei n. 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor); parte processual da Lei n. 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa); parte processual da Lei n. 10.741, de 2003 (Estatuto do Idoso); e parte da Lei n. 12.016, de 2009, que disciplina o mandado de segurança coletivo.

Esse microsistema foi concebido para disciplinar a composição de conflitos envolvendo direitos transindividuais. Como o processo, seja individual ou coletivo, é instrumento para a efetivação dos direitos, nada mais natural que as singularidades de um conjunto de direitos ensejem a necessidade de um processo específico.

O processo civil tradicional admitia a ideia da coletividade ao prever a aplicação do conceito de interesse público. É bem nebulosa a definição de interesse público, por ser um conceito com função mais prescritiva do que descritiva¹⁴, incidindo quase sempre a partir de um con-

13 Nesse sentido, NELSON NERY JÚNIOR & ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, ANTÔNIO GIDI, KAZUO WATANABE, ELTON VENTURI, HUGO NIGRO MAZZILLI e tantos outros.

14 Cf. FERRAZ JÚNIOR, “Interesse público”, p. 20.

texto relacional com uma hipótese fática qualquer, v.g., se há interesse público em promover determinada desapropriação, se há interesse público na intervenção do Ministério Público em uma causa específica, se há interesse público em rescindir o contrato administrativo, e assim por diante¹⁵. Muito embora o interesse público tenha repercussão transindividual, é o Estado o ator privilegiado de sua concreção e definição. Também a conflituosidade na sua configuração seria mínima, porque se parte do pressuposto de que as forças sociais e políticas dominantes definem a sua substância por meio do sistema legislativo.

Como já tivemos a oportunidade de nos pronunciar¹⁶, o direito transindividual apresenta uma realidade totalmente diversa. Em relação ao direito individual, objeto principal do processo tradicional, este se distingue principalmente devido à sua ampla repercussão subjetiva. Por sua vez, se diferencia do interesse público pelos seguintes aspectos: a) pela sua própria natureza de direito; b) por sua incidência diversa no seio da sociedade, ora mais atomizada, como no caso dos direitos difusos, ora mais limitada, na hipótese dos direitos coletivos e individuais homogêneos; c) e pela maior conflituosidade que sua tutela enseja. É o gênero que engloba três espécies, a saber: os direitos difusos, os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos.

Os direitos difusos, segundo o Código de Defesa do Consumidor, são os “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. São características do direito difuso¹⁷: a) a indeterminação de seus titulares; b) a ausência

15 Um interessante artigo sobre os significados de interesse público: PIZZORUSSO, “Interessi pubblico e interessi pubblici”, p. 57-87.

16 RODRIGUES, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*.

17 Para ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, os direitos difusos se caracterizam por: “a) transindividualidade real (= essencial ou substancial) máxima, isto é, a pluralidade de sujeitos-titulares chega ao ponto de confundir-se com a comunidade, e b) a indeterminação de seus sujeitos; na perspectiva da objetividade (= objeto tutelado), c)

de vínculo jurídico que ligue os detentores do direito; c) a sua indivisibilidade objetiva, pois não se pode separar parcelas do interesse difuso; d) a sua indisponibilidade, corolário lógico da indeterminação subjetiva e da sua natureza indivisível; e) a sua natureza extrapatrimonial¹⁸, uma vez que os direitos difusos não podem ser expressos em medida monetária, o que origina, quando impossível a restituição ao estado anterior,

a indivisibilidade ampla (= comunhão ou fruição indivisível) e d) a indisponibilidade, no campo relacional jurídico, e) o vínculo abstrato e remoto a unir os sujeitos no âmbito político, f) relevância da unanimidade social, g) organização desnecessária, impossível, impraticável ou difícil”. Mancuso adota o seguinte conceito de interesse difuso: “são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade como um todo (v.g. o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g. os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna, e por sua tendência à transação ou mutação no tempo e no espaço”. (“A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”, p. 92 e 125).

- 18 O fato de esses direitos não terem conteúdo patrimonial denota a tendência da repersonalização do Direito Civil, que, segundo ORLANDO DE CARVALHO, é a acentuação da raiz antropocêntrica, de sua ligação visceral com a pessoa e seus direitos (*A teoria geral da relação jurídica*, p. 90-92). Especificamente quanto ao caráter não patrimonial desses direitos, temos o conteúdo dos direitos difusos: “I- o direito à vida no seu aspecto qualitativo ou, sinteticamente, de um direito à qualidade de vida, expresso no sacrifício de vantagens econômicas imediatistas em nome da preservação de determinados valores, tais como o ambiente natural, espaços culturais (históricos, estéticos, etc.), disponíveis para essa e futuras gerações; II- o direito à integração social mediante o devido reconhecimento jurídico e político, referindo-se a titularidade a grupos de indivíduos dispersos ou organizados, unidos por alguma circunstância fática ou por afinidades étnicas, sociais, de gênero ou origem, entre outras, que reivindicam tratamento digno por parte da lei, ainda que isto signifique a afirmação de uma identidade especial, não assimilável ao valor da igualdade universal. Esse fator distintivo (v.g. racial), que une o grupo ou minoria, determina uma situação de desvantagem que exclui seus membros do reconhecimento e tratamento específico, concretamente oponíveis à vontade da maioria”. (LEAL, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, p. 104-105).

a sua ressarcibilidade indireta¹⁹; f) a “conflittualità massima” que sua tutela pode representar, ou seja, os direitos difusos concorrem com outros direitos difusos, e a prevalência de um deles, ou quando possível a composição entre eles mesmos, ocorre pela ponderação de bens no caso concreto. De qualquer sorte, vale registrar a importante advertência de PAULO DE BESSA ANTUNES, no sentido de que só ocorre essa conflituosidade entre direitos difusos quando os direitos em questão sejam favoráveis ao interesse social²⁰.

Os direitos coletivos, de outro lado, são definidos pelo Código do Consumidor como os “de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. São seguintes as características do direito coletivo²¹: a) pertence a um número determinável de pessoas integrantes do

19 O valor obtido no ressarcimento do dano é destinado ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/1985, regulamentado pela Lei n. 9.008/1995. Existe também o Fundo Nacional do Meio Ambiente, instituído pela Lei n. 7.797, de 10 de julho de 1989, regulamentada pelo Decreto n. 98.161, de 21 de setembro de 1989, e pelo Decreto n. 99.249, de 11 de maio de 1990. Para uma análise sobre o sistema de reparação por fundos, vide ANTUNES, *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*.

20 *Ação civil pública, meio ambiente e terras indígenas*, p. 8-9. “Existe uma certa tendência doutrinária em considerar que o simples choque de interesses entre grupos sociais que formulam reivindicações conflitantes entre si é suficiente para configurar um choque de interesses difusos. Não é assim, o interesse corporativo das madeiras em ampliar a base física de sua área de atuação não pode ser classificado como um interesse difuso. O objetivo que deve guiar o intérprete é o de compatibilizar a reivindicação eventualmente formulada por um grupo com um interesse geral da sociedade”.

