

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 2



Brasília-DF
2016

REFLEXÕES SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Uma publicação da ESMPU

SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2ª 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

Novo Código de Processo Civil e atuação do Conselho Nacional de Justiça Guilherme Calmon Nogueira da Gama.....	21
Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos João Paulo Lordelo Guimarães Tavares	59
Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015): conceito e limites objetivos Luiz Dellore	85
A sistemática da tutela de urgência no novo Código de Processo Civil Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandes	111
O princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil como fonte de deveres da “comunidade comunicativa” e instrumento de vedação ao abuso dos direitos processuais Marcelo Ribeiro de Oliveira	139
A causa de pedir no Código de Processo Civil de 2015 Monique Cheker	177
Reflexões do novo Código de Processo Civil na distribuição do ônus da prova em matéria ambiental Pablo Coutinho Barreto	199
Aplicação supletiva e subsidiária: impacto nos processos eleitorais Patrick Salgado Martins	225

APRESENTAÇÃO

A distribuição dinâmica do ônus da prova Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior	239
O novo Código de Processo Civil e o Código Civil brasileiro: uma relação de cooperação Renata Domingues Balbino Munhoz Soares	303
A disciplina das astreintes no novo CPC: avanços e retrocessos Ricardo Magalhães de Mendonça	315
O novo Código de Processo Civil e a defesa do patrimônio público Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior	337
A teoria geral do novo processo Werton Magalhães Costa	357

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

panorama, 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 Cerezo 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

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

1 Conselho Nacional de Justiça: dez anos de existência. 2 Renovação do direito processual e o advento do novo Código de Processo Civil. 3 O novo Código de Processo Civil e o Conselho Nacional de Justiça. 4 Nota conclusiva.

1 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: DEZ ANOS DE EXISTÊNCIA

O Poder Judiciário e a magistratura brasileira, no período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, necessitavam de um órgão que pudesse centralizar a elaboração e o desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao sistema de justiça e que não dependesse da interferência dos Poderes Executivo e Legislativo brasileiros, diante do quadro cada vez mais preocupante da massificação, da maior complexidade e da ampla diversidade de demandas levadas ao conhecimento dos órgãos do Poder Judiciário. Além de tais aspectos, no período anterior a 2004, houve certa “leniência” do Poder Judiciário, com seus integrantes a ensejar a formação de uma “percepção da sociedade” de que os magistrados seriam “deuses inatingíveis”¹.

Entre as ondas do direito processual relacionadas ao acesso à justiça, alcançou-se o momento da busca de atingimento da maior eficiência da atividade jurisdicional e, simultaneamente, do caminho da efetividade dos direitos fundamentais e dos direitos humanos na perspectiva de sua concretização na realidade dos fatos. Entre as alternativas

1 PELEJA JÚNIOR, *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*, p. 107 e 113.

para buscar soluções aos problemas identificados na realidade do sistema de justiça, o Poder Constituinte Derivado brasileiro optou pela criação de um órgão central que pudesse desenvolver políticas públicas voltadas ao aperfeiçoamento do funcionamento da máquina judiciária e do sistema de justiça como um todo, e o fez por intermédio da previsão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu novas normas na Constituição Federal de 1988. O Conselho Nacional de Justiça passou a ser um órgão de controle e fiscalização do Poder Judiciário brasileiro, instituído no âmbito da denominada Reforma do Judiciário², estando o rol de suas atribuições previsto no art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal.

Após o decurso de dez anos do início de seu funcionamento, o Conselho Nacional de Justiça se consolidou como órgão fundamental e necessário na estrutura do Poder Judiciário brasileiro e no funcionamento do sistema de justiça, sendo várias as conquistas obtidas durante o período de tempo assinalado, como se constata, exemplificativamente, nos temas relacionados à concretização dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (CF, art. 37) – aplicáveis ao Poder Judiciário e aos magistrados como ocupantes de cargos públicos –, à realização de concursos para preenchimento das vagas dos cartórios de registros e de notas em todos os Estados da Federação brasileira, ao monitoramento e fiscalização do sistema de execução penal e do sistema das medidas socioeducativas dos adolescentes em conflito com a lei, à modernização do processo com a implantação do processo judicial eletrônico e outros instrumentos tecnológicos para imprimir maior celeridade à solução dos litígios ou à sua prevenção, à melhoria do funcionamento do sistema de precatórios, ao estímulo dos métodos e técnicas consensuais de solução de conflitos, entre outros assuntos já tratados e desenvolvidos no âmbito do CNJ.

2 SOUZA, *Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura*, p. 56.

Ultrapassada a fase inicial de questionamento a respeito da constitucionalidade das normas introduzidas pela EC n. 45/2004 na Constituição Federal de 1988 sobre a criação do CNJ – debatida e decidida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.367-1/DF³ –, da sua atuação no âmbito do controle administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário e da magistratura – e, portanto, sem atividade jurisdicional⁴ –, do fato de o STF não ser instância revisora das deliberações do CNJ, especialmente quando não altera ou revê os atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário⁵, do fato de o CNJ poder editar atos normativos primários e, por isso, suscetíveis de controle de constitucionalidade em Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo STF⁶ e da atuação originária ou concorrente da Corregedoria Nacional de Justiça no exercício do poder disciplinar sobre

3 Da ementa do julgado destaca-se o seguinte trecho: “São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário Nacional” (Pleno do STF, relator min. Cezar Peluso, julgada em 13.4.2005).

4 STF, Pleno, Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 28.598-DF, rel. min. Celso de Mello. Da ementa deste julgado extrai-se o seguinte trecho: “O Conselho Nacional de Justiça não dispõe, constitucionalmente, de competência para apreciar ou rever matéria de conteúdo jurisdicional”. No mesmo sentido do texto: SOUZA, *Conflito de atribuições ...*, p. 85.

5 STF, Mandado de Segurança n. 27.026-SP, rel. min. Carmen Lúcia, julgado em 3.11.2010, destacando-se o seguinte trecho da ementa: “Impossibilidade de se transformar o Supremo Tribunal Federal em instância revisora das decisões administrativas do Conselho Nacional de Justiça”.

6 STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, rel. min. Carlos Britto, julgado em 16.2.2006, com destaque para o seguinte trecho da ementa: “A Resolução n. 07/05 se dota de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade”.

magistrados⁷, entre outros temas já apreciados na mais alta Corte brasileira, certo é que a atuação do Conselho Nacional de Justiça tem servido para, cada vez mais, fazer implementar os princípios constitucionais que regem a Administração Pública brasileira no âmbito do Poder Judiciário.

Com base na Constituição Federal, são várias as atribuições do Conselho Nacional de Justiça, sendo sua principal missão garantir a independência do Poder Judiciário⁸. Nos termos do art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal, compete ao CNJ exercer o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário e o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, tendo atribuições de planejamento, de controle administrativo, de ouvidoria, correicionais, disciplinares e sancionatórias, e de informação e proposição, de acordo com as lições doutrinárias de JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO⁹. O CNJ atua sob a perspectiva de **macroprocessos**, em consideração às suas linhas de atuação e, assim: a) julga processos disciplinares e realiza o controle dos atos administrativos do Poder Judiciário; b) expedir atos normativos que implementam os princípios da Administração Pública no Poder Judiciário; c) promove estudos e diagnósticos sobre o sistema de justiça; d) promove a comunicação institucional e a interlocução entre os órgãos do Poder Judiciário; e) contribui para o aperfeiçoamento dos recursos humanos do Poder Judiciário; f) gere a estratégia nacional do Poder Judiciário; g) promove iniciativas de modernização do Poder Judiciário; h) promove ações

7 STF, Medida Cautelar n. 4.638-DF, rel. min. Marco Aurélio, julgado em 8.2.2012, destacando-se o seguinte trecho da certidão de julgamento: “[...] a competência correicional do CNJ é de natureza material ou administrativa comum, nos termos do art. 23, I, da Constituição Federal, tal como aquela desempenhada pelas corregedorias dos tribunais, cujo exercício depende de decisão motivada para afastar a competência disciplinar destes, nas situações anômalas caracterizadas no voto do Ministro Celso de Mello no MS 28.799/DF”.

8 SAMPAIO, *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*, p. 273.

9 *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*, p. 274-303.

de acesso à justiça e à cidadania; i) realiza controle orçamentário, financeiro e de pessoal do Poder Judiciário; j) realiza correições, inspeções e sindicâncias em órgãos do Poder Judiciário; k) acompanha e fiscaliza o sistema carcerário e de execução de penas alternativas¹⁰.

Há comando constitucional no sentido de o CNJ adotar medidas destinadas a zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura. O CNJ foi concebido para reformular o quadro do Poder Judiciário e da magistratura brasileira, especialmente no que tange ao controle e à transparência administrativa e processual¹¹. Devido à busca de efetivação para garantir a autonomia do Poder Judiciário, o CNJ deve atuar como gestor estratégico dos recursos administrativos, humanos, logísticos e financeiros do Poder Judiciário e, assim, desenvolver o planejamento estratégico com identificação dos planos de metas e medidas para incrementar a eficiência, racionalizar rotinas e práticas, aumentar a produtividade do sistema de justiça e efetivar o maior acesso à justiça¹². De modo a cumprir suas atribuições, o CNJ promove estudos e pesquisas para reunir e consolidar informações e dados sobre os diferentes ramos do Poder Judiciário, as diversas instâncias da jurisdição e, assim, consegue identificar deficiências gerais e/ou específicas dos órgãos do Poder Judiciário, os “pontos de estrangulamento, as sobrecargas e os desperdícios de tempo e disponibilidades”¹³. Nesse mister, o CNJ deve utilizar os mecanismos necessários para impedir qualquer tipo de ingerência indevida ou cooptação neutralizante do exercício da atividade jurisdicional quanto à atuação imparcial dos magistrados para tutelar direitos e promover garantias aos jurisdicionados.

10 SOUZA, *Conflito de atribuições...*, p. 59.

11 PELEJA JÚNIOR, *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*, p. 122.

12 Conforme previsto no art. 19, XIII, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça.

13 SAMPAIO, *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*, p. 275.

O poder regulamentar do CNJ envolve a disciplina interna do funcionamento de suas atividades (art. 5º, § 2º, da EC n. 45/2004) – inclusive quanto à aprovação e alteração de seu Regimento Interno – e o detalhamento da execução das normas constantes do Estatuto da Magistratura, não podendo, contudo, inovar na ordem jurídica. A fonte do poder regulamentar do CNJ é a Constituição Federal, sendo também possível norma infraconstitucional assim atuar, como no exemplo da Lei n. 12.106/2009, que criou o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e que prevê a fiscalização do cumprimento das resoluções e recomendações do CNJ quanto às prisões provisórias e definitivas, medidas de segurança e medidas de internação de adolescentes (art. 1º, § 1º, I). Conforme observação doutrinária, o CNJ atua *além do poder regulamentar*, pois consoante julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, tal órgão tem a competência implícita de elaborar e impor atos normativos com os atributos da generalidade, impessoalidade e abstratividade, relativamente às matérias de sua competência expressamente prevista constitucionalmente¹⁴. Reconheceu-se ao CNJ o poder de editar normas abstratas que podem até prevalecer sobre normas anteriormente editadas pelo Poder Legislativo: “concedeu-se a um órgão de atuação administrativa o poder de elaborar leis”¹⁵, ainda que o tema seja polêmico até hoje.

No campo das **atribuições mandamentais**, cabe ao CNJ recomendar providências aos tribunais e demais órgãos e, assim, ordenar medidas de cunho administrativo para os integrantes do Poder Judiciário, podendo estabelecer sanções cabíveis para a eventualidade do descumprimento de tais ordens por parte da autoridade judiciária competente. No seu âmbito interno, o CNJ exerce sua própria administração e gestão e, desse modo, tem o poder de elaborar seu regimento interno, editar

14 PELEJA JÚNIOR, *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*, p. 143.

15 PELEJA JÚNIOR, *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*, p. 149.

suas portarias e ordens de serviço, prover os cargos necessários à sua administração, realizar as promoções funcionais, entre outras providências inerentes à **economia interna**.

No segmento das atribuições de controle administrativo e financeiro, o CNJ deve zelar para que os órgãos do Poder Judiciário e os serviços registrares e notariais observem os princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. O CNJ é instância de controle da juridicidade dos atos administrativos realizados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, desde que o faça dentro do prazo de cinco anos e, assim, poderá desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que sejam adotadas as medidas e providências necessárias ao exato cumprimento do ordenamento jurídico a respeito de tais atos¹⁶.

O CNJ também desenvolve atribuições de Ouvidoria do Poder Judiciário e, assim, qualquer pessoa ou autoridade pública pode representar ao CNJ contra os magistrados, servidores, registradores, notários ou órgãos do Poder Judiciário, em razão de atos ou atividades que eles praticaram ou desenvolveram e que não se encaixam no perfil das ações e atividades que tais pessoas ou órgãos deveriam realizar. Entre as atribuições correicionais e disciplinares, o CNJ pode realizar inspeções, correições e visitas a tribunais, órgãos do Poder Judiciário de qualquer instância (ressalvado o STF) e, em constatando possível falta funcional de qualquer magistrado, poderá instaurar sindicâncias e processos administrativos disciplinares para o fim de apuração dos fatos e, se for o caso, aplicação das sanções cabíveis.

Finalmente, no âmbito das atribuições informativa e propositiva, cabe ao CNJ elaborar e apresentar dois tipos de relatórios: a) semestral, que reúne os dados estatísticos sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes ramos e órgãos do Poder Judiciário; b) anual, que congrega a situação do Poder Judiciário brasi-

16 SAMPAIO, *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*, p. 288.

leiro e as atividades desenvolvidas pelo CNJ, o qual deverá integrar a mensagem do Presidente do STF e ser remetido ao Congresso Nacional.

A principal missão do CNJ é a de contribuir para que a atividade jurisdicional seja desenvolvida com moralidade, transparência, eficiência e efetividade, em prol da sociedade civil e do Estado brasileiro. As diretrizes traçadas para atuação do CNJ envolvem o planejamento estratégico e a proposição de políticas judiciárias, a modernização tecnológica do Poder Judiciário, a ampliação do acesso à justiça, da pacificação e da responsabilidade social, a garantia do efetivo respeito às liberdades públicas e às garantias penais e processuais penais.

2 RENOVAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No mundo em geral, há alguns anos, vem-se realizando debate a respeito da necessária renovação do processo e da jurisdição, uma vez que “uma justiça fechada, isolada ou corporativa, não se coaduna com os postulados de uma sociedade pluralista”¹⁷, na qual os cidadãos participam efetivamente e escolhem os rumos do regime democrático. O tema do acesso à justiça vem recebendo contornos mais seguros e concretos, de modo a ser tratado como “o mais básico dos direitos humanos”, na busca de se alcançar um sistema judicial moderno e igualitário que não apenas proclame os direitos das pessoas, mas busque dar a eles concretude e efetividade.

A demora na solução efetiva do litígio gera um aumento dos custos para as partes litigantes e, normalmente, acaba por pressionar e constringer as pessoas mais vulneráveis, sob a perspectiva social e econômica, a “aceitarem” acordos bastante distantes do real bem jurídico que teriam direito a receber como resposta jurisdicional. Conforme sustenta MAURO CAPPELLETTI, entre as ondas de acesso à justiça, a terceira é aquela que não recebe o novo e provoca modificações estruturais no

17 PELEJA JÚNIOR, *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*, p. 25.

Poder Judiciário, no processo e no procedimento, de modo a rumarem em direção à celeridade, eficiência e, por via de consequência, à melhor prestação jurisdicional¹⁸.

O Direito Processual Civil já passou por algumas fases no seu desenvolvimento como segmento da Ciência do Direito, tendo atingido a fase instrumentalista, na qual se busca descobrir meios e mecanismos de melhoria do exercício da prestação jurisdicional para torná-la mais segura e, se possível, mais célere e próxima da concepção ideal de justiça. Assim, o processo não pode ser encarado como um fim em si mesmo, mas como meio de atuação da vontade concreta do direito objetivo. E há a perspectiva do movimento utilitarista do direito processual, que considera que o processo civil deve ser útil em seus resultados sob a ótica dos jurisdicionados, daí a razão pela qual se busca a racionalização, a simplificação e efetividade do processo¹⁹.

Uma das perspectivas mais contemporâneas relacionada ao processo é a busca da efetividade da solução jurisdicional, não apenas com a prolação de decisões justas em tempo razoável mas também sua efetivação: “a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é uma justiça inacessível, porque o tempo é um inimigo contra o qual o juiz luta sem cessar”²⁰. A duração razoável do processo – atualmente alçada a direito fundamental instrumental na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXVIII) – exige uma conduta estatal positiva para sua implementação e, nesse contexto, reconhece-se a existência do direito ao acesso efetivo à justiça como de importância capital entre os novos direitos fundamentais de caráter social²¹.

18 CAPPELLETTI, *Proceso, ideologias y sociedad*, tomo II, p. 76-77. No mesmo sentido: PELEJA JÚNIOR, *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*, p. 26.

19 PELEJA JÚNIOR, *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*, p. 33-34.

20 PELEJA JÚNIOR, *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*, p. 274.

21 PELEJA JÚNIOR, *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*, p. 287.

Por efetividade da jurisdição entende-se não a tutela jurisdicional célere, baseada em cognição sumária não exauriente da lide, mas sim a tutela que permita a concretização segura e sem instabilidade dos direitos, em cognição exauriente e em consonância com a duração razoável do processo. Desse modo, a duração razoável, traduzindo-se em efetividade das decisões judiciais, é meta a ser buscada pelo Poder Judiciário, que se desincumbirá de sua missão com o aperfeiçoamento dos seus integrantes – magistrados e servidores –, a padronização de procedimentos e rotinas, o amplo acesso à tecnologia que permita maior celeridade na comunicação dos atos processuais e na sua realização, bem como a efetivação de modificações estruturais no Poder Judiciário, no processo e no procedimento²².

A Lei n. 13.105, de 16.3.2015 – doravante denominada novo Código de Processo Civil (novo CPC) – foi editada no bojo dos movimentos de maior acesso à ordem jurídica justa e, assim, buscou apreender alguns fenômenos que se desenvolvem no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, entre os quais a busca de efetividade do processo e da jurisdição, em consonância com a implementação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, por meio da aplicação das normas processuais.

O objetivo deste trabalho consiste em proceder à análise de dispositivos introduzidos pelo novo CPC que se relacionem à atuação do Conselho Nacional de Justiça na busca da efetividade do processo. Para tanto, houve a preocupação de identificar as referências expressas ao CNJ contidas em normas jurídicas do novo CPC.

3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, pode-se apresentar o rol de dispositivos legais do novo CPC que se referem expressamente à atuação do Conselho Nacional de Justiça e que impactam a jurisdição e o processo: arts. 12, § 2º,

²² PELEJA JÚNIOR, *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*, p. 298 e 300.

VII; 95, § 3º, II; 165, § 1º; 167, § 1º; 169; 196; 235; 257, II; 454, III; 509, § 3º; 741; 745; 746, § 2º; 755, § 3º; 756, § 3º; 837; 882, § 1º; 979, *caput* e § 1º; e 1.069. O rol totaliza dezenove dispositivos legais que remetem à atuação do Conselho Nacional de Justiça a realização de alguma providência, ação ou atividade, de modo a permitir que haja o cumprimento da sua missão principal e, conseqüentemente, seja aperfeiçoado o sistema de justiça civil – além de também ser aplicável ao sistema de justiça penal subsidiariamente (CPP, art. 3º).

É oportuno que sejam destacados os referidos dispositivos para permitir a análise mais minuciosa dos impactos que as atividades do Conselho Nacional de Justiça produzirão no novo modelo de processo concebido pela Lei n. 13.105/2015.

a) Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º Estão excluídos da regra do *caput*:

I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II – o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

IV – as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;

V – o julgamento de embargos de declaração;

VI – o julgamento de agravo interno;

VII – as preferências legais e as **metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça**;

VIII – os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;

IX – a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§ 3º Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§ 4º Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

§ 5º Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§ 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º, ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:

I – tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;

II – se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II [grifo nosso].

Conforme se verifica da leitura do art. 12 do novo CPC, há a imposição de critérios objetivos para a gestão do acervo processual do juízo ou órgão do tribunal, de modo a encerrar o processo com a prolação de sentença ou do acórdão, em observância à “ordem cronológica de conclusão” dos autos para a prática do ato do julgamento da lide, devendo ser formada uma lista de autos prontos para julgamento que, inclusive, será publicizada em cartório e na Internet (preferencialmente no sítio eletrônico do tribunal ou da primeira instância). Privilegia-se, assim, a transparência quanto à atuação do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, estimula-se a concretização da razoável duração do processo sob a ótica individual²³.

O § 2º do art. 12 do novo CPC autoriza a inobservância da ordem legal “cronológica de conclusão” quando se tratar – entre outros – de casos sujeitos às metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça no bojo do planejamento estratégico do Poder Judiciário com o estabelecimento das metas anuais, de modo a permitir a maior eficiência, racionalização e produtividade do sistema de justiça. Trata-se de valorizar a

23 WAMBIER et al., *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 70.

atribuição de planejamento do Conselho Nacional de Justiça, em perfeita sintonia com a previsão contida no art. 19, XIII, do Regimento Interno do CNJ, que prevê o planejamento estratégico com o estabelecimento de metas e programas de avaliação institucional do Poder Judiciário. Confira-se a importância das definições de metas feitas pelo CNJ que, a partir da vigência do novo CPC, passam a produzir consequências fundamentais na atividade jurisdicional, a ponto de excepcionar a ordem legal de julgamento no âmbito da jurisdição civil.

b) Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

§ 1º O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente.

§ 2º A quantia recolhida em depósito bancário à ordem do juízo será corrigida monetariamente e paga de acordo com o art. 465, § 4º.

§ 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade do beneficiário de gratuidade de justiça, ela poderá ser:

I – custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;

II – paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme **tabela** do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, **do Conselho Nacional de Justiça**.

§ 4º Na hipótese do § 3º, o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura do órgão público, observando-se, caso o responsável pelo pagamento das despesas seja beneficiário de gratuidade de justiça, o disposto no art. 98, § 2º.

§ 5º Para fins de aplicação do § 3º, é vedada a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública [grifos nossos].

O art. 95 do novo CPC trata das questões referentes ao custeio dos valores devidos ao perito e ao assistente técnico para que seja viável a produção da prova pericial nas causas em que ela seja necessária para o deslinde do litígio. A respeito da questão, manteve-se parcialmente a regra anterior para atribuir a responsabilidade pelo adiantamento do pagamento da remuneração do assistente técnico à parte que o indicou, da remuneração do perito a quem requereu a realização da perícia, ou a ambas as partes se a perícia for determinada de ofício pelo juiz ou requerida pelas partes.

Relativamente à atuação do CNJ, o art. 95, § 3º, prevê que, em se tratando de responsabilidade do adiantamento da remuneração do assistente técnico ou do perito a cargo de beneficiário de gratuidade de justiça, duas alternativas podem se verificar: a) seu custeio será feito com recursos públicos oriundos do orçamento do Poder Judiciário quando a perícia for realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado; b) seu custeio será feito com recursos da União, Estados ou Distrito Federal quando a perícia for realizada por particular. Neste caso, o valor será fixado em conformidade com a tabela do tribunal respectivo ou, se não houver previsão, com a tabela do Conselho Nacional de Justiça.

Nesse tema, relacionado à produção de prova pericial nos autos de demanda que exige conhecimentos técnicos e bastante especializados, a atividade do Conselho Nacional de Justiça será a de suprir a lacuna deixada pelo tribunal a que o juiz, desembargador ou ministro está vinculado, para o fim de estabelecer os valores de retribuição ao perito particular com base em critérios objetivos nos casos em que a parte requerente da produção da prova pericial for beneficiária da gratuidade de justiça.

É fundamental que o CNJ promova estudos e levantamentos periódicos que permitam não apenas divulgar a tabela de retribuição aos peritos privados, de modo a suprir a lacuna dos tribunais na tarefa da fixação de tais valores por tabela local ou regional, mas também providenciar suas alterações e atualizações periódicas em razão dos acontecimen-

tos, conforme a evolução dos conhecimentos técnicos e especializados, bem como às mudanças econômicas ocorridas no País.

- c) Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as **normas do Conselho Nacional de Justiça**.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos [grifo nosso].

O novo CPC introduz algumas regras voltadas à solução consensual dos conflitos em razão de nítida influência do projeto “Movimento pela Conciliação”, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça. Esse projeto vem-se destacando desde a sua criação, inclusive com a realização da Semana Nacional de Conciliação, que normalmente ocorre no mês de dezembro de cada ano, próximo ao **Dia da Justiça** (8 de dezembro). E os arts. de 165 a 175 do novo CPC foram inspirados na Resolução n. 125/2010 do CNJ, que previu exatamente a obrigatoriedade de os tribunais instalarem os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e criarem os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Assim, devido à criação e instalação do Conselho Nacional de Justiça, houve incremento dos métodos de autocomposição dos

interesses em conflito a partir da adoção da política nacional de tratamento adequado dos litígios no âmbito do Poder Judiciário²⁴.

O novo CPC encampa o projeto desenvolvido pelo CNJ no âmbito da política de tratamento adequado dos conflitos por meio dos métodos e práticas vinculados à solução consensual e, assim, estimula que haja a autocomposição, mesmo que o processo tenha sido instaurado. O art. 165 do novo CPC impõe a criação dos centros judiciários voltados à solução consensual dos conflitos e prevê as atribuições de realização de sessões e audiências de mediação e de conciliação, bem como de desenvolvimento de projetos e programas destinados ao auxílio, treinamento e estímulo à autocomposição.

No âmbito do poder normativo do CNJ, o § 1º do art. 165 do novo CPC prevê que caberá ao Conselho Nacional de Justiça disciplinar questões referentes aos centros judiciários, devendo sua composição e organização ser definidas pelo respectivo tribunal. Na realidade, o dispositivo legal tem o importante papel de reconhecer a autocomposição também como atividade a ser desenvolvida e estimulada pelo Poder Judiciário, não sendo necessário que já tenha sido instaurado processo para que os centros judiciários possam atuar nas atividades de conciliação e mediação pré-processuais, como já vem acontecendo na realidade dos tribunais e dos órgãos de primeira instância.

- d) Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo **Conselho Nacional de Justiça** em conjunto com o

Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§ 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e de mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste capítulo [grifo nosso].

Duas atribuições relacionadas à atuação do Conselho Nacional de Justiça vêm previstas no art. 167 do novo CPC: a) definição do parâmetro curricular para capacitação mínima da pessoa para ser conciliadora ou mediadora; b) criação e manutenção de cadastro nacional para fins de registro dos profissionais habilitados como conciliadores e mediadores, com previsão da área de atuação profissional.

O art. 167 do novo CPC mais uma vez enfatiza a importância da atuação do Conselho Nacional de Justiça na questão referente à capa-

24 WAMBIER et al., *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 309.

citação dos profissionais que atuarão como conciliadores e/ou mediadores. Cabe ao CNJ, juntamente com o Ministério da Justiça – por intermédio da Secretaria da Reforma do Judiciário –, estabelecer regras para o parâmetro curricular dos cursos de formação inicial e avançada em matéria de conciliação e de mediação e, assim, permitir a avaliação das solicitações de credenciamento dos cursos pelas entidades interessadas (§ 1º do art. 167 do novo CPC). Na realidade, no que tange à capacitação de profissionais conciliadores e/ou mediadores, o CNJ elaborará normas para fixação do parâmetro curricular dos cursos, juntamente com a Secretaria da Reforma do Judiciário, e também avaliará as solicitações feitas pelas entidades interessadas para que possam credenciar-se na oferta dos cursos de formação de conciliadores e de mediadores. Tais entidades poderão ser pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado, ou mesmo pessoas jurídicas de direito público, bem como órgãos, setores de capacitação e treinamento vinculados ao Poder Judiciário, inclusive as Escolas da Magistratura.

Relativamente à criação e manutenção do cadastro nacional de conciliadores e mediadores, o CNJ deverá atuar em parceria com os tribunais de justiça e os tribunais regionais federais – inclusive os trabalhistas –, de modo a estabelecer rotinas voltadas ao deferimento (ou não) das solicitações de registro, apontando os requisitos, as áreas profissionais de atuação dos conciliadores e mediadores registrados, entre outras informações que deverão constar dos bancos de dados – nacional, estaduais e regionais.

Um aspecto positivo quanto à publicidade dos dados estatísticos referentes à atuação dos conciliadores e mediadores é que haverá uma “forma de controle externo” e a transparência das funções por eles exercidas²⁵.

- e) Art. 169. Reservada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo **Conselho Nacional de Justiça**.

25 WAMBIER et al., *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 316.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento [grifo nosso].

O art. 169 do novo CPC também atribui ao Conselho Nacional de Justiça mais uma tarefa em matéria da política nacional de solução consensual e adequada dos conflitos – por meio da conciliação e da mediação –, que é a fixação de parâmetros para que os tribunais elaborem suas respectivas tabelas de remuneração para os conciliadores e mediadores que não são servidores integrantes do quadro próprio funcional de conciliadores e mediadores do Poder Judiciário (art. 167, § 6º, do novo CPC) e que não desenvolvem suas atividades como trabalho voluntário (art. 169, § 1º, do novo CPC e, Lei n. 9.608/1998).

Com base no cadastro nacional e nos cadastros estaduais e regionais das pessoas registradas como conciliadoras e/ou mediadoras, o tribunal ou o juiz monocrático poderá fixar o valor da retribuição devida ao conciliador ou mediador que atuou em determinado caso, levando em conta a tabela de remuneração fixada pelo tribunal, com fundamentos nos parâmetros estabelecidos pelo CNJ. E, no tocante a tais parâmetros, também caberá ao CNJ fixar diretrizes a respeito do percentual de audiências e sessões não remuneradas que as câmaras privadas de conciliação e mediação deverão realizar, de modo a atender aos casos de beneficiários de gratuidade da justiça como espécie de contrapartida pelo credenciamento de tais câmaras junto aos tribunais de justiça e aos tribunais regionais federais.

- f) Art. 196. Compete ao **Conselho Nacional de Justiça** e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de

atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código [grifo nosso].

O dispositivo ora comentado também se revela importante no processo de modernização por que passa o Poder Judiciário brasileiro, especialmente diante das inovações tecnológicas e da necessidade de se buscar mecanismo de maior celeridade e efetividade no processo.

O art. 196 do novo CPC se insere na seção que trata da “prática eletrônica de atos processuais” e, por isso, se revela em perfeita sintonia com a política do Conselho Nacional de Justiça no sentido da virtualização dos processos, permitindo que o suporte físico dos autos seja substituído pelo suporte eletrônico (ou virtual), de modo a tornar mais eficiente, racional e produtiva a atividade jurisdicional e, ao mesmo tempo, contribuir para o desenvolvimento sustentável do País por meio de medidas que tenham menor impacto ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225).

Duas são as atribuições principais do CNJ em matéria dos atos processuais eletrônicos: a) deve regulamentar, em termos gerais, a prática dos atos processuais e da sua comunicação oficial por meio eletrônico; b) deve velar pela compatibilidade dos sistemas de informática e, assim, disciplinar a incorporação progressiva de novos avanços da tecnologia, editando os atos necessários – inclusive de execução da política pública de virtualização do processo –, em consonância com as normas fundamentais do novo Código de Processo Civil. Observa-se o reforço do poder normativo do CNJ na disciplina sobre os atos processuais eletrônicos – inclusive os atos de comunicação, tais como as citações, as intimações, as notificações, entre outros – e a respeito das inovações tecnológicas que impactem o processo judicial eletrônico, atendendo às normas do novo CPC relacionadas aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Além disso, o CNJ deve tomar as providências necessárias para assegurar a compatibilidade dos sistemas informatizados dos vários tribunais, de forma que haja interoperabilidade entre eles, ou seja, é necessário que os sistemas eletrônicos se “comuniquem”, de modo a permitir o acesso ao processo eletrônico e, também, a prática de atos processuais por diferentes sistemas informatizados. Assim, por exemplo, o processo judicial eletrônico que tramita perante a primeira instância da justiça estadual – em caso de competência delegada – poderá ser aproveitado no âmbito do tribunal regional federal que conhecerá e julgará o recurso interposto contra decisão interlocutória ou sentença proferida pelo juiz de direito. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça terá condições de processar o recurso especial oriundo de qualquer um dos trinta e dois tribunais brasileiros que congregam as Justiças Estaduais e a Justiça Federal.

A exigência legal é que sejam empregados padrões abertos no processo eletrônico, de modo a permitir que haja interoperabilidade entre os sistemas de informática²⁶.

g) Art. 235. Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do tribunal ou ao **Conselho Nacional de Justiça** contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno.

§ 1º Distribuída a representação ao órgão competente e ouvido previamente o juiz, não sendo caso de arquivamento liminar, será instaurado procedimento para apuração de responsabilidade, com intimação do representado por meio eletrônico para, querendo, apresentar justificativa no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º Sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis, em até 48 (quarenta e oito) horas após a apresentação ou não da justificativa de que trata o § 1º, se for o caso, o corregedor do tribunal ou o relator do Conselho Nacional de Justiça determinará a intimação do representado por meio eletrônico para que, em 10 (dez) dias, pratique o ato [grifo nosso].

26 WAMBIER et al., *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 361.

O art. 235 do novo CPC introduz regra a respeito do poder correicional das corregedorias dos tribunais e, concorrentemente, do Conselho Nacional de Justiça. Trata-se da hipótese de representação contra o magistrado que excedeu injustificadamente o prazo para a prática de ato processual a seu cargo – despacho, decisão, sentença, realização da audiência, realização de sessão de julgamento ou mesmo lavratura de acórdão no tribunal. Qualquer das partes em juízo, o órgão do Ministério Público ou o órgão da Defensoria Pública poderá representar o magistrado por excesso injustificado de prazo e, assim, a corregedoria estadual ou regional ou o relator do procedimento da representação no Conselho Nacional de Justiça poderão agir a partir da representação formulada. Além dos prazos legais, há prazos estabelecidos nos regimentos internos dos tribunais e em certos atos normativos – denominados de regulamentos – para os magistrados.

Cuida-se de matéria afeta à competência do CNJ no controle do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados. Como se sabe, a demora na prática de certos atos jurisdicionais poderá ser bastante maléfica para determinada parte no caso concreto. Conforme já abordado neste trabalho, o STF já teve oportunidade de reconhecer a competência concorrente da Corregedoria Nacional de Justiça – relativamente às corregedorias estaduais e regionais – nas sindicâncias e nos processos administrativos disciplinares a que responde o magistrado requerido. Também nos casos de representação por excesso de prazo, o CNJ tem atribuição de conhecer e promover medidas concretas, de modo a fazer cessar o atraso injustificado no exercício da função jurisdicional.

Assim, após a distribuição da representação no CNJ a um dos conselheiros, o magistrado será instado a se manifestar e, se não for caso de arquivamento liminar da representação, haverá a instauração de procedimento de representação no qual o magistrado será intimado por meio eletrônico para ainda poder apresentar justificativa no prazo de quinze dias. Independentemente do desfecho no campo administrativo-

-disciplinar, poderá o relator do CNJ impor ao magistrado representado, por comunicação feita eletronicamente, que seja praticado o ato no prazo de dez dias (§ 2º do art. 235 do novo CPC).

Dessa forma, respeitada a natureza do CNJ como órgão do Poder Judiciário, mas que não exerce função jurisdicional, é admitida a imposição de medida para que o magistrado pratique o ato que ainda não havia sido praticado por atraso injustificado e, logicamente, seu descumprimento poderá ensejar instauração de outro procedimento – sindicância – na Corregedoria Nacional de Justiça por inobservância de determinação do conselheiro do CNJ nos autos da representação. Caso persista a inércia do magistrado, poderá haver a remessa dos autos judiciais ao substituto legal do magistrado representado para que seja praticado o ato judicial, ou seja, a regra visa a acabar com as “zonas mortais processuais”²⁷, pondo fim a situações nas quais os autos conclusos dormitam nos escaninhos ou nas estantes virtuais à espera da sentença, acórdão ou mesmo de simples despacho ou de decisão interlocutória.

h) Art. 257. São requisitos da citação por edital:

I – a afirmação do autor ou a certidão do oficial informando a presença de circunstâncias autorizadoras;

II – a publicação do edital na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do **Conselho Nacional de Justiça**, que deve ser certificada nos autos;

III – a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, fluindo da data da publicação única ou, havendo mais de uma, da primeira;

IV – a advertência de que será nomeado curador especial em caso de revelia.

Parágrafo único. O juiz poderá determinar que a publicação do edital seja feita também em jornal local de ampla circulação ou por outros meios, considerando as peculiaridades da comarca, da seção ou da subseção judiciárias [grifo nosso].

27 WAMBIER et al., *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 403.

A regra contida no art. 257 do novo CPC cuida dos requisitos de validade da citação por edital quando se tratar de réu desconhecido ou incerto, ou quando for ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que o réu conhecido se encontrar, ou nos demais casos previstos em lei (novo CPC, art. 256). Naquilo que envolve a atuação do Conselho Nacional de Justiça, o art. 257 do novo CPC prevê que o edital será publicado na Internet, na página eletrônica do tribunal a que está vinculado o juízo de primeira instância ou o relator, e na plataforma eletrônica de editais do CNJ, devendo tais publicações serem certificadas nos autos.

De acordo com o novo Código de Processo Civil, o edital não será mais publicado necessariamente na imprensa oficial ou em jornal local ou regional. Será utilizada a rede mundial de computadores – a Internet – para sua publicação, devendo o tribunal e o CNJ incluírem o edital na página eletrônica e na plataforma de editais, respectivamente. O novo CPC não mais impõe a “custosa e ineficaz publicação física”²⁸ do edital em jornais, como era exigido no CPC/1973.

Não há, neste caso, qualquer atuação do CNJ no campo da atividade jurisdicional decisória, mas apenas a de servir operacionalmente com sua plataforma de editais para atender à finalidade da norma, que é permitir o conhecimento do citando ou do intimando a respeito do edital de citação ou de intimação. Cuida-se de mais uma atribuição de cunho operacional que o CNJ passa a ter que desempenhar, em perfeita sintonia com a noção de atuação integrada entre este Conselho e os tribunais para o aperfeiçoamento do sistema de justiça.

i) Art. 454. São inquiridos em sua residência ou onde exercem sua função:

[...]

III – os ministros do Supremo Tribunal Federal, os **conselheiros do Conselho Nacional de Justiça** e os ministros do Superior Tribunal

de Justiça, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União;

IV – [...]

§ 1º O juiz solicitará à autoridade que indique dia, hora e local a fim de ser inquirida, remetendo-lhe cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte que a arrolou como testemunha.

§ 2º Passado 1 (um) mês sem manifestação da autoridade, o juiz designará dia, hora e local para o depoimento, preferencialmente na sede do juízo.

§ 3º O juiz também designará dia, hora e local para o depoimento, quando a autoridade não comparecer, injustificadamente, à sessão agendada para a colheita de seu testemunho no dia, hora e local por ela mesma indicados [grifo nosso].