21 BENJAMIN (“A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico...”, p. 96) apresenta os seguintes caracteres do direito coletivo: a) “transindividualidade real ou essencial restrita (limitada que está ao grupo, categoria ou classe de pessoas); b) determinabilidade dos sujeitos; c) divisibilidade externa e indivisibilidade interna (possibilidade de apartar aquilo que pertence aos membros do grupo, categoria ou classe e o que é domínio de sujeitos alheios; impossível tal exercício no contexto

grupo; b) é o direito-síntese dos membros do grupo, e não o somatório de direitos individuais; c) seus titulares estão vinculados por uma relação jurídica base entre si (v.g. são todos membros de uma mesma categoria profissional) ou com o litigante (v.g. são todos membros de um grupo de consorciados); d) o indivíduo não pode dispor do direito coletivo; e) pode ser patrimonial ou não, dependendo do caso; f) excepcionalmente o grupo devidamente representado, nos limites do permissivo legal, pode transigir sobre o direito coletivo, quando este for patrimonial (possibilidade de o Sindicato acordar a redução da jornada de trabalho, com a respectiva redução salarial²²); g) a sua proteção também é litigiosa, mas circunscrita.

A legislação consumeirista foi econômica ao definir os direitos individuais homogêneos como “os decorrentes de origem comum”. Na

interior dos próprios sujeitos agregados); d) disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual (ou seja, a associação, pode, em princípio, dispor dos interesses e direitos decorrentes do associativismo, enquanto que tal possibilidade é negada aos membros do grupo); e) relação jurídica-base a unir os sujeitos; f) irrelevância da unanimidade social; g) organização-ótima viável, h) reparabilidade indireta”. José LUIS BOLZAN DE MORAIS assim caracteriza os interesses coletivos: “A. Apresentar-se como síntese dos interesses individuais, configurando o fenômeno da despersonalização dos interesses individuais. Todavia, esta é uma característica partilhada com os interesses difusos. B. Ser interesses que pressupõem a existência de um vínculo jurídico de união dos elementos componentes do grupo, o que, de certa forma, garante/assegura a homogeneidade do mesmo, embora, por outro lado possa engendrar um processo de corporativização, o que pode significar a desnaturação do interesse coletivo como fenômeno superior de transindividualização/socialização do direito, reconduzindo-o à identidade de interesse individual egoístico. C. Permitir, como consequência do laço jurídico que os une, a determinação/identificação dos elementos componentes da coletividade. Ou seja, a titularidade destes interesses pode ser a todo instante reconhecida. Este vínculo referenda a ocorrência de uma titularidade identificável. D. Impedir a fruição individual excludente por parte de qualquer componente da coletividade [...]. E. Ter como característica, sendo a síntese de determinados valores do grupo – o que não significa a unificação dos diversos interesses num único interesse coletivo – a indisponibilidade. F. Sua tutela está intimamente ligada ao grupo que dá substrato jurídico para a formação da coletividade” (*Do direito social aos interesses transindividuais*, p. 132-133).

22 Art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal.

verdade, os direitos individuais homogêneos²³ apresentam uma dificuldade conceitual maior do que as duas categorias precedentes, porque não são direitos transindividuais em essência, mas apenas para fins de tutela coletiva. Têm as seguintes características: a) são direitos individuais de parcela relevante da sociedade, isto é, um número considerável de pessoas, determinável ou de difícil determinação, tem sua esfera jurídica atingida no caso de lesão desses direitos; b) esses direitos existem a partir de um núcleo comum de questões de fato e de direito, o que permite a defesa de um padrão abstrato e genérico de direito, uma vez que as discrepâncias entre as situações vividas por cada um é pouco significativa, se comparada com a identidade das situações, mas não há um vínculo jurídico entre estes; c) sua incidência social é tão relevante que a tutela

23 Para BENJAMIN, os direitos individuais homogêneos se caracterizam: “a) transindividualidade artificial (ou legal) e instrumental (pragmática); b) determinabilidade dos sujeitos; c) divisibilidade (os benefícios aceitam fruição individual); d) disponibilidade (quando a lei não determina o contrário); e) núcleo comum de questões de direito ou de fato a unir os sujeitos; f) irrelevância da unanimidade social; g) organização ótima viável e recomendável; h) reparabilidade direta, com recomposição pessoal dos bens lesados (permitindo-se, excepcionalmente, o *fluid-recovery*).” (“A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico...”, p. 96). Para HUMBERTO DALLA BERNARDINA, o direito individual homogêneo é um direito subjetivo individual complexo – “é um direito individual porque se diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa, e ao mesmo tempo é complexo porque essas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas [...] sendo um direito coletivamente tutelado, passa a ser indisponível em razão dessa mesma extensão social. Em outras palavras, aquele direito que se fosse concebido individualmente seria disponível, é alçado a uma condição superior, pois há todo um grupamento social interessado no deslinde daquela controvérsia.” (*A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*, p. 27 e 30). Vale registrar, quanto aos direitos individuais homogêneos, a interessante observação de LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO: “A reflexão de que as ações coletivas para a tutela de interesses individuais homogêneos referem-se tão somente a interesses abstrata e genericamente considerados, e não aos direitos subjetivos concretos e particularizados de cada um dos respectivos titulares, é fundamental, não apenas permitir a identificação das genuínas ações coletivas, como ainda para preservar a índole individual dos direitos em jogo” (*Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 116).

coletiva é a única adequada para garanti-los; d) a disponibilidade desses direitos no âmbito individual não afeta a tutela coletiva; e) a reparabilidade é direta aos interessados; f) na maior parte dos casos têm natureza patrimonial, mas nada obsta a ocorrência de direitos individuais homogêneos extrapatrimoniais, como no caso da reparação dos danos morais causados a várias vítimas pela aquisição de um produto defeituoso.

A tutela processual desses direitos impôs a releitura de princípios processuais, como, por exemplo, os citados pela professora ADA PELLEGRINI GRINOVER²⁴, do acesso à justiça, da universalidade da jurisdição, de participação, da ação, do impulso oficial, da economia e da instrumentalidade das formas, bem como de categorias tradicionais do processo civil como, por exemplo, a legitimidade, a coisa julgada, a tutela específica das obrigações de fazer e a tutela de urgência, os efeitos dos recursos, ensejando um microsistema processual distinto com princípios, categorias e normas específicos.

Para melhor sistematizar esse microsistema, existe até um esforço doutrinário para a concepção de um código de processo coletivo, tendo o Instituto Ibero-americano de Direito Processual editado um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América²⁵.

À evidência, existe interação entre o sistema principal e o microsistema de processo coletivo, um alimentando incessantemente o outro, tanto é que significativa parcela das minirreformas de que foi alvo o Código de 1973 se refere à introdução de normas que migraram do processo coletivo para o processo em geral, especialmente a tutela de urgência e a tutela específica das obrigações.

24 GRINOVER, "Direito processual coletivo".

25 Para maiores informações sobre o tema, vide também GIDI; MAC-GREGOR (Coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para IberoAmérica*, e GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*.

Assim, o novo Código contém, igualmente, institutos cuja disciplina inaugural se deu no microsistema de processo coletivo, mas manteve sua esfera de abrangência principal voltada para o processo individual. Não houve, portanto, revogação nem expressa nem implícita de nenhuma norma do microsistema de processo coletivo. Assim, subsiste integralmente o microsistema de processo coletivo, e o aplicador dessas normas continuará tendo que primeiro se valer das normas processuais que em simbiose o integram e aplicar subsidiariamente as regras do novo Código com a lógica de tutela coletiva.

Temos que reconhecer, todavia, que boa parte das regras que se aplicam à tutela de um conflito coletivo sempre esteve sediada no Código de Processo Civil, e o mesmo continuará ocorrendo. Por isso um novo Código de Processo Civil terá muito impacto na condução dos processos coletivos.

Uma das justificativas para a edição de um novo Código de Processo Civil foi a necessidade de redução da complexidade do sistema processual com o fito de solucionar problemas diagnosticados na praxis jurídica vigente sob os auspícios do Código de 1973. Teria o novo Código de Processo Civil potencial para auxiliar a resolução de determinados problemas na tramitação de processos coletivos?

Antes de respondermos a esta indagação, gostaria de destacar quais, dentro do acervo de problemas que afligem o processo civil coletivo, serão objeto de nossa análise neste artigo.

A primeira grande questão do processo civil nacional é a sua morosidade, que obviamente repercute nos custos do processo, assumidos não só pelas partes envolvidas nos conflitos mas por toda a sociedade. Todavia, em virtude de sua maior complexidade, os processos coletivos em geral tramitam de forma ainda mais demorada que a média, como demonstrou pesquisa encetada por ANA CRISTINA BANDEIRA LINS e MARIA CAETANA CINTRA SANTOS, sobre o andamento de ações coletivas na Seção Judiciária de São Paulo, patrocinada pela Escola Superior

do Ministério Público da União²⁶. Por outro lado, a abrangência subjetiva das ações coletivas torna mais perversa a morosidade processual, pois muitas vezes um número incalculável de pessoas é diretamente afetado pela ausência da prestação jurisdicional. Sem contar os que são demandados e se veem enredados em um passivo judicial por anos a fio. À evidência, nem todos saem perdendo. Os grandes litigantes que assimilam tranquilamente os custos da manutenção de um litígio²⁷ pouco se mobilizam para evitar a gênese e a perpetuação das demandas que lhe são dirigidas.

26 *Ações coletivas: cadastro e análise crítica*. Vale a pena consignar as conclusões da pesquisa: “Diante dos autos examinados, das médias de tempo obtidas e das manifestações dos magistrados, evidenciaram-se grandes dificuldades de trâmite das *ações coletivas*. A média de 7,8 meses para citação é alta, considerando-se grande quantidade de processos com citação em prazo breve. Constataram-se dezenas de casos em que a citação ocorreu após 4 anos da propositura. A demora ocorreu principalmente nas ações em face de muitos réus e nas ações de improbidade. Nessas últimas, percebeu-se a dificuldade do bom andamento, quando, na mesma ação, cumula-se pedido de quebra de sigilos bancário e fiscal e de inalienabilidade dos bens. Diversos ofícios são expedidos e respostas juntadas, tornando os autos volumosos e exigindo várias decisões interlocutórias antes da citação de todos os réus. Também se observou demora em casos de litisconsórcio passivo facultativo, sem vínculo entre os réus, como, por exemplo, em ações para fechamento de bingos. Há ações do gênero tramitando por mais de dois anos, sem a relação processual completada. Casos assim, em que o litisconsórcio serviria para facilitar, têm demonstrado resultado oposto. Grande parte das ações propostas tem pedido de liminar ou de tutela antecipada. Muitas ações são contra entes da Administração Pública, beneficiados pela faculdade de prestar esclarecimentos em 72 horas antes da análise do pedido de tutela antecipada. Normalmente, após a decisão liminar, seguem-se uma multiplicidade de recursos, pedidos de informações ao Juízo, troca de ofícios e outros atos pertinentes à manutenção da decisão proferida, olvidando-se do cumprimento da citação. O tempo médio para realização de instrução também foi alto: mais de três anos e meio. Nas lides ambientais, a média superou seis anos e meio. Notou-se especial demora para realização de perícia. Quando se exige profissional de especialidade pouco comum em processos judiciais, há dificuldades para a escolha do profissional. Em grande parte dos casos, há longa discussão sobre fixação de honorários provisórios e definitivos, além da demora para realização do laudo. Chama atenção, sobretudo, o tempo gasto desde a conclusão até a prolação de sentença de mérito, e mais ainda para julgamento de recurso de apelação”.

27 Vide publicação do Departamento de Pesquisa do Conselho Nacional de Justiça:

A morosidade do processo coletivo impacta negativamente toda a prestação jurisdicional, pois este não é reconhecido como uma alternativa razoável às lides individuais repetitivas que estressam todo o sistema judicial²⁸.

Um dos grandes nós górdios do processo coletivo é a dificuldade da produção probatória em juízo²⁹. A disciplina da lei da ação civil pública³⁰ que determina a isenção do adiantamento dos honorários dos peritos não é suficiente para evitar questionamentos dos mais diversos sobre o ônus da prova e de seu financiamento, como veremos adiante, até porque é muito difícil que peritos se voluntariem a trabalhar em análises, muitas vezes complexas, tendo que cobrir os custos iniciais de seu trabalho. Do mesmo modo, a mentalidade que não valoriza as regras de experiência técnica, os pareceres já apresentados pelas partes, bem como as diferenças entre os litigantes quanto à possibilidade de produção da prova, cria graves empecilhos à demonstração dos fatos nos processos coletivos.

100 maiores litigantes. CNJ, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2015.

28 Como podemos perceber da leitura dos interessantes resultados da pesquisa contratada pelo CNJ, os casos repetitivos de direito do consumidor ou de natureza previdenciária poderiam ser veiculados de forma muito mais adequada por meio de processos coletivos. GABBAY; CUNHA, *Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça*. FGV, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2015.

29 Conforme constatado na pesquisa coordenada por PAULO CESAR PINHEIRO CARNEIRO, “Apesar de não constar como item específico da pesquisa, um dos maiores problemas da ação civil pública está relacionado com a prova” (*Acesso à justiça*. Juizados especiais cíveis e ação civil pública. Uma nova sistematização da teoria geral do processo, p. 208).

30 “Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”.

A outra disfuncionalidade do microsistema de processo coletivo que merecerá uma reflexão é a dificuldade do cumprimento do título executivo judicial e extrajudicial (especificamente o termo de ajustamento de conduta), sobretudo quando versa sobre obrigações de fazer e de não fazer, que, no mais das vezes, são as únicas que efetivamente asseguram a efetividade dos direitos transindividuais.

3 NORMAS DO CÓDIGO DE 2015 QUE PODEM TER IMPACTO POSITIVO NO MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO

Não é nossa pretensão examinar todas as regras do CPC de 2015 que terão aplicação subsidiária no processo coletivo. É um trabalho de fôlego, ainda não realizado por nenhum doutrinador, que merece muito mais tempo e dedicação do que o possível neste momento. Decerto, todas as normas do novo CPC que não sejam incompatíveis com a lógica do microsistema de processo coletivo ser-lhe-ão aplicáveis, como a possibilidade de suscitar a incompetência relativa na contestação (art. 64), o incidente de desconsideração de personalidade da pessoa jurídica (art. 133), a prática eletrônica dos atos processuais (art. 193 e seguintes) e tantas outras. Do mesmo modo, as que tenham tutela específica no microsistema de processo coletivo prevalecerão sobre as novas disposições normativas, como a legitimidade, a competência, a coisa julgada e o reexame necessário³¹.