A regra do art. 454 do novo CPC apenas amplia o rol das autoridades públicas que gozam da prerrogativa de, na qualidade de testemunhas, serem inquiridas em sua residência ou onde exercem suas atividades e, assim, inclui os conselheiros do Conselho Nacional de Justiça (inciso III), logo em seguida aos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Na realidade, tal regra visa atualizar o rol das testemunhas que, na esfera do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo dos três entes da Federação brasileira – União, Estados federados/Distrito Federal e Municípios –, ocupam cargos ou exercem funções consideradas muito relevantes no cenário nacional, estadual ou local e, por isso, devem ter a prerrogativa da escolha do dia, horário e local de inquirição. Desse modo, o novo Código de Processo Civil contempla entre as testemunhas com prerrogativa de prestar depoimento em sua residência ou onde exercem suas funções os conselheiros do Conselho Nacional de Justiça. O mesmo ocorreu com a inclusão dos conselheiros do Conselho Nacional do Ministério Público e do Advogado Geral da União.

j) Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor:

²⁸ WAMBIER et al., *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 442.

I – por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação;

II – pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.

§ 1º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

§ 2º Quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, o credor poderá promover, desde logo, o cumprimento da sentença.

§ 3º O **Conselho Nacional de Justiça** desenvolverá e colocará à disposição dos interessados programa de atualização financeira.

§ 4º Na liquidação é vedado discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou [grifo nosso].

O art. 509 do novo CPC trata da liquidação da sentença que condenou uma das partes em quantia ilíquida e, assim, deverá ser seguido procedimento de liquidação por arbitramento (inciso I) ou procedimento comum de liquidação, ou por artigos (inciso II). A liquidação da sentença fica restrita aos casos em que o julgamento for ilíquido por absoluta falta de elementos suficientes para que sua liquidez seja desde logo afirmada²⁹.

Mais uma vez a atuação do Conselho Nacional de Justiça é prevista no segmento operacional, ou seja, o CNJ deve elaborar e manter à disposição dos interessados programa de atualização financeira para a apuração do valor devido a uma das partes, sem necessidade de arbitramento ou de ser alegado e provado fato novo. Cuida-se tão somente de colocar à disposição de qualquer das partes – credor ou devedor – sistema que permita o cálculo com correção monetária a partir dos parâmetros e critérios que devem ser utilizados na confecção da conta. O objetivo é,

29 WAMBIER et al., *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 837.

além da agilidade, que se evite a abertura de discussões a respeito do cabimento de determinado índice de atualização monetária da moeda³⁰.

Devido ao estímulo da racionalização e maior eficiência na atividade jurisdicional, o programa desenvolvido pelo CNJ provavelmente será eletrônico, de modo a permitir maior agilidade e efetividade na elaboração do cálculo, tal como já ocorre nas ferramentas eletrônicas disponibilizadas pelo CNJ a qualquer interessado no sistema de justiça penal – programas da calculadora da pena, da prescrição da pretensão punitiva, da prescrição da pretensão executória, entre outros.

k) Art. 741. Ultimada a arrecadação, o juiz mandará expedir edital, que será publicado na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do **Conselho Nacional de Justiça**, onde permanecerá por 3 (três) meses, ou, não havendo sítio, no órgão oficial e na imprensa da comarca, por 3 (três) vezes com intervalos de 1 (um) mês, para que os sucessores do falecido venham a habilitar-se no prazo de 6 (seis) meses contado da primeira publicação.

[...]

Art. 745. Feita a arrecadação, o juiz mandará publicar editais na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado e na plataforma de editais do **Conselho Nacional de Justiça**, onde permanecerá por 1 (um) ano, ou, não havendo sítio, no órgão oficial e na imprensa da comarca, durante 1 (um) ano, reproduzida de 2 (dois) em 2 (dois) meses, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens.

[...]

Art. 746. Recebendo do descobridor coisa alheia perdida, o juiz mandará lavrar o respectivo auto, do qual constará a descrição do bem e as declarações do descobridor.

[...]

§ 2º Depositada a coisa, o juiz mandará publicar edital na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver

30 WAMBIER et al., *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 838.

vinculado e na plataforma de editais do **Conselho Nacional de Justiça** ou, não havendo sítio, no órgão oficial e na imprensa da comarca, para que o dono ou o legítimo possuidor a reclame, salvo se se tratar de coisa de pequeno valor e não for possível a publicação no sítio do tribunal, caso em que o edital será apenas fixado no átrio do edifício do fórum.

[...]

Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

[...]

§ 3º A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do **Conselho Nacional de Justiça**, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.

Art. 756. Levantar-se-á a curatela quando cessar a causa que a determinou.

[...]

§ 3º Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e determinará a publicação da sentença, após o trânsito em julgado, na forma do **art. 755, § 3º**, ou, não sendo possível, na imprensa local e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, seguindo-se a averbação no registro de pessoas naturais [grifos nossos].

Os dispositivos ora comentados tratam de procedimentos de jurisdição voluntária que tramitam perante a justiça estadual, cujos resultados produzirão efeitos concretos em relação a terceiros e, por isso, os arts. 741, 745, 746, 755 e 756, todos do novo CPC, se referem à publicação de editais.

O art. 741 supracitado refere-se ao procedimento relacionado à herança jacente – e, portanto, sem herdeiros ou legatários conhecidos

em razão da morte do autor da herança. O art. 745 traz instruções sobre como proceder no caso de ausência do titular de determinado patrimônio e, portanto, se insere no procedimento que envolve as três fases do procedimento da ausência – curadoria dos bens do ausente, sucessão provisória e sucessão definitiva. O art. 746 cuida de regras relativas ao procedimento que será instaurado a partir da descoberta de coisas perdidas pelo seu proprietário ou legítimo possuidor. O art. 755 trata de regra inserida no procedimento referente à possível interdição de determinada pessoa, ao passo que o art. 756 se refere ao procedimento de levantamento da curatela nos casos em que cessar a causa que havia determinado a interdição, sendo possível também nos casos de redução da interdição.

Nos dispositivos citados, sem exceção, há expressa referência à atuação do Conselho Nacional de Justiça como órgão que manterá plataforma nacional de editais no seu sítio eletrônico e, assim, além de publicar em outros locais – de suporte físico (jornal da imprensa local ou do órgão oficial) ou virtual (rede mundial de computadores e no sítio eletrônico do tribunal respectivo) –, o CNJ publicará os editais quanto à arrecadação dos bens que podem compor a herança jacente (art. 741), à arrecadação dos bens do ausente (art. 745), à entrega da coisa perdida (art. 746), à sentença de interdição (art. 755) e à sentença de levantamento da interdição (art. 756).

O novo CPC optou pelos meios eletrônicos para publicação dos editais em razão de serem mais econômicos, eficazes e céleres se comparados aos meios tradicionais – em suporte físico – de publicação e circulação de editais³¹.

O objetivo principal das normas contidas nos dispositivos assinalados é que haja realmente condições de as pessoas terem acesso às informações constantes dos editais publicados na plataforma do Conselho Nacional de Justiça e, assim, possam ter acesso às informações e

31 WAMBIER et al., *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1.087.

aos atos processuais praticados nos procedimentos de jurisdição voluntária correspondentes.

- l) Art. 837. Obedecidas as normas de segurança instituídas sob critérios uniformes pelo **Conselho Nacional de Justiça**, a penhora de dinheiro e as averbações de penhora de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meio eletrônico [grifo nosso].

A regra contida no art. 837 do novo CPC trata da possibilidade da realização, como ato executivo, da penhora de dinheiro por meio eletrônico e das averbações de penhora de bens imóveis e de bens móveis – como no exemplo de veículos junto ao Detran – por meio eletrônico. Trata-se de norma que universaliza a denominada “penhora *on line*” – por meio eletrônico.

Cuida-se de regra que atribui ao Conselho Nacional de Justiça o regramento sobre os critérios que devem ser seguidos por todos os tribunais acerca da penhora eletrônica de valores pecuniários nas instituições financeiras – por intermédio do BacenJud – e de bens imóveis e móveis nos cartórios de registro de imóveis e nas repartições referentes aos bens móveis, tal como o Detran – por meio do RenaJud. O poder normativo do CNJ no sentido de estabelecer, mediante atos regulamentares, critérios da efetivação das penhoras e de suas averbações nos registros e informações, além de normas de segurança eletrônica, é expressamente reconhecido no art. 837 do novo CPC, em mais uma demonstração do prestígio que o Conselho Nacional de Justiça passou a ter no desempenho da missão principal relacionada ao aperfeiçoamento do sistema de justiça. Neste caso, o aperfeiçoamento se relaciona à efetivação de medidas constritivas de valores pecuniários e de bens (imóveis e móveis) do devedor por meio da penhora e de sua averbação nas instituições financeiras, repartições e órgãos públicos que têm as atribuições relacionadas à guarda ou ao fornecimento de informações e dados acerca dos valores e bens referidos.

- m) Art. 882. Não sendo possível a sua realização por meio eletrônico, o leilão será presencial.

§ 1º A alienação judicial por meio eletrônico será realizada, observando-se as garantias processuais das partes, de acordo com a regulamentação específica do **Conselho Nacional de Justiça**.

§ 2º A alienação judicial por meio eletrônico deverá atender aos requisitos da ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital.

§ 3º O leilão presencial será realizado no local designado pelo juiz [grifo nosso].

Cuida-se de mais uma regra relacionada à maior racionalidade e efetividade do processo e da jurisdição, na qual o novo Código de Processo Civil prestigia o emprego do suporte eletrônico (ou digital) para a prática de ato processual, a saber, a realização de leilão judicial (novo CPC, art. 879, I) para fins de alienação do bem penhorado. Assim, preferencialmente o leilão será eletrônico, deixando-se de modo subsidiário a modalidade presencial para os casos em que o formato virtual não possa ocorrer.

Em relação ao leilão judicial por meio eletrônico, o art. 882, § 1º, do novo CPC prevê que cabe ao Conselho Nacional de Justiça promover a regulamentação própria da forma em meio eletrônico em que poderá ser realizado o leilão judicial e, conseqüentemente, a alienação judicial, com respeito às garantias processuais das partes interessadas, inclusive quanto à comunicação da realização do leilão, entre outras providências.

- n) Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no **Conselho Nacional de Justiça**.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-se imediatamente ao **Conselho Nacional de Justiça** para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes

do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário [grifos nossos].

O art. 979 se insere na parte do novo Código de Processo Civil que trata de uma novidade denominada **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** (IRDR), que exige a presença simultânea dos seguintes pressupostos: a) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; b) o possível risco de ofensa à isonomia material e à segurança jurídica caso não houvesse a instauração do referido incidente. O incidente somente terá cabimento caso um dos tribunais superiores não tenha afetado recurso para definição de tese jurídica sobre questão de direito material ou processual repetitiva (art. 976, § 4º). O pedido de sua instauração deve se dar perante o presidente do tribunal.

A regra do *caput* do art. 979 do novo CPC prevê que a instauração e o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas deverão ser envoltos de ampla publicidade e divulgação e, por isso, estabelece que caberá ao Conselho Nacional de Justiça providenciar o registro eletrônico a esse respeito, ou seja, cabe ao CNJ centralizar as informações sobre a instauração e o julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, de modo que todos os tribunais e juízes possam ter acesso a tais dados, inclusive para observar e cumprir as normas do novo CPC a respeito do processamento e julgamento do incidente, com possíveis reflexos em um sem número de casos que já foram iniciados. A regra legal se revela em integral sintonia com a função do instituto do incidente, bem como com sua relevância³².

32 WAMBIER et al., *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1.401.

O cadastro acerca dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, sob controle e gestão do CNJ, deverá conter as informações sobre os fundamentos determinantes da decisão proferida e sobre as disposições normativas referentes à questão exclusivamente de direito a ser analisada e decidida (art. 979, § 2º).

Os tribunais manterão um banco eletrônico de dados atualizados a respeito dos incidentes de resolução de demandas repetitivas instaurados no seu âmbito, devendo imediatamente comunicar ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro nacional (art. 979, § 1º).

Também no cadastro nacional gerido pelo CNJ, deverá haver informações sobre os julgamentos dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça e dos casos de repercussão geral reconhecida em recursos extraordinários julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

- o) Art. 1.069. O **Conselho Nacional de Justiça** promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas neste Código [grifo nosso].

No livro sobre as disposições finais e transitórias do novo Código de Processo Civil, o dispositivo ora comentado coroa a atuação do Conselho Nacional de Justiça como órgão do Poder Judiciário que concebe e desenvolve o planejamento estratégico do sistema de justiça, ao prever que cabe ao CNJ promover atividades de pesquisa, com certa periodicidade, para analisar e avaliar os resultados práticos e concretos – no plano da efetividade – das normas processuais do novo CPC.

Em síntese, é o CNJ o órgão incumbido de ser o gestor estratégico do Poder Judiciário e do sistema de justiça e, para tanto, deverá realizar avaliações periódicas do funcionamento do sistema de justiça com a concepção, o desenvolvimento e a divulgação dos resultados de pesquisas realizadas quanto às normas previstas no novo Código de Processo Civil.

Cuida-se de realizar a mais importante tarefa de proporcionar recursos administrativos, humanos, logísticos, tecnológicos e financeiros para que haja distribuição da justiça em tempo razoável, em consonância com os princípios e regras da Constituição Federal de 1988. A regra do art. 1.069 do novo CPC dirige-se “à administração da justiça e visa à obtenção de dados e subsídios que auxiliarão no constante aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional”³³, bem como à sua maior aderência à realidade social e econômica do País e da sociedade brasileira e aos anseios dos jurisdicionados.

4 NOTA CONCLUSIVA

Passados dez anos da criação do Conselho Nacional de Justiça, com o grande objetivo de realizar a reforma do sistema de justiça, pode-se afirmar que o novo Código de Processo Civil reconhece e prestigia sua atuação para o fim de acabar com o “velho marasmo do exercício da função jurisdicional, tão criticada pela sociedade em virtude de seu anacronismo e de sua ineficácia”³⁴. As várias atribuições do Conselho Nacional de Justiça foram sumamente prestigiadas no novo CPC, sendo merecedora de destaque a missão do CNJ de criar e desenvolver políticas públicas voltadas ao sistema de justiça, tal como se verifica nos segmentos dos métodos adequados de solução consensual de conflitos, do emprego do suporte eletrônico para o processo e para os atos processuais, entre outras expressamente encampadas nos dispositivos comentados no curso deste trabalho.

Há claro tratamento acerca do controle institucional desenvolvido pelo CNJ quanto ao cumprimento dos prazos para a prática dos atos judiciais pelos magistrados, como se pôde verificar, o que exigirá dos conselheiros e da estrutura do CNJ condições humanas, materiais e lo-

33 WAMBIER et al., *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1.549.

34 CARVALHO FILHO, “Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público: complexidades e hesitações”.

gísticas próprias para que tal controle não se transforme em medida legal inócua no modelo previsto no novo Código de Processo Civil.

O Conselho Nacional de Justiça, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, não apenas se consolidou de forma rápida dentro do Poder Judiciário e da sociedade brasileira, como efetivamente se transformou em uma espécie de “sentinela do Poder Judiciário”³⁵ e da magistratura. E, nessa missão, o novo Código de Processo Civil se coloca em perfeita sintonia com as normas constitucionais que tratam do CNJ – em especial quanto às atribuições principais e secundárias –, visando ao aumento da eficiência por meio da uniformização e sistematização de procedimentos³⁶ nas áreas da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, que se refletem nas rotinas procedimentais referidas em vários dispositivos do novo Código de Processo Civil.

É certo que a edição de uma lei ordinária por si só – como é o novo Código de Processo Civil – não tem o condão de modificar o cenário de estagnação, demora e *déficit* de efetividade da jurisdição e do processo. Contudo, a partir dos inúmeros avanços conquistados desde o início da atuação do Conselho Nacional de Justiça no cenário do Poder Judiciário e da magistratura brasileira, é de se louvar a previsão do conjunto de atribuições estabelecidas pelo novo Código de Processo Civil em relação ao CNJ. E, na realidade, tal tratamento normativo tem como alvo a busca da efetividade da jurisdição e do processo e, simultaneamente, o objetivo de dar concretude à terceira onda do movimento de acesso à justiça, com a efetivação das normas de direitos humanos e de direitos fundamentais nas relações processuais. O incremento da atuação do magistrado no mundo contemporâneo deve ser vinculado à sua responsabilidade quanto ao dever de prestar contas – espécie de *accountability* – e à

35 TAVARES, “O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora”.

36 GUERRA; MANSUR, “A competência normativa do Conselho Nacional de Justiça”, p. 27-36.

possibilidade de ele ser sancionado para os casos de abusos ou de negligência, como já destacou MAURO CAPPELLETTI³⁷. O ideal é justamente alcançar o equilíbrio entre a independência jurídica do magistrado, a responsabilidade de controle social e a responsabilidade-sanção dos juízes que atuam com abuso ou negligência.

Oxalá seja possível que o novo Código de Processo Civil obtenha o mesmo grau de êxito que o CNJ tem conseguido na sua atuação e, portanto, que a jurisdição e o processo sirvam cada vez mais à pessoa humana na realização de seus direitos fundamentais e, simultaneamente, permitam o desenvolvimento nacional sustentável, em perfeita sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, entre os quais a legalidade, a transparência, a impessoalidade, a moralidade, a efetividade e a eficiência. O acesso à justiça, assim, deve ser concebido como novo método de pensamento na perspectiva dos “consumidores da justiça”, no qual a análise deve ser feita sobre os jurisdicionados como destinatários dos serviços judiciários e, assim, os órgãos do Poder Judiciário passam a ser encarados como instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não vice-versa³⁸.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías y sociedad*. Tomo I. Buenos Aires: America Ediciones Jurídicas, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías y sociedad*. Tomo II. Buenos Aires: America Ediciones Jurídicas, 1974.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público: complexidades e hesitações. *Interesse público* – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 63, set./out. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69816>>. Acesso em: 29 maio 2015.

³⁷ *Proceso, ideologías y sociedad*, tomo I, p. 24.

³⁸ *Proceso, ideologías y sociedad*, tomo I, p. 393.

www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69816>. Acesso em: 29 maio 2015.

GUERRA, Evandro Martins; MANSUR, Gislene Rodrigues. A competência normativa do Conselho Nacional de Justiça. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 144, fev. 2013.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA, Artur Cesar de. *Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura*. Brasília: Conselho da Justiça Federal (Centro de Estudos Judiciários), 2015.

TAVARES, André Ramos. O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56997>>. Acesso em: 29 maio 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

DA ADMISSIBILIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares

1 Introdução. 2 Antecedentes teóricos e as fontes do processo na atual metodologia jurídica. 2.1 Do privatismo ao publicismo: o processo na doutrina clássica. 2.2 O problema das fontes do processo e o autorregramento das partes. 3 Negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil. 3.1 Conceito e utilidade dos negócios jurídicos processuais. 3.2 A cláusula geral de negociação sobre o procedimento (art. 190 do novo CPC). 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto o estudo da possibilidade de celebração, após o advento do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), de negócios jurídicos processuais judiciais, ou seja, atos negociais que se preocupam em regular o comportamento das partes no processo ou até mesmo o conteúdo das normas processuais – e não o conteúdo do direito material discutido no bojo de um processo judicial –, intensificando a cooperação entre os litigantes.

O estudo dos negócios jurídicos processuais judiciais, ressalvadas algumas poucas exceções, é novo na literatura brasileira, sobretudo em razão da força da rigidez procedimental na legislação e na jurisprudência pátria, ainda sob o marco do Código de Processo Civil de 1973 e seus antecedentes teóricos.

Cuida-se de tema que certamente atrairá a atenção de muitos nos próximos anos, por se tratar de uma das maiores revoluções do novo Código de Processo Civil (CPC), a colocar o Brasil, indubitavelmente, como uma referência mundial.

De início, objetiva-se reunir um conjunto de elementos teóricos próprios da teoria geral do processo, necessários à compreensão do fenômeno processual na contemporaneidade, sobretudo no que diz respeito às suas fontes.

Em seguida, buscar-se-á realizar uma investigação sobre a permissibilidade de tais declarações de vontade, de uma forma geral, à luz das disposições estabelecidas pelo novo Código de Processo Civil, em especial o seu art. 190, delineando-se a sua razão de ser, pressupostos, requisitos e, sobretudo, limitações.

Em tal momento, serão enfrentados alguns dos possíveis obstáculos à validade das convenções processuais, em razão da amplitude de seu objetivo.

2 ANTECEDENTES TEÓRICOS E AS FONTES DO PROCESSO NA ATUAL METODOLOGIA JURÍDICA

A ideia de realização de negócios que tenham por objeto normas processuais – ou o comportamento das partes no processo – causa forte estranheza ao jurista brasileiro. Nunca antes a legislação processual civil concebera a possibilidade tão ampla de celebração, até mesmo de negócios atípicos, que desafiam a criatividade humana. Apenas a título de exemplo, é possível imaginar a negociação sobre a escolha de peritos, atos de comunicação por meios atípicos (*SMS, WhatsApp, Telegram etc.*), limitação a número de testemunhas e possibilidade de depoimento colhido por escrito, renúncia a recursos, supressão de instâncias por convenção, repartição atípica de custas, supressão da execução provisória, condicionamentos à execução etc.

Essa mesma estranheza não ocorre na literatura estrangeira, destacando-se as contribuições de Josef Kohler, na Alemanha, ainda no século XIX. Também na França e na Itália, o tema já é debatido há algum tempo. Nos Estados Unidos, a produção acadêmica dos últimos anos é gigantesca a respeito da prática do *contract procedure*, que, paralelamente aos

meios privados de resolução de conflitos – *Alternative Dispute Resolution* (ADR) –, tem invadido as cortes estatais, como evidenciam autores como Kevin E. Devis, Helen Hershkoff, David Horton, Michael E. Solimine, Michael L. Moffitt, Jaime Dodge, entre muitos outros. No ano de 2002, há mais de uma década, em artigo intitulado “Civil procedure by contract: a convoluted confluence of private contract and public procedure in need of congressional control”, DAVID H. TAYLOR e SARA M. CLIFFE já abordavam, à luz do direito americano, a validade de cláusulas contratuais *ex ante* limitando determinados meios de prova (“*what evidence may or may not be presented as proof*”). Nos tempos atuais, *private resolution* e *public adjudication* deixaram de ser concebidas como expressões contrapostas¹.

Percebe-se, portanto, o nascer de uma verdadeira revolução no direito processual brasileiro, a desafiar não apenas antigas construções teóricas mas também aspectos marcantes da nossa cultura, em especial o paternalismo estatal².

Rememore-se, oportunamente, que, até mesmo no âmbito do processo penal, são concebidas negociações processuais, como pode ocorrer no seio dos acordos de colaborações premiadas.

2.1 DO PRIVATISMO AO PUBLICISMO: O PROCESSO NA DOUTRINA CLÁSSICA

Se levada em consideração a história do direito em sua inteireza, desde a Idade Antiga, é possível afirmar que a autonomia do direito

-
- 1 Rhee, “Toward procedural optionality: private ordering of public adjudication”.
 - 2 Indubitavelmente, a tradição jurídica brasileira é marcada por intensas publicizações, em detrimento do empoderamento do indivíduo, o que tem restringido as fontes do direito àquelas exclusivamente produzidas pelo Estado. Trata-se (também) de um reflexo do déficit democrático próprio da história colonial brasileira, o que também contamina o modo de estudo e produção do direito. Some-se a isso a importação, na ciência do direito processual, do publicismo de Oskar von Bülow, que, no Brasil, sobrelevou os escopos públicos do processo.

processual é um fenômeno relativamente recente e diretamente associado à “descoberta do caráter público do processo” no século XIX³. Autonomia e caráter público são duas ideias que acabaram por caminhar juntas.

Fato é que, até o século XIX, o direito processual não existia como ciência. Até então, a ação era concebida como algo inerente ao direito material⁴. Antes disso, no período privatista, a natureza jurídica do processo era algo compreendido à luz do direito privado, numa feição nitidamente contratual. Confundiam-se processo e procedimento, como um mero rito sequencial de atos destinados à aplicação do direito material.

Como se verá adiante, a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais judiciais consiste num resgate responsável de alguns dos elementos esquecidos da era processual privatista, sem que isso signifique o seu retorno.

Na Roma antiga, o processo judicial era marcado por sua natureza *per formulas*, a depender do prévio consenso das partes. Em linhas gerais, as partes, em consenso, firmavam um compromisso (*litis contestatio*), fixando os limites do litígio, comprometendo-se a aceitar a decisão a ser tomada por um árbitro por elas escolhido. Tal árbitro então recebia o encargo do pretor para resolver a lide⁵.

A *litis contestatio* romana atribuiu ao processo uma natureza contratual (ou de quase-contrato, na hipótese de não haver acordo⁶), não sendo cogitada a sua autonomia, como explica LUIZ GUILHERME MARINONI:

Esse compromisso ou *litis contestatio* foi qualificado pela doutrina como um negócio jurídico privado ou como um *contrato*. O contrato era

estabelecido pela *litis contestatio*. Por essa razão, atribuiu-se ao processo natureza contratual. Tratava-se de uma espécie de contrato judicial⁷.

A autonomia do processo está diretamente relacionada com a autonomia do direito de ação frente ao direito material. Esta se deve, sobretudo, à polêmica entre os juristas alemães BERNARDO WINDSCHEID e TEODORO MUTHER, no século XIX. Em seu trabalho “A ação do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno” (1856), após ajustes, WINDSCHEID conclui que a *actio* romana, em realidade, consistiria na faculdade de persecução judicial, ou seja, algo que se poderia exigir do outro, designando a pretensão⁸. Tratava-se de algo distinto tanto do direito de se queixar quanto do próprio direito subjetivo. Por sua vez, MUTHER concebia a ação como um direito de agir contra o Estado, para que este outorgasse a tutela jurídica⁹.

Percebe-se, pois, que ambos os autores, embora por caminhos distintos, concebiam a ação como algo diverso do direito material originário. Essa autonomia resultou na compreensão da ação como algo dirigido contra o Estado, estando inserida, portanto, no âmbito do direito público.

A mesma sorte seguiu o processo: além de autônomo em relação ao direito material, também assumiu um caráter público. A justificativa é bastante simples: o Estado não poderia mais permanecer alheio à forma com que o seu próprio poder seria exercido.

Com a sua publicização, o processo deixou de ser concebido exclusivamente como um “negócio das partes”, passando a consistir num espaço onde se exprime a autoridade do Estado. A essa autoridade não interessa apenas a tutela do interesse privado mas também a administração da justiça e a correta aplicação da lei.

3 MARINONI, *Teoria geral do processo*, p. 397.

4 BEDAQUE, *Direito e processo*, p. 32.

5 MARINONI, *Teoria geral do processo*, p. 395.

6 A teoria do processo como quase-contrato revelou a evidente crise da teoria contratual, ainda com base no Direito Romano, quando da *cognitio extraordinaria*, em que se permitia instauração de um processo de forma contrária à vontade do réu.

7 MARINONI, *Teoria geral do processo*, p. 396.

8 MARINONI, *Teoria geral do processo*, p. 164.

9 MARINONI, *Teoria geral do processo*, p. 165.

Coube a Oskar von Bülow, ainda no século XIX, teorizar o processo como uma relação jurídica, conferindo-lhe um quê teleológico. Separaram-se processo e procedimento: este, como mera sequência de atos, despida de qualquer finalidade; aquele, como uma relação jurídica que tem por fim a atuação da lei¹⁰. Dessa relação participam as partes e o Estado, a partir da instauração do processo. Por ser diversa da relação jurídica material ínsita à lide, a sentença de improcedência, v.g., em nada afetaria a existência da relação processual, autônoma.

O cânone da relação jurídica processual – de natureza pública, entre o juiz e as partes –, ainda tão consagrado, não passou imune às críticas. Isso porque a teoria de Bulöw se desenvolveu a partir da noção de relação jurídica do direito privado, cuja fonte comum é a pandectística alemã¹¹.

À luz da pandectística alemã, o direito se resumia a um sistema de conceitos gerais marcados pela abstração. Por ela, houve uma tentativa de adaptar cientificamente e aplicar o *ius privatum* romano – ou seja, as regras extraídas das noções gerais e abstratas dos textos do *Corpus Iuris Civilis* – às concepções modernas (*usus modernus Pandectarum*), sobrelevando-se o doutrinário jurídico.

Para o pensamento crítico, a abstração e a neutralidade da ideia da relação jurídica processual conduziam à neutralização da figura do Estado, desconsiderando seus fins e projetos, construído sobre os valores. Da mesma forma, o desligamento da vida concreta resultaria na dissolução de qualquer preocupação valorativa em relação às partes¹².

Um dos principais responsáveis pelas críticas dirigidas à concepção do processo como relação jurídica foi James Goldschmidt, na Ale-

10 Não se desconhece que Goldschmidt, em análise à “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias” de Bulöw, observara a relação juridical processual ainda no direito romano.

11 MARINONI, *Teoria geral do processo*, p. 405.

12 MARINONI, *Teoria geral do processo*, p. 405.

manha. Para ele, as partes “não estão relacionadas entre si, existindo apenas um estado de sujeição das mesmas à ordem jurídica, no seu conjunto de possibilidades, expectativas e cargas”¹³.

Ocorre que, como anunciado por CALMON DE PASSOS, a substituição da ideia de relação jurídica pela situação jurídica, preconizada por Goldschmidt, é algo “antes sociológico que jurídico; ele estuda o processo não como teoricamente deve ser, mas como resultado de possíveis deformações que venha a sofrer na prática [...]”¹⁴⁻¹⁵.

A verdade é que o processo, como diversos outros institutos jurídicos, pode ser compreendido em mais de uma perspectiva, destacando-se, ao menos, três: tipo complexo de formação sucessiva (ato jurídico complexo, ou simplesmente procedimento), relação jurídica e técnica de criação de normas jurídicas¹⁶.

Nesse ponto, “nenhuma teoria é mais fecunda, em suas consequências, nem mais adequada, politicamente, para um Estado de direito democrático que a da relação jurídica”¹⁷. Ao explicar o processo, tal teoria permite a sua análise quer do ponto de vista das partes, quer do ponto

13 PASSOS, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 73.

14 PASSOS, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 73.

15 A elevada abstração da ideia originária de relação jurídica processual, ao desconectar o processo judicial da facticidade, retira-lhe a validade, comprometendo a legitimidade do exercício da jurisdição, que, nos tempos atuais, pressupõe, entre outras coisas, a participação das partes no procedimento – e, portanto, na formação da decisão. O erro, contudo, não está na ideia da relação jurídica processual em si, mas sim na “elevada abstração”. É, portanto, do criador – e não da criatura. Não por acaso, a processualística contemporânea tem demonstrado preocupação em aproximar processo e procedimento, este último não mais concebido como mera sequência de atos despida de objetivos e finalidades específicas. O procedimento, hodiernamente, reclama adequação às partes, ao direito material e aos fins do processo.

16 DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 30.

17 PASSOS, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 73.

de vista do juiz, o que possibilita sua “compreensão sistemática, revestindo-o de racionalidade e evidenciando sua dimensão política”¹⁸.

Isso porque, entre outras coisas, concebendo-se o processo não apenas como uma, mas sim um conjunto de relações jurídicas estabelecidas entre os mais diversos sujeitos processuais (entre eles as partes, o juiz, o Ministério Público e auxiliares), torna-se mais fácil importar todo o instrumental da teoria do fato jurídico – excerto da teoria geral do direito –, criando-se uma verdadeira teoria dos fatos jurídicos processuais.

Nessa linha, a ideia de processo como “relação jurídica” (no singular) consiste, na realidade, em uma metonímia que aponta para o conjunto de relações jurídicas processuais (o todo)¹⁹.

Ela é o estopim daquilo que consiste no instrumental necessário à compreensão sistemática das negociações processuais: a teoria dos fatos jurídicos processuais, categoria própria da teoria geral do processo, que se ocupa por reunir conceitos lógico-jurídicos, inerentes a todo e qualquer processo²⁰.

18 PASSOS, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 73.

19 DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 32.

20 Não se desconhece o escândalo que grande parte da doutrina processualista penal faz em torno da teoria geral do processo, como se esta representasse um perigo constante ao garantismo penal e, portanto, ao acusado. Esquecem, todavia, que a existência de um sólido instrumental de base confere maior segurança ao estudo do processo, permitindo-se, inclusive, o uso deste instrumental para que se obtenham respostas técnicas em favor do acusado. A título exemplificativo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, prevalece a ideia de que “a decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito” (HC 104998/SP), em claro desacordo com a teoria do fato jurídico processual e da coisa julgada. A sentença que, extinguindo a punibilidade do acusado, baseia-se em certidão de óbito falsa é decisão (ato processual) existente e, portanto, apta à coisa julgada material. Se ela se baseia em fato que não ocorreu, merece o juízo de reforma, o que se faz pela via recursal. Ora, inexistindo revisão criminal “em favor da sociedade”, cabe ao órgão acusador impugnar o documento falso – o que pode ser feito sem maior dificuldade –, sob pena de restar-lhe unicamente a possibilidade de oferecimento de outra denúncia, exclusivamente para responsabilizar o réu pelo suposto delito

Para encurtar (bastante) uma discussão que já conta com milhares de páginas na doutrina, entendemos que, nos tempos atuais, o conceito de processo como relação jurídica, afastando-se do esquema estático-privatista de outrora, pode gerar bons frutos, sobretudo se compreendido a partir de uma noção plurissubjetiva, a envolver todos os sujeitos do processo, num ambiente democrático deliberativo.

Sobre o tema, temos como referência autores como CALMON DE PASSOS e, mais recentemente, ANTONIO DO PASSO CABRAL²¹.

2.2 O PROBLEMA DAS FONTES DO PROCESSO E O AUTORREGRAMENTO DAS PARTES

Uma das claras consequências da teoria publicista – que inspirou e inspira o direito brasileiro – consiste na negação da convencionalidade do processo, o que representaria um grande salto democrático, afastando-se a ideia do processo como “coisa das partes”.

Consequentemente, a fonte do direito processual somente poderia ser a lei. Nesse sentido, vale a diferenciação feita por CALMON DE PASSOS a respeito do direito material e o direito processual: “[...] ao legislador de direito substancial é defeso predeterminar comportamentos para os homens, no tocante a tudo quanto diz respeito aos seus interesses. Se assim o fizesse, acarretaria uma paralisia social [...]”. Por outro lado, no campo do direito processual, “ele não seleciona entre os comportamentos humanos aqueles aos quais pretende emprestar relevância jurídica. Determina [...] uma única forma de comportamento, interditando todas as demais”²².

Nesse contexto – e concebendo-se o processo como um tipo complexo de formação sucessiva –, sobrelevou-se a ideia de que deixá-lo

de falsidade.

21 CABRAL, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, p. 170.

22 PASSOS, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 75.

desenvolver-se segundo melhor parecesse casuisticamente às partes ou ao magistrado poderia representar um perigo à segurança jurídica. Assim, “a legalidade da forma impôs-se [...] como solução universal em termos de ganho civilizatório”, cabendo ao legislador fixar na lei, “e somente nela, toda a ordenação da atividade que deve ser desenvolvida para que o Estado realize os seus fins de justiça [...]”.

Em poucas palavras, a cultura processual brasileira ainda convive com a ideia inflexível de que norma processual deriva de lei (somente lei em sentido estrito), sendo cogente – inderrogável, portanto, pela vontade das partes –, em respeito ao interesse público. O mesmo já não ocorre no estrangeiro, em especial em países como a Alemanha, França, Itália e nos Estados Unidos, em razão, sobretudo, das mudanças promovidas pela jurisprudência. Em tais países, não apenas a ideia de “procedimento único” passou a ser concebida como um mito, como também foi descartada a noção totalizante de procedimentos especiais típicos. Consequentemente, ainda no século passado, passaram a ser admitidas, paulatinamente, negociações sobre determinadas fases procedimentais ou pontos do procedimento.

Pergunta-se: e o que dizer quando a lei remete, de maneira genérica, o regramento do procedimento às partes do processo? É o que dispõe o *caput* do art. 190 do novo CPC:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

O dispositivo em questão representa uma verdadeira revolução no direito processual brasileiro, ao prever uma cláusula geral²³ de nego-

23 Para alguns autores, o art. 190 do novo CPC teria previsto o “princípio da atipici-

ciação sobre o processo, em oposição à ideia de tipicidade da relação processual, preconizada pelos adeptos do publicismo.

A grande mudança não reside na mera admissibilidade de negociações sobre o processo – uma vez que o CPC de 1973 já as contemplava, de forma típica (por exemplo, a inversão negocial do ônus da prova, prevista no seu art. 333, parágrafo único) –, mas sim na possibilidade de negócios atípicos (genéricos, portanto) sobre o processo.

Eis o novo desafio da doutrina e da jurisprudência em nosso País: a partir de um ambiente quase desértico a respeito das negociações processuais, marcado pelo paternalismo estatal e pela rigidez procedimental, conformar, de maneira responsável, um novo caminho criado pela legislação, caracterizado pela autonomia e pelo empoderamento das partes.

3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ultrapassadas as premissas teóricas necessárias a uma compreensão adequada dos negócios jurídicos processuais no novo CPC, resta agora deitar os olhos sobre o tema de maneira mais específica, dedicando-se a tanto as linhas seguintes.

3.1 CONCEITO E UTILIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Em clássica lição, dispunha PONTES DE MIRANDA que os fatos do mundo – ou seja, as mudanças ocorridas no mundo – ou interessam ao direito, ou não interessam. Caso interessem, “entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam²⁴”.

dade da negociação processual”. Tecnicamente, o que há ali é uma regra – embora genérica –, e não um princípio.

24 MIRANDA, *Tratado de direito privado*, tomo I, p. 51 e 52.

Nos dias atuais, é amplamente repelida a ideia de um conteúdo normativo da razão prática, tal como preconizado por Kant. Disso decorre a óbvia conclusão de não ser o direito um dado prévio e universal, oriundo da racionalidade humana ou de alguma divindade. Por mais que o “positivismo jurídico” seja uma expressão geradora das mais cruéis críticas doutrinárias, não se pode negar que, em um sentido amplo, a ideia positivista do direito como um produto da cultura humana é amplamente aceita entre seus críticos.

Com base em tais premissas, a teoria geral do direito buscou classificar os fatos jurídicos (em sentido amplo), dividindo-os. Com efeito, adotou-se, majoritariamente, a classificação proposta por PONTES DE MIRANDA, que, de maneira abrangente, divide os fatos jurídicos em lícitos e ilícitos, sendo os primeiros compostos pelas seguintes categorias: a) fato jurídico em sentido estrito; b) ato-fato jurídico e; c) ato jurídico em sentido amplo, que se subdivide em ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico²⁵.

A partir da classificação dos atos jurídicos em geral, é possível chegar aos atos jurídicos processuais, assim compreendidos como “todo ato humano que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual”²⁶⁻²⁷.

Nessa linha, entende-se por negócio jurídico processual a declaração de vontade expressa, tácita ou implícita, a que são reconhecidos efeitos jurídicos, conferindo-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer certas situações jurídicas processuais²⁸. Sua característica marcante está na soma da vontade do ato com a vontade do resultado prático pretendido.

25 MIRANDA, *Tratado de direito privado*, tomo II, p. 184.

26 DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 374.

27 São muitas as divergências doutrinárias a respeito do conceito de fato jurídico processual. Adotou-se aqui a proposta de Fredie Didier Jr., apta a “resolver a maior parte dos problemas suscitados” (*Curso de direito processual civil*, p. 373).