Vamos examinar como a ênfase na conciliação, regras de produção probatória e de execução podem ter alguma implicação positiva em favor do aprimoramento do processo coletivo.

31 Na esfera do processo coletivo o reexame necessário somente pode ser aplicado quando a decisão for de extinção do processo sem ou com o exame de mérito, contrária aos interesses do autor coletivo. Vide meu trabalho sobre o tema: “Anotações sobre o reexame necessário em sede de ação civil pública”, p. 73-76. Também a jurisprudência do STJ é nesse sentido: REsp 1108542/SC, rel. ministro Castro Meira, 2ª T., julgado em 19.5.2009, DJe 29 maio 2009, AgRg no REsp 1219033/RJ – rel. ministro Herman Benjamin, 2ª T., DJe 25 abr. 2011.

O legislador do novel Código de Processo Civil partiu da premissa de que a tentativa da conciliação e da mediação deve ser, sempre que possível, uma fase do processo³², prevendo que, de rotina, todos os processos possam se beneficiar da possibilidade da solução negociada, mais célere e, em muitos casos, mais adequada, com a realização de audiência de conciliação e com a previsão de um quadro de mediadores e conciliadores pelos tribunais, seguindo tendência já inaugurada com a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Já tivemos a oportunidade de nos pronunciar sobre as vantagens da conciliação³³ para o processo coletivo, em virtude de sua maior bre-

32 “Art. 3º [...] § 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

33 “Seguramente o maior benefício proporcionado pela conciliação às partes de um conflito é configurar uma alternativa ao processo, ou à continuidade do mesmo. É uma forma mais econômica de solucionar litígios porque poupa, totalmente ou parcialmente, a movimentação da dispendiosa máquina jurisdicional. Sob outra perspectiva a conciliação também se afigura bastante vantajosa porque tem o condão de acomodar melhor as desavenças dos envolvidos no conflito, que se sentem sujeitos da decisão e não objeto de um decreto de um terceiro, que por sua origem exógena sempre corre o risco de ter a pecha de injusto, e gerar uma insatisfação latente, ainda que o conflito tenha sido aparentemente dirimido. Não que acordos não possam ser injustos, mas o fato da participação da parte mitiga a sensação da injustiça, o que faz a conciliação ser denominada pelos franceses de ‘*justice douce*.’ Por isso é fundamental que na conciliação as partes estejam em uma situação a mais próxima possível da igualdade material, de modo que possam desempenhar com desenvoltura o papel de sujeito da solução negociada. Devido a essa participação há uma tendência a que esta solução tenha maior adesão das partes que dela participaram, ensejando uma eficácia maior desse tipo de deliberação. Por fim, para determinados tipos de conflitos a conciliação pode ser a forma mais adequada de solução, como por exemplo nos casos em que as partes devam manter, apesar do conflito, um relacionamento de maior duração, ou nos casos em que existam vários fatores extra-jurídicos que devam ser levados em conta, aspectos que, muitas vezes, não são bem apreendidos pela lógica formalista do processo. Os dissídios envolvendo direitos transindividuais não raro ajustam-se nessa modalidade de conflito, principalmente porque em muitas situações não há ganhadores e perdedores, como ocorre na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado”. RODRIGUES,

vidade, economia, adequação às relações continuadas, que muitas vezes caracterizam os conflitos envolvendo direitos transindividuais, e participação das partes. O acesso à justiça no Estado Democrático de Direito pressupõe a aplicação das vantagens da conciliação a conflitos deste jaez.

Mas como conciliar quando se trata de direitos considerados indisponíveis? Ora, o direito é indisponível quando seu titular não pode dele renunciar nem realizar concessão que represente redução de seu conteúdo. A nota de indisponibilidade sempre está ligada ao interesse público, aquele reputado como de interesse geral em um momento histórico específico de uma dada sociedade, de modo a se evitar o risco de prejuízos a bens relevantes para o sistema jurídico³⁴. São múltiplas as causas eleitas pelo ordenamento jurídico para qualificar de indisponível um direito. Algumas são relacionadas com a qualidade especial do titular do direito (incapaz), outras justificam-se pela própria natureza dos bens envolvidos (bens fora de comércio como o ar, a integridade corporal do homem), outras pelas relações jurídicas que visam proteger (relações de família, de trabalho). Em boa parte dos casos a disponibilidade do direito coincide com a patrimonialidade do mesmo.

Para a qualificação da indisponibilidade do direito difuso é comum concorrerem algumas das causas supracitadas. A qualidade do titular do direito é levada em conta, por exemplo, para defini-lo como indisponível, porque a indeterminação dos sujeitos não permite que se identifique uma vontade adequadamente formulada no sentido da disposição do direito. Por outro lado, o objeto do direito se constitui em bem de uso comum, de impossível divisibilidade, a exemplo do meio ambiente ecologicamente equilibrado. De igual modo, os direitos difusos se desenvolvem no seio da sociedade e sua preservação é de interesse

Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta, p. 52-53.

34 GROPALLI, *Introdução ao estudo de direito*, p. 168-170.

de todos, o que configura mais um motivo relevante para a sua indisponibilidade. Por isso que se pode afirmar que todo direito difuso, como o é a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos processos ecológicos, é essencialmente indisponível.

Os direitos coletivos não são disponíveis pelo indivíduo, e apenas o próprio grupo em algumas circunstâncias e com a observância de determinadas regras pode fazê-lo. Os direitos individuais homogêneos são disponíveis, mas apenas pelos indivíduos e não pelo autor coletivo.

Por isso, sempre entendemos que não se pode admitir a simples renúncia desses direitos, nem, ao nosso juízo, é cabível a transação sobre os mesmos. Mas podem ser submetidos à conciliação sobre aspectos periféricos do cumprimento da obrigação ou do dever legal, como prazos e condições. A conciliação se caracteriza por um modo de proceder no qual as partes contribuem para a definição da controvérsia, distinguindo-se das formas adjudicatórias de resolução de conflitos. O caminho para se chegar ao resultado conciliatório passa necessariamente pela negociação³⁵. Entendida esta como entabulação de um diálogo, é uma “comunicação bidirecional”³⁶ sobre os pontos de vista de cada parte e a melhor forma de compor os interesses em jogo.

De há muito, a jurisprudência admite a conciliação nas ações civis públicas, desde que não haja indevida renúncia ou disposição do direito, como no notório caso da carne importada da Europa suspeita de contaminação pelo acidente nuclear da usina de Chernobyl, quando se

35 A negociação é uma prática cotidiana. FISCHER; URY; PATTON, *Como chegar ao sim*. A negociação de acordos sem concessões. Projeto de negociação da Harvard Law School, p. 15.

36 Como definem FISCHER; URY; PATTON: “A negociação é um meio básico de se conseguir o que se quer de outrem. É uma comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo, quando você e o outro têm alguns interesses em comum e outros opostos.” (*Como chegar ao sim*. A negociação de acordos sem concessões. Projeto de negociação da Harvard Law School, p. 15).

fez um acordo na ação após a realização de estudos técnicos que demonstravam a sua adequação ao consumo humano³⁷.

Aliás, sempre defendemos que a realização de audiência de conciliação poderia ser realizada nos processos coletivos, ainda na vigência do art. 125 do CPC/1973³⁸. Tal conclusão se torna inquestionável nos termos do novo Código, que, como já visto, determina que todos os atores processuais devam estimular a adoção dos métodos de solução consensual de conflitos.