28 DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 376-377.

Os atos processuais em geral não precisam ser praticados na sede do processo. Estes são os atos do processo. Assim, a cláusula de eleição de foro (art. 95 do CPC de 1973; art. 63 do novo CPC) é e sempre foi um verdadeiro negócio jurídico processual. São muitos os outros negócios reconhecidos pelo novo CPC: convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º); calendário processual (art. 191, §§ 1º e 2º); negócio tácito de tramitação da causa em juízo relativamente incompetente (art. 65) etc. Há, inclusive, negócios processuais unilaterais, que dependem de apenas uma manifestação de vontade, a exemplo da desistência e da renúncia ao recurso.

Com o novo CPC, a discussão sobre o reconhecimento dos negócios processuais tornou-se claramente superada.

A grande utilidade do reconhecimento – e do regramento – dessa categoria jurídica consiste não apenas na adequada sistematização do estudo dos atos processuais mas também no respeito à liberdade e ao autorregramento da vontade no processo.

Nesse sentido, merecem destaque as conclusões de FREDIE DIDIER JR.:

No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana.

Ora, numa situação concreta, a existência de conflito a respeito do direito material não implica necessariamente um desacordo das partes quanto às posições processuais, sendo perfeitamente possível uma comunhão de vontades sobre os meios de resolução do conflito.

Em síntese, o conflito sobre direito material não se confunde com o conflito sobre o direito processual.

3.2 A CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO SOBRE O PROCEDIMENTO (ART. 190 DO NOVO CPC)

3.2.1 ASPECTOS GERAIS

Coube ao já citado art. 190 do novo CPC estabelecer uma cláusula geral de negociação sobre o procedimento, consagrando a regra da atipicidade da negociação processual. Embora o dispositivo aluda a uma faculdade “das partes”, é possível, até mesmo, cogitar de negócios processuais envolvendo o juiz, a exemplo da execução negociada em ações coletivas.

De uma forma geral, pode o negócio processual atípico recair sobre dois grupos de objetos: **a) ônus, faculdades, deveres e poderes das partes** (criando, extinguindo ou modificando direitos subjetivos processuais, v.g.); **b) redefinição da forma ou ordem dos atos processuais (procedimento).**

Nesse sentido, o Enunciado n. 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe: “(art. 190) O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

Daí podem ser extraídos inúmeros exemplos de negociações atípicas, a exemplo de acordos probatórios, acordos de impenhorabilidade, modificação de prazos, vedação da execução provisória, acordo sobre o efeito em que será recebido o recurso etc.

É possível até mesmo que haja acordos sobre pressupostos e requisitos processuais, como o acordo sobre competência relativa e a legitimação extraordinária negocial. Autores como FREDIE DIDIER JR. vislumbram, ainda, acordos sobre a desconsideração da autoridade da coisa julgada (pressuposto processual negativo)²⁹. No particular, com a devida vênia, não concordamos com tal entendimento. Isso porque: a) a faculdade de desconsiderar a coisa julgada é uma opção política que, a um só tempo, estimula injustificadamente a litigância, compromete a segurança jurídica

²⁹ DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 382.

e tem o poder de afetar severamente a economia da Justiça; b) inexistente previsão legal permissiva, sendo certo que, ao aludir a negociações atípicas sobre “procedimento”, o art. 190 do novo CPC não abrange a coisa julgada.

3.2.2 MOMENTO E VALIDADE

No que concerne ao **momento**, os negócios processuais podem ser celebrados até mesmo antes do surgimento do processo. Nada mais natural. É o que ocorre, por exemplo, com a cláusula de eleição de foro, prática extremamente comum. O parágrafo único do art. 190 permite, até mesmo, negociações processuais em contratos de adesão, dispositivo que deve ser visto com muita cautela em razão do impacto desproporcional que pode resultar, em um país marcado por assimetrias econômicas. Em ambientes de vulnerabilidade (concreta ou presumida) de uma das partes, será possível o controle do negócio – a exemplo das cláusulas de arbitragem compulsória em contratos de consumo.

A **validade** dos negócios processuais, por seu turno, é tema que movimentará – e muito – não apenas a doutrina mas também a jurisprudência dos tribunais nos próximos anos. De início, é importante observar que o repertório da teoria dos atos jurídicos é aplicável aos negócios processuais. Muito embora o estudo da teoria geral dos atos jurídicos seja encaixado, por força do costume, no âmbito da introdução ao Direito Civil, trata-se, em realidade, de tema que integra a teoria geral do direito.

Ressalte-se que o novo CPC cometeu o mesmo erro do Código Civil (CC) de 2002 a respeito do plano de validade dos negócios jurídicos. Contenta-se o CC/2002, em seu art. 104, com apenas três requisitos: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei. Posteriormente, o mesmo diploma estabelece, entre as causas de invalidade do negócio jurídico, vícios de consentimento, o que nos conduz à ideia de que a emissão de uma vontade livre e de boa-fé é também requisito de validade, não sendo suficiente a mera presença de um agente capaz.

Em outras palavras, sendo o negócio jurídico “um ato livre de vontade, tendente a um fim prático tutelado pelo ordenamento jurídico, e que produz, em razão deste, determinados efeitos jurídicos”³⁰, também se exige, para a sua validade, um consentimento livre e de boa fé.

Justamente por isso, os negócios processuais possuem os seguintes requisitos de validade: **a) manifestação livre e de boa-fé; b) agente capaz e legitimado; c) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; d) forma livre ou prevista em lei.** Ausente um dos requisitos, poderá o negócio processual ser invalidado.

Indubitavelmente, a manifestação de vontade consiste em um dos elementos do negócio jurídico. Contudo, para que seja válida, tal manifestação deve ser qualificada como livre e de boa-fé. É aqui que reside o consentimento, que pode ser expresso ou tácito.

De uma maneira geral, a vontade não será considerada livre em duas hipóteses: a) quando houver vício de consentimento, aplicando-se aos negócios processuais as regras de invalidação e interpretação do CC/2002; b) quando uma das partes estiver em “manifesta situação de vulnerabilidade” (art. 190, parágrafo único, do novo CPC), causa de nulidade. Percebe-se, portanto, que a vulnerabilidade é conceito que não afeta a capacidade do agente (que continua capaz), mas constitui vício em seu consentimento, possibilitando a invalidação do negócio.

Discordamos, portanto, com a devida vênia, de FREDIE DIDIER JR., um dos grandes mentores do novo CPC, que concebe a vulnerabilidade como hipótese de “incapacidade processual negocial”³¹.

Passemos então à análise da capacidade do agente.

Quanto a isso, dispõe o art. 190 do novo CPC que os negócios processuais somente podem ser celebrados por partes “plenamente ca-

30 PUGLIATTI, *Introducción al estudio del derecho civil*, p. 238 e ss.

31 DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 385.

pazes”. Abre-se dúvida aqui sobre que capacidade é essa a que se refere o dispositivo: trata-se da capacidade do direito material ou a capacidade processual (pressuposto processual)? O questionamento é relevante, sobretudo porque alguns negócios podem ser celebrados antes mesmo do nascimento do processo, como a cláusula de eleição de foro.

Nesse ponto, o que o novo Código exige é a capacidade processual, espécie do gênero pressupostos processuais, que consiste na aptidão para praticar atos processuais, pessoalmente ou pelas pessoas legalmente indicadas (art. 75 do novo CPC), independentemente de assistência ou representação.

A relação entre a capacidade processual e a capacidade material é evidenciada pelo art. 70 do novo Código, que dispõe: “toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”. Apesar disso, há situações em que alguém processualmente capaz é materialmente incapaz (ex.: menor com dezesseis anos, que pode ajuizar ação popular) e vice-versa.

Conclui-se, pois, que **incapazes não podem realizar negócios processuais sozinhos**, mas apenas se regularmente representados.

Até mesmo o Poder Público pode celebrar negócios processuais, como já advertido pelo Enunciado n. 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A Fazenda Pública pode celebrar negócio processual”.

No âmbito do Ministério Público, coube à recém-aprovada Resolução n. 118 do CNMP, de dezembro de 2014, dispor sobre a sua Política Nacional de Autocomposição, com dispositivos próprios à negociação processual:

Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais.

Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo,

celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.

Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialógica e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta.

No que diz respeito ao **objeto** da negociação processual, cuida-se, certamente, do ponto mais sensível a respeito da sua validade. Tratando do assunto, FREDIE DIDIER JR. elenca oito diretrizes gerais, que “não exaurem a dogmática em torno do assunto”³²:

a) à luz dos ensinamentos de Peter Schlosser, **adoção do princípio do *in dubio pro libertate*** como critério para avaliar o consenso das partes, admitindo-se o negócio processual em situações de dúvida;

b) **a negociação atípica somente pode ser realizada em causas que admitem autocomposição**, como disposto no art. 190 do CPC. Isso porque a modificação da estrutura do procedimento pode acabar afetando, de maneira inadequada, a solução de uma causa que, a rigor, não admitiria autocomposição. Nos termos do Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico processual”, revelando-se que “direito indisponível” e “direito que não admite autocomposição” são expressões que não se confundem. É possível, portanto, negociação em processo que envolva direito indisponível (direitos coletivos, por exemplo), uma vez que, embora assim qualificados, admitem autocomposição;

c) **aplicação do sistema de invalidade do negócio jurídico privado ao negócio jurídico processual**, o que impõe que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável. A partir dessa premissa, considera-se nulo um negócio jurídico simulado;

32 DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 387

d) **sempre que regular expressamente um negócio processual, a lei delimitará os contornos de seu objeto**, como ocorre nos negócios sobre a competência, em que somente a competência relativa poderá ser convencionalizada. Justamente por isso, não se admite o acordo de supressão de instâncias, que recai sobre competência funcional (nesse sentido é o Enunciado n. 20 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis);

e) **sempre que a matéria for de reserva legal, não se admite negociação processual** (ex.: recursos, por força da regra da taxatividade). Justamente por isso, não é possível criar ou alterar regras de cabimento de recursos.

f) **não é possível celebrar negócio para afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível**, a exemplo da regra que dispõe sobre a nomeação de curador especial e sobre a intervenção do Ministério Público. Igualmente, não seria permitida negociação para afastar segredo de justiça;

g) **é possível inserir negócio processual em contrato de adesão, desde que não seja abusivo**;

h) **no negócio processual atípico, as partes podem definir deveres processuais e sanções para o caso de seu descumprimento** (Enunciado n. 17 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

É preciso compreender, todavia, que o novo CPC, ao permitir as negociações processuais atípicas, o fez em relação a “mudanças no procedimento” (“para ajustá-lo às especificidades da causa”) ou em relação aos “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais” **das partes. Não é possível, portanto, que as partes, sozinhas, negociem mudanças relativas aos poderes e deveres do órgão julgador**, mas apenas delas. Isso porque tais poderes e deveres não parecem estar compreendidos na expressão “mudanças no procedimento”, cujas especificidades dizem respeito à organização dos atos processuais, e não às regras gerais do processo.

Também o novo Código inaugura um **dever de fundamentação das próprias partes** ao negociarem sobre o procedimento, pois somente

podem fazê-lo “para ajustá-lo às especificidades da causa”. Assim sendo, ao menos nas situações que gerem maior ônus aos serviços do Judiciário, deve haver uma prévia justificação, sujeita a controle judicial.

Por fim, quanto à **forma**, não há razões para que seja sempre limitada ao texto escrito. A princípio, o negócio pode ser expresso, tácito, oral ou escrito, ressalvada exigência legal em contrário, como ocorre com a cláusula arbitral e a cláusula de eleição de foro, a demandar forma escrita.

3.2.3 O CONTROLE JUDICIAL DA VALIDADE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Conforme disposto no parágrafo único do art. 190, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, controlar a validade das convenções atípicas, recusando-lhes aplicação em três casos: **a) nulidade; b) inserção abusiva em contrato de adesão; c) quando alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.**

A questão da vulnerabilidade é tema tratado, por alguns autores, como causa de incapacidade processual negocial. A capacidade “negocial”, construção doutrinária, consiste em categoria distinta da capacidade em sentido comum. Assim, é possível falar em capacidade material negocial e capacidade processual negocial.

A rigor, ao tratar dos negócios jurídicos, o art. 104, I, do CC/2002 parece contentar-se apenas, no âmbito subjetivo, com o “agente capaz”. E, realmente, o fato de alguém ser vulnerável não lhe retira sua capacidade (seja material ou processual). Pensar de forma diferente seria conceber o consumidor legalmente considerado vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, I, do CDC) como uma pessoa materialmente incapaz para acordos extraprocessuais e processualmente incapaz para acordos processuais. A capacidade, material ou processual, não é uma cláusula geral, estando muito bem definidas suas causas na legislação (arts. 3º e 4º do CC/2002 e arts. 70 a 76 do CPC). Justamente por isso, a doutrina costuma atrelar

a vulnerabilidade à capacidade “negocial”, que, para além da capacidade legal, demanda o consentimento livre e de boa-fé das partes.

Verdadeiramente, a vulnerabilidade é categoria relativa à manifestação de vontade (ao consentimento), que impõe a nulidade de determinados negócios, ainda que as partes sejam legalmente capazes, por presumir uma abusividade do negócio que afeta (ou pode afetar) a isonomia e, portanto, o consentimento livre e de boa-fé.

Ainda a respeito da vulnerabilidade, merecem destaque alguns pontos:

a) Regra geral, a vulnerabilidade é fato a ser constatado de forma concreta, daí porque o parágrafo único do art. 190 alude à “manifesta situação de vulnerabilidade”. Assim, o fato de alguém ser trabalhador ou consumidor não presume por si só a vulnerabilidade. Rememore-se que, pelo art. 4º, I, do CPC, o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” consiste em um princípio, e não uma regra, a depender, portanto, das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Tal situação pode ser aferida de ofício pelo juiz.

b) É possível, no entanto, estabelecer parâmetros de presunções ou indícios de vulnerabilidade; atividade a cargo, sobretudo, da jurisprudência. Nesse sentido, um indício de vulnerabilidade decorre do acordo de procedimento celebrado por uma das partes sem assistência técnico-jurídica (Enunciado n. 18 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

A primeira pergunta a ser feita consiste em saber se as causas de invalidade do parágrafo único do art. 190 seriam taxativas. A resposta é não. Muito embora uma das hipóteses de invalidade do negócio seja a “nulidade” – regra evidentemente tautológica, que equivale a dizer que “o juiz entenderá nula a convenção se ela for nula” –, o controle judicial dos negócios processuais é amplo, devendo ser sempre exaustivamente fundamentado.

Assim, por exemplo, se, de alguma forma, o ato influenciar em questões que digam respeito à intimidade do Poder Judiciário, será pos-

sível o controle, negando-se validade. Assim, não parece acertada a corrente no sentido de que os acordos de aumento de prazo devem ser automaticamente aceitos pelos juízes, uma vez que um mínimo aumento em questões de massa, v. g., pode comprometer seriamente os gastos públicos e a eficiência do órgão judicante. Da mesma forma, o aumento do número de testemunhas pode causar dispêndios públicos desnecessários (diferentemente do que ocorre com a redução do número de testemunhas). É preciso compreender que a autogestão do Poder Judiciário é, também, uma forma de imprimir maior eficiência à prestação de justiça ao jurisdicionado e não pode ficar sujeita a interesses meramente particulares. Se a intervenção no Judiciário for intensa, ele também (o Judiciário) deve participar do negócio.

A propósito, a análise econômica do direito é fundamento que pode ser invocado para recusar validade às negociações processuais ou, ao menos, para exigir dos negociantes acréscimos nas custas processuais.

É bem verdade que a prévia necessidade de homologação do negócio processual é algo que depende de expressa previsão legal, como ocorre nos casos de desistência (art. 299, parágrafo único) e organização processual do processo (art. 357, § 2º). Apesar disso, o controle judicial é constante em qualquer caso.

3.2.4 INADIMPLEMENTO

Havendo inadimplemento do negócio processual, cabe à parte contrária alegar na primeira oportunidade que houver, sob pena de novação tácita, com “preclusão do direito de alegar o inadimplemento”³³.

Não pode, portanto, o juiz, de ofício, conhecer do inadimplemento do negócio – embora, como dito anteriormente, possa, de ofício, reconhecer a sua nulidade. Questão que se põe é saber se o juiz poderia

33 DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, p. 391.

conhecer de ofício do inadimplemento, na hipótese de a negociação processual permitir essa atividade pelo juiz. Entendemos que não. Ressalvada a hipótese de o próprio Judiciário participar da negociação, não podem as partes definir, negocialmente, o que os juízes podem ou não podem conhecer de ofício, matéria que transborda o alcance da expressão “procedimento”, ingressando na seara da cognição judicial.

Nesse ponto, o art. 190 do novo CPC é claro, ao permitir as negociações processuais atípicas em relação a “mudanças no procedimento” (para ajustá-lo às especificidades da causa) ou em relação aos “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais” **das partes. Não é possível, portanto, que as partes, sozinhas, negociem mudanças relativas aos poderes e deveres do órgão julgador**, a exemplo do poder de reconhecer, de ofício, da nulidade de convenções particulares.

4 CONCLUSÃO

Como observado, a ideia de realização de negócios tendo por objeto normas processuais – ou o comportamento das partes no processo – ainda causa forte estranheza ao jurista brasileiro.

De fato, uma das claras consequências da teoria publicista, fonte maior da processualística brasileira, consiste na negação da convencionalidade do processo, o que representaria um grande salto democrático, afastando-se a ideia do processo como “coisa das partes”.

É preciso, contudo, a partir do novo Código de Processo Civil, repensar as bases da teoria geral do processo, para adequá-la a uma verdadeira revolução ora inaugurada.

Bem firmados os conceitos lógico-jurídicos necessários à adequada compreensão e sistematização do fenômeno, torna-se necessário o desenvolvimento de uma dogmática para a correta aplicação na nova legislação, de modo a conciliar, de maneira responsável, o direito de autorregramento das partes e a isonomia entre os litigantes.

Nessa linha, caberá à doutrina e à jurisprudência, de forma criativa, estabelecer os limites objetivos das convenções processuais, o que se espera que ocorra, paulatinamente, nos próximos anos.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. *Contracting for procedure*. 53 Wm. & Mary L. Rev., 2011, 507 (2011). Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol53/iss2/7>>. Acesso em: 27 maio 2015.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo II. São Paulo: RT, 1974.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PUGLIATTI, Salvatore. *Introducción al estudio del derecho civil*. Cidade do México: Porrúa Hermanos y Cía, 1943.

RHEE, Robert J. Toward procedural optionality: private ordering of public adjudication. 84 N.Y.U. L. Rev. 514, 2009. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/488>>. Acesso em: 27 maio 2015.

TAYLOR, David H.; CLIFFE, Sara M. *Civil procedure by contract: a convoluted confluence of private contract and public procedure in need of congressional control*, 35 U. RICH. L. REV. 1085, 1086 (2002).

WINDSCHEID, Bernard. La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. *Polémica sobre la “actio”*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

DA COISA JULGADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI N. 13.105/2015): CONCEITO E LIMITES OBJETIVOS

Luiz Dellore

1 Introdução. 2 Do conceito de coisa julgada. 2.1 Do conceito de coisa julgada no novo CPC: oportunidade perdida. 3 Dos limites objetivos da coisa julgada: modificação no novo CPC e tramitação legislativa. 3.1 Posições favoráveis à inovação. 3.2 Posições desfavoráveis à inovação. 3.3 Dúvidas em relação ao novo sistema. 4 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Após pouco mais de cinco anos de tramitação¹, temos um novo Código de Processo Civil (novo CPC).

Há pontos positivos e negativos na Lei n. 13.105/2015², mas o momento não é mais de debater o que poderia ser, e sim de analisar o que é e de buscar extrair a melhor interpretação do texto legal, de modo a se

1 Neste momento, necessário destacar a atuação democrática e aberta de dois importantes atores na tramitação do novo Código: (I) Professor Bruno Dantas, que, mesmo sendo membro da Comissão de Juristas que elaborou o projeto enviado ao Senado, debateu, fomentou o debate e ouviu as críticas ao projeto; (II) Deputado Sérgio Barradas Carneiro, relator do projeto na Câmara, que, acessível, recebeu sugestões e debateu com aqueles que quiseram contribuir para com o projeto. Destacamos, ainda, sua entrevista, feita exclusivamente para a Internet, explicando as principais alterações do projeto da Câmara, disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/novocpc/2012/12/14/entrevista-com-o-deputado-sergio-barradas-carneiro/>>.

2 Para uma visão do novo CPC, conferir, de minha autoria, o texto “Novo CPC: 5 anos de tramitação e 20 inovações”.

lograr obter um sistema processual que seja não só célere e eficaz, mas igualmente seguro.

Um tema que merecerá cuidado de todos aqueles que atuarem no foro ou estudarem com alguma profundidade o processo será a coisa julgada³. Isso porque, a respeito do tema, há várias inovações em relação ao sistema anterior, como limites objetivos, limites subjetivos, decisão passível de ser coberta pela coisa julgada e mesmo aspectos da ação rescisória.

Para este artigo, um dos focos serão os limites objetivos da coisa julgada – tema que já vimos enfrentando à luz do novo CPC desde o início de sua tramitação, em 2010⁴. O outro ponto central será o conceito de coisa julgada, a respeito do qual pouca inovação houve no novo Código. É o que se fará na sequência.

2 DO CONCEITO DE COISA JULGADA⁵

Dúvida não há de que a coisa julgada é um dos temas mais complexos do direito processual⁶.

3 Assunto que é de minha predileção, sendo objeto de vários estudos, com destaque para meu mestrado e doutorado, sedimentados na obra *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*.

4 Dentre outros trabalhos, destacamos os seguintes:
(I) “Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil: *quieta non movere*”, p. 35-43.
(II) “Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010 e PL 8046/2010): limites objetivos e conceito”, p. 633-646.

5 Este tópico, em grande parte, retoma o já exposto no artigo (II) mencionado na nota anterior.

6 LIEBMAN, um dos maiores estudiosos do tema, afirma que a coisa julgada é um “misterioso instituto” (*Eficácia e autoridade da sentença*, p. 16). Por sua vez, BARBOSA MOREIRA (“Ainda e sempre a coisa julgada”, p. 9) assim destaca: “Quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções”.

De forma simplificada⁷, a *res judicata* pode ser definida como a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, em virtude do trânsito em julgado da decisão (interpretação a partir do art. 467 do CPC/1973).

A imutabilidade tem como consequência a impossibilidade de rediscussão da lide já julgada, o que se dá com a proibição de propositura de ação idêntica àquela decidida anteriormente⁸. Este é o aspecto negativo da coisa julgada.

Por sua vez, a indiscutibilidade tem o condão de fazer com que, em futuros processos (diferentes do anterior), a conclusão a que anteriormente se chegou seja observada e respeitada⁹. Este, por sua vez, é o aspecto positivo da coisa julgada.

Contudo, essa distinção, elaborada por parcela da doutrina, BOTELHO DE MESQUITA à frente, ainda é objeto de dúvidas e não é bem compreendida, seja entre os doutrinadores, seja na jurisprudência¹⁰.

7 O tema foi desenvolvido, com vagar, na já mencionada obra, de minha autoria, *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*.

8 Estamos aqui diante da clássica figura da “exceção de coisa julgada” (cf. BOTELHO DE MESQUITA, no artigo “A coisa julgada”, p. 11).

9 Segundo BOTELHO DE MESQUITA: “O juiz do segundo processo fica obrigado a tomar como premissa de sua decisão a conclusão a que se chegou no processo anterior.” (“A coisa julgada”, p. 12).

10 Um bom exemplo de aplicação da distinção entre imutabilidade e indiscutibilidade, ainda que não sejam utilizados esses termos, vê-se na seguinte decisão do STJ: “CIVIL E PROCESSO CIVIL. ATO ILÍCITO. COBRANÇA ABUSIVA. TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO EM AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO RÉU. COISA JULGADA MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO MÉRITO DA QUESTÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. [...] 2. O Tribunal de origem, que antes se manifestara sobre a ilicitude do protesto de cheque decorrente de cobrança de honorários médicos indevidos, com acórdão transitado em julgado, não pode rejulgar o mérito da controvérsia, porquanto acobertado pelo manto da coisa julgada. 3. É devida indenização por danos materiais, no equivalente ao dobro do indevidamente cobrado na ação anteriormente ajuizada pelo réu, e por danos morais, tendo em vista a ofensa a dignidade do autor em face da cobrança ilícita e do protesto indevido.

Diante disso, certo é que o novo Código poderia trazer luzes para tornar mais claras essas duas características decorrentes da coisa julgada.

Mas não é só isso. Costuma-se afirmar que o CPC/1973 adotou o conceito de coisa julgada defendido por LIEBMAN¹¹. A própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil anterior, de autoria de BUZAID, afirma expressamente que o projeto adotou o “conceito de coisa julgada elaborado por Liebman e seguido por vários autores nacionais”¹².

Para LIEBMAN, a coisa julgada é a qualidade que adere ao comando emergente da sentença, qualidade essa que torna imutáveis tanto os efeitos como a própria sentença¹³.

Contudo, cotejando a definição liebmaniana e o CPC/1973¹⁴, percebe-se o seguinte: LIEBMAN fala em “qualidade” e “comando emergente da sentença”; o CPC/1973 traz os termos “eficácia” e “sentença”. Diante dessa distinção de termos para formular o conceito do instituto, teria o CPC/1973 efetivamente adotado a teoria de Liebman? Parece-nos que não.

No entanto, ainda que assim se entenda, deve-se ter em mente a pertinente ressalva de TESHEINER¹⁵. Para referido autor, apesar de o Có-

4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido. (REsp 593154/MG, rel. ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 9.3.2010, *DJe* 22 mar. 2010)”.
11 Entre outros: DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, p. 301; SANTOS, *Manual de direito processual civil*, p. 555-556; THEODORO JUNIOR, *Sentença*, p. 34 e 92; MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, p. 39; SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 52.

12 Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Capítulo III, Título III, item 10.

13 *Eficácia e autoridade da sentença*, passim.

14 “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

15 *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, p. 72.

digo não ter expressamente adotado tal doutrina, “[...] o certo é que a teoria de Liebman é dominante entre nós, não podendo, pois, ser ignorada”. Diante disso, poderia o novo CPC ou ter efetivamente adotado a teoria liebmaniana ou avançado para uma nova formulação.

E há autores que conceituam a coisa julgada de maneira distinta, evoluindo em relação a Liebman. Nesse rol, merecem destaque BOTELHO DE MESQUITA¹⁶ e BARBOSA MOREIRA¹⁷.

2.1 DO CONCEITO DE COISA JULGADA NO NOVO CPC: OPORTUNIDADE PERDIDA

Considerando o exposto no tópico acima, é de se concluir que seria conveniente alguma adequação no texto legal a respeito da coisa julgada, para minorar os debates quanto ao tema, quando surgem. Contudo, nesse particular, o novo CPC basicamente reproduz o atual sistema. Na verdade, houve pouca evolução. Nesse sentido, reproduzimos o texto do CPC/1973 e do novo CPC¹⁸.

16 A doutrina de BOTELHO DE MESQUITA a respeito da coisa julgada pode ser sintetizada da seguinte forma: afirma que o juiz, ao decidir cada uma das questões do processo (pressupostos processuais, condições da ação e mérito), chega a uma conclusão, denominada de “declaração”. A declaração principal é aquela na qual o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor (ou seja, que julga o mérito). E essa declaração principal é denominada de “elemento declaratório” (que não se confunde com o efeito declaratório da sentença). Com o trânsito em julgado, verifica-se a indiscutibilidade e a imutabilidade do elemento declaratório da sentença. Assim, coisa julgada é a imutabilidade e a indiscutibilidade do elemento declaratório da sentença transitada em julgado (“A coisa julgada”, p. 11 e ss.).

17 BARBOSA MOREIRA, em apertada síntese, sustenta que a imutabilidade não se refere aos efeitos da sentença. Afirma que o imutável é o próprio conteúdo da sentença, e não seus efeitos, que podem ser modificados. Como exemplo, o fato de o efeito executivo da sentença condenatória exaurir-se com a execução ou pagamento. Assim, a coisa julgada não é efeito da sentença nem qualidade dos efeitos da sentença – é, na verdade, uma *situação jurídica*, que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável (“Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”).

18 DELLORE et al., *Novo CPC anotado e comparado*, p. 254.

CPC/1973:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Novo CPC¹⁹:

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Como se percebe, a alteração é mínima (troca de “eficácia” por “autoridade”²⁰), sem que haja a superação do problema apontado pela doutrina. Mas não houve qualquer alteração no sentido de se evitarem maiores debates na doutrina e na jurisprudência²¹. Assim, é de se presumir que prosseguirão as discussões a respeito do próprio conceito de coisa julgada.

3 DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA: MODIFICAÇÃO NO NOVO CPC E TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA

Desde o anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas em 2010 até a versão final revisada pelo Senado no início de 2015, o texto do novo CPC passou por diversas alterações. E, especificamente quanto aos limites objetivos da coisa julgada, foram diversas as modificações.

O anteprojeto inicial, enviado ao Senado no último trimestre de 2010 (onde recebeu o número PL 166/2010²²), foi acompanhado de Ex-

19 Toda a remissão ao novo CPC neste trabalho, por certo, refere-se à Lei n. 13.105/2015 – salvo quando indicado em sentido inverso.

20 O fato é que, na definição original de LIEBMAN, utiliza-se a palavra autoridade. Assim, a alteração aproxima a definição legal da doutrina liebmaniana.

21 Há quem sustente que não compete à lei lecionar, mas sim à doutrina. Ainda que assim se pense, o fato é que, por vezes, essa opção se mostra adequada para evitar divergências na aplicação do texto. Ademais, o novo CPC, em diversos momentos, claramente adota alguma tese ou trabalho produzidos na academia.

22 Para consultar os diversos textos do novo CPC, acesse: <<http://www.dellore.com/products/textos-do-npcp/>>.

posição de Motivos – que, frise-se, não foi alterada após as inúmeras modificações que o texto recebeu. E a Exposição de Motivos, no seu item 4, assim destaca²³: “O novo sistema permite que cada processo tenha maior rendimento possível. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais”.

Essa intenção da Comissão de Juristas acarretou, no novo CPC, a modificação de alguns dispositivos em relação ao que existia no CPC/1973. Contudo, a opção não é pacífica na doutrina – como se verá ao longo deste artigo. Trata-se, então, de uma firme escolha, sem dúvidas ou controvérsias, ao menos para o *legislador*? Para a comissão de juristas, um dos membros afirma que sim²⁴. Contudo, no âmbito do Congresso Nacional, não. Isso, porque essa questão relativa aos limites objetivos da coisa julgada foi das mais alteradas ao longo da tramitação do Código.

Nesse sentido, vale conferir qual foi a evolução do tema durante o processo legislativo:

23 DELLORE et al., *Novo CPC anotado e comparado*, p. 360.

24 Assim se manifestou TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: “Nós propusemos, no Projeto de Lei para o novo Código de Processo Civil brasileiro, entre outras coisas, a mudança do regime da coisa julgada, inspirados pelo desejo de se obter dos procedimentos resultados de longo alcance e mais efetivos. Em resumo: o conflito social subjacente ao processo nunca mais deveria ser trazido ao Judiciário. Não fomos longe o suficiente para dizer que nenhum outro *petitum* (demanda) poderia ser extraído da mesma *causa petendi*. Não. De acordo com o regime proposto, o autor poderia, por exemplo, pedir danos materiais na primeira ação e, anos depois, requerer danos morais, todos decorrentes da mesma causa de pedir. Entretanto, no novo regime, que foi originalmente proposto pela comissão, criamos uma regra determinando que a decisão sobre relação jurídica, cuja existência e validade fosse pressuposto da decisão em si, também ficasse coberta pelo manto da coisa julgada, mesmo no caso de a decisão ser *incidenter tantum*. Não obstante as diferenças entre os membros dessa comissão tão heterogênea, todos nós concordamos no sentido de que não há motivo para restringir a autoridade da coisa julgada ao *decisum* em si, pois o nível de cognição dessas questões antecedentes é profundo o bastante para gerar uma decisão sobre o mérito. Futuras ações seriam obstadas, se baseadas na mesma relação jurídica sobre a qual já havia uma decisão *incidenter tantum*. Assim, a abrangência da coisa julgada seria ampliada.” (“O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro”, p. 77-78).

(I) no Senado (PL n. 166/2010): dispositivo e questão prejudicial são cobertos pela coisa julgada;

(II) na Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010), Relatório Barradas: só o dispositivo é coberto pela coisa julgada;

(III) na Câmara dos Deputados, Relatório Paulo Teixeira: dispositivo e questão prejudicial são cobertos pela coisa julgada;

(IV) texto base aprovado pela Câmara dos Deputados no final de 2013: só o dispositivo é coberto pela coisa julgada;

(V) destaques ao novo CPC aprovados pela Câmara dos Deputados em março de 2014: dispositivo e questão prejudicial são cobertos pela coisa julgada.

E esta última opção, portanto, foi a versão final sancionada. Isso cabalmente demonstra, inclusive por parte do legislador, a dúvida em relação ao caminho a ser trilhado.

Para facilitar a compreensão, reproduzem-se a seguir os textos do CPC/1973 e do novo CPC²⁵.

CPC/1973:

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Novo CPC:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida²⁶.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente 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.

CPC/1973:

Art. 469. 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;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Novo CPC:

Art. 504. 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.

Do cotejo entre ambos os textos, é fácil perceber que o novo CPC, abandonando o sistema anterior, traz, como nova regra, que a coisa julgada também abrangerá a questão prejudicial. E isso independentemente de pedido das partes, bastando que tenha havido decisão do magistrado a respeito da questão prejudicial.

Em síntese, tem-se a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada: no CPC/1973, apenas o dispositivo era coberto pela coisa julgada; no novo CPC, o dispositivo e a questão prejudicial são cobertos pela coisa julgada. Essa não seria uma boa alteração? O tema é controverso. Vejamos, então, argumentos nos dois sentidos.

25 DELLORE et al., *Novo CPC anotado e comentado*, p. 254

26 A versão original, do anteprojeto e do PL 166/2010, era a seguinte: “Art. 490. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas”.

3.1 POSIÇÕES FAVORÁVEIS À INOVAÇÃO

Uma das principais defensoras dessa tese, não por acaso, esteve na Comissão de Juristas.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, após expor que a escolha foi pacífica no âmbito da Comissão de Juristas²⁷, destaca que a opção de estender a coisa julgada à prejudicial passa por dois principais argumentos: bom senso e agilidade.

Em relação ao primeiro argumento, a professora assim entende²⁸:

Escolhas feitas pelo legislador devem respeitar o bom senso. O atual regime da coisa julgada no Brasil permite, como dissemos, que a mesma questão (cuja decisão determina o julgamento de mérito) seja decidida de duas maneiras diferentes em duas (ou mais) ações sucessivas. Mesmo se essas decisões forem tomadas como base (passo necessário) para o *decisum* (= decisão da *Hauptsache*), não se pode negar que elas são logicamente contraditórias. Essa possibilidade não favorece a previsibilidade jurídica, não gera consistência ou promove a uniformidade.

De seu turno, quanto ao segundo argumento (agilidade), a posição é a seguinte²⁹:

O regime da coisa julgada no processo brasileiro não conduz à eficiência. Todas as portas estão abertas para se rediscutir cada uma e todas as questões, exceto a questão principal (o mérito): o divórcio, a anulação do contrato, etc.

Se o novo regime da coisa julgada for realmente aprovado, com o futuro Código de Processo Civil, o que poderá ser discutido em futuras demandas deixa de ser uma lista extensa de questões, e então, me parece, os procedimentos serão naturalmente mais rápidos.

27 Vide nota 24 acima.

28 “O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro”, p. 81.

29 “O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro”, p. 82.

E sintetiza³⁰:

O regime da coisa julgada, na nossa opinião, proposto pela primeira versão do Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil apresentado ao Senado em 2010, que agora está sendo discutido pela Câmara dos Deputados, está entre o regime mais amplo da coisa julgada, embora não chegue nem perto, a amplitude que propusemos, àquela existente nas jurisdições de Common Law. Na minha opinião, não há motivo plausível para considerar que passos necessários para a decisão – quando tenha havido debate suficiente entre as partes sobre o tema – possam ser considerados, julgados ou decididos de maneira diversa em ações subsequentes.

Atualmente, o que não pode mais ser questionado e redecidido depois do fim do processo é somente a decisão (o núcleo da decisão), deixando-se portas abertas a novas discussões sobre todas e quaisquer questões analisadas e decididas como pressupostos lógicos de decisões. Esse sistema nos parece ser, de certo modo, arcaico: não favorece a uniformidade, a previsibilidade, a estabilidade ou a eficiência da justiça civil.

Outro autor que elogia a escolha do novo CPC é BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES. Inicialmente, afirma que há “fundadas razões de interesse público” para se cogitar da extensão da coisa julgada aos fundamentos da decisão principal, por força da economia processual³¹.

Na sequência, sustenta³²:

O máximo aproveitamento do processo impõe que se atribua força de coisa julgada a todas as decisões ou partes da decisão que respeitem os requisitos para um julgamento definitivo: a existência de cognição prévia e exauriente e o respeito ao contraditório. Estando presentes tais requisitos, o princípio da economia processual tornará

30 “O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro”, p. 83-84.

31 “A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença”, p. 431.

32 “A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença”, p. 432.

incompatível com a ordem constitucional a rediscussão de questões já enfrentadas pelo Poder Judiciário.

E, analisando a proposta do novo CPC (antes de sua efetiva aprovação e sanção), assim concluiu o autor³³:

Está, portanto, na hora de o legislador brasileiro repensar a opção feita no Código de Processo Civil de 1973, pois a realidade da vida contemporânea exige um processo mais econômico, efetivo e que produza soluções harmônicas. Nesse ponto merece aplausos o Projeto de Novo Código de Processo Civil, que optou em seus arts. 20 e 490³⁴ por estender a coisa julgada às questões prejudiciais decididas na motivação da sentença. Prudentemente, e em respeito às expectativas dos jurisdicionados que figurarem como partes de processos iniciados na vigência do Código de 1973, o art. 1.001³⁵ do Projeto dispõe que a nova disciplina somente será aplicável aos processos instaurados após o início de sua vigência. Em reparo à disciplina traçada no Projeto, deve ser mais uma vez ressaltado que nem todas as questões prejudiciais decididas na motivação da sentença são passíveis de ficarem imunizadas pela coisa julgada material. Para que a novidade seja legítima e haja o respeito ao devido processo legal, a coisa julgada deverá ficar restrita às questões prejudiciais que figurem como fundamentos necessários da sentença, não sendo aplicável, portanto, (a) à fundamentação das decisões submetidas ao regime da cognição sumária e definitiva, (b) às questões decididas desfavoravelmente ao vencedor e (c) aos motivos da sentença que contiver fundamentos alternativos.

Relevante destacar que as ressalvas a, b e c mencionadas – absolutamente pertinentes, ressalte-se – não constam do texto final. Assim, resta saber como a jurisprudência tratará do tema.

33 “A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença”, p. 434.

34 A remissão é à versão anterior do novo CPC, sendo a referência atual o art. 503, *caput* e § 1º.

35 A remissão ao novo CPC aprovado é ao art. 1.054.

Por fim, vale trazer à baila breve reflexão de MARCELO PACHECO MACHADO. Para o autor capixaba, o novo sistema acarreta a existência de duas coisas julgadas distintas: “coisa julgada comum” e “coisa julgada excepcional”³⁶.

A distinção seria a seguinte:

O Novo Código de Processo Civil parece mesmo ter dois regimes distintos e autônomos de coisa julgada. Para fins didáticos, e seguindo a posição verbalmente já manifestada por Fredie Didier, gostaria de adotar a seguinte terminologia (a) (regime de) coisa julgada comum; (b) (regime de) coisa julgada excepcional.