Portanto, desde a petição inicial do processo coletivo pode-se optar pela realização da audiência de conciliação e de mediação (art. 319, VII), não sendo aplicável a limitação da realização da audiência prevista no § 4º, inciso II. À evidência, é o autor coletivo que pode melhor avaliar a possibilidade da conciliação no caso concreto, mas é fundamental que

37 “Ação civil pública. Proposta pelo Ministério Público Federal. Carne importada. Suspeita de contaminação radioativa em razão do acidente de Chernobyl. Recusa a proposta de acordo, com julgamento de mérito pela improcedência do pedido inicial, em grau de embargos infringentes. Formalização de novo acordo na fase de recurso especial. Homologação, eliminando o objeto do recurso pendente. 1 - Estando a solução da lide submetida a última instância, em matéria infraconstitucional, nada impede que o novo acordo seja aqui examinado. 2 - Afasta-se a tese sobre disponibilidade do direito material em ação civil pública, no caso concreto - já que o bem tutelado integra a classe dos chamados interesses difusos - uma vez que, julgando o mérito, a carne importada fora julgada prestável ao consumo humano. 3 - Sendo o âmago da questão a proteção dos interesses de todos e inexistente qualquer nocividade do produto, protegida está a sociedade, reputando-se perfeitamente viável a transação e julgando-se extinto o procedimento recursal.” (STJ; RESP 714; 2ª Turma, relator ministro Hélio Moismann, *DJU* 10 fev. 1992) Para ver mais sobre a relevância dessa decisão, vide o nosso trabalho: “O compromisso de ajustamento de conduta na visão dos Tribunais Superiores”, p. 134-153.

38 PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. QUESTÃO AMBIENTAL. CONEXÃO DE AÇÕES. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. DECISÃO ISOLADA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. As partes podem, no curso da demanda, conciliar seus interesses, devendo o juiz tentar a conciliação a qualquer tempo (CPC, art. 125). (STJ, Resp: 112647 RJ 2ª T. *DJU*: 22 mar. 1999 P.:162. Peçanha Martins).

sempre haja, na estratégia de defesa dos direitos transindividuais, a definição das bases mínimas para a celebração de um acordo.

É possível a mediação nos processos coletivos? Ora, a mediação “é geralmente definida como a interferência em uma negociação ou em conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado e não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa”³⁹.

Seu resultado final é a autocomposição. Como esta é possível tanto na tutela judicial quanto na extrajudicial dos direitos transindividuais, nada impede que o mediador possa atuar para favorecer a solução entre as partes em um processo coletivo. Embora não seja objeto de nossas reflexões neste momento, a nova Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015) segue a mesma linha do novo Código e não altera em nada a mediação judicial. Quanto à mediação extrajudicial, entendo que dificilmente será invocada no processo coletivo, que já conta com a atuação dos órgãos públicos legitimados a tomar o termo de ajustamento de conduta como uma espécie de mediadores do conflito entre direitos da sociedade e aquele que os está violando ou ameaçando de violá-lo. O processo coletivo pode, portanto, ser submetido aos centros judiciários de solução consensual de conflitos dos tribunais, inclusive os que já estejam em trâmite nas cortes de revisão.

O Código de 2015 tem uma interessante disposição sobre a criação de câmaras de mediação e conciliação na esfera administrativa:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

39 MOORE, *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*, p. 28.

- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
- III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Também a nova Lei de Mediação tem um dispositivo específico sobre tais Câmaras:

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

- I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
- III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o *caput* será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o *caput* é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no *caput* deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o *caput* a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Esses dispositivos certamente foram influenciados pela experiência da Câmara de conciliação e arbitragem, que já se esforçava para a solução amigável de conflitos entre os diversos órgãos da administra-

ção federal⁴⁰. Tanto o CPC de 2015 como a Lei de Mediação determinam que tais Câmaras, que agora devem ser previstas em todas as entes da Federação, podem, quando couber, celebrar o termo de ajustamento de conduta. Sempre entendemos ser recomendável a regulamentação por cada órgão público da sua atribuição para celebrar termo de ajustamento de conduta. É uma forma de atender o princípio democrático que deve reger a celebração do TAC⁴¹, para que se motive a existência de uma cultura de realização de ajustes e ao mesmo tempo se assegure que estes sejam realizados da forma mais adequada possível. O conhecimento dessas regras por todos também permite o controle pelos cidadãos dessa importante atuação administrativa.

Nada obsta, assim, que haja uma regulamentação que indique que as câmaras administrativas de mediação e conciliação participem efetivamente da tomada de compromissos de ajustamento de conduta pelos entes Públicos a que estejam vinculadas, sem prejuízo da observância de outras normas como por exemplo a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, que disciplina o papel da Advocacia-Geral da União na celebração dos TACs de interesse da União, autarquias e fundações.

Todavia, é bom que se diga que os TACs que não sejam celebrados no ambiente das câmaras administrativas de mediação e conciliação serão plenamente válidos, desde que atendidos os pressupostos previstos na norma que lhes confere eficácia de título executivo extrajudicial (Lei

40 A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) foi instituída pelo Ato Regimental n. 5, de 27 de setembro de 2007, posteriormente alterado pelo Ato Regimental n. 2, datado de 9 de abril de 2009. Sua estrutura está definida pelo Decreto n. 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que teve a sua redação alterada pelo Decreto n. 7.526, de 15 de julho de 2011. Sobre o importante tema da resolução conciliada de conflitos na esfera administrativa federal, vide PALMA, “A consensualidade na administração pública e seu controle judicial”, e SOUZA, “Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz”.

41 Vide nosso verbete “Princípios do ajustamento de conduta”, p. 52-72.

n. 7.347, art. 5º, § 5º). O compromisso de ajustamento de conduta deve ser interpretado à luz do princípio do acesso à justiça⁴², segundo o qual, se o compromisso permitiu a solução adequada para o conflito de direito transindividual, os aspectos formais não devem frustrar a sua efetividade.

Por isso, tal regra não pode se constituir em um entrave à celebração nem o tornar mais dispendioso e demorado, nem criar óbices que limitem a sua operosidade imediata, significando dizer, na dicção do professor PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO, que “as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça”⁴³.

Embora o novo CPC não seja expresso quanto ao tema, nada obsta que, tanto na fase de cumprimento da sentença do processo coletivo quanto na execução do termo de ajustamento de conduta, as partes possam se conciliar. Aliás, o art. 772 mantém regra do art. 599 do CPC/1973 no sentido de que o juiz pode, em qualquer momento do processo de execução, ordenar o comparecimento das partes, o que pode, obviamente, também ser realizado com o fito de obter acordo para o cumprimento do título.