A regra geral, aplicável a todos os casos, não muda. O objeto litigioso do processo, definido pelo pedido e identificado pela causa de pedir, deverá sofrer o seu correspondente reflexo na sentença (correlação ou congruência), tornando-se “questão principal expressamente decidida”.

Ocorre que, além disso, em certas condições especiais, a coisa julgada pode excepcionalmente extrapolar os limites do tema principal decidido na sentença, para imutabilizar também as questões prejudiciais.

Esta possibilidade é excepcional. Não basta que existam ou tenham sido decididas questões prejudiciais na sentença, como premissa lógica para a conclusão e julgamento dos pedidos.

É necessário que outros requisitos estejam devidamente preenchidos. Para se tornar imutável, a questão prejudicial precisa ser decidida (a) após contraditório efetivo; (b) por juiz absolutamente competente para decidi-la, caso esta tivesse sido veiculada como questão principal; (c) em processo com cognição exauriente.

Após expor seu raciocínio, assim conclui o autor: “Temos motivos sim para ficarmos preocupados com a coisa julgada sobre questão prejudicial. Trata-se de técnica processual complexa e de difícil identificação no caso concreto. No entanto, esta foi a escolha legislativa”. As-

36 “Que coisa julgada é essa?”.

sim, mesmo autores que entendem favorável a inovação fazem ressalvas interpretativas em relação a ela – como se viu em BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES e MARCELO PACHECO MACHADO.

Vejamos quais são as críticas.

3.2 POSIÇÕES DESFAVORÁVEIS À INOVAÇÃO

Quando da tramitação do projeto na Câmara dos Deputados, esta casa do Parlamento mostrou-se muito mais sensível às críticas e sugestões do que o Senado.

Nesse contexto, ouvindo os comentários de processualistas em relação ao aumento dos limites objetivos, vale destacar a posição do deputado SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO, que apresentou relatório para aprovação.

Quando desse relatório, o sistema da coisa julgada sobre a prejudicial havia recebido a seguinte redação:

Art. 517. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites das questões expressamente decididas.

Art. 518. 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;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Assim, o novo CPC, no Relatório Barradas, retomava o modelo do CPC/1973.

Vale acompanhar trecho da justificativa para alteração do texto, elaborada pelo deputado BARRADAS:

Embora louvável a intenção da comissão que elaborou o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, a doutrina e a jurisprudência brasileiras não têm reclamado do modelo atual, não havendo

qualquer problema causado com a limitação da coisa julgada material à parte dispositiva da sentença³⁷.

Crítica bem fundamentada à inovação é a de ANTONIO GIDI, JOSÉ MARIA TESHEINER e MARÍLIA ZANELLA PRATES.

Em artigo publicado na *Revista de Processo*³⁸, os três autores tratam especificamente da proposta de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no PL n. 166/2010. E o fazem à luz do instituto da *issue preclusion* nos Estados Unidos. E manifestam-se contrariamente à proposta, sustentando que esta não traria economia ou efetividade, mas sim maior demora e complexidade aos processos. Após afirmarem que, “através da *issue preclusion*, tornam-se imutáveis e indiscutíveis as questões prejudiciais”, esclarecem que isso não é isento de críticas no modelo americano³⁹.

E explicam⁴⁰:

A regra para a aplicação da *issue preclusion* é, basicamente, a de que não se pode rediscutir em outro processo a mesma questão que tenha sido efetivamente controvertida e expressamente decidida em processo anterior. Além disso, a questão deve ter sido essencial para o julgamento que encerrou o processo e sua importância para futuros processos deve ter sido previsível pelas partes, à época da primeira demanda. Tais pressupostos são o fruto de uma longa construção jurisprudencial da prática norte-americana e derivam

37 Ademais, a justificativa do deputado faz menção expressa ao texto de TESHEINER et al., logo a seguir mencionado, e assim expõe: “A intenção da comissão – bastante louvável, reafirme-se – é de alcançar maior economia processual e menos gasto de tempo, mas a experiência norte-americana, tal como revelada pelo trabalho doutrinário acima citado, demonstra que tal ampliação da coisa julgada material tem causado demoras injustificáveis nos processos judiciais”.

38 “Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil”, p. 101-138.

39 “Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil”, p. 109-110.

40 “Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil”, p. 111.

do respeito à garantia constitucional do devido processo legal. Para que sejam aplicados em um caso concreto, tais pressupostos devem ser comprovados pela parte que alegar a *issue preclusion* a seu favor.

No entanto, apesar de parecer ser um sistema lógico, pontuam quais são algumas das dificuldades⁴¹:

Todavia, na prática, a necessidade de se analisar a presença de cada um desses requisitos torna-se um grande problema, que inviabiliza sua aplicação. Em primeiro lugar, segundo observação dos relatores do *Restatement (second) of judgments*, definir se uma questão surgida em uma demanda é idêntica à outra decidida em demanda anterior é um dos problemas mais difíceis na aplicação da *issue preclusion*.

Estabelecer se uma questão foi efetivamente controvertida entre as partes em um determinado processo tampouco é tarefa simples. E a questão também deve ter sido expressamente decidida pelo juiz na demanda anterior, o que nem sempre ocorre. O autor pode, por exemplo, apresentar dois fundamentos jurídicos alternativos em suporte de sua pretensão, vindo o juiz a decidir com base em apenas um deles, caso em que a questão envolvendo o fundamento não apreciado pelo juiz não terá efeito de *issue preclusion*.

E, considerando os problemas observados na prática jurisdicional norte-americana, traçam o seguinte panorama⁴²:

Ao dizer que qualquer questão prejudicial expressamente decidida terá efeito de coisa julgada, o art. 490 do novo CPC parece incluir questões não necessárias, não essenciais e que não foram adequadamente controvertidas pelas partes.

De seu turno, após a análise das divergências existentes no sistema estadunidense e das dificuldades de eventual compatibilização des-

41 “Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil”, p. 111-112.

42 “Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil”, p. 113.

se modelo com o nosso sistema, pontificam que o Direito brasileiro “não deve adotar a coisa julgada sobre as questões prejudiciais”. E sintetizam da seguinte forma⁴³:

Em face das críticas feitas pela doutrina brasileira anterior ao Código de Processo Civil de 1973, diante da experiência prática norte-americana e da incompatibilidade dos requisitos da *issue preclusion* com a nossa realidade, conclui-se que o direito brasileiro não deve adotar a coisa julgada sobre as questões prejudiciais, nos termos da proposta contida no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

[...]

Da forma como está redigido, o art. 490⁴⁴ da proposta de novo Código de Processo Civil não contém nenhuma diretriz concreta para a sua aplicação prática, o que levará a infindáveis controvérsias por várias décadas, até que a jurisprudência consolide o seu entendimento.

[...]

Em suma, a solução restritiva adotada atualmente no Brasil com relação aos limites objetivos da coisa julgada sobre as questões prejudiciais é mais simples, econômica e efetiva, e deve ser mantida. Não nos parece ser boa política legislativa adotar regras complexas, de efetividade duvidosa, para resolver problemas inexistentes.

Cumprе destacar que houve réplica de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER a esse texto – sem, contudo, menção específica aos autores⁴⁵:

Já se disse, equivocadamente, que a proposta feita pela comissão que redigiu o Projeto de Lei para o novo Código de Processo Civil seria similar ao regime da coisa julgada do *Common Law*, pelo menos em certa medida. Todavia, tal entendimento é inteiramente desacertado, como demonstraremos adiante.

43 “Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil”, p. 132 e 135.

44 Na versão final do novo CPC, art. 503, § 1º.

45 “O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro”, p. 58.

Por outro lado, em textos anteriores publicados na *Revista de Informação Legislativa* editada com foco no projeto do novo CPC, manifestamo-nos contrariamente à alteração dos limites objetivos da coisa julgada⁴⁶.

Em resumo, nos textos anteriores sustentamos o seguinte – que segue sendo válido considerando a redação final do novo CPC:

Independentemente da complexidade da causa, muitas vezes há diversos argumentos levantados pelas partes no decorrer do processo que podem ser classificados como questão prejudicial, mas a respeito dos quais pouco ou nenhum debate existe.

Como exemplo, basta imaginar, em uma demanda envolvendo um contrato, a discussão de nulidade de cláusula, nulidade do contrato, objeto ilícito, questões relacionadas aos poderes exercidos por quaisquer das partes, violação de cláusulas etc. Independentemente da profundidade da cognição, tais questões acabam sendo apreciadas pelo juiz na sentença, ainda que de maneira breve.

Mas, pelo CPC, acaso não haja a propositura de declaratória incidental por qualquer das partes, apenas o pedido é que será coberto pela coisa julgada. Assim, ambas as partes estão plenamente cientes a respeito de qual parte da decisão será coberta pela coisa julgada.

Contudo, pela proposta de redação do novo CPC, se quaisquer dessas questões forem brevemente mencionadas, seja na inicial seja na contestação, e forem apreciadas pela sentença, poderão ser cobertas pela coisa julgada, ainda que não haja maior discussão no bojo do processo.

Assim, se o pedido for o cumprimento de uma determinada cláusula e houver a alegação de que o contrato foi celebrado por quem não tinha poderes para tanto, é possível que a sentença venha a declarar isso com força de coisa julgada – sem que qualquer das partes tenha formulado pedido nesse sentido. E, talvez, de forma surpreendente para ambas as partes.

46 “Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil” e “Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010 e PL 8046/2010)” – quando da elaboração do segundo texto, o novo CPC no Congresso limitava a coisa julgada ao dispositivo.

[...]

Trata-se, claramente, de uma situação que causará insegurança jurídica e demandará, por parte do advogado, um extremo cuidado na hora de elaborar a inicial ou a contestação, para que não seja levantada uma questão que possa ser considerada como prejudicial – a qual ou demandará maior dilação probatória (e maior demora na tramitação do processo) ou eventualmente não seria conveniente para debate naquele momento. Há um claro enfraquecimento do princípio dispositivo.

Mas, especialmente, haverá um hercúleo trabalho por parte de quem for interpretar uma sentença: afinal, o que se deve entender por “questões prejudiciais expressamente decididas”? É certo que a expressão admite grande variação interpretativa. Caberão embargos declaratórios para que o juiz diga se “expressamente decidiu” alguma questão?

E prosseguimos: ainda há outros pontos de problemas.

O juiz poderá decidir uma questão prejudicial apenas na fundamentação da sentença, para fins de coisa julgada? Isto é, o “expressamente decidida” presente na legislação se refere exatamente a qual situação?

Independentemente do mérito (ser favorável ou contrário ao alargamento dos limites objetivos da coisa julgada), parece haver consenso entre os processualistas quanto à necessidade de clareza em relação exatamente a **qual parte da decisão** será coberta pela coisa julgada.

Nesse sentido, manifestação do subgrupo sentença e coisa julgada do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO)⁴⁷:

A conveniência de conferir estabilidade às questões prejudiciais resolvidas pela sentença é assunto controvertido entre os processualistas, mas existe consenso em torno de que os limites da vinculação ao julgado deverão, acima de qualquer outra coisa, ser muito claros para todos os que participam do processo. A ampliação da imutabilidade da sentença deve ser cuidadosamente estruturada, de maneira a assegurar um grau maior de harmonia e pacificação social.

47 “Proposta de melhoria da coisa julgada e questão prejudicial no novo CPC”.

Isso nos leva ao último tópico: da forma como (pouco) regulado no novo CPC, o tema suscita uma série de dúvidas. Lançaremos as perguntas na sequência (mas as efetivas respostas, só quando o Superior Tribunal de Justiça – STJ pacificar a jurisprudência quanto ao novo CPC).

3.3 DÚVIDAS EM RELAÇÃO AO NOVO SISTEMA

Como se viu no tópico anterior, a escolha de alargar os limites não nos parece a melhor. Indubitavelmente, isso não é o principal problema que envolve o tema. A maior dificuldade, em nosso entender, está nas dúvidas e dificuldades práticas que surgirão na aplicação do novo diploma, nesse ponto específico do art. 503, § 1º. Assim, apresentaremos algumas das primeiras perguntas que surgem da leitura do texto legislativo.

1) Só o que consta efetivamente do dispositivo ou também o que consta da fundamentação será coberto pela coisa julgada?

2) Serão cabíveis embargos de declaração para que isso seja esclarecido?

3) A abrangência da coisa julgada deve ser decidida pelo próprio juiz ou isso ficará a cargo de um próximo juiz, quando esse tema surgir?

4) Em uma demanda na qual se discuta multa contratual, todo e qualquer debate relacionado à validade da cláusula ou do contrato será coberto pela coisa julgada?

5) E se o juiz não decidir e o tribunal decidir a questão prejudicial? Há coisa julgada? Teoria da causa madura? E o duplo grau?

6) O juiz precisa, na fase instrutória, formalizar a fixação da controvérsia sobre a questão prejudicial, de modo a assegurar a efetividade do contraditório?

7) Se a questão principal for decidida a favor de uma parte, mas a **questão prejudicial** não, será necessário à parte vitoriosa recorrer da sentença que lhe foi favorável para evitar a formação da coisa julgada?

Para facilitar, cabe ilustrar. Autor pede multa por violação a cláusula contratual, réu alega nulidade da cláusula; juiz (a) afirma que a cláusula é válida e (b) não reconhece ser devida a multa à luz do caso concreto.

De forma breve – reiterando-se que o assunto é polêmico, já suscita debates entre os processualistas e depende do STJ para efetivamente ser decidido –, as respostas, em nosso entender, seriam as seguintes:

1) Somente se constar expressamente do dispositivo é que a decisão da prejudicial será coberta pela coisa julgada⁴⁸.

2) Se houver dúvida em relação ao que foi decidido com força de coisa julgada, qualquer das partes poderá opor declaratórios requerendo que o magistrado esclareça se a questão prejudicial foi decidida e se foi coberta pela coisa julgada, apontando omissão por isso não ter constado no dispositivo.

3) Na linha das duas respostas anteriores, compete ao próprio juiz que proferiu a sentença delimitar qual parte da decisão estará coberta pela coisa julgada.

4) A princípio, qualquer discussão de cláusula poderá ter o condão de ser coberta pela coisa julgada, mas isso deverá constar do dispositivo.

5) Se o tribunal decidir a prejudicial, mas não o juiz, observados os requisitos do § 1º e constando do dispositivo, a prejudicial será coberta pela coisa julgada.

6) No momento do saneador, se ocorrer a fixação dos pontos e provas quanto à questão principal, também deverá ocorrer em relação à prejudicial, sob pena de contraditório incompleto, de modo que incapaz a ocorrência de coisa julgada sobre a prejudicial.

48 Nesse sentido, CEAPRO, Enunciado 1 do Grupo Sentença e coisa julgada (remissões a texto anterior): na hipótese do art. 500, § 1º do Projeto, deve o julgador enunciar expressamente no dispositivo quais questões prejudiciais serão acobertadas pela coisa julgada material, até por conta do disposto no inciso I do art. 501.

7) Questão que já suscita bons debates⁴⁹. Contudo, diante do silêncio legislativo, a solução mais segura para a parte (ainda que possa vir a ser mais prejudicial) é entender que (a) há coisa julgada sobre a prejudicial, ainda que decidida de forma oposta à principal, e (b) há, portanto, interesse recursal, de modo que a parte que teve a sentença favorável poderá ter de recorrer por força da prejudicial.

4 CONCLUSÕES

Pelo que se expôs, é possível concluir quanto se segue:

1) O novo CPC inova em relação à coisa julgada.

2) Quanto ao conceito de coisa julgada, há pouca inovação, permanecendo em aberto o debate quanto à distinção entre imutabilidade e indiscutibilidade.

3) Em relação aos limites objetivos da coisa julgada, o novo CPC optou por seu alargamento para incluir a questão prejudicial, independentemente de pedido.

4) Essa escolha, porém, não é pacífica na doutrina e não o foi no Congresso Nacional, formando no total cinco redações distintas, cada uma oposta à anterior.

5) Contudo, o novo CPC abandonou o sistema do CPC/1973 e incluiu a coisa julgada na prejudicial.

6) Há defensores e opositores da inovação. Os primeiros falam em bom senso, institutos de direito estrangeiro e economia processual. Os segundos apontam que o sistema passará a ser muito mais complexo, com grandes divergências no cotidiano forense – resultando especialmente em instabilidade e insegurança jurídicas e dificuldades interpretativas em relação ao que seria coberto pela *res judicata*.

⁴⁹ No âmbito do CEAPRO, nos debates iniciais já surgiram três teses distintas.

7) Mais do que um debate quanto à melhor teoria, a principal preocupação se refere a uma série de dúvidas que surgem na aplicação da novidade. E a efetiva decisão somente virá com o STJ.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, n. 416, p. 9-17, jun. 1979.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: _____. *Temas de direito processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. A coisa julgada. In: _____. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Coisa julgada – efeito preclusivo. In: _____. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DELLORE, Luiz. Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil: *quieta non movere*. *Revista de Informação Legislativa*, n. 190, p. 35-43, abr./jun. 2011.

_____. Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010 e PL 8046/2010): limites objetivos e conceito. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JUNIOR, Freddie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo CPC*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 633-646.

_____. *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Novo CPC: 5 anos de tramitação e 20 inovações. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-5-anos-de-tramitacao-e-20-inovacoes>>.

_____; ROQUE, Andre; GAJARDONI, Fernando; TOMITA, Ivo; DUARTE, Zulmar. *Novo CPC anotado e comparado*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2015.

_____; CAIS, André Luis; CORREA, Fábio Peixinho Gomes; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; FONSECA, João Francisco Naves da; OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Proposta de melhoria da coisa julgada e questão prejudicial no novo CPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-13/proposta-coisa-julgada-questao-prejudicial-cpc>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2001.

ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Livro do Vermelho, 1936.

GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *Revista de Processo*, 194, p. 101-138, abr. 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 216, p. 431-8, fev. 2013.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Que coisa julgada é essa?* Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-que-coisa-julgada-e-essa>>. Acesso em 17 abr. 2015.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PORTO, Sérgio Gilberto. Apontamentos sobre duas relevantes inovações no projeto de um novo CPC. *Revista jurídica*, ano 58, n. 401, p. 49-61, fev. 2011.

RODRIGUES, Walter Piva. *Coisa julgada tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SALLES, Sérgio Luiz Monteiro. Evolução do instituto do caso julgado: do processo romano ao processo comum. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 173-200, ago. 1989.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*, v. 39, p. 75-89, 2014.

A SISTEMÁTICA DA TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandes

1 Introdução. 2 Os objetivos do novo Código de Processo Civil. 3 Tempo e processo. 4 Tutela de urgência e valores constitucionais em conflito. 5 Segurança jurídica no processo de conhecimento. 6 Direito fundamental à efetividade do processo. 7 Tutelas de urgência em espécies: premissas metodológicas à reforma processual. 8 Disciplina geral da tutela de urgência no novo Código de Processo Civil. 9 Disciplina específica da tutela de urgência no novo Código de Processo Civil. 10 Irreversibilidade dos efeitos práticos da tutela de urgência antecipada: a técnica da proporcionalidade. 11 A tutela provisória. 12 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 fixou novo marco metodológico à ciência processual, na medida em que consagrou valores e princípios que informam o sistema processual e vinculam o legislador ordinário e a atuação do juiz.

Destarte, os institutos processuais receberam os influxos axiológicos emanados do ordenamento constitucional, o que contribuiu para a evolução do entendimento a respeito do conteúdo, v.g., do direito de ação, do devido processo constitucional, da instrumentalidade do processo, da tutela de urgência, consubstanciados, no demais das vezes, como garantias processuais.

Nesse contexto, o novo Código de Processo Civil veio com o fim de se adequar à Constituição Federal e aos valores constitucionalmente estabelecidos.

O presente artigo tem por objetivo analisar a nova sistemática da tutela de urgência prevista no novo Código de Processo Civil.

Serão analisadas as tutelas de urgência em espécie quanto às suas características, visando indicar as influências destas na disciplina geral e específica da tutela de urgência no novo Código de Processo Civil.

Merecerá destaque a análise da regra que dispõe sobre a proibição de concessão da tutela de urgência antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Por fim, será discorrido sobre a tutela provisória em linhas gerais.

2 OS OBJETIVOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil visa ter potencialidade de gerar um processo mais célere, mais justo, já que mais rente às necessidades sociais e menos complexo.

A simplificação do sistema é um claro propósito do novo diploma processual.

A garantia constitucional da ação requer o emprego dos meios necessários, adequados e úteis à solução da crise de direito material. Outrossim, exige-se o respeito aos princípios constitucionais do processo para que se alcance o processo justo¹. E ainda, faz-se necessária a eliminação dos entraves de qualquer ordem que possam comprometer a efetividade do processo, permitindo o **acesso à ordem jurídica justa**.

O novo Código de Processo Civil orientou-se 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 subja-

1 Sobre o tema: DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, p. 247; BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 67, nota 23.

cente 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.

Nesse contexto, as normas processuais que disciplinam a tutela de urgência possuem como base o objetivo de simplificação, sem prejuízo de atenderem aos demais objetivos orientadores da elaboração do novo diploma.

Destarte, o **acesso à ordem jurídica justa** reflete a preocupação sócio-jurídica da moderna fase metodológica do processo, cujo escopo é comprometido com a real tutela dos direitos². Processo justo, desenvolvido com respeito aos princípios constitucionais que o sedimentam, observados os meios necessários, adequados e úteis à solução da crise de direito material, capaz de retirar os óbices que possam macular o resultado do processo e, ao final, conquanto mais garantidor da tutela jurisdicional efetiva ao titular da pretensão, franqueia o **acesso à ordem jurídica justa**³.

2 MARINONI, *Efetividade do processo e a tutela de urgência*, p. 1: “[...] noção de tutela jurisdicional descompromissada com o direito material e com a realidade social não reflete o ideal de instrumentalidade do processo. Ou seja, é insuficiente a ideia de direito à tutela jurisdicional como direito a uma sentença. Não é por razão diversa que a doutrina contemporânea passa a falar em **tutela jurisdicional dos direitos**. A expressão tutela jurisdicional dos direitos revela um compromisso com **a instrumentalidade substancial do processo**; constitui um alerta contra o dogma da neutralidade do processo em relação ao direito substancial” [grifos no original].

3 DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, p. 248: “O processo justo, celebrado com meios adequados e produtor de resultados justos, é portador de tutela jurisdicional a quem tem razão, negando-se a quem não tem. Nem haveria razão para tanta preocupação com o processo, não fora para configurá-lo, de aperfeiçoamento em aperfeiçoamento, como autêntico instrumento de condução à **ordem jurídica justa**” [grifos no original].

3 TEMPO E PROCESSO

Para que se desenvolva o devido processo constitucional, assegurando-se todos os direitos e garantias que lhe são inerentes, mister se faz certo átimo de tempo.

O processo caminha rumo à tutela satisfativa quanto mais plena e exaustiva for a cognição promovida, expediente que consome tempo e necessita de dilações.

As dilações devidas são imprescindíveis ao completo conhecimento dos fatos que ensejam a prestação da sentença definitiva de mérito.

No entanto, a urgência para a fruição dos efeitos da sentença pode ser incompatível com a cognição exauriente ínsita ao processo de conhecimento, clamando pela utilização de técnicas processuais aptas à mitigação dos danos causados pelo binômio tempo e processo⁴.

As técnicas processuais previstas no sistema tendem à atenuação do dano concreto decorrente de um fato que possa macular a utilidade da sentença definitiva caso não seja emanada uma decisão provisória. Não seriam aptas a afastar o risco advindo do tempo do processo, por si só⁵.

O sistema processual adotou as técnicas da antecipação dos efeitos da sentença (tutela antecipada) e da conservação (tutela cautelar)

4 CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 42 “[...] para que surja el interés específico en reclamar una medida cautelar, es necesario que a estos dos elementos (**prevención y urgencia**) se añada un tercero, que es en el que propiamente reside el alcance característico del **periculum in mora**; esto es, hay necesidad de que para obviar oportunamente el peligro de daño que amenaza el derecho, la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta, de manera que, en espera de que se madure a través del largo proceso ordinario la providencia definitiva, se deba proveer con carácter de urgencia a impedir con medidas provisionales que el daño temido se produzca o se agrave **durante aquella espera**” [grifos no original].

5 BEDAQUE, *Tutela cautelar...*, p. 252: “Inexiste razão, todavia, para desvincular a tutela cautelar da idéia do dano marginal causado pelo tempo do processo, independentemente da existência de determinado acontecimento específico. O que importa, para a noção de cautelar, é o risco de que a tutela estatal venha, por qualquer motivo, a tornar-se inútil para o titular do direito”.

como meios para tutela das situações de urgência, as quais, por natureza, destinam-se a acautelar tanto o dano provindo do fato concreto quanto aquele surgido do tempo do processo.

Nesse prisma, as técnicas processuais de urgência estão inseridas no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁶, que tutela a ameaça ao direito, razão pela qual não podem ser olvidadas, sob pena de denegação de justiça.

O direito constitucional de ação propicia ao titular da pretensão o emprego de todas as técnicas processuais capazes de garantir a utilidade do provimento final, já que de nada adiantaria tal previsão constitucional se não fossem assegurados os instrumentos que proporcionassem a efetividade da tutela jurisdicional⁷.

As técnicas processuais de urgência, somadas às demais garantias constitucionais, integram a garantia do devido processo constitucional, e portanto, devem ser sopesadas a fim de que possa prevalecer aquela que protege o maior valor no caso concreto.

O tempo necessário ao desenvolvimento completo do devido processo constitucional não pode ser empecilho para a tutela jurisdicional urgente, que visa garantir a utilidade da sentença justamente frente àquele, pois “não é devido processo legal aquele que protela, injustamente, a realização do direito do autor”⁸.

6 Cf. FUX, *Tutela de segurança e tutela de evidência* (fundamentos da tutela antecipada), p. 50-51: “À luz do princípio do ‘acesso à justiça’, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que tem como corolário o direito imposterável à adequada tutela jurisdicional, não podia o legislador escusar-se de prever a ‘tutela urgente’, sob pena de consagrar a tutela ‘tardia e ineficiente’, infirmo a garantia constitucional por via oblíqua, na medida em que a ‘justiça retardada é justiça denegada”.

7 Sobre a natureza constitucional da tutela de urgência: COMOGLIO, “La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi”, p. 979-980.

8 MARINONI, *Efetividade do processo e a tutela de urgência*, p. 55.

4 TUTELA DE URGÊNCIA E VALORES CONSTITUCIONAIS EM CONFLITO

Os valores acolhidos pela ordem jurídica constitucional de um Estado podem, no demais das vezes, mostrar-se antagônicos quando concretamente praticados. A tensão entre os valores surgirá em razão da aplicação da norma constitucional no caso concreto e não em sede de mera abstração.

Uma vez constatado o conflito entre os valores constitucionais, torna-se necessário solucioná-lo, seja pela via legislativa-ordinária, seja por construção judicial. Aquela será utilizada na medida em que os conflitos se configurarem previsíveis à luz dos fatos sociais. No que se refere à construção judicial, dar-se-á quando não houver previsão legislativa de solução a respeito da tensão ou quando não se caracterizarem adequados os mecanismos de solução, em face da especificidade do caso concreto⁹.

Em ambos os casos, a solução do conflito exigirá a verificação da adequação dos meios à consecução dos fins pretendidos (elementar da adequação), a escolha do meio mais suave (elementar da necessidade) e a ponderação dos bens e valores concretamente conflitantes, no intuito de trazer a descortino aquele que deva especificamente prevalecer (elementar da proporcionalidade em sentido estrito), ou seja, o emprego da técnica da proporcionalidade.

A técnica da proporcionalidade é antecedente lógico de qualquer disposição legislativa ou construção judicial que vise por termo à tensão de valores, mormente quando representados por direitos fundamentais.

Nesse prisma, apresentam-se os direitos fundamentais da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica como valores conflitantes em sede processual¹⁰ que requerem concordância prática, uma vez que de

9 ZAVASCKI, “Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais”, p. 145.

10 Escreve DINAMARCO (*A instrumentalidade do processo*, p. 229): “Nessa convivência de exigências ligadas aos diferentes objetivos do sistema, chega-se em alguns pontos a encontrar verdadeira tensão entre forças opostas, como que a disputar preferências e apontar endereçamentos conflitantes, tem-se que a fidelidade dos

nada adiantará um processo rigidamente seguro se não for alcançada a efetiva tutela dos direitos. De outra parte, processo efetivo não pode ser sinônimo de processo inseguro, que não possibilite a mínima oportunidade de reação por parte do demandado.

É de se ressaltar que os direitos de efetividade da jurisdição e segurança jurídica estão contidos no princípio síntese do devido processo constitucional¹¹, o que significa que o processo deve, em algum momento, prever fases para realizá-los. Ao se configurarem esses direitos fundamentais, não há recíproca exclusão no julgamento da crise. Buscar-se-á harmonizá-los, de modo que ambos se façam presentes no iter processual¹², embora de forma amenizada¹³.

A colisão de tais direitos fundamentais mostra-se mais evidente quando surge um determinado acontecimento específico – ou mesmo pelas dilações indevidas – que requer a antecipação dos efeitos da tutela, ou a conservação de bens ou situações, em face da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação ao provável direito pretendido, clamando pela adoção de uma tutela jurisdicional adequada.

provimentos jurisdicionais à efetiva vontade do direito substancial objetivo para a solução do caso concreto requer dispêndio de energias e toma tempo, sendo portanto condicionada a um **custo social** mais ou menos elevado; por outro lado, o curso do tempo e aflições das partes por uma solução para suas angústias e fim do estado de insatisfação clama por soluções rápidas, que para serem rápidas trazem consigo o risco da imperfeição jurídica” [grifos no original].

11 BEDAQUE, *Tutela cautelar...*, p. 86.

12 ASSEVERA TEORI ALBINO ZAVASCKI (“Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais”, p. 150) que a finalidade da tutela antecipada, bem como da cautelar, é “estabelecer mecanismos para obtenção de concordância prática, de formas de **convivência simultânea**, entre o direito fundamental à efetividade do processo e o direito fundamental à segurança jurídica, naquelas hipóteses em que tais direitos fundamentais estiverem em rota de colisão” [grifo nosso].

13 Cf. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (*Tutela cautelar...*, p. 87): “O ideal é procurar prestigiá-los concomitantemente, ainda que de forma amenizada, ou seja, com certo abrandamento”.

Seria lícito ao juiz, frente à urgência, suprimir garantias constitucionais em nome da efetividade da tutela jurisdicional? Ou então, deveria o juiz aguardar o trâmite do devido processo constitucional em sua exata extensão, em respeito à segurança jurídica? Mais condizente com os ditames da justiça e da razoabilidade seria encontrar um meio termo entre estes dois extremos, uma medida proporcional que os garantisse, evitando ao direito provável o dano decorrente da urgência.

Para tanto, elegeu o legislador processual a tutela de urgência como instrumento capaz de solucionar a crise de direito fundamental representada pela tensão entre a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica, seja prevendo situações específicas, seja proporcionando ao juiz o poder geral de urgência¹⁴.

Essa escolha identifica a tendência de se conferir maior peso ao escopo social do processo (pacificação) em face do escopo jurídico (atuação da vontade concreta da lei), o que implica a adoção da técnica processual adequada à harmonização destes escopos¹⁵.

Finalmente, certo é que a dignidade da pessoa humana deve ser o valor central que irá dirigir a solução dessa problemática. O indivíduo, como destinatário das ações estatais, deve ser respeitado em sua essência, para que não sejam violadas as liberdades públicas e transformado o legítimo poder do Estado em arbítrio.

5 SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

A ordem jurídica de um Estado, ao lado da justiça, tem a segurança jurídica como uma de suas finalidades. A segurança jurídica reflete

14 Nesse sentido: ZAVASCKI, “Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais”, p. 149-150; ZAVASCKI, “Restrições à concessão de liminares”, p. 28-40; também, BEDAQUE, *Tutela cautelar...*, p. 87.

15 DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 229: “A tendência, hoje, é caminhar no sentido de aumentar o peso que, nesse jogo de valores, tradicionalmente é dado às exigências ligadas aos escopos sociais”.

o espírito conservador do direito¹⁶, garantindo a manutenção das normas vigentes, protegendo os indivíduos contra o arbítrio dos órgãos estatais, bem como das condutas de seus iguais.

No entanto, distingue-se da ideia de segurança do direito, uma vez que esta corresponde a um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica traduz-se numa garantia que advém da positividade¹⁷. É a Constituição que define os moldes da segurança jurídica, em virtude de se encontrar no ápice do ordenamento jurídico estatal, do qual as demais normas de direito positivo retiram a sua validade.

A segurança jurídica abrange um conjunto de ideias e conteúdos¹⁸, a saber: I) a existência de instituições dotadas de poder e garantias, sujeitas ao princípio da legalidade; II) a confiança nos atos do Poder Público, emanados segundo a boa-fé e a razoabilidade; III) a estabilidade das relações jurídicas, mediante a durabilidade das normas, o princípio da anterioridade das leis e a conservação do direito em face da lei nova (ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido); IV) previsibilidade das condutas seguidas, bem como suportadas; V) o princípio da igualdade, tanto a formal quanto a material.

Em síntese, PAULO DOURADO DE GUSMÃO afirma que a segurança jurídica é “a relativa estabilidade da ordem jurídica, garantidora, por um período razoável, do conteúdo das normas que a compõem”¹⁹.

Nessa conjuntura, a Constituição possibilita entender a segurança jurídica em dois sentidos²⁰, quais sejam, em sentido amplo como

16 GUSMÃO, *Filosofia do direito*, p. 76.

17 Cf. SILVA, “Constituição e segurança jurídica”, p. 17.

18 BARROSO, “Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil”, p.139-140.

19 *Filosofia do direito*, p. 76.

20 SILVA (“Constituição e segurança jurídica”, p. 17) traz o conceito de segurança jurídica no sentido amplo e estrito: “No primeiro, ela assume o sentido geral de

garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em diversos campos, dependente do adjetivo que a qualifica; em sentido estrito como garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de modo que as pessoas saibam previamente que as relações jurídicas desenvolvidas se conservarão estáveis, ainda que se modifique a norma que a deu ensejo.

Fala-se em segurança individual, social, estatal, política e internacional²¹, ou melhor, em segurança como garantia, segurança como proteção de direitos subjetivos, como proteção de direito social e segurança por meio do direito²². Esta, por sua vez, subdivide-se em segurança do Estado e segurança das pessoas. De outro turno, a segurança das pessoas adquire duas faces, quais sejam, a segurança pública e as garantias penais.

A Constituição Federal, v.g., delinea, nos incisos do art. 5º, a segurança como garantia (CF, art. 5º, inc. XI), como proteção de direitos subjetivos (CF, art. 5º, inc. XXXVI) e das garantias penais (CF, art. 5º, inc. XXXVII a XLVII). Nos arts. 6º e 194 do diploma constitucional, encontra-se a segurança como proteção de direito social. Por outro lado, nos arts. 36 a 41 e 136 a 143, todos do estatuto fundamental, a segurança do Estado se faz presente. Não tendo a pretensão de esgotar o rol, traz o art. 144 em seu bojo a segurança pública.

No âmbito do processo civil e à luz da Constituição, a segurança jurídica encontraria berço como uma garantia, configurada no respeito ao devido processo constitucional e todas as garantias que este representa.

Verifica-se que a segurança jurídica não quer dizer “certeza jurídica”, como resultado do processo, mas tão somente firmeza dos passos

garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu”.

21 GUSMÃO, *Filosofia do direito*, p. 77.

22 Vide: SILVA, “Constituição e segurança jurídica”, p. 17 e ss.

processuais, sem riscos²³. Até porque segurança, como proteção dos direitos subjetivos, obtida com o trânsito em julgado, torna certa a existência ou inexistência de direitos e de obrigações afirmados ou negados²⁴. Mas, a certeza²⁵ não se configura de todo presente na reconstituição histórica dos fatos realizada pelo juiz e pelas partes em contraditório, seja pela falibilidade das provas colhidas, seja pelas omissões relevantes das partes na formação do contexto probatório, constituindo as decisões juízos de probabilidades, em consonância com os riscos assumidos pelo sistema.

De outra parte, concretiza-se a segurança jurídica no processo com o desenvolvimento do contraditório, possibilitando ampla participação dos demandantes na demonstração de suas pretensões e num contexto de informação e reação, em que as partes e o juiz promoverão um constante diálogo, com o fim de preparar o provimento final²⁶, possibilitando o controle da atividade jurisdicional por parte dos interessados²⁷.

O exercício do contraditório revela como consequente lógico o direito de ampla defesa, já que aquele que é provocado a se manifestar sobre o objeto litigioso do processo deve ter garantido todos os meios ap-

23 DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 232, nota 9.

24 DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 237.

25 DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 238: “Aquilo que muitas das vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera **probabilidade**, variando somente o grau da probabilidade exigida e, inversamente os limites toleráveis dos riscos” [grifo no original]; BEDAQUE (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 15): “verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis. Mas é imprescindível que se diligencie, a fim de que o grau de probabilidade seja o mais alto possível”.

26 BEDAQUE (*Tutela cautelar...*, p. 88): “Entre as garantias que a Constituição assegura ao modelo processual brasileiro encontra-se a do contraditório. Trata-se de postulado destinado a proporcionar ampla participação dos sujeitos da relação processual nos atos preparatórios do provimento final. Sua observância constitui fatos de legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade que as pessoas diretamente envolvidas com o processo têm de influir em seu resultado”.

27 DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 112-113.

tos à demonstração de suas razões. De nada adiantaria a efetiva promoção do contraditório, se, no momento em que o interessado fosse reagir à pretensão em face do qual foi formulada, se encontrasse impedido de defender-se plenamente.

Ao lado do contraditório e da ampla defesa, o processo civil prevê outras técnicas que se destinam a assegurar a segurança jurídica. De certa forma, refletem o espírito conservador que norteia a segurança jurídica e o direito. Constituem-se em formalidades que devem ser muito bem sopesadas por seus operadores para que não se dê primazia à técnica em detrimento do direito – v.g., as formas, citações e intimações, as presunções, as preclusões, o ônus da prova, cognição vertical, motivação nos proventos, recorribilidade e reexame, como também o trânsito em julgado.

Certo é que tanto mais o processo alcançará a segurança jurídica quanto mais tendente à cognição exauriente. No iter processual, a efetividade da decisão proferida ao seu início é inversamente proporcional à segurança alcançada ao seu final. Ter-se-á, aqui, a alegoria da balança, ou seja, esta reflete o iter processual e cada prato representa um valor. De um lado, encontra-se o peso da segurança jurídica e de outro, o peso da efetividade da jurisdição. Conforme se inicia a relação processual, a balança vai pendendo da efetividade à segurança, até que, ao final, esta se consolida plenamente com o trânsito em julgado, sem que isto, necessariamente, queira dizer efetividade da jurisdição.

Por conseguinte, processo seguro não significa processo efetivo, mas sim que foram percorridos todos os passos traçados pelo diploma processual, chegando a um juízo de probabilidade elevado, que condiz com os riscos assumidos, permitindo a imutabilidade dos efeitos do provento definitivo.

6 DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DO PROCESSO

A Constituição Federal de 1988 iniciou uma nova ordem jurídica e social. Sedimentou fundamentos (CF, art. 1º e incisos), fixou objetivos

(CF, art. 3º e incisos), estabeleceu princípios que regem as relações internacionais (CF, art. 4º e incisos), elencou um rol aberto de direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 2º), previu princípios que informaram a ordem econômica (CF, art. 170) e a ordem social (CF, art. 193), bem como, em diversos dispositivos, desenhou a ordem política do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil.

Logo, a Constituição deve informar todas as leis hierarquicamente inferiores, ou seja, os fundamentos, objetivos e princípios traçados pelo ordenamento jurídico-constitucional devem estar refletidos em cada legislação formulada.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III) deve ser o fundamento essencial de toda prestação do Estado e de todas as condutas dos cidadãos. A igualdade substancial (CF, art. 3º, inc. III) surge como objetivo ou escopo de qualquer função estatal. A prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º, inc. II) normatiza-se como princípio das relações internacionais. Elegeram-se, como valores supremos a pautar o Legislativo, a Administração e a Jurisdição, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, sendo certo que a vida, a liberdade e o trabalho consubstanciam-se em valores comuns das três ordens que compõem o Estado brasileiro. É de se ressaltar que a Constituição esculpiu a justiça social como ideal a ser seguido no caso concreto.

Transportada essa perspectiva para a ciência processual, verifica-se que qualquer construção científica deve ter em vista o modelo processual constitucionalmente instituído, que fixa seu fundamento, como também seus princípios e escopos.

O processualista moderno deve estar atento para o fato de que a Constituição, ao eleger a legalidade, a imperatividade das decisões legitimamente proferidas, a liberdade, o princípio democrático e a justiça social como valores fundamentais, determina a convivência harmônica entre os escopos da jurisdição.

Destarte, a pacificação social com justiça, a atuação da “vontade concreta da lei”, bem como a legitimação pelo processo – procedimento em contraditório – e o culto à liberdade constituem os escopos a serem alcançados pelo exercício da função jurisdicional, visando dar primazia à dignidade da pessoa humana.

As técnicas processuais devem estar à disposição dos consumidores de justiça para o desempenho de suas pretensões. Devem ser adequadas à tutela dos direitos. Necessárias e úteis à especificidade de cada relação de direito material. Mas, sobretudo, devem proporcionar a efetiva fruição do direito afirmado e reconhecido na sentença de mérito. Portanto, este é o verdadeiro significado da efetividade da tutela jurisdicional.

A efetividade da jurisdição representa, no contexto histórico atual, uma ideia de justiça²⁸. Assim, a efetividade da jurisdição, como elemento integrante do conflito, alude à tensão existente entre justiça e segurança jurídica²⁹.

O direito constitucional de ação visa à busca da jurisdição efetiva. Não basta mera previsão de ingresso em juízo. Mister se faz que a tutela jurisdicional garanta a utilidade prática advinda do reconhecimento do direito material.

Nesse prisma, a efetividade da jurisdição pode ser entendida em duplo sentido³⁰, a saber: I) em sentido lato, como tutela jurisdicional tempestiva e possibilidade de ser preventiva; II) e em sentido estrito, como previsão de provimentos e meios executivos capazes de dar efetividade ao direito material.

28 GUSMÃO (*Filosofia do direito*, p. 85): “Dentro de uma situação histórica é possível concebê-la”.

29 Sobre o conflito entre a segurança jurídica e a justiça, ver: GUSMÃO, *Filosofia do direito*, p. 75-84.

30 Cf. MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 179-185.

É oportuno consignar que a Emenda Complementar n. 45 estabeleceu, agora de forma explícita, o direito fundamental à efetividade da jurisdição em sentido lato, ao inserir no art. 5º da Constituição o inciso LXXVIII, que dispõe sobre o direito fundamental à razoável duração do processo.

De outro turno, é cediço na doutrina³¹ que a efetividade da jurisdição em sentido estrito (também chamada de acesso à ordem jurídica justa³²) tem assento no inciso XXXV do art. 5º do diploma constitucional, ao positivar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, constituindo-se em direito fundamental.

Desse modo, o direito fundamental à efetividade da jurisdição ou de acesso à ordem jurídica justa tem natureza de princípio e, como tal, é uma norma de aplicabilidade imediata, vinculando os órgãos do Estado no desempenho de suas funções.

O Estado-Legislator vincula-se a elaborar leis prevendo técnicas aptas a alcançar a efetividade da jurisdição e a construir tutelas jurisdicionais diferenciadas³³. Por sua vez, o Estado-Juiz, ao julgar o caso concreto, promoverá acesso à ordem jurídica justa, ainda que não haja mecanismo processual especificamente previsto na legislação para a sua solução.

A tutela de urgência surge como técnica capaz de promover a efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que afasta o *periculum in mora* e regula provisoriamente a crise, assegurando a utilidade do provimento final. No entanto, faz-se necessária a ponderação dos interesses em jogo, para que

31 BEDAQUE, *Tutela cautelar...*, p. 64, 65, 71 e 73; MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 179; ainda, tratando do tema efetividade do processo, vide: DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 248; CRUZ E TUCCI, *Tempo e processo*, p. 63-66.

32 Sobre as diversas denominações do direito fundamental à efetividade do processo, ver: GUERRA, *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 101-102; ZAVASCKI, “Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais”, p. 147.

33 MARINONI (*Efetividade do processo e a tutela de urgência*, p. 30): “[...] quer significar, em certo sentido, tutela adequada à realidade de direito material”.

se verifique aquele que deve prevalecer no caso concreto, garantindo que não se frustrem os escopos da jurisdição e não se mantenham a crise e o estado de insatisfação, atuando, por conseguinte, o ideário da justiça.

7 TUTELAS DE URGÊNCIA EM ESPÉCIES: PREMISSAS METODOLÓGICAS À REFORMA PROCESSUAL

A tutela de urgência compõe o devido processo constitucional. Realiza-se por meio de técnicas processuais acolhidas pela Constituição Federal como corolário do direito constitucional de ação.

Identificam-se as técnicas processuais de urgência pela adoção de provimentos de cunho sumário, instrumental e provisório.

As tutelas jurisdicionais urgentes possuem a sumariedade tanto formal quanto material³⁴. A sumariedade formal representa a adoção de um procedimento célere à consecução dos objetos aos quais se destina. Quando a urgência dos fatos impede o conhecimento aprofundado da crise de direito material, ter-se-á a sumariedade material.

Diz-se que a tutela de urgência é instrumental, pois assegura a efetividade da tutela jurisdicional satisfativa. A instrumentalidade concretiza o aspecto funcional da tutela jurisdicional de urgência, uma vez que sua função não é solucionar a crise de direito material ou atuar praticamente o direito, mas sim garantir que tais escopos sejam alcançados, respectivamente, pelas tutelas cognitiva e executiva.

Sendo instrumental à efetividade da tutela jurisdicional satisfativa, verifica-se ser a tutela urgente provisória. Fala-se em provisoriedade e não temporalidade, pois os seus efeitos estão destinados a durar até que sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade subsiste durante o intervalo de tempo³⁵. Isto é, a eficácia

34 MARINONI, *Efetividade do processo e tutela de urgência*, p. 29-30.

35 CALAMANDREI (*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 36): “Es conveniente no pasar adelante sin advertir que el concepto de **provi-**

da tutela de urgência está sob a condição resolutória relativa a posterior prolação da sentença de mérito.

No entanto, o elemento comum das técnicas processuais de urgência é a presença do *periculum in mora*, isto é, o fundado receio de dano ao provável direito pedido³⁶ na tutela de cognição exauriente, frente à impossibilidade de aguardar o desenvolvimento pleno do devido processo legal à concessão da tutela satisfativa.

As técnicas processuais que compõem o gênero³⁷ da tutela de urgência são: I) a tutela cautelar; e II) a tutela antecipada.

A tutela de urgência visa assegurar o resultado do processo frente ao *periculum in mora*. Para tanto, emprega a técnica da conservação ou da antecipação³⁸. A primeira cumpre o seu escopo mediante a conserva-

soriedad (y lo mismo el que coincide en él, de **interinidad**) es um poco diverso, y más restringido, que el de **temporalidad**. **Temporal** es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que outro evento, tiene por sí mismo duración limitada: **provisorio** es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante **el tiempo intermedio**” [grifos no original].

36 LIEBMAN (*Manuale di diritto processuale civile*, v. 1, p. 92) aduz sobre o “dano ao provável direito pedido em via principal” na apreciação do *periculum in mora*.

37 OLIVEIRA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, t. 2, p. 23): “Todavia, embora não da mesma espécie, tutela cautelar e antecipatória compartilham do mesmo gênero, gênero esse destinado à prevenção do dano ao provável direito da parte, mediante ordens e mandamentos que interfiram desde logo no plano sensível. Se a palavra “cautelar” e o próprio conceito aí implicado revelam-se impróprios para designar o novo gênero de função jurisdicional, a questão se transfere ao terreno puramente terminológico, parecendo bastante adequado falar-se em tutela de urgência, a exemplo da elaboração doutrinária italiana (que todavia parte de outros pressupostos legais e doutrinários). Significa dizer que a tradicional classificação tripartida, de longa data consagrada na doutrina brasileira – processo de conhecimento, de execução e cautelar –, deve evoluir para a adoção de conceito mais abrangente e pertinente, mudando-se o último termo da equação para ‘processo de urgência’”.

38 BEDAQUE (*Tutela cautelar*, p. 136): “Embora ambas visem assegurar a efetividade e a utilidade do provimento principal, na cautelar conservativa isso se verifica mediante

ção de bens ou situações, enquanto na segunda o resultado do processo é garantido mediante a antecipação dos efeitos da sentença.

A conservação de bens ou situações reporta-se à tutela cautelar, ao passo que a antecipação dos efeitos da sentença é alcançada por meio da tutela antecipada, conforme grande parte da doutrina sempre ensinou.

A relevância da caracterização da tutela cautelar e da tutela antecipada como espécies do mesmo gênero é a fungibilidade proporcionada entre os institutos, ao ponto de ser lícito falar em um poder geral de urgência, bem como na unificação das normas aplicáveis a ambas as tutelas jurisdicionais em uma única categoria³⁹, seja esta identificada como tutela cautelar, seja simplesmente denominada tutela de urgência.

8 DISCIPLINA GERAL DA TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A tutela de urgência está prevista no Título II do Livro V da Parte Geral do Código de Processo Civil.

O Livro V é dividido em três títulos. O Título I é dedicado às normas gerais, que também se aplicam às tutelas de urgência, ao passo que o Título II dispõe especificamente sobre a tutela de urgência.

Destarte, conforme previsto no Título I (Disposições Gerais) do Livro V (Tutela Provisória), a tutela de urgência é o gênero do qual são espécies a tutela antecipada e a tutela cautelar.

a conservação de bens ou situações, normalmente para garantir a execução forçada. A eficácia prática do provimento final é preservada, mediante o afastamento de uma situação de perigo objetiva. Já na cautelar antecipatória, a ameaça é analisada por um prisma subjetivo, pois o resultado do processo, se não antecipado, poderá não ser mais útil para o titular do direito”.

39 DINAMARCO (*A reforma da reforma*, p. 91): “Os operadores do direito, ainda pouco familiarizados com o instituto da antecipação, relutam muito em transpor a ele os preceitos explícitos que o Livro III do Código de Processo Civil contém, sem se aperceberem de que ali está uma verdadeira disciplina geral da **tutela jurisdicional de urgência** e não, particularmente, da tutela cautelar” [grifos no original].

Note-se que a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, típica da caracterização destas como tutelas de urgência, foi consagrada no parágrafo único do art. 305.

É oportuno consignar que a tutela de urgência é considerada pelo Código de Processo Civil como espécie da tutela provisória, gênero no qual se inclui a tutela de evidência.

Outrossim, foram extintas as ações cautelares nominadas.

De outra parte, a tutela de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

A tutela de urgência, quando requerida incidentalmente ao processo, independe de pagamento de custas.

A tutela de urgência será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos, a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

Frise-se que o art. 9º, *caput*, do novo Código de Processo Civil traz regra segundo a qual não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Entretanto, o inciso I do parágrafo único do art. 9º excepciona a regra do *caput* na hipótese de tutela provisória de urgência.

Nesse caso, o juiz está autorizado a conceder tutela antecipada independentemente da oitiva prévia da parte contrária, permitindo maior efetividade da tutela de urgência.

O art. 296, *caput*, prevê regra aplicada à tutela de urgência, segundo a qual esta conserva a sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Importante é a norma do art. 297, *caput*, ao estabelecer que o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela.

Ainda, no que couber, a efetivação da tutela de urgência observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, segundo o parágrafo único do art. 297.

O novo diploma processual normatiza a necessidade de motivação clara e precisa da decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela de urgência.

9 DISCIPLINA ESPECÍFICA DA TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O deferimento da tutela de urgência fica condicionado à demonstração da plausibilidade do direito e, cumulativamente, do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo (art. 300).

Conforme exposto, adotaram-se os ensinamentos doutrinários no sentido de que a tutela de urgência objetiva assegurar o resultado do processo frente ao *periculum in mora*.

Destarte, para o seu deferimento, basta a parte demonstrar o *fumus boni juris* e o perigo de ineficácia da prestação jurisdicional.

De outro turno, a tutela de urgência pode ser concedida de forma liminar ou após justificativa prévia, conforme previsto no § 2º do art. 300.

Ademais, para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la, nos termos do § 1º do art. 300.

O novo Código de Processo Civil trouxe regra estipulando a responsabilidade civil da parte que causar prejuízo à parte adversa em razão da efetivação da tutela de urgência, independentemente da reparação do dano processual, quando a sentença lhe for desfavorável, quando obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, quando a parte não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de

cinco dias, quando ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal e quando o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Nesses casos, a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

É de se ressaltar a regra prevista no art. 300, § 3º, que determina que a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Tal regra já era prevista no Código de Processo Civil revogado, quando disciplinava a tutela antecipada, sendo objeto de críticas da doutrina à época.

Outrossim, a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

De outra parte, novo diploma processual cria a possibilidade de a tutela de urgência, antecipada ou cautelar, ser requerida em caráter precedente mediante procedimentos específicos, previstos nos arts. 303 e 305, respectivamente.

Frise-se a regra da estabilização da tutela antecipada de urgência do art. 304, no caso de sua concessão e não impugnação pela parte requerida mediante recurso adequado. Neste caso, a decisão se tornará estável e, depois de efetivada a medida, o processo será extinto. No entanto, a eficácia da medida será conservada, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada.

Ainda, o direito de rever, modificar ou invalidar a decisão de tutela antecipada estabilizada extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, de acordo com o art. 304, § 5º.

O prazo de dois anos possui a natureza jurídica de prazo decadencial.

Por fim, o direito de rever, modificar ou invalidar a estabilidade da decisão será exercido mediante ação, cuja legitimidade pertence a ambas as partes (art. 304, § 6º).

10 IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS PRÁTICOS DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA: A TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE

A Constituição de 1988 trouxe à luz a concepção do Estado Democrático de Direito, no qual se funda a República Federativa do Brasil, contemplando a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III) como um dos seus fundamentos.

Conquanto seja a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos acolhidos pela ordem constitucional brasileira, consubstancia-se, também, num valor que compõe o conteúdo material da Constituição Federal e informa todo o ordenamento jurídico.

O valor da dignidade da pessoa humana significa a prevalência da pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado⁴⁰. Isto é, tanto fundamenta os princípios e as regras, como estandartes, quanto se constitui em um princípio autônomo, na medida em que materializa uma ideia de direito a ser perseguida.

Com efeito, a tutela de urgência é caracterizada pela provisoriedade, ou seja, os seus efeitos perduram até que seja emanado o provimento final. Assim, como regra, surge a necessária revogabilidade dos efeitos produzidos pela concessão da medida urgente, que, ao final, mostrou-se insubsistente.

A revogabilidade apresenta-se como regra, uma vez que a cognição desenvolvida na tutela de urgência é, no plano vertical, superficial quanto à profundidade; assim, as questões de fato e de direito são perquiridas *in status assertionis* pelo juiz.

A natureza reversível do provimento que concede a tutela de urgência visa assegurar o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, pois se garante este núcleo ao direito fundamental à segurança jurídica, impondo ao juiz o dever de promover meios aptos à condução ao *status quo ante*⁴¹.

40 Nesse sentido: MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, v. 4, p. 166.

41 Cf. ZAVASCKI, "Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais", p. 162-163.

A natureza reversível da tutela de urgência antecipada está consagrada no § 3º do art. 300, segundo o qual esta não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

No entanto, situações há que requerem a concessão da tutela de urgência, em que pese a irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento, v.g., na hipótese de emanção de tutela específica urgente, determinando que seja realizado um transplante de órgão, operação esta que o plano de saúde se recusava a custear, ou ainda, em razão da concessão de tutela ressarcitória, condenando laboratório a arcar com o plano de saúde de gestantes que engravidaram por ingerirem contraceptivo sem o necessário princípio ativo, entre outros casos.

Em tais situações, verifica-se o conflito entre o direito fundamental à segurança jurídica e o direito fundamental à efetividade da jurisdição. Entretanto, exsurge o direito fundamental à dignidade da pessoa humana como fator de desequilíbrio da balança, fazendo-a pender para o lado que contenha a parte carente de tutela, cujo direito deve ser acautelado frente ao *periculum in mora*, com o fim de que seja preservada a dignidade da pessoa humana.

Destarte, quando o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional consubstanciar-se em veículo para a tutela do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, há de prevalecer, no caso concreto, em desfavor do direito fundamental à segurança jurídica, para que seja assegurado o respeito ao valor consagrado em sede constitucional.

De outra parte, casos existem em que não se verifica a atuação de um valor ou outro direito fundamental mediante a tutela do direito fundamental à efetividade da jurisdição. A crise de direito constitucional resta tão somente entre a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica, v.g., na hipótese do executado que tenta vender seus bens visando frustrar a execução.

Nessas situações, o balanceamento realizado pelo juiz deve se mostrar apurado, transcorrendo todo iter necessário para a concretização

da técnica da proporcionalidade, com o fim de trazer à luz aquele direito fundamental que deve ser assegurado concretamente.

Verificar-se-á se a tutela urgente apresenta-se apta à produção dos efeitos desejados, se a medida de urgência não excede o fim pretendido, qual seja, a salvaguarda do direito fundamental à efetividade da jurisdição, bem como proceder-se-á à ponderação entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição, dando prevalência àquele direito fundamental que se mostrar mais verossímil.

Para dirimir os efeitos da irreversibilidade em tela, há a possibilidade do emprego da contra-cautela referente à caução. Esta se mostra um mecanismo capaz de contrabalançar a tensão existente, configurando-se em um peso extra em desfavor da segurança jurídica.

A tutela de urgência é uma técnica imprescindível à garantia do direito constitucional de ação, angariando acesso à ordem jurídica justa, a qual somente será alcançada com o respeito ao devido processo constitucional, em sua tônica substancial, o que requer o emprego do princípio da razoabilidade e o respeito aos princípios do Estado de Direito, notadamente, o princípio da proporcionalidade.

Portanto, mesmo nas situações em que se verifica em concreto a irreversibilidade dos efeitos práticos da tutela de urgência, o emprego da técnica da proporcionalidade permite e determina a concessão da tutela antecipada de urgência, excepcionando o art. 300, § 3º, do Código de Processo Civil.

11 A TUTELA PROVISÓRIA

Falar em tutela provisória significa dizer que sua eficácia irá perdurar até que um evento sucessivo surja⁴² e ponha fim ao estado de provisoriedade.

42 CALAMANDREI (*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 36): “Es conveniente no pasar adelante sin advertir que el concepto de **provisoriedad** (y lo mismo el que coincide en él, de **interinidad**) es un poco diverso, y más restringido, que el de **temporalidad**. **Temporal** es, simplemente, lo que no

O novo Código processual adotou a tutela provisória como gênero, da qual a tutela de urgência (antecipada ou cautelar) e tutela de evidência são espécies.

A tutela provisória fundamenta-se na urgência ou na evidência. A tutela provisória de urgência subdivide-se em cautelar ou antecipada. Por sua vez, a tutela provisória de evidência dá ensejo à tutela de evidência, disciplinada no Título III do Livro V da Parte Geral do novo Código de Processo Civil.

A tutela de evidência não possui como requisito a demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (art. 311). Assim, ela não se funda na existência do *periculum in mora*.

A tutela de evidência não é novidade no sistema processual pátrio. Essa tutela já era prevista nas hipóteses do art. 273, inciso II, e do art. 273, § 6º, ambos do Código de Processo Civil revogado.

Segundo a normatização estabelecida no novo Código de Processo Civil, a tutela de evidência será concedida quando: a) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; b) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; c) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; d) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Portanto, caracterizada uma das hipóteses estabelecidas nos incisos do art. 311 do novo Código de Processo Civil, o juiz estará autori-

dura siempre; lo que independientemente de que outro evento, tiene por sí mismo duración limitada: **provisorio** es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante **el tiempo intermedio**” [grifos no original].

zado a conceder tutela de evidência, independentemente da existência da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Por fim, registra-se que o juiz está autorizado a conceder a tutela de evidência, independentemente da oitiva da parte contrária, nos casos em que as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, bem como se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa, de acordo com o art. 9º, parágrafo único, inciso II.

12 CONCLUSÃO

Conforme analisado, o novo Código de Processo Civil foi elaborado tendo em vista certos objetivos, dentre os quais destaca-se o da simplificação, que influenciou sobremaneira a sistemática da tutela de urgência no diploma processual.

O tempo de tramitação do processo não pode ser empecilho para a tutela de situações urgentes e por isso, a técnica da tutela de urgência se mostra adequada ao fim a que se destina.

A técnica da proporcionalidade surge como instrumento para a solução de colisões entre direitos fundamentais em jogo, propiciando a promoção da tutela de urgência em um caso concreto.

Ademais, verificou-se que processo seguro não significa processo efetivo, circunstância que releva a importância da tutela de urgência para a efetividade do processo.

O novo Código de Processo Civil adotou a tutela de urgência como gênero, do qual são espécies a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Ainda, o novo diploma processual disciplinou a tutela de urgência de forma geral e de forma específica, com regras que possibilitam simplificação e efetivação da tutela, com previsão de estabilização em certos casos, conforme estudado acima.

A irreversibilidade dos efeitos práticos da tutela antecipada de urgência foi repetida no Código de Processo Civil como regra de proibição à sua concessão. No entanto, valores constitucionais supremos autorizam que a regra seja excepcionada no caso concreto, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, em homenagem, por exemplo, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nestes casos, poderá ser concedida tutela de urgência, ainda que esta seja irreversível.

De outra parte, traçaram-se breves considerações sobre a tutela provisória, bem como sobre a tutela de evidência.

Portanto, a nova sistemática da tutela de urgência no novo Código de Processo Civil busca dar simplificação ao instituto processual e efetividade à tutela, proporcionando ao jurisdicionado o acesso à ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Marino Ayerra Merín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

COMOGLIO, Luigi Paolo. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1990.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2003.

- _____. *A reforma da reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência* (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LIEBMAN, Eurico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 2. ed. v. 1. Milano: Giuffrè, 1968.
- MARINONI, Luiz G. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Efetividade do processo e a tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 8, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. Restrições à concessão de liminares. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 42, n. 195, p. 28-40, jan. 1994.

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO FONTE DE DEVERES DA “COMUNIDADE COMUNICATIVA” E INSTRUMENTO DE VEDAÇÃO AO ABUSO DOS DIREITOS PROCESSUAIS

Marcelo Ribeiro de Oliveira

1 Introdução. 2 O princípio da cooperação e a comunidade de comunicação. 3 Julgador como destinatário do princípio e do dever de cooperação. 4 Partes como destinatárias do princípio e do dever de cooperação. 5 Os deveres de cooperação das partes. 6 A interação entre o princípio da cooperação e a vedação ao abuso dos direitos processuais. 7 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente ensaio é analisar o princípio da cooperação processual, positivado pelo legislador brasileiro no art. 6º da Lei n. 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil em vigor desde março. Busca-se refletir sobre o alcance da prescrição normativa, sobre os seus destinatários, bem como arredar uma certa desconfiança diante da possível perplexidade em se exigir trabalho de mútuo auxílio a quem está em situação de beligerância.

Será demonstrado que o princípio, em rigor, foi expresso nesse novo diploma, mas o ordenamento há muito já o acomodava. Da mesma forma, sustentar-se-á que o princípio possui destinação bifronte, isto é, dirige-se ao juiz e às partes do processo, seja por imposição do sistema, seja pela forma como produzida a norma examinada. Dessa premis-

sa, serão examinados os deveres dele decorrentes, bem como as sanções passíveis de aplicação.

Em relação à aplicação do princípio da cooperação às partes, mormente por não ser unânime a sua aceitação, apresentar-se-á a sua aproximação com o dever da boa-fé processual, reputando-o, ainda, como norma de aplicação à vedação ao abuso de direitos processuais. Dessa assertiva, pode-se extrair que também será abordado o princípio da boa-fé, previsto no art. 5º, muito embora a boa-fé seja considerada um elemento estruturante do ordenamento jurídico e nem mesmo demande essa prescrição.

Até mesmo em razão desse ponto de partida das reflexões, considera-se inviável falar em cooperação sem boa-fé; a boa-fé, por sua vez, possui na cooperação uma das suas formas de concretização.

Para o trabalho que se propõe, lançar-se-á mão da boa doutrina nacional já produzida a respeito do tema, ainda no árido cenário de não positivação, sem embargo de alusões ao então projeto de Código de Processo Civil.

Além da literatura brasileira, sem embargo a referências doutrinárias de outros países, enfatizar-se-á uma perspectiva comparatista com o trato da matéria em Portugal, pelo contato que se está a ter com essa literatura, que, importa registrar, produziu substanciais desenvolvimentos a respeito do tema. A circunstância de a legislação desse país ser similar à brasileira¹ e de já ter sido objeto de debate em precedentes jurisprudenciais, ainda não cristalizados, permite antever os problemas de aplicação que poderão ser relacionados. O seu exame, assim, mostra-se de considerável utilidade.

1 Muito embora em Portugal, no âmbito probatório, haja ainda disposição específica sobre o “dever de cooperação para a descoberta da verdade” (art. 417º do CPC), mais abrangente que o art. 378 do novo CPC. Por outro lado, a possibilidade de inversão do ônus da prova no Brasil é mais ampla, cf. art. 373, § 3º.

2 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E A COMUNIDADE DE COMUNICAÇÃO

Considerado pela doutrina processual como basilar do processo moderno² e dotado de plena eficácia normativa³, o princípio da cooperação regula, *per se* e complementado por regras e por subprincípios, as po-

2 Por todos, vejam-se: FREITAS, *Conceitos e princípios gerais à luz do novo Código*, p. 185-191; SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 62-69; SILVA, *Acto e processo*, p. 589-616; GOUVEIA, “Os poderes do juiz cível na acção declarativa – Em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão”; DIDIER JUNIOR, *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Com referência ao direito alemão, mostrando a necessidade da consagração do aludido princípio e o cenário à época (2012) de certa resistência doutrinária, ver REINHARD GREGER, “Cooperação como princípio processual”, p. 123-133. No Brasil, veja-se MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*.

3 Necessário consignar a existência de controvérsia a respeito dessa assertiva. Com efeito, a doutrina processualista portuguesa é refratária à incidência direta do princípio, aparentemente inspirada em CANARIS, segundo o qual “[...] os princípios necessitam, para a sua realização, da concretização por subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio. De facto, eles não são normas e, por isso, não são capazes de aplicação imediata, antes devendo primeiro ser normativamente consolidados ou ‘normativizados’” (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 96). Esse posicionamento majoritário entre os processualistas portugueses (cf. SILVA, *Acto e processo*, p. 591), que condicionaria o princípio a ser atuado com a conformação de regras outras, é bem anotado por DIDIER JR. (*Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, p. 50 e ss.). O autor aponta seu posicionamento contrário, por meio do qual reputa a possibilidade de aplicação dos princípios, conquanto perfeitas as hipóteses de fato, sem a necessidade, sempre, de subprincípios ou de regras. Essa leitura, com efeito, é prevalente no Brasil, tanto jurisprudencialmente quanto no plano doutrinário. Além de DIDIER (*Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*) e da doutrina brasileira nele citada, notadamente o excepcional trabalho de HUMBERTO ÁVILA, para a compreensão do tema sugere-se VINICIUS KLEIN (“Os desafios da aplicação direta dos princípios constitucionais sem a mediação de regras”. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba: Proppex UniBrasil, 13: 80-107 v. 1, 2010). Pontualmente, com o advento do novo CPC, a questão é reenquadrada, da mesma forma que ocorre em Portugal. Resta definir se o princípio será delimitado pelas normas correlatas, e, ainda, conforme anota SILVA (*Acto e processo*, p. 591), se somente terá espaço quando a lei impuser essa intervenção ou se será normativamente bastante para a imposição de deveres aos atores processuais, bem como para sujeitá-los a sanções pela não observância deste.

sições jurídicas dos sujeitos do processo, por meio dos quais extraem-se deveres das partes e dos julgadores⁴.

Como anota PAULA COSTA e SILVA, “este princípio vem a reflectir-se na imputação de situações jurídicas aos diversos intervenientes processuais, que visam a uma atuação colaborante no processo”⁵.

DANIEL MITIDIERO, possivelmente no ensaio de maior relevo no Brasil sobre a matéria, ainda antes da novel legislação⁶, destaca o papel do juiz no modelo cooperativo de processo⁷, ajustado, portanto, com

4 Como referido por DIDIER JR. (*Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, p. 14), e conforme pode ser visto diretamente na obra de SOUSA (*Estudos sobre o novo processo civil*, p. 62). Nesse passo, não se concorda com as considerações de GOUVEIA (*Os poderes do juiz cível na acção declarativa*), que faz uma divisão entre o reforço dos deveres de cooperação das partes como traço autoritário do processo e o incremento dos deveres de cooperação do juiz como redutor desse autoritarismo. Menos se concorda ainda com LUIS CORREIA DE MENDONÇA (*Vírus autoritário e processo civil*. Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/julgaronline/Home/numeros-publicados/julgar-01--janeiro-abril--2007>>. Acesso em: 15 dez. 2014), que critica a introdução (positivação) do princípio da colaboração ante o reforço do poder inquisitório e de discricionariedade do juiz, associando tais prerrogativas a arbítrio. O autor, assim, associa-se ao “garantismo processual”, muito difundido em Espanha, como ele mesmo anota, e que pode ser visto em JUAN MONTERO AROCA (*Sobre el mito autoritário de la “buena fe procesal”*). Disponível em: <https://www.u-cursos.cl/derecho/2012/1/D128T07197/37/material_docente/previsualizar?id_material=434895>. Acesso em: 15 dez. 2014). Nesse texto, chega-se a sustentar que não houve atuação de boa-fé. A refutação dessa assertiva será desenvolvida mais adiante no ensaio, ao se associar a necessidade de observância à boa-fé como decorrência do contraditório.

5 SILVA, *Acto e processo*, p. 590, com desenvolvimento nas páginas seguintes.

6 MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*.

7 Em convergência com esse entendimento, PEDRO GOMES DE QUEIROZ (*O princípio da cooperação e a exibição de documento ou coisa no processo civil – primeira parte*. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 10, p. 8247-8292, 2014) anota sobre o modelo cooperativo: “O princípio da cooperação dá origem ao modelo processual cooperativo que substitui os antigos modelos adversarial e inquisitorial, incluindo o órgão jurisdicional

o princípio em exame. O autor enfatiza a dupla posição do juiz cooperativo: de um lado, mostra-se isonômico ao conduzir o processo, dialogando e em pé de igualdade com as partes, e, de outro, assimétrico na atividade de julgar⁸.

Desse princípio extrai-se o dever de cooperação, que pode ser concebido na acepção material, assim compreendida como a atuação colaborativa das partes no sentido da obtenção de provimento jurisdicional adequado ao pedido⁹, bem como na acepção formal¹⁰, sinteticamente compreendida como mote para uma tramitação fluida, sem dificuldades comunicativas e sem dilatações¹¹.

Não é de se estranhar, assim, a concepção de que o princípio da cooperação busca a transformação do processo civil em uma “comunida-

no rol dos sujeitos do diálogo processual e fazendo com que este deixe de ser um mero espectador do duelo das partes. Neste modelo, o contraditório é um instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial e não apenas uma regra formal a ser observada para que a decisão seja válida” (p. 8251). A segunda parte da dissertação foi publicada na Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 1, n. 1, p. 1761-1870, 2015.

8 MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*, p. 72.

9 FREITAS (*Introdução ao Processo Civil*, p. 186) faz referência à descoberta da verdade como dimensão material. A despeito de o tema escapar e muito ao objeto do presente ensaio, cumpre destacar a impossibilidade de se acompanhar esse passo da obra por objetar a possibilidade de atingimento da dita verdade processual e por questionar se o dito atingimento da verdade seria objeto do processo ou mesmo da jurisdição. A opção adotada de que a dimensão material da cooperação é o provimento nos limites do pedido aproxima-se muito, efetivamente, da dimensão formal. A menção à dimensão material autônoma, contudo, é feita por se acreditar que a cooperação possibilita o escorrido desenvolvimento do princípio dispositivo e que todos os atores devem zelar pela decisão nos limites estabelecidos pela pretensão. Um outro delineamento do fim material pode ser depreendido de SILVA (*Acto e processo*, p. 590 e 596), como a justa composição do litígio.

10 FREITAS, *Introdução ao processo civil*, p. 190.

11 Como também anotado por DIDIER JR. (*Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*) em exame à obra de FREITAS.

de de trabalho”¹², ou, ainda, em uma “comunidade de comunicação”, expressão que, de forma feliz, reforça, por um lado, a ideia de diálogo por meio do processo e, por outro, promove o reconhecimento do fato de o processo estar longe de um cenário comunicativo ideal¹³.

Mais do que isso: não se pode ignorar, como não é raro (pode-se até pensar tratar-se da regra), que é possível que uma das partes não queira o processo, ou que ele se protraia¹⁴, ou mesmo que não chegue a termo¹⁵. Ainda assim, sem ficções ou otimismo, tem-se que o dever de cooperação não é um quimérico dever de amizade, mas de observância de mínimo ético e, sobretudo, de funcionalidade do processo.

3 JULGADOR COMO DESTINATÁRIO DO PRINCÍPIO E DO DEVER DE COOPERAÇÃO

O dever de cooperar, conforme aqui se sustenta, destina-se tanto às partes quanto ao juiz. A própria redação do art. 6º do novo CPC reforça esse entendimento ao prescrever que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

As dimensões desse dever, contudo, não são idênticas para as partes e o juiz. Elas amoldam-se, portanto, à posição processual ocupa-

12 Lançam mão da expressão SOUSA (*Estudos sobre o novo processo civil*, p. 62) e FREITAS (*Introdução ao processo civil*, p. 190), que também é adotada no direito alemão, como se pode ver pelas referências trazidas pelos autores e, diretamente, pelas anotações de GREGER (“Cooperação como princípio processual”, p. 124).

13 SILVA, *Acto e processo*, p. 109. De fato, como observa a autora, o ato comunicativo das partes é essencialmente interessado e voltado à persuasão do julgador; este, dada sua condição humana, é incapaz de ser considerado absolutamente neutro ou imparcial. Esses ruídos ou condições processuais, na linha do que se expôs, apenas confirmam a dissociação da verdade como fim do processo.

14 SILVA, *Acto e processo*, p. 325.

15 MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*, p. 17.

da. Por essa razão, passa-se a tratar dos deveres impostos ao julgador, cuja observância ao princípio é mais tranquila doutrinariamente.

A doutrina portuguesa bem identificou que o princípio da cooperação gera **cinco poderes-deveres** ao órgão julgador, com assento em regras específicas, complementares e que dão concretude a este¹⁶.

O **dever de inquisitorialidade** é aquele em razão do qual

[...] o tribunal tem o dever de utilizar os poderes inquisitórios que lhe são atribuídos pela lei; por exemplo: o juiz suspeita de que uma pessoa que as partes não ofereceram como testemunha tem conhecimento de factos relevantes para a decisão da causa; utilizando os poderes inquisitórios em matéria probatória (cf. art. 411), deve convocar essa pessoa para depor (cf. art. 526, n. 1)¹⁷.

No CPC/2015, a inquisitorialidade está presente em diversas dimensões. No campo probatório, ela é bastante clara e tem como regramento principal o art. 370, o qual prescreve que “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

Entre as ações inquisitórias previstas no Código, de natureza probatória ou não, podem ser destacadas¹⁸: a constante do art. 461, que confere o poder ao juiz, de ofício, de proceder à acareação de testemunhas¹⁹; a designação, de ofício, com amparo no art. 480 do CPC/2015, de nova perícia pela insuficiência da anteriormente produzida; a possi-

16 Confirmam-se, ainda SILVA (*Acto e processo*, p. 591) e RODRIGUES (*O novo processo civil: os princípios estruturantes*, p. 102 e ss.). Na doutrina brasileira, veja-se MITIDIERO (*Colaboração no Processo Civil*, p. 125-126).

17 SOUSA, “Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?”

18 Para além de tantas outras, como, sem pretensão de exaustão, no processo executivo, no procedimento de inventário (substituição de inventariante), de restituição de autos.

19 Sem que aqui se faça qualquer juízo sobre a corrente (in)utilidade desse meio de prova.

bilidade de proceder, de ofício, à inspeção judicial (art. 481); a fixação, mesmo sem provocação, de astreintes, para estimular os provimentos de fazer e de não fazer (art. 536)²⁰.

O **dever de esclarecimento** consiste no dever do julgador de sanar, junto às partes, eventuais dúvidas acerca das alegações, pedidos ou posições por elas apresentadas em juízo, a fim de evitar tomada equivocada de decisões com base em má percepção²¹.

Acredita-se que o novo CPC mostrou-se avançado a respeito desse dever. O art. 357, que trata da fase do saneamento, é bastante claro quanto à interação entre as partes e o juiz na busca do esclarecimento a respeito da delimitação dos fatos controvertidos e do objeto do processo propriamente dito. Nesse particular, com expressa alusão ao agir cooperativo e com referência ao dever de consulta pelo juiz, o § 3º dispõe:

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

Outras disposições que podem ser extraídas como materialização do dever de esclarecimento são o art. 470, que atribui ao juiz o dever da formulação de quesitos por ele reputados relevantes à compreensão da causa, além dos já citados arts. 480 e 481, que fazem alusão à atuação do juiz em relação à prova pericial tida por insuficiente e à inspeção judicial, respectivamente.

20 Além de poder promover modulação do valor da fixação das astreintes, ou até mesmo a eliminação dessas, na forma do art. 537, § 1º, caso se constate que a multa tornou-se insuficiente ou excessiva, ou quando o obrigado houver demonstrado o cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

21 SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 65. DIDIER JR. (*Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, p. 16) vai além e dá feição bilateral ao dever, não apenas de o Tribunal se esclarecer mas de esclarecer suas próprias manifestações, o que, em certa medida, pode ser obtido pela apreciação efetiva dos embargos declaratórios (CPC/2015, art. 1.022 e ss.).

O **dever de consulta** faz com que seja defeso ao magistrado decidir questão de fato ou de direito, mesmo que cognoscível de ofício, sem que se franqueie às partes o direito de manifestação, ou, ainda, há o dever de consultar, de submeter ao contraditório, questão ainda não suscitada no processo, com vistas a não se experimentarem as chamadas decisões-surpresa²².