Apesar de todo esse arcabouço normativo em favor da justiça conciliativa, o maior desafio que se apresenta aos objetivos do legislador é justamente tornar realidade o interesse das partes na solução consensual e o compromisso dos operadores jurídicos com a conciliação. Embora haja um consenso quanto à relevância das soluções alternativas de conflitos, e a movimentação de juízes, promotores, advogados públicos e privados e defensores, nessa linha, com um certo protagonismo do Conselho Nacional de Justiça, quando do advento da Resolução n. 125/2010, há a necessidade de uma mudança de paradigma da cultura jurídica que pri-

42 Vide nosso verbete “Princípios do ajustamento de conduta”, p. 52-72.

43 *Acesso à justiça*. Juizados especiais cíveis e ação civil pública. Uma nova sistematização da teoria geral do processo, p. 63.

vilegia e banaliza o litígio, como retratam os quase noventa milhões de processos que abarrotam o nosso Poder Judiciário. Essa mudança é um trabalho para algumas gerações, que pode ter o novo Código como um ponto de partida, mas nunca como um fim em si mesmo. A cultura da conciliação precisa ser fomentada na formação das carreiras jurídicas, na educação da sociedade para a paz, na espontaneidade no cumprimento dos deveres e na garantia dos direitos.

Temos que tornar o recurso ao acordo atrativo, sem olvidar que a mensagem dos tribunais rápida e clara, como bem afirma MARC GALANTER⁴⁴, é a medida mais relevante para que as pessoas prefiram fazer conciliações judiciais ou mesmo evitar as cortes. A instrução dos processos coletivos pode ser um grave problema para a sua efetividade, como já visto. A Lei n. 7.347/1985 tentou mitigar esse problema, pelo menos quando se trata de autoria do Ministério Público, com a previsão do inquérito civil, procedimento de investigação que permite a comprovação de fatos para identificar a existência de lesão a direito transindividual em sua acepção mais ampla, conduzido pelo órgão ministerial. O inquérito civil pode ser instruído com depoimentos, provas técnicas, documentos, termo de inspeção pessoal do Ministério Público e de seus técnicos⁴⁵.

Consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, “as provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório” (Recurso Especial n. 476.660-MG, relatora ministra Eliana Calmon, *DJ* de 4 ago. 2003)⁴⁶.

44 “A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais”.

45 Sobre o tema do inquérito civil já nos pronunciamos no seguinte artigo: “Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal”, p. 215-263.

46 Nesse mesmo sentido AgRg no AREsp 572.859/RJ, rel. ministro Humberto Martins, 2ª T., julgado em 18.12.2014, *DJe* 3 fev. 2015.

Embora já houvesse norma idêntica do CPC/1973 (art. 427), devemos ficar mais atentos ao potencial da norma do art. 472 do CPC de 2015, para facilitar a instrução de processos coletivos e valorizar todo o trabalho de produção de provas preparatório realizado em sede de inquérito civil, pois o juiz pode dispensar a prova pericial quando considerar suficientes os pareceres técnicos e demais documentos elucidativos juntados pelas partes. Destarte, o autor coletivo, logo após a contestação do réu, deve verificar se esta hipótese está configurada, ou seja, se o réu também juntou aos autos pareceres técnicos que permitem a adequada compreensão fática da causa de pedir, e solicitar a dispensa da prova pericial.

Também na oportunidade de um novo Código podemos maximizar uma regra que já existia no diploma anterior (art. 335); é a incidência da regra de experiência técnica prevista no art. 375. Por exemplo, em processos ambientais existem várias regras científicas inquestionáveis a respeito por exemplo da toxicidade de um determinado produto, da forma como ele é absorvido e da quantidade necessária para a ocorrência da lesão que podem ser invocadas para deslindar um caso sem que seja necessária a realização de perícia. Devemos precisar mais claramente os fatos que podem ser provados sem o recurso à perícia.

Todavia, a prova de determinados fatos na tutela dos direitos transindividuais pode ser muito difícil tanto na fase de inquérito quanto no processo, com singular ônus para o autor coletivo. Na esfera do direito do consumidor, em virtude da hipossuficiência técnica e econômica do consumidor, há expressa previsão legal impondo ao produtor de bens, prestador de serviços e divulgador de publicidade a responsabilidade de provar determinados fatos que, ainda que de interesse do consumidor, seriam quase impossíveis de serem demonstrados pela parte hipossuficiente, ensejando uma regra de inversão do ônus da prova para as lides consumeristas (arts. 6º, inc. VIII; 12, § 3º; 14, § 3º; 38; art. 51, VI, do

Código do Consumidor), inclusive as coletivas⁴⁷. Tentava-se aplicar tal lógica normativa a todos os processos coletivos, o que, contudo, ainda era bastante controvertido⁴⁸.

47 AGRADO REGIMENTAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL COLETIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PERSUASÃO RACIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Não há óbice a que seja invertido o ônus da prova em ação coletiva - providência que, em realidade, beneficia a coletividade consumidora -, cabendo ao magistrado a prudente análise acerca da verossimilhança das alegações do ente substituto. Precedentes. 2. No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade de sua produção. Com efeito, entendendo o Tribunal recorrido que ao deslinde da controvérsia seriam desnecessárias as provas cuja produção o recorrente buscava, tal conclusão não se desfaz sem o revolvimento de provas, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ AgRg no Ag 1406633/RS, rel. ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 11.2.2014, *DJe* 17 fev. 2014).

48 Como podemos perceber das seguintes ementas de decisões do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TAXA DE ESGOTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. TITULARIDADE AO TEMPO DA COBRANÇA ILEGAL. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. NOVA ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal de origem assentou que os particulares não conseguiram demonstrar a titularidade das ligações à rede ao tempo da cobrança indevida da taxa de esgoto; e, ademais, fundamentadamente, não vislumbrou ser caso de inversão do ônus da prova; assim, não há como revertais conclusões sem novo exame de fatos e provas, o que é vedado pelo teor da Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1414972/PR, rel. ministro Mauro Campbell Marques, 2ª T., julgado em 20.5.2014, *DJe* 26 maio 2014) ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. ADIANTAMENTO DE DESPESAS PERICIAIS. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. ENCARGO DEVIDO À FAZENDA PÚBLICA. DISPOSITIVOS DO CPC. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. 1. Segundo jurisprudência firmada pela Primeira Seção, descabe o adiantamento dos honorários periciais pelo autor da ação civil pública, conforme

Pode, assim, ser bastante alvissareira para a melhor instrução e celeridade dos processos coletivos a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no § 1º do art. 373, *verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

O autor coletivo poderá, desde o momento da propositura da ação, demonstrar quais são os fatos cuja prova se enquadra no mencionado inciso, permitindo-se assim a inversão do ônus da prova. Essa nova distribuição do ônus da prova implica necessariamente distribuição do ônus financeiro da prova, ou seja, quem deve provar o fato deve ser responsável pela eventual antecipação do recolhimento dos valores. Portanto, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que estranha-

disciplina o art. 18 da Lei n. 7.347/1985, sendo que o encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplicação analógica da Súmula 232/STJ. 2. Diante da disposição específica na Lei das Ações Cíveis Públicas (art. 18 da Lei n. 7.347/1985), afasta-se aparente conflito de normas com os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o tema, por aplicação do princípio da especialidade. 3. Em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução. Precedentes. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1237893/SP, rel. ministra Eliana Calmon, SEGUNDA TURMA, julgado em 24.9.2013, *DJe* 1º out. 2013).

mente permite a inversão do ônus da prova sem alterar a inversão do ônus financeiro, não pode subsistir⁴⁹.