Os arts. 9 e 10 do CPC/2015 acabam por materializar, com muita clareza, esse dever, ao estatuírem, respectivamente que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” e que “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”.

Outras duas disposições que podem ser consideradas sede normativa desse princípio encontram-se no âmbito da atividade probatória: o art. 372, que admite o uso da prova emprestada, aqui entendida como a produzida em outro processo, sem embargo, por óbvio, do respeito ao contraditório e, sobretudo, o § 1º do art. 373, que positivou a inversão do ônus da prova, *ope iudicis*, que até então havia sido expressa apenas em microsistemas, v.g., Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII).

Nessa última disposição, reconhece-se a possibilidade, diante das situações factuais afetas à dificuldade da parte, em rigor onerada com

22 SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 66-67. Cabe notar, ainda, que DIDIER JR. (*Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, p. 18) enfatiza tal dever também como decorrência do contraditório. Ilustrativamente, reconhecendo a observância desse dever, o Supremo Tribunal de Justiça português possui decisão que veda a condenação por litigância de má-fé, sem a observância do contraditório, sob pena de ver caracterizada a dita decisão surpresa. Nas palavras da Corte: “A condenação como litigante de má fé não pode ser decretada sem prévia audição da parte a sancionar, sob pena de se violar o princípio do contraditório, na vertente da proibição de decisão-surpresa, cometendo-se nulidade que influi na decisão da causa, sendo que tal omissão infringe os princípios constitucionais da igualdade, do acesso ao direito, do contraditório e da proibição da indefesa.” (STJ, 2326/11.09TBLLE.E1.S1, Fonseca Ramos, 11.9.2012).

a prova, de o juiz atribuir tal ônus de modo diverso. Ressalvam-se, contudo, o óbvio dever de fundamentação e a oportunidade de que a parte se desonere desse ônus. Em outras palavras, reconhece-se a impossibilidade, conquanto admitida em alguns julgados, de que a inversão do ônus opere-se na sentença de modo surpreendente, sem que a parte que passe a ser onerada possa se desvencilhar do ônus imposto²³.

O **dever de prevenção** resulta da imposição ao magistrado de indicar as deficiências das postulações das partes para o suprimento dessas, de modo a compreender também o dever de convite²⁴ a que as partes aperfeiçoem os seus articulados ou suas alegações recursais²⁵.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA vê extensão²⁶ no dever de prevenção, de modo a valer também “[...] genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo [...]”, concebendo quatro áreas de aplicação do referido dever: “explicitação de pedidos pouco claros, o caráter

23 Como adequado relato da controvérsia entre cortes estaduais, bem como dentro do Superior Tribunal de Justiça, além da discussão havida sobre se a inversão era regra de instrução ou regra de julgamento, confira-se, por todos, REsp 802832/MG, min. Paulo de Tarso Sanseverino. *DJe* 21 set. 2011). A disposição do novo CPC acompanhou o entendimento hoje prevalente. Sem embargo da discussão sobre a técnica que melhor se adequa à questão (se é que existe de forma atomizada), sendo técnica de julgamento ou de instrução, a parte não pode ser surpreendida acerca da sua posição jurídica, de sorte que a nova disciplina examinada, que arreda qualquer dúvida a esse respeito, é digna de elogios, no particular.

24 SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 66.

25 Veja-se também SILVA (*Acto e processo*, p. 593), que faz referência ao dever de prevenção, não como cláusula geral, mas de forma delimitada à clarificação da exposição. A autora anota, ainda, a inexistência de um dever geral de prevenção. A nosso sentir, aqui reside uma das consequências práticas da divergência entre o entendimento defendido, da aplicação direta do princípio da cooperação (de seus subprincípios e dos deveres conexos) e da leitura que reputa devida a mediação do princípio por regras que lhe confirmam concretude.

26 SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 66.

lacunar da exposição de fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte”²⁷, como a especificação de pedido indeterminado, por exemplo.

Esse dever da atividade judicante pode, essencialmente, ser depreendido, no CPC/2015, das disposições atinentes às emendas previstas para os atos de postulação, a saber: art. 303, § 6º, que prevê que o juiz determinará emenda de pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente²⁸; art. 321, que faz alusão à determinação de emenda à petição inicial que não perfaça os requisitos indispensáveis (art. 319 e incisos) ou que não venha acompanhada dos documentos indispensáveis ao ajuizamento (art. 320); art. 700, § 5º, que dispõe sobre a determinação de emenda para o esclarecimento acerca da idoneidade da prova documental no procedimento monitorio; art. 968, § 5º, que prevê a atuação judicial para conceder prazo para emenda em ação rescisória; e, por fim, a disposição do art. 1.071, que acrescentou o art. 216-A à Lei de Registros Públicos. No § 10, passa a ser depreendido ser dever do juiz, ao receber do oficial de registro de imóveis impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião²⁹, determinar a emenda à inicial para conversão da ação de usucapião ao procedimento comum.

27 SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 66. Essa extensão do pensamento de SOUSA também se encontra sumariada em DIDIER JR. (*Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, p. 19). Referido autor ainda anota que a adoção da acepção de dever geral de prevenção trabalhada no direito alemão é aproximada, no direito brasileiro, do ainda vigente art. 284 do CPC. Ela, efetivamente, pode ser compreendida ora como deduzida, ora como decorrente do art. 6º do novo CPC.

28 Conforme o *caput* do art. 303 do novo CPC: “Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”.

29 Segundo o dispositivo, a impugnação ficaria a cargo de qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel

O **dever de auxílio**, por sua vez, compele o julgador a concorrer para que parte supere dificuldades no exercício de direitos ou no cumprimento de ônus processuais³⁰. No caso brasileiro, a disciplina mais patente desse dever pode ser depreendida da já mencionada possibilidade de distribuição assimétrica do ônus da prova, conforme art. 370, em especial § 1º c/c art. 357, III.

Por outro lado, cabe ao juiz também, como decorrência do dever de auxílio, o controle da validade e da aplicação de acordos de procedimento³¹. Tal atuação pode ser feita de ofício, o que também é uma emanção do dever de inquisitorialidade anteriormente analisado.

Também se veem como concretizações do dever de auxílio por parte do julgador os incisos VI e IX do art. 139 do CPC/2015, que, respectivamente, estabelecem como dever do julgador dilatar³² “os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” e “determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”. Sem pretensão de exaurir, pode-se falar em decorrência do dever de auxílio o disposto no art. 536, em que o juiz pode, de ofício, lançar mão dos meios necessários para assegurar a satisfação do crédito do exequente nas ações que visem à prestação de obrigações de fazer ou de não fazer.

A estruturação do processo civil como um todo e do princípio estudado, em particular, com imposição dos deveres às partes e ao tribu-

usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, de algum dos entes públicos ou de algum terceiro interessado.

30 SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 67.

31 Na forma do parágrafo único do art. 190 do novo CPC. O regramento em tela prevê ainda a nulidade, cognoscível de ofício, de inserção abusiva em contrato de adesão, ou quando uma das partes estiver em manifesta situação de vulnerabilidade.

32 Somente antes de encerrado o prazo regular, conforme parágrafo único do mesmo artigo.

nal, segundo MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, coaduna-se com os princípios do Estado Social de Direito e caminha para garantir a legitimação externa das decisões³³.

Conclusão similar é retirada de MITIDIERO³⁴, quando, ao contrapor o modelo cooperativo a um modelo estatal hierarquizado, sustenta que

[...] o modelo cooperativo, de seu turno, funda-se em outras bases. Se é certo que nessa quadra permanece a moderna distinção entre Estado, sociedade e indivíduo, não menos certo se mostra que o modelo cooperativo organiza as relações entre esses três elementos de maneira bastante diversa daquela do Estado Nacional Moderno.

Dessa formulação, o autor conclui pelo avanço tendente a um “Estado Constitucional Cooperativo”.

Se há esses deveres, há de se indagar se existem consequências pelo seu descumprimento. A resposta é positiva, e não poderia ser diferente. Dever sem cominação, em caso de descumprimento, seria mera sugestão.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA pontua a caracterização da nulidade da sentença em que se verifica a violação do dever de auxílio com o procedimento de não se dar chance ao aperfeiçoamento do articulado e, com base nessa deficiência, negar-se a pretensão deduzida em juízo³⁵.

33 SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 61-62.

34 *Colaboração no processo civil*, p. 71-72.

35 SOUSA (“Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?”): “É nesta perspectiva que há que analisar as consequências que decorrem do não cumprimento pelo juiz dos deveres inerentes ao dever de cooperação. A omissão destes deveres traduz-se numa nulidade processual, porque o tribunal deixa de praticar um acto que não pode omitir (cf. art. 195.º, n.º 1). Sucede, no entanto, que esta nulidade só se torna patente quando o tribunal profere uma decisão, apontando, por exemplo, a falta de um pressuposto processual que não convidou a parte a sanar ou decidindo uma questão de direito que as partes não discutiram no processo. Isto significa que a nulidade processual decorrente da omissão de um acto devido é consumida pela nulidade da decisão que conhece de matéria de que, nas condições

Em rigor, a violação dos deveres de cooperação pelo juiz tendencialmente leva ao ruído comunicativo e à potencial nulidade. No entanto, tem-se que esse ruído não é presumido, tem de ser aventado pela parte e associado a um real prejuízo, sendo este concebido, permita-se insistir, na situação de dualidade entre a violação do dever e o agravamento da posição processual da parte.

De forma ilustrativa, caso o juiz não cumpra o dever de auxílio em matéria de prova e a parte consiga provar sua alegação, para além da falta de interesse de impugnar, não haveria ruído da comunicação.

Da mesma maneira, vislumbra-se grande dificuldade em falar em violação do dever de inquisitorialidade quando nenhuma das partes pretende produzir novas provas em relação ao ponto controvertido delimitado consensualmente e quando a decisão apenas valora o quanto produzido como suficiente ou não.

O juiz não se substitui à parte. O princípio da autorresponsabilização das partes, muito usado na jurisprudência portuguesa³⁶, deve ser invocado para que a parte não pretenda que o julgador saneie ilimitadamente sua incúria, sua desídia ou uma má estratégia processual. Os deve-

em que o faz, não podia conhecer: em concreto, a sentença é nula por excesso de pronúncia (cf. art. 615.º, n.º 1, al. d), dado que o tribunal não pode considerar o pedido improcedente com fundamento na falta de factos que a parte poderia ter invocado em resposta ao convite”. A nosso aviso, como será articulado na sessão seguinte, a postura judicial apresentada pelo eminente professor pode ser considerada proscrita também em atenção à vedação ao abuso de direito.

36 Ilustrativamente, cf. STJ281/07.9TBSVV.C1.S1, Serra Baptista, 31.3.2011 (com reflexos no campo probatório); STJ 67/1999.L1.S1, Sebastião Póvoas, 26.2.2013, no qual se afirma: “No tocante a eventual convite para a junção do documento, e conhecida como é a abundante jurisprudência deste Supremo Tribunal de Justiça (aliás até só parcialmente citada) que os litigantes devem conhecer, não se justifica qualquer iniciativa do julgador quando a omissão é resultado de incúria, ou menor atenção da parte, não colocada perante uma interpretação inédita, ou mais inovadora, do Tribunal.”. STJ, 1566/13.0TBABF.E1.S1, relatora: Ana Paula Boularot, 14.4.2015.

res de prevenção ou mesmo os de auxílio são limitados e não substituem o livre agir da parte.

Com efeito, essa questão dos limites a serem exigidos do julgador, a pretexto de colaboração, avizinha-se como um dos desafios a serem enfrentados, cabendo ilustrar a discussão ainda existente em Portugal quanto à possibilidade de se exigir que o tribunal intime a parte para suprir deficiência de seu recurso. Na ocasião, em recurso para fins de uniformização, examinava-se pretensão recursal deduzida com cotejo analítico de julgados feito de modo deficiente. O STJ português entendeu, por maioria, que não se deve rechaçar o recurso liminarmente, mas, pelo contrário, deve-se abrir vista ao recorrente, sob pena de criar uma decisão-surpresa.

O voto vencido, a seu turno, apontou, ao que tudo indica, com acerto, descaber falar em decisão-surpresa: “Não pode considerar-se decisão-surpresa a mera aplicação da sanção legalmente prevista para a omissão do cumprimento de qualquer ónus impendente sobre a parte, a qual, em tal situação, tem de com a mesma contar”³⁷.

4 PARTES COMO DESTINATÁRIAS DO PRINCÍPIO E DO DEVER DE COOPERAÇÃO

Em ensaio desenvolvido em 2011, em estimulante debate com LÊNIO STRECK, DANIEL MITIDIERO apresentou aturada defesa do princípio da cooperação³⁸. Nessa oportunidade, repisou-se a então questionada condição da cooperação como princípio, afirmando ser este voltado para organizar as funções dos atores processuais, em cenário de superação de um paradigma estritamente formalista.

37 STJ, 314/2000.P1.S1-A, relatora: Ana Paula Boularot, 21.10.2014. Até mesmo por se tratar da mesma relatora do último caso listado na nota anterior, pode-se aventar a ausência de pacificação do tema, ou mesmo a presença de casuismo a dificultar a exata extensão dos deveres de cooperação em Portugal. O voto vencido foi proferido pelo conselheiro Fernandes do Vale.

38 MITIDIERO, “Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*?”, p. 55-68.

O autor faz alusão à busca da verdade como objetivo do processo, à importância da boa-fé objetiva para o princípio e ao *status* deste no Estado Constitucional como exigência para que se tenha um processo justo³⁹.

Mais adiante, assevera que a colaboração no processo civil funciona mediante a instituição de regras de conduta para o juiz, ao mesmo tempo em que sustenta não caber falar em colaboração das partes, que, em rigor, não querem colaborar. Ressalva os deveres de boa-fé e de lealdade, mas os trata como algo exógeno à cooperação⁴⁰.

Sem embargo de acompanhar em larga medida o defendido⁴¹, não se concorda, respeitosamente, com a parte final desse posicionamento, o qual, faça-se justiça, antecede o CPC/2015 e, ainda que não venha a ser revisto, pode eventualmente ser adaptado à redação do texto em exame.

Essa assertiva tem importância porque a primeira objeção à exclusão das partes quanto ao dever de colaborar resulta da literalidade do art. 6º, o qual determina que o dever de cooperação destina-se a “Todos os sujeitos do processo [...]”. Por mais que se saiba da ausência de sofisticação da interpretação literal, por vezes dito método impõe condicionamentos intransponíveis por outros esforços hermenêuticos. Não se vê como excluir qualquer ator do processo quando a legislação claramente convoca todos os intervenientes a agir cooperativamente.

Por outro lado, a observação de MITIDIERO quanto ao desinteresse das partes em cooperar é inarredável. Igualmente correto e próximo dessa percepção é o quanto observado por MARCELO MACHADO, no sentido de que não se pode aventar “um processo civil no qual o autor seguiria de mãos dadas com o réu e com o juiz no caminho do ‘arco-íris processual’: um processo efetivo e célere e capaz de produzir resultados justos”⁴².

39 MITIDIERO, “Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*?”, p. 60-61.

40 MITIDIERO, “Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*?”, p. 62.

41 Como já mencionado, não se avança na questão atinente à verdade como fim do processo.

42 MACHADO, “Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris”.

Igual é a observação de REINHARD GREGER, no sentido de que não é de se exigir das partes “íntimo companheirismo”, enfatizando o autor que o melhor entendimento da cooperação é o de que ela faz com que as partes discutam a melhor gestão do processo com o juiz, participando assim do feito⁴³.

O autor não assinala esta consequência, mas a atitude não cooperativa, como se vê, aqui ficaria necessariamente punida pela opção da parte, porquanto ela, frise-se, por iniciativa própria, limitar-se-ia a concorrer, em contraditório, para a gestão processual. Esse aspecto, por outro lado, reforça o desenvolvido por ANTONIO DO PASSO CABRAL⁴⁴, no sentido do contraditório como dever da parte.

Essa constatação, como enfatiza CABRAL, leva a outras implicações, como a de que todos os atores têm o encargo de conduzir o processo e de manter sua higidez, sendo essa atuação cooperativa decorrente do contraditório⁴⁵. Essa atuação em contraditório, por certo, não se faz de modo ilimitado.

Nessa perspectiva, sobressai o princípio da cooperação, que, como bem enfatiza MACHADO, configura um limite ao exercício dos direitos processuais, incluindo-se o contraditório⁴⁶. Mesmo entendimento pode ser vis-

43 GREGER, “Cooperação como princípio processual”, p. 126.

44 CABRAL, “O contraditório como dever e a boa-fé processual da parte”, p. 59. O autor desenvolve a questão do binômio ação-reação e acresce que “o contraditório assume atualmente outras feições, vindo ampliada sua concepção, [...] no sentido de importar em deveres de colaboração dos litigantes e de participação do juiz em verdadeiro debate judicial”.

45 CABRAL, “O contraditório como dever e a boa-fé processual da parte”, p. 59.

46 Ao repelir a ideia de um princípio sem efetividade, o que, de fato, não faria sentido, o autor faz crítica aguda: “Mas então, quando diz o Novo CPC em seu artigo 6º que ‘Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva’, está a recitar uma poesia? Não necessariamente. A cooperação não busca o processo civil dos ursinhos carinhosos. Não. Configura apenas um limite imposto ao exercício dos direitos processuais, especialmente, ao contraditório. Limite que é, no mínimo, tão velho quanto a Constituição Federal de 1988 (e assim já existia, portanto, no recepcionamento

to em CABRAL, quando salienta que “[...] o contraditório não pode ser exercido ilimitadamente. O Estado tem, portanto, o direito de exigir das partes retidão no manuseio do processo – instrumento público –, ao qual está relacionado o dever de atuação ética, de colaboração para a decisão final”⁴⁷.

O aspecto ético da cooperação é salientado ainda por LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, para quem a cooperação “[...] impõe deveres para todos os intervenientes processuais, a fim de que se produza, no âmbito do processo civil, uma ‘eticização’ semelhante à que já se obteve no direito material, com a consagração de cláusulas gerais como as da boa fé e do abuso de direito”⁴⁸.

A síntese de DIDIER é ainda mais elucidativa, no sentido de que o princípio da cooperação, para além de cláusula geral, é um subprincípio do devido processo legal e da boa-fé processual⁴⁹.

A compreensão que se tem sobre o tema converge para o reconhecimento que, de fato, o princípio da cooperação é decorrente da boa-fé e, como tal, possui forte apelo ético e destina-se também às partes no processo. Nessa trilha, RODRIGUES aponta o dever de cooperação das partes, em linhas gerais, na imposição de que atuem de boa-fé⁵⁰.

Com essa ideia em mente, cumpre, contudo, dividir os deveres de cooperação das partes e suas sedes normativas. Isso porque há deveres extraídos diretamente de normas comportamentais da legislação, assim compreendidas as que prescrevem ações e abstenções, e há deveres que resultam do sistema e que se traduzem na proibição do abuso de direito processual, como se apresenta mais adiante.

do CPC/1973), mas que agora desabrocha no CPC/2015”.

47 CABRAL, “O contraditório como dever e a boa-fé processual da parte”, p. 59.

48 CUNHA, “O princípio contraditório e a cooperação no processo”.

49 DIDIER JUNIOR, *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, p. 103.

50 RODRIGUES, *O novo processo civil: os princípios estruturantes*, p. 107.

5 OS DEVERES DE COOPERAÇÃO DAS PARTES

Dos deveres de cooperação extraídos diretamente do CPC/2015, é de se destacar a seção que cuida da responsabilidade das partes por dano processual (arts. 79 a 81), em que se preveem tanto a responsabilidade civil quanto a fixação de multa pela litigância de má-fé, sendo essa compreendida nas hipóteses do art. 80⁵¹.

Além dessa seção⁵², sem pretensão de exaurimento, encontram-se ainda no novel diploma: a responsabilização do exequente que pro-

51 Em hipóteses substancialmente amplas, a saber: “I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”. Essas disposições não discrepam largamente da ordem normativa anterior. Tal afirmação reforça a ideia de que o cenário de baixa efetividade dessas sanções não será modificado caso não se mude o cenário de certa complacência judicial com esse proceder das partes. Para ilustração dessa assertiva, destaca-se que o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) apresentou, no ano de 2011, no Brasil, estudo voltado para a aferição dos custos unitários da execução fiscal no País e, entre uma série de elementos, apresentou duas informações, no mínimo, preocupantes: que o processamento da execução fiscal chega a ter 36,9% dos casos sem citação válida, e que, em 43,5%, o devedor não é encontrado. Além disso, demonstra-se que o tempo médio de tramitação de uma execução fiscal é de oito anos! Ou seja, em um processo executivo, em que não há discussão de mérito, tampouco, ressalvados embargos à execução, debate quanto à exigibilidade de crédito, leva-se o lapso de oito anos para o seu deslinde. Esse estudo interno reverberou cenário visto em 2003-2004 pelo Banco Mundial, que apresentou uma série de questões aptas a ensejar a melhora da prestação jurisdicional, mas que também deixou claro o que parece intuitivo: há excesso de litigância e o comportamento das partes influi no mau *output* da prestação jurisdicional. Em Portugal, MENEZES CORDEIRO (*Litigância de má-fé...*, p. 23 e ss.) apresenta cenário assemelhado, ao trazer, em obra devotada ao abuso do direito de ação, considerações sobre o mal funcionamento da máquina judicial, o que despertou preocupações externas, mormente no cenário de crise mundial experimentado em 2007-2009.

52 As previsões de deveres contidos nessa seção, em grande medida, eventualmente como exceção do dever de esclarecimento, aproximam-se da classificação de QUEIROZ

mover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações dos imóveis não penhorados, quando já onerados outros tantos para a satisfação da dívida (CPC/2015, art. 828, §§ 2º e 5º); o reconhecimento de embargos à execução notoriamente protelatórios como conduta atentatória à dignidade da justiça (art. 918, parágrafo único); a cominação de multa, na forma do art. 1.021, § 4º, pela interposição de agravo interno, tido por inadmissível; multas por embargos de declaração manifestamente protelatórios, na forma dos §§ 2º e 3º do art. 1.026, condicionando-se, por meio deste último parágrafo citado, a interposição de outro recurso ao prévio depósito da multa fixada⁵³; a remoção do inventariante de sua condição por ações ou omissões incompatíveis com o bom desempenho do encargo, na forma dos incisos do art. 622⁵⁴; o reconhecimento, como ato atentatório à dignidade da justiça, da suscitação infundada de

(O princípio da cooperação e a exibição de documento ou coisa no processo civil, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 10, p. 8247-8429, 2014), quando o autor afirma que “O dever de cooperação cria para as partes os seguintes deveres: a) **de esclarecimento**: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência sob pena de inépcia; b) **de lealdade**: as partes não podem litigar de má-fé, além de ter de observar o princípio da boa-fé processual; e c) **de proteção**: a parte não pode causar danos ao seu adversário”[grifos no original].

- 53 Acredita-se, contudo, que sanção de maior efetividade está no § 4º do citado artigo, que estabelece não serem admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios. Em rigor, a fixação de dois acórdãos é um critério objetivo, mas, salvo melhor juízo, não seria necessária, se bem compreendida e aplicada, a vedação ao abuso de direito processual, conforme será desenvolvido no tópico seguinte.
- 54 A saber: “I - se não prestar, no prazo legal, as primeiras ou as últimas declarações; II - se não der ao inventário andamento regular, se suscitar dúvidas infundadas ou se praticar atos meramente protelatórios; III - se, por culpa sua, bens do espólio se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem dano; IV - se não defender o espólio nas ações em que for citado, se deixar de cobrar dívidas ativas ou se não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos; V - se não prestar contas ou se as que prestar não forem julgadas boas; VI - se sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio”.

vício, com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante, conforme o § 6º, do art. 903, que prevê a condenação do suscitante ao pagamento de multa, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Essas penas configuram um regime sancionatório específico, com pressupostos igualmente delimitados e em larga medida traduzido nas punições pela litigância de má-fé.

Sem embargo dessas sanções, a positividade do princípio da cooperação⁵⁵ favorece, juntamente com o art. 187 do Código Civil⁵⁶ e outras disposições do CPC/2015, a efetivação da teoria do abuso do direito no âmbito do processo, a impedir a prática de comportamentos contrários ao desenvolvimento deste.

6 A INTERAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E A VEDAÇÃO AO ABUSO DOS DIREITOS PROCESSUAIS

A ideia da “eticização” de CUNHA, anteriormente mencionada, é adequada. No entanto, com o devido acatamento, a proposta de seções estanques de cláusulas gerais de cooperação, boa-fé e abuso do direito, como sugerido, não se mostra a mais adequada, por duas razões:

55 Faz-se essa alusão à positividade porque, tendo em conta que o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 também proscreve diversas condutas atentatórias à boa-fé processual e emula comportamentos cooperativos, é possível aventar a abdução legislativa para sustentar que o princípio da cooperação, notadamente entre as partes, já estava contemplado e em vigor no ordenamento. Sobre a abdução legislativa, entre outras formas de raciocínio abduutivo, confira-se TUZET, Giovanni. *Usos Jurídicos de la Abducción*. In: BONORINO, Pablo Raúl; AMADO, Juan Antonio García (orgs). *Prueba y razonamiento probatorio en derecho: debates sobre abducción*. Colmares: Granada, 2014. p. 121 e seguintes.

56 Também dando relevo ao art. 187 do Código Civil como concretizador da vedação ao abuso de direito, confira-se ABDO, Helena Najjar (O ato atentatório à dignidade da justiça na nova execução civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 140, p. 37-53, out. 2006), ainda que, respeitosamente, não se acompanhem os desenvolvimentos ali realizados sobre a condição do abuso de direito como mero “empréstimo in” do direito material.

os conceitos estão imbrincados e o adensamento categorizado desses institutos-cláusula é exigível, sob pena de se cair no inadequado irrealismo metodológico⁵⁷.

Dentro desse pensamento, tem-se por necessário o estabelecimento da boa-fé como dado juscultural⁵⁸ e valor constituinte, bem como essencial à ordem jurídica⁵⁹, que reclama posturas de atuação das partes, não sendo algo etéreo, tampouco remissivo a juízos de equidade ou de medida subjetiva de justiça⁶⁰. Em paralelo, convém desenvolver a ideia de que o abuso do direito é a concretização da boa-fé.

A despeito de se tratar de uma expressão consagrada na literatura, é amplamente reconhecido que, em rigor, ela não retrata fidedignamente o fenômeno, pois, na sua caracterização, não se está diante nem de abuso e tampouco de um direito⁶¹.

A expressão tida por tecnicamente mais afinada a retratar o instituto é o exercício inadmissível de posições jurídicas, ou ainda, a atuação

57 Sobre o tema, confira-se MENEZES CORDEIRO (Introdução à edição portuguesa da obra *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, de Claus-Wilhelm Canaris, 5. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2012, p. XXXI e ss.). O mesmo autor também refere o problema do irrealismo metodológico, pontualmente em relação à boa-fé, em seu livro *Da boa fé no direito civil* (p. 395 e ss.). Sem embargo das profundas reflexões desenvolvidas nas obras, destaca-se passo do escrito que indica a indesejável dualidade provocada pelo irrealismo metodológico: “[...] perante problemas novos, ou se intensifica um metadiscurso metodológico irreal, inaplicável a questões concretas e logo indiferente ao Direito, ou se pratica um formalismo ou um positivismo de recurso”.

58 MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, p. 373.

59 SILVA (*A litigância de má fé*, p. 621) enfatiza: “[...] a boa fé é vector fundamental do sistema processual, no que respeita como as partes se comportam reciprocamente [...]”.

60 Em sentido análogo, ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 89.

61 MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé...*, p. 93.

disfuncional em torno de um dado instituto jurídico⁶². Dela extrai-se que nenhuma posição jurídica está imune do exercício disfuncional. Essa patologia, assim, pode ser constatada e reparada à luz, como anota MENEZES CORDEIRO, “dos valores fundamentais do ordenamento em causa”⁶³, que, por incompatibilidade, pode rejeitá-la.

Notadamente, no âmbito do processo, PAULA COSTA e SILVA enfatiza a condição da boa-fé como vetor do sistema processual a guiar o comportamento das partes, pontuando que “[...] o processo não é agnóstico, não se podendo confundir os planos da provocação de efeitos processuais típicos com a admissibilidade ou a procedência da postulação”⁶⁴.

O abuso do direito assume, assim, a condição de concretizador da boa-fé, cujos vetores para o seu emprego, indicados por MENEZES CORDEIRO⁶⁵, são os princípios que medeiam a tutela da confiança e da materialidade subjacente⁶⁶, bem como o enquadramento de grupos típicos, a saber, o *venire contra factum proprium*, as inalegabilidades, a *supres-*

62 MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé...*, p. 132-133. Do mesmo autor: *Da boa fé no direito civil*, p. 879 e ss. e 1294. Nesse último texto, de se destacar o reconhecimento do abuso de direito como “aspiração cultural de integração sistemática”. O reconhecimento de que a atuação disfuncional de posições jurídicas implicará a necessidade de se divisarem as condutas ou abstenções por ele admitidas, o que, como nota o eminente professor da Universidade de Lisboa, a exemplo do que se opera com as cláusulas gerais, não permite uma adequada densificação prévia e se sujeita à condição de “produto do desrespeito da função dos valores que os acompanhem”. Mais adiante (p. 882), repisa-se a condição de disfuncionalidade à luz do sistema: “O abuso de direito reside na disfuncionalidade de comportamentos jussubjectivos por, embora consentâneos com normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas se integrem”.

63 MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé...*, p. 141.

64 SILVA, *A litigância de má fé*, p. 621.

65 MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé...*, p. 132.

66 Sobre tutela da confiança e da materialidade subjacente, de forma analítica, vide MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, p. 1234-1257.

sio, a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício⁶⁷, com a advertência feita de que não esgotam as possibilidades criativas do sistema, o que permite ao intérprete inferir também a possibilidade de superposição entre as figuras, e ainda outras possibilidades de abuso não encerradas nos grupos identificados⁶⁸.

No âmbito processual, inspirado na doutrina alemã, MENEZES CORDEIRO vislumbra quatro constelações de casos em que se consagra a aplicação da boa-fé no processo⁶⁹: a proibição da adoção de posições processuais dolosas, do *venire contra factum proprium*, do abuso de pode-

67 Para um exame analítico dos diversos grupos de casos, notadamente desenvolvidos no Direito Civil, sem embargo, conforme aqui sustentado, para todo o Direito, vejam-se MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé...*, p. 105-119, e, principalmente, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, p. 719-860, com destaque para p. 797-798, em que se registra a adoção ou o resgate da expressão *supressio* para a aproximação latina da *Verwirkung*, mais adequada para explicar o fenômeno produzido do que as alternativas habituais, v.g., perda, caducidade, preclusão, entre outras.

68 Com os devidos temperamentos, a situação assemelha-se à definição do tema da desconsideração da personalidade jurídica, de onde se extrai que o relevo da compreensão e da delimitação dos casos é evidente, porquanto formata o próprio instituto. Nessa trilha, cf. MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA (*O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 153). A diferença que se pode sentir reside na consolidação do abuso de direito enquanto instituto, ao passo que o desenvolvimento da desconsideração ainda parece, como DIOGO COSTA GONÇALVES anota, estar em uma fase de dogmática de transição: “Todavia, a História ensina que as dogmáticas de transição têm o seu lugar na evolução interna dos sistemas: (i) facilitam um convívio pacífico com as fontes vigentes, o que é especialmente apreciado pela jurisprudência, tradicionalmente menos recetiva a soluções de casos concretos que exijam um esforço de construção distanciado das fontes; (ii) permitem burilar algumas questões práticas que sempre gravitam em torno das construções anteriores; e, por fim (iii) permitem uma transição gradual para novos paradigmas que, de outra sorte, poderiam não resistir aos anticorpos presentes nas construções pretéritas”. GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa coletiva e sociedades comerciais – dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico privada*. Dissertação de doutoramento defendida na Universidade de Lisboa, Mimeo, 2014.

69 MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé...*, p. 141-142.

res processuais⁷⁰ e da *supressio*. No direito brasileiro, em ótima dissertação sobre o tema, SANTOS⁷¹, a seu turno, sustenta a boa-fé objetiva como norma: vedar atuação dolosa de posições processuais, otimizar garantias processuais constitucionais, proscrever o *venire contra factum proprium*, assegurar a prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável, e orientar a atuação do Poder Judiciário frente aos jurisdicionados.

Para além das classificações variadas, podem ser extraídas, sobretudo da literatura comparada, outras situações equiparáveis ao abuso processual e que podem ter valia para o direito brasileiro. Sem pretensão de exaurimento, citam-se: abuso do direito de impugnar o juiz (*abuse of challenge*); abuso de petição para reagendamento de inquirição (*rescheduling of hearing*); abuso do direito de apelar e abuso do direito de ação⁷²; fracionamento de crédito/agravamento da posição do devedor⁷³; uso do instrumento processual, não para a obtenção do efeito natural, mas para outra finalidade, como na dilação procedimental; comportamento não correto ao *standard* de diligência profissional, a englobar a

70 Explicitada pelo autor (p. 143) como figura residual a abarcar a chicana e o arrasamento injustificado do processo.

71 SANTOS, Leide Maria Gonçalves. *A boa-fé objetiva no processo civil*. A teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, 2008.

72 Conforme o cenário japonês descrito por TANIGUCHI (“Good faith and abuse of procedural rights in japanese civil procedure”, p. 167 e ss.). O autor também faz alusão ao comportamento contraditório e à criação inadequada de posição processual mais favorável.

73 Nesse sentido, vejam-se SCARSELLI, Giuliano. Sul c.d. abuso del processo. *Rivista di Diritto Processuale*, ISSN 0035-6182, v. 67, n. 6, 2012, p. 1450-1469. Também disponível em <<http://www.studiolegalescarselli.com>>; GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo e sanzioni*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 7 e ss. A autora também faz alusão ao amplo uso do abuso de direito em Itália no campo do Direito Tributário. No mesmo sentido, VELLUZZI, Vito. *Tra teoria e dogmática*. Sei studi intorno all'interpretazione. Firenze: Edizione ETS, 2012, p. 92 e ss. (L'abuso del diritto in poche parole).

chicana e o formalismo excessivo; e o empoderamento do juiz para, discricionariamente, considerar o comportamento como abusivo⁷⁴.

Nos direitos grego e norte-americano, vê-se a vedação do comportamento contraditório dentro de um mesmo julgamento, com alegações conflitantes ou com pedidos incompatíveis, bem como, em procedimentos sucessivos, em que a parte sustenta teses jurídicas conflitantes em diferentes processos. Nos contenciosos de massa, situação comum no Brasil, seria particularmente interessante o reconhecimento desse último comportamento processual contraditório⁷⁵.

74 Chama atenção também a ressalva do autor quanto à possibilidade de o juiz incorrer em abuso processual, mas de não aventar sanção. Sobre a disciplina do abuso processual na Itália e a sua aproximação com o princípio da proporcionalidade, veja-se ainda: CAPONI, Remo. *Abuso del processo e principio di proporzionalità*: Intervento al XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Urbino, 23-24 settembre 2011). Disponível em: <https://www.academia.edu/1805223/2011_R_Caponi_Abuso_del_processo_e_principio_di_proporzionalit%C3%A0_Intervento_al_XXVIII_Convegno_nazionale_dellAssociazione_italiana_fra_gli_studiosi_del_processo_civile_Urbino_23-24_settembre_2011_>.

75 DIAMANTOPOULOS (“Judicial Estoppel. Contradictory procedural behavior in greek and american law”, p. 148-149), com referência ao caso *Scarano v. Central R. Co. of New Jersey* 203, F.2 d 510,511 (1953), 3º Circuito, da Corte de Apelações, em que se reconhece a inadmissibilidade do pleito indenizatório de grande soma por acidente rodoviário sob o fundamento de incapacidade permanente, com demanda posterior, objetivando a reintegração aos quadros da empresa. Nas palavras da Corte: “The ‘estoppel’ of which, for want of a more precise word, we here speak is but a particular limited application of what is sometimes said to be a general *513513 rule that ‘a party to litigation will not be permitted to assume inconsistent or mutually contradictory positions with respect to the same matter in the same or a successive series of suits.’ II Freeman on Judgments § 631 (5th ed. 1925). Whether the correct doctrine is that broad we do not decide. 2 The rule we apply here need be and is no broader than this. A plaintiff who has obtained relief from an adversary by asserting and offering proof to support one position may not be heard later in the same court to contradict himself in an effort to establish against the same adversary a second claim inconsistent with his earlier contention. Such use of inconsistent positions would most flagrantly exemplify that playing ‘fast and loose with the courts’ which has been emphasized as an evil the courts should not tolerate. See *Stretch v. Watson*, 1949, 6 N.J. Super. 456, 469,69 A.2d 596, 603, reversed in part on other grounds, 5 N.J. 268,74 A.2d 597. And this is more than affront to judicial

Nessa hipótese, o autor, com fartas referências às jurisprudências grega e norte-americana, demonstra a viabilidade do *judicial estoppel*, mormente no caso dos litigantes habituais. Dada a função protetora da integridade e da coerência do Judiciário pretendida pelo instituto e que restou valorada no novo CPC brasileiro, conforme o art. 926, pode-se pensar no desenvolvimento de construções no sentido de sua implementação⁷⁶.

Com casos exemplificativos, com o reconhecimento de que o dever de cooperação impõe o dever de atuar de boa-fé⁷⁷, concebida tanto na aceção subjetiva quanto na objetiva, que se estende ao campo probatório, em que mesmo a parte não onerada deve colaborar com o deslinde dos fatos⁷⁸, assim como ao campo do processo executivo, na medida em

dignity. For intentional self-contradiction is being used as a means of obtaining unfair advantage in a forum provided for suitors seeking justice”. O autor cita outros julgados norte americanos e faz alusão à mesma postura por parte do Judiciário grego (p. 151). Anota-se também a possibilidade de adoção do estoppel mesmo no caso de postulações em distintas jurisdições, tendo sido destacada a hipótese de demandas conflitantes em juízos estadual e federal (p. 152).

76 Uma hipótese que se imaginou a respeito ocorreria no caso de concessionárias de serviços públicos e a adoção de discursos ambíguos sobre sua composição tarifária, ora adaptada às conveniências defensivas em demandas consumeristas, ora ajustada a pretensões em face do órgão regulador. Se adotada a experiência americana, aparentemente de todo compatível, não seria admissível essa modelagem discursiva contraditória e adaptativa ao auditório.

77 SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 62-63. No mesmo sentido, SILVA, *A litigância de má fé*, p. 621.

78 SILVA, *Acto e processo*, p. 143. Essa questão, pontualmente, suscitou grandes debates na Alemanha sobre a possibilidade de o dever de verdade do § 138 da ZPO poder repercutir inversão de ônus da prova. HANNS PRÜTTING (*Estudo introdutório sobre o moderno processo civil alemão*. Versão da ZPO traduzida por Álvaro Ragone e por Juan Carlos Pradillo. Montevideu: Fundação Konrad-Adenauer, 2006 – v. Fundação Konrad-Adenauer –, p. 57 e ss.) comenta que o direito alemão, por meio da jurisprudência, desenvolveu deveres materiais, dos quais pode ser depreendida uma necessidade de esclarecimento dos fatos. O autor participa, no particular, a teoria de Stürner, que, em sua tese de habilitação, sustenta, por meio da conjugação de uma série de dispositivos, entre os quais o § 138 da ZPO, o dever processual de esclarecimento, mesmo para quem não possui o ônus probatório, sendo que a

que acarreta o dever de apresentar informações devidas para a realização da penhora⁷⁹, resta saber que normas invocar, para além do princípio da cooperação, e que consequências podem ser buscadas.

violação desse dever levaria a uma presunção contrária à parte faltosa, que poderia vir a ser arredada. Dita tese não ganhou ressonância majoritária na doutrina e tampouco na jurisprudência. Sem embargo, PETER GOTTWALD (Discovery duties of the parties of civil proceedings. Disponível em: <http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/institute/rev_Rolf_Sturner.pdf>), tempos depois, reenfatizou que as partes devem suportar os ônus de provas às suas alegações, bem como agir com o dever de veracidade, destacando como fundamentos o acesso à justiça e a descoberta da verdade, como missão do processo, para além de correlacionar com o dever de boa-fé do § 242 da BGB. O autor ainda destaca ter repisado essa proposta no *61st German Lawyer's Forum of 1996*, não vindo a ter acolhida dessa ideia nos trabalhos legislativos subsequentes, muito embora faça alusão à precedente do BGH que, se de um lado, afirma, na linha da recensão de Prütting, que não caberia ao direito Processual preencher lacunas do direito material, por outro atestou um ônus secundário de asserção contra a pretensão que exigiria sua colaboração. O art. 417º do CPC português, notadamente no n. 2, ao prescrever que “Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil”, consagra, salvo melhor compreensão, a tese Stürner. Ao avaliar o antigo art. 519º, hoje o citado 417º, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (*As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 226-227) diferencia a situação em tela daquela em que a parte torna impossível a prova, o que acarreta a efetiva inversão do *onus probandi*. Na hipótese em questão, o autor fala em princípio de prova, aludindo, ainda, à distinção pelas demais consequências assinaladas pela própria norma. Sem embargo de reexame específico sobre o tema, a questão tende a ser problemática no Brasil, haja vista a difícil conjugação entre os arts. 378 e 379 do novo CPC, dado que o primeiro cuida da imposição de se colaborar com a verdade e o outro franqueia o direito de não se produzir prova contra si mesmo, sem fazer a delimitação constitucional do *nemo tenetur se detegere* e o seu uso estrito para fins criminais.

79 SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 64; DIDIER JUNIOR, *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, p. 14-15; e SILVA, *Acto e processo*, p. 142. Em relação ao processo executivo brasileiro e ao dever de colaboração, veja-se, ainda, LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA (A colaboração do executado quanto à indicação de bens à penhora no direito brasileiro. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/julgaronline/a-julgar-on-line/autores>>. Acesso em: 15 dez. 2014) e FREDIE DIDIER JR. (Contribuição para o entendimento da norma do art. 620 do

Já se antecipou o art. 187 do Código Civil⁸⁰ como sede normativa da concretização da vedação ao abuso do direito, verdadeiro ilícito⁸¹.

CPC – Cláusula Geral de Proteção contra o abuso de direito pelo exequente. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 173, jul. 2009, p. 373 e ss.), que abordam o tema sob ângulo diverso, no sentido de ser defeso ao credor buscar meios mais gravosos do que os necessários para a satisfação de seu crédito, o que poderia vir a ser enquadrado como desequilíbrio de posição jurídica. Esse último ensaio feito à luz do CPC/1973 é totalmente ajustado à disciplina do novo CPC, agora constante do art. 774, notadamente, nos incisos II a V. Não se destacou o inciso I porque faz alusão ao comportamento do executado que pratica fraude à execução. Nesse caso, não há abuso do direito, há crime, cf. art. 179 do Código Penal.

80 A exemplo do art. 334 do Código Civil de Portugal, do § 242 do BGB alemão, ali complementado no âmbito do processo civil pelo constante do § 138 da ZPO, que consagra o dever de dizer a verdade, bem como do art. 281 do Código Civil grego. No mesmo sentido, sem qualquer pretensão de exaustão sobre a jurisprudência grega, é o seguinte julgado, do qual se vê o desenvolvimento de raciocínio aproximado ao da proteção da tutela da confiança, ainda que sem utilizar essa expressão: “In the provision of Article 281 CC ‘The exercise of the right is prohibited where it manifestly exceeds the bounds of good faith or morality or the economic or social purpose of that right’. Within the meaning of the mere failure of the beneficiary to exercise the right time less than required for the prescription, and the good faith of the debtor that is not the right against him or that it will this be brought against him, even if it was created by the inertia of the beneficiary, is not sufficient in principle to render abusive exercise of the right. But if the inertia is accompanied by special circumstances connected with the previous conduct of the proprietor himself by altering his attitude attempts retrospectively reversal of the situation that has already formed and consolidated, not necessarily causing intolerable or unsustainable consequences for the debtor but enough to made adverse merely the interests of impact. In this case the exercise of the right may become intolerable in good faith and morality and therefore abusive and prohibited (OL.AP 8/2001).” (Areios Pagos, decisão n. 750/2013. Disponível em: <<http://www.areiospagos.gr/en/INDEX.htm>>. Tradução vertida do grego para o inglês com as ferramentas do sítio da corte de cassação grega.)

81 Sem a polémica a respeito dessa condição existente no direito português motivada pelo termo “ilegitimidade”, constante do art. 334 do Código Civil, e pelo fato de a topografia do Código Civil brasileiro já tratar do tema no âmbito dos atos ilícitos. Em Portugal, a matéria abre a disciplina do exercício e da tutela de direitos. A despeito desses aspectos, MENEZES CORDEIRO (*Litigância de má fé...*, p. 133), ao tratar das consequências do abuso, inicia por dizer que, muito embora o dispositivo fale em ilegitimidade, “trata-se, porém, de ilicitude”.

Ele é passível de emprego no processo civil, associado às cooperativas expressamente previstas⁸² no CPC/2015, em especial: art. 5º, que prevê o dever de agir de acordo com a boa-fé⁸³; art. 322, § 2º, que estabelece que a interpretação do pedido deve levar em conta o conjunto da pretensão e a observância do princípio da boa-fé; § 3º do art. 489, que, similar à disposição referente ao pedido, estatui que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Essa facilidade de aproximação, decorrente da natureza desses preceitos, não faz deles as únicas sedes normativas da vedação ao abuso processual. Com efeito, tendo-se em mente a noção de que o abuso do direito é o uso disfuncional de um dado instituto jurídico, praticamente qualquer norma pode ser invocada como suscetível de ser usada de modo disfuncional, sem embargo de a parte que sustente tal circunstância dever demonstrar o modo pelo qual teria havido manifesto excesso dos “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Por fim, resta saber que sanções são possíveis ou, ainda, quais as consequências da perpetração do abuso do direito processual. De início, deve ser enfatizado que qualquer consequência do abuso de direito processual não se equipara à litigância de má-fé, dotada de regime específi-

co. Cabe questionar se é cabível a dupla punição, ou seja, pela litigância de má-fé e, ainda, pelas sanções decorrentes do abuso de direito⁸⁴.

A resposta é afirmativa se pensada a cumulação entre a sanção pecuniária da litigância de má-fé com a paralisação da conduta abusiva, com arrimo no abuso de direito. Com efeito, não há óbice para tanto⁸⁵. Em rigor, pode-se falar em atuações complementares, com finalidades distintas. Quanto à sanção pecuniária, contudo, a resposta é no sentido contrário, dado que não seria necessária mais de uma indenização fundada no mesmo dano⁸⁶.

Em alguma medida, o CPC/2015 converge para essa leitura, ao prever no art. 139, inciso III, referente aos deveres-poderes do juiz na direção do processo, a incumbência de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias. Além disso, o art. 142 estabelece que, caso se convença da existência de lide simulada, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

Essas duas disposições do novo CPC e a experiência do direito comparado, rapidamente aludida a respeito do *estoppel*, vão, de um modo geral, no sentido da rejeição das postulações. Há de ser ver, contudo, se esses dispositivos podem levar à inadmissão de outras condutas abusivas.

82 Sem embargo do altamente problemático art. 379, já mencionado.

83 **Note-se que a existência de duas disposições**, a do art. 5º e a do art. 6º, não reclama a dissociação entre a boa-fé e a cooperação. Com efeito, não existe cooperação sem boa-fé, e a cooperação é a concretização da boa-fé no processo. São ideias interligadas. Não por outra razão, RODRIGUES (*O novo processo civil: os princípios estruturantes*, p. 102-103), **ao comentar a exposição de motivos** da reforma processual civil portuguesa de 1995/1996, **concebe** a boa-fé como reflexo e corolário da cooperação. Admitir o raciocínio contrário, de que as noções são estanques, poderia levar, no extremo, à ideia de que o art. 7º, que determina o zelo pelo contraditório efetivo por parte do juiz, seria também **compartimentado**, quando, em rigor, os artigos precedentes dão as guias para a modulação do exercício do contraditório.

84 A responsabilidade civil é apenas uma das consequências do abuso e a menos ligada à sua ontologia, que reclama, primeiro, a cessação concreta do exercício abusivo, ou, ainda, a supressão da posição jurídica abusiva.

85 Nesse sentido, ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má-fé...*, p. 93.

86 Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, p. 208. Sem embargo dessa observação, o autor ainda anota a possibilidade de cumular a reparação decorrente da litigância de má-fé com a culpa *in agendo*. Nesse caso, fica claro que se trata de danos distintos. Cabe ainda a advertência, na mesma obra (p. 134 e 145), de que, mesmo com a possibilidade de indenização, deve-se lembrar que o abuso do direito não é propriamente um instituto de responsabilidade civil.

Já se vê essa preocupação, de certo modo, no regramento recursal, muito embora só os embargos de declaração tragam previsão expressa de inadmissibilidade de uma terceira oposição antecedida por duas outras reconhecidas como protelatórias. Com o contraditório prévio, não se poderia, fundado no abuso de direito, ser ampliado o *dismissal* no âmbito dos recursos?

Além da disciplina recursal, entre tantas outras questões suscetíveis de abuso, cabe indagar: o manejo de medidas disfuncionais não poderia gerar preclusão para os atos subsequentes? Sem embargo do dever de fundamentação analítico, contemplado no art. 489, 1º, do novo CPC, poderá o juiz rechaçar os argumentos da parte, reputando-os como manifestação de abuso de direito e, com tal entendimento, deixar de apreciar detidamente a postulação reputada abusiva? Nos moldes relatados na doutrina japonesa, podem ser reputadas como ultrapassadas as fases de inquirição de testemunhas, ou a realização de audiências, quando se evidenciar o manejo abusivo de pedidos de reagendamento? Os valores de execução não podem ser reduzidos quando se verificar que a parte credora incorreu na violação do *duty to mitigate the loss*?⁸⁷ Pode-se chegar à casuística espanhola, da qual se extrai imposição de sanção por má-fé processual, na forma do art. 247 da LEC, pelo reconhecimento da atuação disfuncional de uma seguradora, ao insistir em manter demanda ressarcitória de € 402,75 em juízo, com custos superiores a isso para o Judiciário, quando todos os fatos essenciais ao caso são indisputáveis?⁸⁸

87 Sobre o tema, de forma ilustrativa, vejam-se: TARTUCE, Flávio. “A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor: esboço do tema e primeira abordagem”. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc>; DIDIER, Fredie. Multa coercitiva, boa fé processual e supressão: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 171, p. 35, maio 2009.

88 Destaca-se, ainda, o excerto abaixo do interessante julgado referido, AJPI 3/2015 - ECLI:ES:JPI:2015:3ª, Barcelona, Recurso: 294/2014, julgado: Fecha: 26.1.2015, que ainda promove a interface entre a atuação da parte com a Diretiva 2002/92/CE, a qual reclama a intensificação de resolução extrajudicial de litígios, e a lei

Todas essas questões, aprioristicamente, rendem exame à luz do abuso do direito processual⁸⁹. Há, por certo, tensões claras com direitos igualmente relevantes⁹⁰, como o de ação e o de acesso ao Judiciário. Tais hipóteses, contudo, devem ser consideradas como realidades possíveis, reclamando, inevitavelmente, a apreciação em concreto da questão.

espanhola n. 5/2012, que fomenta a mediação:

“Existiendo pues sistemas alternativos, que no derivan en un aprovechamiento de recursos públicos escasos, ¿es legítimo que una entidad mercantil sostenga un litigio por 402,75 # ante los Tribunales, cuando no existe controversia sobre el accidente, es decir, sobre la causa y la culpa – que podrían considerarse cuestiones jurídicas o de valoración jurídica – y únicamente se está cuestionando una parte del daño, esto es, la consecuencia de uso de otro vehículo durante la reparación del dañado, y cuando acudir al proceso judicial supone para el erario público (sic) destinar más de 2.610 # (valor del año 2000), según estudios ya referidos en la sentencia del caso y publicados por el Consejo General del Poder Judicial? Si se tiene en cuenta que ‘la exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de buena fe constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento honrado y justo’ (S. 11 de diciembre de 1989) y que ‘el ejercicio de los derechos conforme a las reglas o exigencias de la buena fe a que se refiere el artículo 7.1 del Código Civil y, para el ámbito procesal, los artículos 11.2 LOPJ y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil equivale a sujetarse en su ejercicio a los imperativos éticos exigidos por la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado, imperativo inmanente en el ordenamiento positivo’ (STS 1 de marzo de 2001), la respuesta a esta cuestión debe ser negativa por cuanto comporta una desproporción enorme entre lo que se discute y lo que cuesta que se discuta, y existen otras alternativas que no comprometen recursos públicos, que no perjudican los derechos en discusión y cuyo uso inicial evitaría muchos de los casos que hoy en día colapsan los Tribunales”.

89 Não se debate, no momento, a prova dessas situações de disfunção que, embora constituam afrontas à boa-fé objetiva, não se revelam, *a priori*, de fácil demonstração.

90 Fala-se em igualdade de relevo, na medida em que aqui já se afirmou a correlação entre a cooperação, o contraditório e o devido processo legal. Além deles, sem condições de ser aprofundada nessa sede, há ainda interface com direitos constitucionais outros, falando a doutrina italiana, por exemplo, em “diretivas éticas” de amplo aspecto semântico, ilustrando com a solidariedade, a dignidade humana e a igualdade (GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo e sanzioni*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 10). Apenas como subsídio outro sobre o *status* constitucional da boa-fé, pode-se extrair referência a ele diretamente do art. 24 da Constituição de Espanha.

Em arremate, uma vez mais, com MENEZES CORDEIRO, importa reconhecer que o abuso de direito pode, sim, vir a suprimir direitos⁹¹ e, sobretudo, que “nenhuma posição jurídico-subjetiva está imune a uma sindicância, no momento de seu exercício, feita à luz dos valores fundamentais do ordenamento em causa”⁹².

A cooperação, como concretização da vedação do abuso, deve, assim, em balizas aferíveis e controláveis, servir, no âmbito do processo, para a sua regulação ética e, sobretudo, para eliminar atuações disfuncionais e, por conseguinte, contrárias à boa-fé objetiva.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Espera-se que o presente ensaio tenha servido de apresentação do princípio da cooperação, com a remissão de que este não é pioneirismo brasileiro e que, em rigor, veio a ganhar texto positivo no novo CPC, muito embora já pudesse ser vislumbrado no País⁹³.

Demonstrou-se que o referido princípio afeta todos os atores processuais, reconhecendo-se, contudo, distinção dos deveres e das consequências jurídicas.

No que tange ao juiz, exsurge a dupla função em razão da cooperação. Além do lado assimétrico de tomador de decisões, de julgador, tem a função de promover a aproximação dialógica efetiva entre as partes, conforme a série de deveres oriundos da cooperação. A principal consequência,

91 MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé...*, p. 134.

92 MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé...*, p. 141.

93 Por certo, há outros aspectos como a cognoscibilidade de ofício dos abusos, os aspectos da colaboração no âmbito probatório, a relação entre o abuso do processo e a responsabilidade disciplinar do juiz e dos procuradores das partes, a interação entre a cooperação e a duração razoável do processo, sendo de se avançar até mesmo sobre o que deve ser compreendido como razoável. Trata-se de temas passíveis de investigações posteriores. Desde já, consigna-se a pertinência de todos eles, ainda que tenham escapado do presente exame.

a não se ver de forma automatizada, é a nulidade de atos produzidos com ruído comunicativo decorrente da inobservância dos deveres do julgador.

Em relação às partes, reforça-se o entendimento da submissão ao dever de cooperar, como obrigação derivada do contraditório, havendo deveres expressos, além de se sujeitarem à disciplina do abuso do direito, instrumento de concretização da boa-fé. Para além da possibilidade de ensejar o dever de indenizar atuações disfuncionais, pode levar à paralisação de atos que, em apreciação submetida ao contraditório, sejam considerados abusivos.

As diversas hipóteses apresentadas ao final do texto, algumas substancialmente drásticas, várias colhidas no direito comparado, demonstram usos possíveis do princípio da cooperação, como sede da proibição ao abuso processual. A viabilidade das sanções de paralisação ou de desconsideração dos atos, até mesmo pela tensão com direitos de igual latitude, reclama a apreciação do caso concreto. Sem embargo dessa análise, deve-se enfatizar: não existe posição jurídico-processual a ser exercida sem limites.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*. Coimbra: Almedina, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual da parte. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 126, p. 59, ago. 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Introdução e tradução: António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio contraditório e a cooperação no processo. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>.

DIAMANTOPOULOS, Georgios. Judicial Estoppel. Contradictory procedural behavior in greek and american law. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, Köln, Wolters Kluwer, v. 17, ed. 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. Conceitos e princípios gerais à luz do novo Código, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa – Em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Revista Julgar*, Coimbra, v. 1, jan./abr. 2007, Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Também disponível em: <<https://sites.google.com/site/julgaronline/Home/numeros-publicados/julgar-01---janeiro-abril---2007>>. Acesso em: 10 maio 2015.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 206, 2012.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris. Disponível em: <<https://fdv.academia.edu/MarceloMachado>>.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2013.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de má fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*. 3. ed. aum. e atual. à luz do Código de Processo Civil de 2013. Coimbra: Almedina, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 194, abr. 2011.

RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil: os princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências? Disponível em: <https://www.academia.edu/10210886/M._TEIXEIRA_DE_SOUSA_Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%Aancia>.

TANIGUCHI, Yasuhei. Good faith and abuse of procedural rights in japanese civil procedure. *Tulane Journal of International & Comparative Law*, v. 8, p. 167 e ss., 2000.

A CAUSA DE PEDIR NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Monique Cheker

1 Introdução. 2 Conceito de causa de pedir. 2.1 Fatos e fundamentos jurídicos. 2.2 O brocardo *iura novit curia* na causa de pedir. 2.3 Teoria da individualização e teoria da substanciação. 2.4 Fato principal e secundário. 3 Causa de pedir das demandas coletivas. 4 Interpretação do art. 508 do CPC/2015 (art. 474 do CPC/1973). 5 A teoria dos três elementos da ação (*tria eadem*). 6 Tutela cautelar: aditamento de causa de pedir na formulação do pedido principal. 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

No direito brasileiro, a causa de pedir (*causa petendi*) pode ser definida como os fatos e fundamentos jurídicos que compõem a demanda¹. Em uma linguagem mais simples, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA afirma que “identificar a *causa petendi* é responder à pergunta: por que o autor pede tal providência? Ou, em outras palavras: qual o fundamento de sua pretensão?”².

O novo Código de Processo Civil³, que entrou em vigor em março de 2016, sendo referido neste texto apenas como CPC/2015, em paralelo ao CPC/1973, não trouxe mudanças significativas no instituto da causa de pedir.

O CPC/2015 manteve a importância da causa de pedir como elemento estabilizador das decisões judiciais, estando na base da coisa

1 Os fatos correspondem, tradicionalmente, à causa de pedir remota e os fundamentos jurídicos à causa de pedir próxima.

2 MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, p. 15.

3 Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

julgada, assim como as partes e o pedido. Não por outro motivo, o art. 337, § 2º, do CPC/2015 reputa uma ação idêntica a outra “quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” (*eadem personae, eadem res, eadem causa petendi*), repetindo a redação do art. 301, § 2º, do CPC/1973.

De fato, o que seria dos cidadãos se a cada momento pudessem ser ajuizadas demandas idênticas umas às outras, com os mesmos fundamentos de fato e de direito, até que um determinado interesse prevalecesse sobre o outro, sem qualquer critério obrigatório predefinido?

Por outro lado, até que ponto um determinado cidadão deve se contentar com uma decisão judicial se, após o trânsito em julgado desta, são obtidos outros elementos que sejam aptos ao ajuizamento de uma nova demanda? Quais “outros elementos” são suficientes para tal?

Nas demandas coletivas, em que temos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos atingidos por conta de uma única ação, saber bem a delimitação da causa de pedir auxilia no reconhecimento ou não da coisa julgada material.

As problemáticas em torno do instituto da causa de pedir continuarão no CPC/2015, em especial posição de alguns doutrinadores de que os fundamentos jurídicos não identificam a causa de pedir, não obstante a redação clara do art. 319, III, do CPC/2015 (art. 282, III, do CPC/1973).

Por questões didáticas, ao final da explanação, será trazido quadro comparativo entre o CPC/2015 e o CPC/1973 referente aos principais artigos sobre tema.

2 CONCEITO DE CAUSA DE PEDIR

2.1 FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

O art. 319 do CPC/2015 (art. 282 do CPC/1973) traz os requisitos da petição inicial e, em seu inciso III, diz, adrede, que, entre eles,

estão os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, em referência, respectivamente, à causa de pedir remota e próxima.

O art. 330, § 1º, I, do CPC/2015 (art. 295, parágrafo único, I, do CPC/1973) classifica como inepta a petição inicial quando “lhe faltar pedido ou causa de pedir”. Por sua vez, o art. 1.013 do CPC/2015 dispõe que nula será a sentença “por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir”.

Entretanto, o que são fatos e o que são fundamentos jurídicos? A pergunta, aparentemente singela, pode trazer complicações. Veja-se o exemplo dado por ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES:

[...] se, em determinadas situações, de imediato se pode inserir uma afirmação no campo da **matéria de direito** (*v.g.* má fé, abuso de direito, diligência do bom pai de família, culpa, imprevidência, inconsideração) ou no campo da **matéria de facto** (*v.g.* terreno, edifício, árvore, carta postal), com alguma frequência se suscitam dúvidas quanto ao estabelecimento da *linha de demarcação* entre os dois terrenos nos casos em que as expressões têm, simultaneamente, um sentido técnico-jurídico [...] (*v.g.* arrendamento, renda, inquilino, hóspede, proprietário, possuidor, preço, lucro, empréstimo, consentimento, etc.)⁴ [grifos do autor].

A solução é propugnada pelo mesmo autor, ao discorrer que a inclusão daquelas expressões numa ou noutra das categorias dependerá fundamentalmente do objeto da ação, entendido este como o pedido feito em juízo. Assim, se o objeto depender do significado real daquelas expressões, estar-se-á diante de uma matéria de direito, insuscetível de ser incluída na base instrutória ou integrar a decisão sobre a matéria de fato.

Ao contrário, se o objeto da ação não girar em redor da resposta exata que se dê às afirmações feitas pela parte, as referidas expressões

4 GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, p. 196.

serão passíveis de constatação por intermédio da produção dos meios de prova, podendo integrar a matéria de fato. Nesse sentido, as expressões “falta injustificada” e “despedimento” foram consideradas matéria de fato no Acórdão da Relação de Lisboa⁵.

Por fim, importante frisar que não devemos confundir fundamento jurídico do pedido (a causa de pedir próxima) com o simples fundamento legal (o *nomen iuris*) ou a norma legal em que se apoia a pretensão.

O fundamento legal é, em regra, desimportante para uma determinada pretensão, até porque sobre ele, conforme se verá a seguir, aplica-se na integralidade o princípio da livre dicção do direito.

Contudo, algumas decisões, em sede de recurso especial e extraordinário, já o exigiram: “É necessária a indicação do dispositivo de lei federal que se entende por violado ou que recebeu interpretação divergente para o conhecimento do recurso especial, seja interposto pela alínea *a*, seja pela *c* do art. 105, III, da CF”⁶. Tal posição já mereceu crítica contundente de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI:

É evidente o equívoco! Aos recursos extraordinários e especial também se aplicam tais princípios, uma vez que os tribunais superiores não ficam adstritos à iniciativa do recorrente na identificação do permissivo do recurso. Dispensa-se, destarte, a indicação numérica (fundamento legal) do dispositivo constitucional que autoriza a interposição do recurso, mas não a omissão da indicação da tese ou do contexto [...] da indicação do contexto de que emerge a **questão constitucional** ou a **questão federal**⁷ [grifos do autor].

5 Acórdão citado por ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, de 17.5.95, in CJ, tomo III, p. 183, e pelo Ac. da rel. de Évora, de 6.6.95, in CJ, tomo III (*Temas da reforma do processo civil*, p. 318).

6 STJ. AgRg no AREsp 135.969/SP, rel. ministro Castro Meira, SEGUNDA TURMA, julgado em 9.10.2012, *DJe* 18 out. 2012.

7 *A causa petendi no processo civil*, p. 264.

Observe-se que a questão é controvertida. Até em relação ao chamado **prequestionamento implícito** (“alusão à tese ou ao princípio jurídico seguido pelo acórdão, mesmo sem qualquer referência ao respectivo fundamento legal, ou, então, o desacolhimento – implícito – de determinada regra jurídica pertinente ao caso vertente”⁸), há divergência entre as duas Cortes: o Superior Tribunal de Justiça⁹ e o Supremo Tribunal Federal¹⁰.

2.2 O BROCARDO *IURA NOVIT CURIA* NA CAUSA DE PEDIR

A definição de causa de pedir como fatos e fundamentos jurídicos apresentados está novamente clara na legislação do CPC/2015 (como no CPC/1973). Contudo, o assunto não é pacífico.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, após fazer uma análise da origem etimológica, filosófica e privada do vocábulo “causa”, assevera que hoje é tarefa praticamente impossível emitir um conceito unívoco e abrangente do que seja “causa de pedir”¹¹. Entretanto, segundo o mesmo autor, um dado é certo: com o passar do tempo, o fato jurídico, mais especificamente os fatos essenciais para a configuração do objeto litigioso, passou a integrar o núcleo central da *causa petendi*.

JUAN MONTERO AROCA, tecendo comentários sobre a causa de pedir e conferindo um aspecto excessivamente amplo ao brocardo *iura novit curia*, aduz que a fundamentação jurídica é irrelevante para sua

8 CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, p. 265.

9 “A ausência de prequestionamento, mesmo implícito, impede a análise da matéria na via especial” – AgRg no REsp 1396057/MG, rel. ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 24.3.2015, *DJe* 30 mar. 2015.

10 “Inadmissibilidade do prequestionamento implícito” - ARE 842489 AgR, relator(a): min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 3.2.2015, PROCESSO ELETRÔNICO *DJe*-030 DIVULG 12.2.2015 PUBLIC 13 fev. 2015.

11 CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, p. 15.

identificação, por dois motivos principais. Em primeiro lugar, “las normas jurídicas por ser abstractas y referirse a una plural diversidad de hechos de la vida social no son aptas para identificar la causa de pedir de una determinada petición, y lo mismo puede decirse de la calificación jurídica”¹². Em segundo lugar, a função dos órgãos jurisdicionais consiste na atuação do direito objetivo em cada caso concreto, sendo que eles “están obligados a aplicarlas conforme al principio *iura novit curia*, por lo que la mera alegación de una norma no puede añadir nada identificador respecto de la petición”¹³.

Apesar de reconhecer que os fundamentos jurídicos devem ser postos na petição inicial, como exigência do art. 319, III, do CPC/2015 (art. 282, III, do CPC/1973), CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO afirma que, não obstante isso, apenas os **fatos** (não os **fundamentos jurídicos**) influiriam na delimitação objetiva da demanda e conseqüentemente da sentença: “Vige no sistema processual brasileiro o sistema da substanciação, pelo qual os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda e conseqüentemente da sentença (art. 128), mas os fundamentos jurídicos, não”¹⁴.

O entendimento não parece adequado. Conforme se verá abaixo, a teoria da substanciação não importa em excluir os fundamentos jurídicos da identificação da estabilização da demanda. Além disso, não há suporte legal para se afirmar que os fundamentos jurídicos compõem a causa de pedir, mas não a demanda, diante da conjugação dos arts. 319, III (art. 282, III, do CPC/1973), com o art. 337, § 2º, do CPC/2015.

O fato é que CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO interpreta amplamente o brocardo *narra mihi factum dabo tibi jus*, sustentando que a “invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera

12 AROCA, *El nuevo proceso civil*, p. 193-194.

13 AROCA, *El nuevo proceso civil*, p. 193-194.

14 *Instituições de direito processual civil*, p. 132.

proposta ou sugestão endereçada ao juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados”¹⁵.

Contudo, isso não encontra guarida no nosso sistema processual e constitucional. Violaria flagrantemente o princípio do contraditório e julgamento de uma causa com a aplicação de um fundamento jurídico totalmente inovador, escolhido unilateralmente pelo magistrado, de ofício, sem que as partes tenham oportunidade de defesa.

O melhor entendimento, assim, é aquele que atribui poderes relativos ao juiz na chamada livre dicção do direito, não podendo este se sobrepor à vontade das partes, de forma a aplicar o direito de forma ilimitada sobre os fatos apresentados pelo autor. Nas palavras de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA, “a repartição de tarefas entre as partes e o juiz resumida no brocardo *da mihi facta, dabo tibi ius* já não vale hoje de modo absoluto”¹⁶.

O ponto é: até onde o juiz poderá, sem violar o princípio da demanda e da inércia, “desconsiderar a qualificação jurídica” feita pelo autor e definir aquela que melhor se relaciona com os fatos? Para clarear o problema e tentar solucioná-lo, faz-se mister diferenciar, segundo ensina LEONARDO GRECO, a chamada *fattispecie*¹⁷ como modelo jurídico que

15 *Instituições de direito processual civil*, p. 132.

16 *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 69.

17 De forma singular, ROQUE KOMATSU (*Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 104) nos ensina o que constitui a chamada figura de fato (ou *fattispecie*), asseverando que, “nos sistemas jurídicos baseados na lei, como acontece nos direitos da família romano-germânica, o ordenamento prevê a ocorrência de determinados fatos, descrevendo o que se pode chamar de figura de fato (*facti species*, em latim); nessa previsão, a lei se ocupa em dar somente as linhas fundamentais do fato, as quais considera necessárias e suficientes para a atribuição de efeitos, agindo, em sua descrição, tal e qual o caricaturista, em seus desenhos (CARNELUTTI, *Sistema*, v. 2, p. 129). A figura legal do fato (ou hipótese legal do fato) é, pois, aquele conjunto de traços que a norma jurídica utiliza para caracterizar uma situação concreta [...] Os elementos fáticos não aproveitados são juridicamente irrelevantes, não entram no mundo do Direito; os demais, os aproveitados, formam

decorre necessariamente dos fatos, da qualificação jurídica, em sentido mais estrito, que é o enquadramento legal feito pelo autor aos fatos narrados. Somente neste último caso, pode-se aceitar, com certa cautela, o princípio do *iura novit curia*. Como exemplifica aquele mesmo autor:

[...] se o autor alegou comodato, o juiz não pode decidir o pedido com base em locação. Se os fatos não caracterizam o comodato, mas a locação, o pedido de entrega da coisa deve ser julgado improcedente, mas o autor não pode ser impedido de, com base nos mesmos fatos, propor a entrega com base na locação, nem obrigado a ver julgado o seu pedido com base em direito diverso do voluntariamente invocado¹⁸.

Então, exposto o problema, ciente de que tanto os fatos quanto os fundamentos jurídicos fazem parte da causa de pedir e identificam a demanda, qual teoria adotamos no art. 319, III, do CPC/2015? Da individualização ou da substanciação?

2.3 TEORIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO E TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO

A ideia da teoria da individualização surgiu com CHIOVENDA, para quem a mera afirmação da **relação jurídica**, isto é, a mera alega-

suporte fático da figura do fato e, assim, entram no mundo do Direito. É possível, portanto, distinguir, no fato jurídico, que é o fato da realidade, com todo o seu complexo de circunstâncias e sobre o qual a lei incide: a figura legal do fato e o suporte fático. Utiliza-se hoje, na doutrina italiana, a expressão *fattispecie*. No texto está feita uma diferença: a figura do fato está na lei e o suporte fático, na realidade. Na expressão latina – *species facti* – *species* significa visão, figura; é, pois, a pré-visão. Por outro lado *Tatbestand* está traduzida para o francês (*Dictionnaire Juridique Français-Allemand*. Ed. De Navarre, Paris, s.d.) por ‘*état de cause*’ e *Tatbestand* des *Deliktis* por ‘fatos constitutivos do delito’; seria, pois, a ‘situação real’. Mas, em geral, usam-se as expressões *Tatbestand* e *fattispecie* como sinônimas (Ennecerus-Nipperdey, usam *Tatbestand* claramente como hipótese legal ou figura legal). Para alguns autores italianos, o que chamamos de figura de fato será a *fattispecie* abstrata e o suporte fático, a *fattispecie* concreta [...]”.

18 *A teoria da ação no processo civil*, p. 59.

ção, por exemplo, de ser proprietário ou usufrutuário era suficiente para a identificação da causa de pedir. Assim, após julgada procedente uma ação em que se discutia o direito de propriedade, todas as outras causas que pudessem interferir em tal direito já estariam abrangidas pela coisa julgada.

Em contraposição à teoria da individualização, veio a teoria da substanciação, pela qual a simples enunciação do direito não basta para identificar a demanda. Deve-se sempre indicar, além dos fundamentos jurídicos, os fatos dos quais advém aquele direito, ou seja, os fatos em concreto dos quais surgiu o direito¹⁹.

Sobre a redação do art. 282, III, do CPC/1973, a ampla maioria da doutrina entende que o Código de Processo Civil adotou a teoria da substanciação. Certamente, esse entendimento irá persistir na vigência do art. 319, III, do CPC/2015. Entretanto, a posição que parece mais acertada é a de JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, segundo o qual o legislador brasileiro teria adotado uma posição equilibrada entre as duas teorias. Assim,

[...] a ação, segundo o nosso Direito, não se identifica pela mera individualização do fundamento jurídico do pedido, como seria, e.g., a simples indicação do direito de recesso; exige mais, ou seja, a substanciação do pedido mediante a explicitação da chamada “**causa agendi**” remota, consistente no complexo de fatos constitutivos do direito afirmado pelo autor”. E conclui que: “para nenhuma das referidas teorias constituiriam conteúdo da causa de pedir os **argumentos** de fato e de direito com que o autor procura sustentar os fundamentos (de fato e de direito) do pedido²⁰ [grifos do autor].”

Outrossim, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA defende posição que, aliás, será retomada mais adiante, no sentido de que, não obstante os le-

19 CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, p. 119.

20 “Consultas e pareceres”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 564, p. 48, 1982.

gisladores brasileiros, de 1973 e 2015, terem adotado a teoria da substanciação, esta encontra-se mitigada, tendo em vista que não são todos os fatos que identificam a ação, mas, somente, os fatos principais. Filiado a essa posição, encontra-se JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI²¹.

2.4 FATO PRINCIPAL E SECUNDÁRIO

Conforme dito acima, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA salientou que, em nossa legislação, teria ocorrido uma atenuação da teoria da substanciação, tendo em vista que não bastaria ao autor alegar quaisquer fatos, mas tão somente os fatos essenciais àquele direito²².

Fato essencial (principal ou fato jurídico) é o acontecimento exposto pelo autor em sua demanda do qual derivam diretamente consequências jurídicas²³, como, por exemplo, um acidente de carro ocasionado por um terceiro, em que o fato essencial seria a ocorrência do acidente (*rectius*: os fatos descritos pelo autor que caracterizem o acidente) e que, por sua natureza, resultaria no dever de reparação.

Diferente do fato jurídico, seria o fato secundário (ou simples), do qual não derivam diretamente consequências jurídicas, mas que pode

21 *A causa petendi no processo civil*, p. 243.

22 CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, p. 147. Vale salientar que o autor MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA (*Estudos sobre o novo processo civil*, p. 70) divide os fatos em essenciais, complementares e instrumentais (probatórios ou acessórios). Assim, os **fatos essenciais** realizam uma função constitutiva do direito invocado pelo autor ou da exceção deduzida pelo réu, fundamental para a individualização de tais direitos; os **fatos complementares** possibilitam, em conjugação com os fatos essenciais de que são complemento, a procedência da ação ou da exceção (sem eles a ação ou exceção não pode ser julgada procedente) e os **fatos instrumentais** se destinam a ser utilizados numa função probatória dos fatos essenciais ou complementares. O mesmo autor destaca, entretanto, que tal classificação não segue um critério absoluto.

23 Para ARRUDA ALVIM, fatos jurídicos são aqueles em “que, essencialmente, se baseia o autor”, aqueles que justificam o impulso do autor de recorrer ao judiciário para pleitear uma dada providência prevista pelo ordenamento (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991-1996. p. 361).

tornar certa a existência ou inexistência do fato jurídico²⁴. No caso do acidente, poderíamos considerar como fatos simples as circunstâncias ou acontecimentos que levam o juiz a firmar sua convicção no sentido de que a vítima realmente estava no local, dia e hora mencionados, de que o autor do acidente ali também estava e foi um ato seu que resultou a colisão e, outrossim, de que nessa atitude estavam presentes a maldade ou a imprudência deste²⁵. Interessante exemplo é oferecido por ARAKEN DE ASSIS:

[...] se o adultério se consumou de manhã, ou à noite; se o dia estava ensolarado, ou chovia; se o marido embriagou-se nesta ou naquela bodega; se o acidente ocorreu no início desta rua, ou no fim daquela; se numa sexta-feira, ou num sábado; tudo isto, circunstâncias da *causa petendi*, completa-a, esclarece-a, mas não a constitui, nem a distingue, de modo a que, na omissão de um desses fatos, a causa de pedir se mostre irreconhecível e inservível à individualização da ação material²⁶.

É importante destacar que tanto a análise do fato simples quanto a do fato jurídico estão intimamente ligadas ao pedido formulado pelo autor. Este – e isso não se deve perder de vista – representa o limite de toda compreensão necessária ao julgamento de mérito. Assim, dependendo do pedido, um dado acontecimento pode ser fato simples em uma demanda e, porventura, em outra, ser posto na categoria de fato jurídico.

Contudo, o problema está em definir como encontrar os fatos essenciais e, por exclusão, os fatos secundários. A meu ver, os fatos essenciais estariam indicados direta (p. ex., as formas de se adquirir o do-

24 Aqui não se está negando a produção de efeitos jurídicos aos fatos simples, apenas destaca-se que os fatos simples adquirem sua importância para o direito, em cada caso concreto, enquanto possam servir de prova à existência do fato jurídico (vide LAZZARINI, *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável*, p. 28).

25 PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 161.

26 *Cumulação de ações*, p. 142.

mínio) ou indiretamente (p. ex., no caso do acidente de carro) na lei, em sentido amplo, como forma de constituir, ou melhor, de ocasionar o surgimento da relação jurídica.

Então, pelo exposto, haveria uma gradação de importância dos fatos até se chegar aos fatos jurídicos que, realmente, delimitam a causa de pedir. Assim, a cada novo fato jurídico, uma nova demanda pode ser formulada, tendo em vista a existência de nova *causa petendi*. Por sua vez, no que diz respeito aos chamados fatos secundários, estes podem variar, sem implicar em variação daquele elemento da ação.