Uma outra inovação interessante que poderá ser utilizada em feitos coletivos é a possibilidade de produção antecipada de prova com o fim de viabilizar a autocomposição ou outro meio de solução alternativa de disputa, prevista no art. 381, II. Assim, em sendo necessária a produção de forma antecipada de uma prova sob o crivo do contraditório para indicar a melhor forma de composição do litígio, é possível a utilização dessa medida cautelar. Para instruir o inquérito civil e ser levada em conta no processo de negociação com vistas à celebração de um termo de ajustamento de conduta, portanto, é possível requerer a produção antecipada de prova. A possibilidade da negociação é uma nova causa autônoma. Em não havendo o sucesso do acordo, já haverá um bom resultado, que é uma prova irretorquível, produzida sob o crivo do contraditório.

Questão que poderá suscitar algum tipo de controvérsia é o § 4º do art. 381, que confere competência ao juiz estadual para a produção de prova antecipada requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal. Trata-se de uma delegação de jurisdição federal permitida pelo § 3º do art. 109

49 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

ART. 535 DO CPC. AFRONTA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS PERICIAIS. ADIANTAMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 18 DA LEI N. 7.347/85. ÔNUS. FAZENDA PÚBLICA. 1. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que decide a controvérsia de forma suficientemente fundamentada, não estando a Corte de origem obrigada a emitir juízo de valor a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes. 2. Conforme jurisprudência pacífica da eg. Primeira Seção desta Corte, em se tratando de ação civil pública, cabe à Fazenda Pública à qual seja vinculado o *Parquet* arcar com o encargo financeiro para a produção da prova pericial. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ AgRg no AREsp 600.484/SC, rel. ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.4.2015, *DJe* 28 abr. 2015).

da Constituição Federal. Assim, o eventual recurso cabível contra a decisão do juiz estadual será dirigido ao Tribunal Regional Federal competente.

A dúvida é se será aplicável tal dispositivo no caso de produção antecipada de prova para instruir processo coletivo. Como o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor ressalva expressamente a competência da Justiça Federal para as ações coletivas, a produção antecipada de prova para um eventual futuro processo coletivo deve seguir a lógica da norma do microsistema de processo coletivo, que é especial em relação à norma geral do diploma processual civil. Portanto, entendemos que para os processos coletivos não será possível aplicar tal regra de competência.

Por outro lado, nada impede que nos processos coletivos se utilize a prova técnica simplificada, prevista nos §§ 3º e 4º do art. 464, que consiste na inquirição de especialista – cujas opiniões poderão se valer de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens – pelo juiz, sobre ponto controvertido de menor complexidade. Do mesmo modo, em havendo a ambiência para tanto, pode ser bastante útil a indicação conjunta de perito pelas partes prevista no art. 471 do novo diploma.

Uma temática importantíssima para o processo coletivo é o cumprimento de suas decisões. Vamos nos concentrar no exame do processo de execução do título extrajudicial mais importante do processo coletivo, que é o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no § 5º do art. 6º da Lei n. 7.347/1985⁵⁰.

O mesmo cuidado que se deve ter à satisfação da sentença favorável aos direitos transindividuais deve ocorrer para a obtenção das obrigações assumidas no ajuste de conduta. Os órgãos públicos legitimados devem fiscalizar o cabal cumprimento das medidas previstas no ajuste, sob pena da desmoralização do instituto. Assim, na esfera extrajudicial deve se acompanhar o cumprimento do ajuste, admitindo-se até mes-

50 Para um exame mais exauriente sobre o tema, ainda que sob a égide do Código anterior, vide: RODRIGUES, “Anotações sobre a execução do compromisso de ajustamento de conduta”, p. 117-125.

mo a renegociação das obrigações caso se evidencie a impossibilidade do adimplemento nos moldes como o ajuste foi concebido. Com efeito, a mera celebração do ajuste não garante necessariamente a tutela do direito da coletividade, o que só se concretiza com o seu pleno cumprimento.

Quando o obrigado, sem qualquer justificativa, não atende o compromisso, a melhor alternativa que se abre ao órgão público legitimado é a propositura da ação de execução, uma vez que, segundo expressa previsão normativa, o compromisso de ajustamento de conduta é título executivo extrajudicial. Todavia, nos termos do art. 785 do Código de 2015, a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial. Portanto, não é mais defensável afirmar a ausência de interesse de agir na propositura de ação civil pública de homologação do TAC descumprido. Todavia, essa opção deve ser utilizada com muita parcimônia e de forma acertada com os compromissários, pois o maior trunfo do TAC é justamente evitar a provocação da máquina jurisdicional para tutelar conflito já solucionado pelas partes.

Em geral as cláusulas mais importantes dos compromissos de ajustamento veiculam obrigações de fazer e de não fazer, sendo notória a dificuldade de a execução processual ensejar plena satisfação desse tipo de obrigação. O processo de execução das obrigações de fazer e deixar de fazer sempre foi insuficiente para atender à ideia da maior coincidência possível, ou seja, garantir ao credor o equivalente ao que teria obtido caso a lesão não tivesse ocorrido. Em verdade, o maior desafio desta modalidade de execução foi a concessão da tutela específica, já que a tradicional conversão em perdas e danos não raro importa para o credor uma verdadeira denegação de justiça.

É de se registrar que tal problema de efetividade do processo executivo é agravado quando se trata da tutela coletiva, por não existirem normas específicas sobre a execução dos títulos judiciais e extrajudiciais de obrigações que interessem a toda a coletividade, o que seria realmente

bastante útil. Compreendemos, portanto, que qualquer reflexão sobre a execução de um título executivo extrajudicial celebrado em favor da tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos deve partir da necessidade de se dotar a ação de execução de maior efetividade possível, para se garantir o ideal do acesso à ordem jurídica justa.

O procedimento da execução do compromisso de ajustamento de conduta observará as normas gerais do processo de execução, dependendo assim da modalidade da obrigação a ser executada. Poderá observar o rito de execução de obrigação de fazer e de não fazer, de entrega de coisa ou de execução de quantia certa, uma vez que compreendemos que todos esses tipos de obrigações podem ser veiculados nos ajustes. Como visto, geralmente, as obrigações mais relevantes do compromisso são as de fazer e de não fazer, que permitem a maior reparação possível dos direitos transindividuais. À evidência, as cláusulas de obrigação de fazer e de não fazer devem ser certas e determinadas, para que o título possa ser considerado líquido. Mas não se deve analisar essa liquidez sob o mesmo parâmetro de uma definição de um crédito de quantia certa. Os operadores do direito devem identificar se a redação da cláusula permite identificar uma conduta a ser adotada, e os padrões mínimos que esta deve observar. Em muitos casos é impossível no título definir todas as características da conduta, muitas vezes definidas em momentos posteriores com a elaboração de estudos complementares. Por fim, os objetivos determinados pela adequação da conduta também devem ser considerados no momento de defini-la e de obter a sua execução.

Por isso, a previsão do art. 772, III, uma inovação do novo Código, pode gerar benefícios na execução coletiva ao permitir que o juiz determine que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações relacionadas ao objeto da execução, inclusive com apresentação de documentos e dados que tenham em seu poder.

A própria lei que concebe o compromisso prevê que este será obtido mediante cominações, ou seja, devem ser expressamente previstas

medidas cominatórias para impelir o interessado a cumprir as obrigações ajustadas. Caso não haja expressa previsão, o juiz, no momento da execução, continuará a poder fixá-las, nos termos do art. 845 do novo CPC, ou reduzi-las se considerar o valor estipulado no título excessivo. Houve uma pequena alteração apenas para definir que a multa pode ser por período de atraso, e não necessariamente apenas por dia de atraso.

Sempre sustentamos que deve haver primazia na tutela específica, ou seja, a multa ou qualquer outra medida cominativa, como a caução hipotecária ou fiança bancária, não deve ser o fim primeiro da execução do TAC, porque o que realmente favorecerá a tutela dos direitos transindividuais é a adoção das medidas previstas no título. Assim, não é recomendável que o credor do ajuste só execute a multa. Por outro lado, sempre que a multa assuma patamares tão elevados que configure um óbice à execução da tutela específica pode haver margem para reduzi-la ou negociá-la. É possível que se dê prioridade à execução das obrigações principais, com a expressa menção de que a execução das medidas coercitivas só se dará se não houver o adimplemento das obrigações principais. Continua não sendo viável a cumulação da execução da multa e da obrigação de fazer e de não fazer em um mesmo processo executivo, devido à irreconciliabilidade dos ritos.

Sempre defendemos na vigência do Código anterior que à execução de título extrajudicial contendo obrigação de fazer e de não fazer poderiam se aplicar as regras da tutela específica do cumprimento da sentença. Agora, não pode haver qualquer tipo de dúvida quanto a essa tese, pois o parágrafo único do art. 771 é expresso ao afirmar que as normas sobre cumprimento de sentença que estão no Livro I da Parte Especial aplicam-se subsidiariamente ao processo de execução. Assim, é possível aplicar a regra que estabelece a fungibilidade das obrigações quando se puder alcançar o resultado prático na execução do ajustamento de conduta. Excepcionalmente, pode ser determinada pelo juiz uma medida diversa daquela prevista no compromisso, desde que atenda o mesmo re-

sultado prático, qual seja, o ajustamento da conduta às exigências da lei, inclusive levando-se em conta a possibilidade de eleição de uma medida que apresente as mesmas garantias para o direito tutelado e resulte em situação menos gravosa para o réu.

Também o art. 802 do Código de 2015 pode ser importante para a execução do TAC, quando versa sobre direitos prescritíveis, pois o despacho que ordena a citação, desde que realizada regularmente, interrompe a prescrição, ainda que proferido por juízo incompetente. A instrumentalidade do processo e a garantia da efetividade do título justificam tal norma.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Obviamente, este primeiro contato com o novo Código não nos permite chegar a muitas conclusões, primeiro porque nosso exame não foi exauriente, e segundo porque este momento inicial é mais propício a dúvidas do que a certezas.

De qualquer sorte, aqueles que atuam em processo coletivo terão que continuar a se socorrer dos princípios constitucionais do processo, das normas que integram o microsistema de processo coletivo e das normas do novo Código de Processo Civil compatíveis com a lógica da tutela dos direitos transindividuais.

Não podemos perder a oportunidade de darmos uma nova leitura a dispositivos que foram reprisados no novo diploma, para ensejar impactos mais positivos do que os do passado, como a utilização das regras de experiência técnica nos processos coletivos e a provocação do juiz para dispensar a perícia quando já existem pareceres técnicos coligidos aos autos pelas partes.

O nosso desafio é tornar o processo coletivo mais resolutivo. Temos que explorar a potencialidade das novas normas para tanto. Não podemos esmorecer na defesa da especialidade das normas do processo coletivo, quando a lógica de solução de conflito individual das novas regras

impactar negativamente a tutela coletiva. Mas, sobretudo, temos que fazer uma gestão diversa dos nossos processos. Os autores coletivos devem entender que propositura de uma ação coletiva é o início de uma caminhada e não o seu fim. Temos que convencer o Poder Judiciário da importância do processo coletivo para a higidez de todo o sistema judicial.

Somente assim, com mudanças de mentalidade e da atuação de cada um dos atores do processo, poderemos ter uma atuação decisiva na construção de uma jurisprudência que torne vivo o espírito resolutivo da lei, para que o novo Código possa efetivamente ampliar o acesso à justiça. Como sempre, depende de todos nós.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. *Ação civil pública, meio ambiente e terras indígenas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública* (Lei n. 7.347/85 - reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BENTHAM, Jeremy. *Works of Jeremy Bentham*. v. 2, part 1. Edinburgh: William Tait, 1839.

BERNARDINA, Humberto Dalla. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à justiça*. Juizados especiais cíveis e ação civil pública. Uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARVALHO, Orlando de . *A teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Ed. Centelha, 1981.

CINTRA, Maria Caetana; LINS, Ana Cristina Bandeira. *Ações coletivas: cadastro e análise crítica*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/revista/acoes_coletivas.pdf>.

DEPARTAMENTO DE PESQUISA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 maiores litigantes. CNJ, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>.

DOUGLAS, Mary. *Risk and blame – essays on cultural theory*. London and New York: Routledge, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho em São Paulo – 2ª Região*, n. 1, dez. 1995.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*. A negociação de acordos sem concessões. Projeto de negociação da Harvard Law School. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça. FGV, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf>.

GALANTER, Marc. A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais. In: HESPANHA, Antonio (Coord.). *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1993.

GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para IberoAmérica*. Ciudad de Mexico: Editorial Porrúa Sa, 2004.

_____. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo*. A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

GROPALLI, Alessandro. *Introdução ao estudo de direito*. Trad. port. Manoel Alarcão. Coimbra, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

LINS, Ana Cristina Bandeira; CINTRA, Maria Caetana. *Ações coletivas: cadastro e análise crítica*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/revista/acoes_coletivas.pdf>.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2011.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GIDI, Antonio. (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para IberoAmérica*. Ciudad de Mexico: Editorial Porrúa Sa, 2004.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na administração pública e seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

PATTON, Bruce; FISCHER, Roger; URY, William. *Como chegar ao sim*. A negociação de acordos sem concessões. Projeto de negociação da Harvard Law School. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

PIZZORUSSO, Alessandro. Interessi pubblico e interessi pubblici. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1-2, 1972.

PORTALIS, Jean Étienne Marie. *Discurso preliminar al código civil francés*. Madri: Civitas, 1997.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Anotações sobre a execução do compromisso de ajustamento de conduta. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Execução civil – estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 117-125.

_____. Anotações sobre o reexame necessário em sede de ação civil pública. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 1 n. 1, 2001.

_____. O compromisso de ajustamento de conduta na visão dos Tribunais Superiores. In: *18º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental*, São Paulo. Licenciamento, ética e sustentabilidade, 2013.

_____. Princípios do ajustamento de conduta. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio; TORRES, Silvia Faber (supervisora) (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: 2011, p. 52-72.

_____. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 215-263.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SÓJKA-ZIELIŃSKA, Katarzyna. Verbete Codificação. In: ARNAUD, André-Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In:

GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

URY, William; PATTON, Bruce; FISCHER, Roger. *Como chegar ao sim. A negociação de acordos sem concessões*. Projeto de negociação da Harvard Law School. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

Obra composta em Adobe Caslon Pro e ITC Franklin
Gothic Std e impressa em papel offset 90g/m² pela
Gráfica e Editora Ideal Ltda. – Brasília-DF.
<ideal@idealgrafica.com.br>