Vale ressaltar somente que a variação do fato simples não passa de todo despercebida, de modo que o juiz tenha que ficar inerte à variação feita pelo autor ou pelo réu. Acima de tudo está a garantia constitucional do devido processo legal, juntamente com os pilares da ampla defesa e do contraditório. Nessa esteira de raciocínio, posiciona-se ALEXANDRE LAZZARINI:

[...] a questão do fato simples encontra-se ligada à possibilidade do contraditório, ou seja, do conhecimento do fato, que, embora não relevante para a identificação da ação, é relevante para a defesa dos direitos das partes [...]. Variando o fato simples, será necessária a oportunidade para a parte contrária fazer a contraprova [...]²⁷.

A correta identificação dos fatos principais pode, inclusive, evitar prejuízos em demandas coletivas, conforme exposto a seguir.

3 CAUSA DE PEDIR DAS DEMANDAS COLETIVAS

As demandas coletivas são marcadas pela possibilidade de influir em fatos e relações jurídicas de um conjunto de pessoas, determinadas ou não, sem que elas participem efetivamente da ação. Por essa peculiaridade, a própria legislação prevê mecanismos de avaliação da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*.

²⁷ *A causa petendi nas ações de separação judicial*, p. 70-71.

Assim, nos termos do art. 103 da Lei n. 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor –, a decisão de mérito, quando estiverem em análise direitos difusos e coletivos em sentido estrito, pode não fazer coisa julgada material se a demanda for julgada improcedente por insuficiência de provas. E, no caso de direito individual homogêneo, somente fará coisa julgada *erga omnes* no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

Em relação à causa de pedir, como já dito acima, a correta identificação dos fatos principais pode evitar prejuízos em demandas coletivas, principalmente em relação ao meio ambiente, que deve ser tutelado integralmente.

Um exemplo prático irá elucidar melhor: o Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública contra particular que teria destruído 832 hectares de área de floresta nativa – Amazônia Legal –, objeto de especial preservação, sem autorização ou licença do órgão ambiental competente, em terra sob o domínio da União.

No decorrer do processo, o réu informou a preexistência de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público estadual com base no mesmo auto de infração, na qual as partes teriam realizado transação, posteriormente homologada pelo Juízo estadual, mas que não teria tutelado o meio ambiente em sua integralidade. Sob o argumento de haver coisa julgada e de que “não podem existir dois procedimentos judiciais decorrentes de um mesmo auto de infração”, o réu requereu a extinção do processo na Justiça Federal.

Para afastar a alegação de coisa julgada, além da questão da competência – dano praticado em áreas sob o domínio da União –, que, inclusive, poderia gerar a nulidade da sentença na justiça estadual, o Ministério Público Federal elencou, como causa de pedir, a existência de outros danos ambientais – não mencionados na ação civil pública proposta pelo Ministério Público estadual – os quais foram considerados pelo juiz como fatos novos principais, determinando o prosseguimento da ação na Justiça Federal.

São frequentes os casos em que o Ministério Público estadual ajuíza demandas coletivas em áreas de gestão da Secretaria de Patrimônio da União (SPU) – *v.g.* ilhas e terrenos de marinha – sem que ocorra a intimação do referido órgão ou seja mencionado o interesse federal, até porque, se tais providências ocorressem, haveria o declínio inevitável de competência para a Justiça Federal.

Diante disso, fora a questão da nulidade pela incompetência da justiça estadual, mesmo com o trânsito em julgado, caso sejam identificados novos danos ambientais ou caracterizadas outras irregularidades presentes na SPU, nova demanda coletiva pode ser ajuizada pelo Ministério Público Federal. Isso porque os danos ambientais não mencionados ou irregularidades existentes na SPU caracterizam fatos essenciais novos e, por conseguinte, nova causa de pedir.

O meio ambiente possui esta peculiaridade: a Constituição Federal de 1988 impõe o seu equilíbrio e determina sua tutela necessária e integral, o que ajuda a interpretar o que sejam fatos principais e secundários na causa de pedir.

4 INTERPRETAÇÃO DO ART. 508 DO CPC/2015 (ART. 474 DO CPC/1973)

A diferenciação entre fato principal e secundário é de fundamental importância na análise do art. 508 do CPC/2015 (art. 474 do CPC/1973), que continuará a ser considerado “uma fonte de tormentas” para os doutrinadores²⁸. Essa frase já demonstra que o legislador de 2015 teria feito melhor opção se não tivesse reproduzido mais o teor do art. 474 do CPC/1973 na nova legislação.

O art. 508 do CPC/2015 dispõe que “Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas as alegações e defesas, que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição

²⁸ ASSIS, *Cumulação de ações*, p. 143

do pedido”. As diferenças para o art. 474 do CPC/1973 são essencialmente de estilo redacional. Mas vale destacar que, enquanto neste estava escrito “sentença de mérito”, a novel legislação fala em “decisão de mérito”, o que parece mais técnico, em especial para abarcar também as decisões prolatadas por órgãos colegiados, os acórdãos.

Levado ao pé da letra, o artigo permite que a coisa julgada alcance as alegações e defesas que poderiam ter sido feitas mas não foram, o que vai de encontro ao princípio da ampla defesa, do contraditório e, por conseguinte, da própria Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV. Logo, a correta interpretação é a de que a preclusão em alegar novos fatos, como consequência do trânsito em julgado da decisão de mérito, incide somente em relação aos fatos simples ou circunstâncias que não alterem a causa de pedir²⁹.

Contudo, para se concluir isso, ou seja, que os fatos secundários ficam abarcados pela coisa julgada e os fatos principais não, sem dúvida, não seria necessário o dispositivo no Código de Processo Civil, pois tal conclusão deriva de toda sistemática processual em conjugação com a Constituição Federal.

Assim, o legislador processual de 2015 poderia ter suprimido a redação.

5 A TEORIA DOS TRÊS ELEMENTOS DA AÇÃO (TRIA EADEM)

O art. 337, § 2º, do CPC/2015 (art. 301, § 2º, do CPC/1973) dispõe que “Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”. Outrossim, o art. 55 do novo

²⁹ Conforme destacado por LEONARDO GRECO, “na verdade, o que fica precluso para o autor como consequência do trânsito em julgado da sentença de mérito é a possibilidade de invocar outros fatos simples ou circunstâncias que não alterem a causa de pedir. Também ficam seguramente preclusas as defesas indiretas do autor às defesas indiretas do réu que, pelo princípio da eventualidade, deveriam obrigatoriamente ter sido objeto de alegação na réplica (artigo 326)” (*A teoria da ação no processo civil*, p. 71).

Código (art. 103 do CPC/1973) prevê: “Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir”.

As redações acima reafirmam a opção do CPC/2015 pela teoria dos três elementos da ação ou *tria eadem* (*eadem personae, eadem res, eadem causa petendi*). Contudo, há casos em que ela não será suficiente para identificar o fenômeno da coisa julgada, devendo ser aplicada a **teoria da identidade da relação jurídica**, que teve em SAVIGNY o seu maior expositor. Alguns exemplos identificarão a problemática.

Tendo sido proposta uma “ação de investigação de paternidade”, a sentença declara que *A* é pai de *B*. Poderia *A*, em “ação de alimentos”, tentar negar sua qualidade de pai e se eximir de sua responsabilidade, baseando-se na teoria dos *tria eadem*? É indubitável que, não obstante as partes serem as mesmas, o pedido e a causa de pedir não coincidem em sua inteireza. Mesmo assim, a resposta há de ser negativa. A *res in iudicium deducta*, no segundo processo, é a mesma que se deduziu no primeiro, razão pela qual deve respeitar a coisa julgada já formada. A solução para o presente caso, obviamente, não vai ser a extinção do processo, sob a alegação de coisa julgada, mas esta não poderá ser novamente discutida³⁰.

O mesmo ocorre em ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis e acessórios e ação de consignação em pagamento. Na ação de despejo, a causa de pedir remota é constituída pela existência da relação *ex locato* (causa de pedir ativa, ou fato constitutivo) e inadimplemento contratual (causa de pedir passiva, ou fato violador); a causa de pedir próxima é o direito em si derivado da causa de pedir remota, ou seja, o direito de perceber tais valores. Já na consignação, a causa de pedir remota é constituída pelos fatos que deram origem a sua necessidade de entrar com tal ação e a próxima é o direito que tem o devedor de desonerar-se da obrigação, recebendo regular quitação. Aqui, não haveria razão de se alegar, pela letra crua do art. 55 do CPC/2015, o institui-

30 CÂMARA, *Lições de direito processual civil*, p. 466.

to da conexão. Contudo, tal possibilidade é justificada não pela identidade de fundamentos, mas, sim, pela afinidade concernente à relação jurídica material.

6 TUTELA CAUTELAR: ADITAMENTO DE CAUSA DE PEDIR NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO PRINCIPAL

De acordo com o *caput* do art. 308 do CPC/2015, “Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos”. E o § 2º continua: “A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal”.

O legislador, por meio dos arts. 303 e 305 do CPC/2015, deixa mais clara a separação existente entre tutela antecipada e tutela cautelar e, em relação a esta, dispõe sobre a necessidade de o demandante fazer uma exposição sumária do direito que se objetiva assegurar, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Sendo assim, tanto a demanda principal quanto a demanda cautelar possuem elementos identificadores próprios, que não se confundem, visando o processo cautelar a assegurar o “resultado útil do processo” principal.

Nessa linha, a demanda principal, quando for ajuizada, poderá trazer fundamentos de fato e de direito diversos da demanda cautelar, e é dentro dessa ideia que o § 2º dispõe que “a causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal”. Tecnicamente, considerando que as demandas são distintas, com pedidos e causas de pedir autônomos, não há propriamente um “aditamento”.

O art. 309 do CPC/2015 (art. 808 do CPC/1973) continua:

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

- II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;
- III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, **salvo sob novo fundamento**.

Conforme transcrito acima, o parágrafo único do art. 309 do CPC/2015 veda o ajuizamento da mesma demanda – partes, pedido e causa de pedir – se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar (caducidade). Para formular o mesmo pedido, a parte deverá utilizar um “novo fundamento”, ou seja, uma “nova causa de pedir”.

Contudo, esse “novo fundamento” não é necessariamente um *fumus boni iuris* ou *periculum in mora* diverso do anterior, mas apenas a atualidade do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, pois a caducidade não faz coisa julgada. Então a proibição de reiteração, salvo por novo fundamento, não significa que se tenha que mudar os fundamentos da tutela cautelar. Por exemplo, se a pessoa deixou de ajuizar o pedido principal no prazo legal por não considerá-lo mais útil, caso esta situação se altere mais à frente, isto (o interesse em se assegurar o resultado útil do processo, mesmo com fundamento idêntico) deve ser mencionado e explicado no ajuizamento da nova demanda cautelar.

7 CONCLUSÃO

Após essas breves considerações, nota-se que, em relação à causa de pedir, o CPC/2015 manteve a teoria da substanciação, no modelo mitigado, que impõe a apresentação tanto dos fatos quanto dos fundamentos jurídicos da demanda, inclusive como elementos formadores da coisa julgada.

O novel legislador poderia ter deixado de reproduzir o art. 474 do CPC/1973, mas, por outro lado, parece que sua interpretação já está

sedimentada no sentido de que a coisa julgada não pode abarcar fatos principais (ou essenciais) não dispostos na demanda.

O CPC/2015, em essência, praticamente reproduziu o CPC/1973 nos dispositivos relativos à causa de pedir, mantendo-se, assim, úteis todas as doutrinas existentes até então.

QUADRO COMPARATIVO DE ALGUNS ARTIGOS

CPC/2015	CPC/1973
Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.	Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.
Art. 56. Dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais.	Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.
Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: [...] II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;	Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: [...] III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;
Art. 308. [...] § 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.	
Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.	Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar: I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias; III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.

Art. 329. O autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.	Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.
Art. 319. A petição inicial indicará: [...] III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;	Art. 282. A petição inicial indicará: [...] III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] § 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.	Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...] § 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.
Art. 330. A petição inicial será indeferida quando: [...] § 1º Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;	Art. 295. A petição inicial será indeferida: [...] Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;
Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] § 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.	Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...] § 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.
	Art. 321. Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 508. 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.	Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.
Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. [...] § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: [...] II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;	

REFERÊNCIAS

- AROCA, Juan Monteiro. *El nuevo proceso civil*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CRUZ E TUCCI, Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. v. II. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. v. I. Coimbra: Almedina, 1999.
- GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LAZZARINI, Alexandre Alves. *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Pablo Coutinho Barreto

1 Introdução. 2 A responsabilidade civil por danos ambientais no Brasil. 3 Da regra clássica de distribuição do encargo probatório à inversão do ônus da prova. 4 A redistribuição do ônus da prova em matéria ambiental e o princípio da precaução. 5 A inversão judicial do ônus da prova no novo Código de Processo Civil e a redistribuição *ope legis* do encargo probatório nas ações ambientais. 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A preocupação do ordenamento jurídico brasileiro com a tutela do meio ambiente é recente. Até o início da década de 1980, o meio ambiente sequer era tratado como um bem jurídico passível de ser protegido diretamente. Sua tutela ocorria apenas de forma reflexa e mediata, enquanto bem privado, com a finalidade utilitarista de resguardar o interesse econômico da propriedade individual ou quando associado à proteção do direito à saúde.

É a partir da Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, adotada em Estocolmo, no ano de 1972, que se inicia a idealização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. BOSSELMANN¹ recorda que a Convenção de Estocolmo foi determinante para o reconhecimento do direito humano a um meio ambiente saudável em numerosos documentos de *soft law* e instrumentos

1 BOSSELMANN, “Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade”, p. 73-109.

jurídicos, bem como em constituições nacionais e decisões judiciais internas de países.

A formação de uma consciência acerca da necessidade de se protegerem os direitos metaindividuais, notadamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ensejou a percepção de que as regras de direito material e processual então vigentes, calcadas em premissas liberais e individualistas, oriundas do século XIX, não se mostravam adequadas à tutela dessa nova dimensão dos direitos fundamentais.

Assim, com a finalidade de se viabilizar uma proteção efetiva ao bem jurídico difuso meio ambiente, e aos demais direitos metaindividuais, defendendo-os de danos potenciais ou efetivos, o legislador brasileiro adotou um conjunto de medidas legislativas que resultou na edição das Leis n. 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), 7.347/1985 (Ação Civil Pública), e 8.078/1992 (Código de Defesa do Consumidor). A Constituição Federal de 1988 veio a somar-se a essa legislação ordinária, alçando a possibilidade da utilização de ação civil pública e do inquérito civil para a proteção do meio ambiente à categoria de norma constitucional².

A Lei n. 6.938/1981 é tida como um marco legislativo na proteção do meio ambiente, tendo em vista que adotou um novo paradigma ético, encampando um conceito biocêntrico³, e assegurando a possibilidade de se responsabilizar o poluidor, independentemente da existência de culpa, abrindo-se o caminho para uma efetiva tutela ambiental.

Na sequência, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) alteraram a disciplina de diversos institutos processuais, de forma a adequá-los a uma efetiva proteção dos direitos difu-

2 DANTAS, “Reflexos da nova reforma do CPC na ação civil pública ambiental”, p. 201-229.

3 RODRIGUES, *Processo civil ambiental*.

sos, coletivos e individuais homogêneos, criando um verdadeiro microsistema processual coletivo.

Um dos pontos de maior discussão na seara do processo civil ambiental diz respeito à dificuldade de o demandante produzir prova adequada e suficiente para a caracterização da responsabilidade civil do demandado, debate que desaguou no reconhecimento da necessidade da utilização de técnicas jurídico-processuais que assegurassem uma tutela efetiva do meio ambiente, a exemplo da redistribuição do ônus da prova em prol da coletividade.

Até a entrada em vigência do novo Código de Processo Civil (CPC), que ocorreu em de março de 2016, a norma de cunho processual utilizada pelos operadores do direito para sustentar a inversão do ônus da prova em uma ação civil pública ambiental decorria da previsão inserta no art. 6º, VIII, do CDC, que dispôs sobre os direitos básicos do consumidor, assegurando-lhe a facilitação da defesa, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor.

Em seu art. 373, o novo Código de Processo Civil passou a admitir a distribuição dinâmica do ônus da prova, quando presentes na lide determinados requisitos nele especificados, ampliando a previsão normativa da inversão *ope iudicis* do ônus da prova para abarcar os demais processos judiciais que não estavam abrangidos pelo microsistema processual coletivo resultante da integração da Lei n. 7.347/1985 com o Código de Defesa do Consumidor.

Além de delinear as hipóteses nas quais a regra ordinária de distribuição do ônus da prova seria excepcionada, o novo Código de Processo Civil dispôs sobre qual o procedimento a ser adotado pelo magistrado ao se deparar com a necessidade de operar a inversão do ônus da prova em uma determinada causa.

Diante dessa nova realidade normativa, o presente artigo busca analisar o alcance das regras sobre distribuição do ônus da prova previs-

tas na Lei n. 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, destacando, especialmente, quais são os reflexos deste diploma legal sobre as demandas que buscam tutelar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS NO BRASIL

O dano ambiental, potencial ou efetivo, antes de tudo, é um ato ilícito, por força de expressa disposição constitucional. Atenta à necessidade de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito ao meio ambiente à categoria de direito fundamental, na trilha do quanto gestado na Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, adotada na Conferência de Estocolmo, no ano 1972⁴.

Aquele que viola um direito ou causa um prejuízo, seja por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fica obrigado à reparação do dano, preceitua regra antiga do direito civil. Trata-se da responsabilidade civil extracontratual, também denominada aquiliana, decorrente da prática de um ato ilícito.

GAGLIANO E PAMPLONA FILHO⁵ apontam que o agente responsável pelo ato ilícito tem a obrigação de reparar o dano causado, seja patrimonial ou moral, em busca de restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida em indenização ou em uma compensação.

A responsabilidade civil decorrente da prática de um ato ilícito tem o seu alcance delimitado de acordo com a teoria que se adote para fundamentar a sua caracterização. Pela teoria subjetiva, somente seria responsável pela reparação do dano aquele cuja conduta fosse provada

4 BARRETO, *Conflitos ambientais, o direito à água e mediação*.

5 GAGLIANO; PAMPLONA, *Novo curso de direito civil*.

culpável. Para a teoria objetiva, por sua vez, bastaria a existência de dano para que sobreviesse o dever de reparar⁶.

ALMEIDA⁷ esclarece que responsabilidade objetiva é aquela que independe da existência de culpa do agente, sendo suficiente para gerar a responsabilidade civil que tenha causado o dano. Nela não se investiga o elemento subjetivo, uma vez que é irrelevante a ocorrência de culpa, pois não há interferência na fixação da responsabilidade.

A Lei n. 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, incorporou grandes inovações ao direito ambiental brasileiro. Para além de definir conceitos gerais, diretrizes, objetivos e fins para a proteção ambiental, alterou o regime jurídico afeto à responsabilidade civil pela degradação ambiental, afastando a necessidade da existência de culpa para reparar ou compensar os danos causados.

Adotou-se, a partir de então, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, a responsabilidade civil objetiva, informada pela teoria do risco integral, a mais adequada à tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Seus pressupostos são a existência de atividade que implique em risco de degradação ambiental e a presença de nexo de causalidade que ligue essa atividade ao dano ambiental potencial ou efetivo. Como bem registra FERRAZ⁸, para se fazer frente aos danos ecológicos, não se pode pensar em outra espécie de responsabilidade que não seja a do risco integral.

Dessa forma, para que se possa pleitear a reparação de uma lesão ao meio ambiente, é suficiente que se demonstre a ocorrência do dano, potencial ou efetivo, e a respectiva relação de causalidade, ou seja, que se relacione o dano à atividade desenvolvida pelo poluidor⁹. É pacífico na

6 FIUZA, *Direito civil: curso completo*.

7 ALMEIDA, *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*.

8 FERRAZ, "Responsabilidade civil por dano ecológico", p. 38.

9 MILARÉ; CAMARGO FERRAZ; NERI JUNIOR, *A ação civil pública e a tutela jurisdicional*

doutrina que a responsabilidade civil objetiva por danos ambientais alcança a todos indistintamente, pouco importando se o agente causador do dano é um particular ou o Estado¹⁰.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não só houve a recepção dos ditames da Lei n. 6.938/1981, como se alçou a responsabilidade civil objetiva por danos causados ao meio ambiente à categoria de norma constitucional. LEITE¹¹ anota que o legislador constituinte não limitou a obrigação de reparar o dano, o que conduz à reparação integral.

A responsabilidade objetiva ambiental tem por base a socialização do proveito decorrente da atividade desenvolvida. Quem obtém uma vantagem ou lucro com uma atividade que cria ou incrementa um risco ambiental deve ser responsabilizado por eventual dano, independentemente da existência de culpa.

Ao se adotar a responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental, facilitou-se a tutela do direito ao meio ambiente, bastando que se verifique a ocorrência de um evento danoso e do nexo de causalidade para o surgimento do dever de reparação ecológica. Não se apreciam os aspectos subjetivos da conduta do poluidor, mas, apenas, a ocorrência, efetiva ou potencial, de algum resultado prejudicial ao meio ambiente.

Significa dizer, por responsabilidade objetiva ambiental, que quem danifica o meio ambiente tem o dever jurídico de reparação, sendo desnecessário qualquer questionamento acerca da razão da degradação para que surja a obrigação de reparar ou indenizar os danos causados ao meio ambiente¹².

dos interesses difusos.

10 MANCUSO, *Ação civil pública*: em defesa do meio ambiente do patrimônio cultural e dos consumidores.

11 LEITE, *Dano ambiental*: do individual ao coletivo, extrapatrimonial.

12 MACHADO, *Direito ambiental brasileiro*.

Deste modo, qualquer alteração lesiva ao equilíbrio do meio ambiente, entendido como o conjunto de condições, leis, influências e infrações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art. 3º, I, da Lei n. 6.938/1981), importa na obrigação constitucional e legal de reparação integral dos processos ecológicos afetados.

Cabe destacar que a simples adoção da responsabilidade objetiva não elimina, por si só, todos os obstáculos inerentes à complexidade do dano ambiental¹³. Tal regra de direito material, embora essencial para a tutela do meio ambiente, não se mostra suficientemente satisfatória no âmbito procedimental.

Percebe-se isso porque, apesar de a responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental prescindir da presença de culpa para o surgimento da obrigação de reparar ou indenizar o dano ambiental, persiste a necessidade da existência do nexo causal entre a ação ou omissão do agente e a lesão ao meio ambiente.

A comprovação do nexo de causalidade entre o dano ambiental e a atividade do agente causador da degradação se destaca como um dos maiores pontos de estrangulamento – e mesmo de insucesso – das ações coletivas em prol do meio ambiente¹⁴. Essa prova é extremamente complexa do ponto de vista do demandante e, de outro lado, além de o demandado possuir melhores informações e condições técnicas de produzir tais provas, é o único que pode agir de maneira eficaz para evitar a lesão no momento em que se inicia a atividade potencialmente danosa¹⁵.

Essa exigência que se faz ao autor de uma demanda ambiental para que produza prova inequívoca acerca da existência da degradação

13 LEITE, *Dano ambiental*: do individual ao coletivo, extrapatrimonial.

14 RODRIGUES, *Processo civil ambiental*.

15 SILVEIRA, “A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso”.

ambiental e de sua relação causal com a atividade do réu acaba por esvaziar o conteúdo das normas de direito material que buscam assegurar a fruição do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, diante desse reconhecido quadro de deficiência dos institutos processuais clássicos, a flexibilização das regras que distribuem ordinariamente o ônus da prova entre autor e réu surge como a alternativa mais adequada para viabilizar uma efetiva tutela do meio ambiente, pois se transfere ao demandado a necessidade de demonstrar que seu comportamento não tem relação de causalidade com a degradação ambiental.

3 DA REGRA CLÁSSICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO À INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

É certo que todo direito se sustenta em fatos; então, aquele que alega possuir um direito deve comprovar a existência dos fatos nos quais ele se alicerça¹⁶. Com base nesta premissa, tem-se como regra dominante no sistema processual brasileiro a incumbência do encargo de provar determinado fato à parte que alega a sua existência. O ônus da prova nada mais é do que o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato, podendo decorrer de disciplina legal, decisão judicial ou convenção das partes¹⁷.

ROSEMBERG¹⁸ aponta que a necessidade de o sistema processual regular de forma minuciosa a distribuição do ônus da prova decorre do princípio geral do direito que proíbe ao juiz esquivar-se de decidir uma lide, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas produzidas nos autos do processo.

16 SILVA, *Curso de processo civil*: processo de conhecimento.

17 DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.

18 ROSEMBERG, *La carga de la prueba*.

As regras sobre o ônus da prova têm como objetivo evitar o *non liquet* e garantir o julgamento diante de um quadro probatório deficiente, estabelecendo a lei qual das partes arcará com as consequências da ausência ou deficiência de provas acerca de determinado fato. Como não é facultado ao juiz deixar de decidir, quando o acervo probatório é insuficiente para esclarecer de forma adequada os fatos, a parte que tem o ônus de provar arcará com as consequências negativas ao final do julgamento.

No Código de Processo Civil de 1973, (Lei n. 5.869), adotou-se a teoria clássica de distribuição estática do ônus da prova, porquanto invariável em relação às circunstâncias da causa. Segundo o seu art. 333, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Acertadamente, RODRIGUES¹⁹ aponta que as regras de distribuição do ônus da prova, constantes no art. 333 do Código de Processo Civil de 1973, orientam-se pelo uso dos meios probatórios sob uma ótica privatista, individualista e liberal, cuja preocupação limita-se à preservação de uma isonomia formal, cabendo a cada ator no processo provar o seu direito.

Essa previsão estática e prévia da distribuição do ônus da prova, ignorando as condições reais do caso concreto, permite que as partes deliberem sobre suas condutas probatórias de maneira marcadamente manipuladora e conveniente²⁰, prevalecendo o interesse privado sobre a efetivação do direito.

Agrava-se a situação quando a causa discute o exercício de direitos metaindividuais, sejam eles direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A natureza dos interesses em jogo e a real dificuldade do demandante em desincumbir-se do encargo probatório impõem que

19 RODRIGUES, *Processo civil ambiental*.

20 FERREIRA, "Art. 369 a 380", p. 993-1025.

seja encontrada uma solução diversa para a tutela desses direitos. Pouco adianta que o ordenamento jurídico adote normas de direito material com a finalidade de proteger os direitos metaindividuais, sem que o sistema processual vigente assegure o seu exercício de forma efetiva.

A percepção de que a rigidez das regras sobre a distribuição do ônus da prova, previstas no Código de Processo Civil de 1973, era totalmente incompatível com a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos foi determinante para o surgimento de alguns avanços no sistema processual pátrio, seja na esfera legislativa, seja no âmbito jurisprudencial.

Das alterações legislativas referentes às normas processuais que disciplinam a produção da prova em processos coletivos destaca-se a norma do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Este dispositivo legal possibilita que o juiz determine a inversão do encargo probatório em favor do consumidor quando for verossímil a alegação deduzida em juízo ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências, acolhendo, assim, a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova.

A possibilidade de redistribuição *ope iudicis* do encargo probatório assentada na Lei n. 8.078/1990 não se restringe, entretanto, às causas consumeristas, sendo aplicável à defesa de todos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Isso porque a inversão do ônus probatório tem a ver com a necessidade de se assegurar o efetivo gozo do direito tutelado nas normas de direito material, não se limitando a hipótese de incidência do quanto disposto no art. 6º, VIII, do CDC às relações consumeristas.

MARINONI e ARENHART²¹ advertem não ter sustentação alguma a argumentação de que somente as relações de consumo admitem a inversão do ônus da prova. Existem outras situações de direito substancial que

21 MARINONI; ARENHART, *Processo e conhecimento*.

exigem a possibilidade de inversão do ônus da prova ou uma atenuação do rigor na aplicação da sua regra, ante a dificuldade de se provar certos fatos.

A determinação de aplicação recíproca das normas processuais existentes na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, por força do quanto disposto nos arts. 21 da Lei n. 7.347/1985 e 90 da Lei n. 8.078/1990, implicou uma perfeita integração desses dois diplomas legais. O enlace dessas normas processuais resultou na criação de um verdadeiro microsistema processual coletivo, ao qual se submetem todas as ações que visem à tutela de direitos e interesses metaindividuais.

Apesar de o art. 21 da Lei n. 7.347/1985 determinar a aplicação dos dispositivos do Título III do CDC à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, e de o art. 6º, VIII, estar localizado fora do referido Título III, não há como se negar o nítido caráter processual da regra que estabelece a inversão do ônus da prova.

A natureza jurídica de norma processual do art. 6º, VIII, do CDC implica a possibilidade de aplicação da inversão judicial do ônus da prova em prol da defesa judicial de quaisquer direitos metaindividuais. Veja-se que a questão topológica cede espaço a uma interpretação sistemática e teleológica das normas que ordenam a comunicação mútua dos dispositivos processuais existentes nas Leis n. 7.347/1985 e 8.078/1990, sem qualquer restrição.

Após reconhecer o caráter processual do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, MAZZILLI²² sustenta que a *mens legis* consiste em integrar por completo as regras processuais de defesa de interesses transindividuais, fazendo das Leis n. 7.347/1985 e 8.078/1990 como que um só estatuto, o que permite a aplicação da regra que dispõe sobre a inversão do ônus da prova, analogicamente, à defesa judicial de quaisquer interesses transindividuais.

22 MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*.

Na mesma linha, LEONEL²³ ressalta que a circunstância de a norma sobre a inversão do ônus estar situada entre as regras de direito material do CDC não significa que tenha perdido seu caráter processual. A razão de ser dessa localização no capítulo que trata dos direitos básicos do consumidor decorre unicamente da pretensão de se explicitar que a redistribuição do ônus da prova, dada a sua relevância, fora alçada à categoria de direito fundamental do sistema de proteção ao consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça também reconhece que a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação da norma comunicativa inserida no art. 21 da Lei n. 7.347/1985, fazendo-a valer, universalmente, para a tutela de todos os direitos metaindividuais, e não só nas relações de consumo²⁴.

Questão das mais controvertidas na jurisprudência, ante o silêncio das regras processuais insertas no Código de Defesa do Consumidor, é a definição de qual o momento processual mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine a inversão da distribuição do ônus probatório.

Alguns entendem que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, podendo ocorrer no momento da prolação da sentença, outros entendem se tratar de regra de instrução, sendo aplicável somente durante o saneamento do processo, ou que, quando proferida em outro momento, deve preceder à sentença, assegurando-se à parte a quem se imputou esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas.

A crítica que se faz à redistribuição do ônus probatório por força de decisão judicial proferida após o esgotamento da oportunidade de produção de provas pela parte onerada é que acaba por comprometer a

23 LEONEL, *Manual do processo coletivo*.

24 REsp 1049822/RS, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18 maio 2009.

legitimidade da sentença ou acórdão proferidos, atentando contra o princípio do contraditório.

Recorde-se que a possibilidade de as partes interessadas influenciarem, com a sua argumentação, o processo de concepção e efetivação da decisão judicial à qual terão que se submeter é que assegura o viés democrático às decisões do Poder Judiciário²⁵.

Atento a tal premissa, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a inversão *ope iudicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador, ocasião em que o juiz decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas²⁶, sempre permitindo à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a oportunidade de apresentar provas.

Situação diversa é aquela da redistribuição *ope legis* do ônus da prova, uma vez que já está especificado na legislação, de forma prévia, quem será o responsável pelo ônus de provar determinado fato. Obrigação essa, portanto, já de conhecimento da parte a quem a lei atribuiu tal incumbência.

Nesta última hipótese é que se enquadram as ações coletivas ambientais, as quais, por força do princípio da precaução, exigem que o réu se desincumba do ônus de provar a inexistência de risco ou dano ao meio ambiente decorrente da atividade potencialmente causadora da degradação.

4 A REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA AMBIENTAL E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

A problemática da dificuldade na produção de prova adequada e suficiente para caracterizar a ocorrência de dano ou risco ao meio am-

25 BARRETO, *Conflitos ambientais, o direito à água e mediação*.

26 AgRg no REsp 1186171/MS, rel. ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 21.5.2015, DJe 27.5.2015); AgRg no REsp 1450473/SC, rel. ministro Mauro Campbell Marques, SEGUNDA TURMA, julgado em 23.9.2014, DJe 30 set. 2014 REsp 802.832/MG, rel. ministro Paulo de Tarso Sanseverino, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13.4.2011, DJe 21 set. 2011.

biente é ínsita ao processo civil ambiental. Nas palavras de SILVEIRA²⁷, a atribuição do ônus da prova ao demandante em uma ação civil ambiental é uma das principais causas de esvaziamento das normas de direito material que tutelam o meio ambiente, resultando no agravamento do quadro de poluição.

Para se viabilizar uma efetiva tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe-se a utilização de técnicas específicas, a exemplo, entre outras, da redistribuição do encargo probatório nas ações ambientais, transferindo-se para o demandado o ônus de demonstrar que sua atividade não tem relação de causalidade com a degradação ambiental.

Sobre a necessidade de uma tutela probatória diferenciada nas demandas ambientais, MIRRA²⁸ ressalta que a constatação em juízo de um dano ambiental exige análises científicas e a apresentação de provas técnicas variadas. Além disso, a prática evidencia a existência de muitas incertezas científicas nas questões relacionadas à proteção do meio ambiente, sobretudo no funcionamento dos sistemas naturais, razão pela qual os técnicos e peritos nem sempre conseguem êxito em trazer as informações e conclusões solicitadas no processo, abrindo-se um largo campo para dúvidas e controvérsias.

RODRIGUES²⁹ afirma que já existe uma tutela jurídica diferenciada no ordenamento jurídico brasileiro com finalidade de superar os entraves probatórios nas demandas ambientais, seja por força da existência de previsão legal de técnica procedimental que imputa ao possível causador do dano o ônus de provar a ausência de responsabilidade (técnica de inversão do ônus subjetivo da prova³⁰), seja em razão de o direito ambien-

27 SILVEIRA, “A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso”, p. 18-43.

28 MIRRA, *A participação popular na proteção do meio ambiente*.

29 RODRIGUES, *Processo civil ambiental*.

30 Preferimos falar em dimensões ou funções subjetiva e objetiva do ônus da prova a

tal ser orientado pelo princípio da precaução, que induz a uma distribuição diferenciada do encargo probatório.

Dois fundamentos distintos podem, então, justificar a redistribuição do ônus da prova em matéria ambiental: um de ordem material, *ope legis*, decorrente de presunção de responsabilidade civil por força da aplicação do princípio da precaução; outro de ordem processual, *ope iudicis*, amparado em decisão judicial proferida com base no art. 6º, VIII, do CDC, nos casos em que for verossímil a alegação ou estiver presente hipossuficiência econômica, informativa ou técnica, decorrente da natureza do interesse tutelado ou de disposição legal.

Segue a mesma linha de entendimento o Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer que

[...] a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope iudicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo)³¹.

Deste modo, nas ações ambientais, a questão probatória pode ser resolvida tanto pela aplicação da regra inserta no art. 6º, VIII, do CDC, que permite a inversão judicial do ônus da prova ante a verossimilhança da alegação ou presença da hipossuficiência, quanto pela incidência do

ônus objetivo e subjetivo, por entendermos ser expressões mais adequadas a veicular os conceitos jurídicos propostos. Na primeira perspectiva, tem a função de orientação do comportamento das partes em relação a sua atividade probatória no processo. Na segunda face, presta-se a orientar o juiz a respeito de qual das partes deverá suportar as consequências negativas da ausência ou deficiência do material probatório produzido.

31 REsp 883.656/RS, rel. ministro Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, julgado em 9.3.2010, *DJe* 28 fev. 2012.

princípio da precaução, sendo este último mais adequado à proteção do meio ambiente em uma sociedade marcada pela presença do risco.

O princípio da precaução, acolhido de forma expressa na Declaração de Princípios do Rio³², em seu Princípio 15, afirma que a falta de certeza científica absoluta não deve ser usada como razão para se postergar a adoção de medidas eficazes para impedir a degradação do meio ambiente em função dos custos envolvidos, quando há perigo de dano ambiental grave ou irreversível.

Em decorrência de tal princípio, a ausência de certeza científica acerca dos impactos ambientais de uma determinada atividade exige a adoção de todas as medidas possíveis para evitar a quebra do equilíbrio ecológico. A finalidade do princípio da precaução, de acordo com a lição de MACHADO³³, é assegurar a durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e a continuidade da natureza existente no planeta.

O principal reflexo do princípio da precaução no campo processual é impor ao possível causador do dano ambiental o ônus de provar, sem qualquer vestígio de dúvida, que sua atividade não causará degradação ao meio ambiente. A relação de causalidade é presumida com o objetivo de evitar a ocorrência do dano ambiental. Cria-se uma presunção jurídica em favor do meio ambiente, bastando ao demandante comprovar a ocorrência do dano, efetivo ou potencial, e o tipo de atividade desenvolvida pelo demandado.

BENJAMIN³⁴ ressalta que cabe aos demandados na ação civil pública ambiental, potenciais poluidores, o ônus de comprovar a inofensi-

32 Adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, entre 3 e 14 de junho de 1992.

33 MACHADO, *Direito ambiental brasileiro*.

34 BENJAMIN, "Responsabilidade civil pelo dano ambiental".

vidade da atividade proposta, especialmente nos casos em que o eventual dano possa ser irreversível, de difícil reparabilidade ou de larga escala. MIRRA³⁵ esclarece que nas ações ambientais, para o autor da demanda, é suficiente a demonstração de elementos concretos que indiquem a probabilidade da ocorrência da degradação, cabendo, então, ao réu comprovar que a sua conduta ou atividade, com absoluta segurança, não provoca ou não provocará a alegada ou temida lesão ao meio ambiente.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de apontar que o reconhecimento do princípio da precaução pelo Direito brasileiro estabelece, diante do dever genérico e abstrato de conservação do meio ambiente, um regime ético-jurídico em que o exercício de atividade potencialmente poluidora, sobretudo quando perigosa, conduz à inversão das regras de gestão da licitude e causalidade da conduta, com a imposição ao empreendedor do encargo de demonstrar a sua inofensividade³⁶.

Assim, a inversão do ônus da prova se impõe em toda ação ambiental fundada no princípio da precaução, cabendo ao alegado causador do dano responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao referido princípio³⁷, sendo seu o encargo de demonstrar que os danos advindos ao meio ambiente não são decorrentes de sua atividade, de modo que a dúvida sempre se processará a favor do meio ambiente.

Ressalte-se que não se trata de técnica processual de inversão do ônus da prova, mas de regra de direito material vinculada ao princípio da precaução e, como tal, já de prévio conhecimento pelo poluidor desde que assumiu o risco da atividade³⁸.

35 MIRRA, *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*.

36 REsp 883.656/RS, rel. ministro Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, julgado em 9.3.2010, *DJe* 28 fev. 2012.

37 REsp 1237893/SP, rel. ministra Eliana Calmon, SEGUNDA TURMA, julgado em 24.9.2013, *DJe* 1º out. 2013.

38 RODRIGUES, *Processo civil ambiental*.

Nestes casos, em que existe norma prévia e específica dispendo sobre a distribuição diferenciada do ônus da prova, não há dúvida de que a parte onerada não necessitará de qualquer advertência especial, já que a previsão particular e diferenciada já se encontrava estabelecida antes da instrução, na letra da lei.

É absolutamente desnecessário que o autor de uma ação ambiental formule requerimento expresso, ou que seja proferida decisão judicial, para que ocorra a redistribuição do ônus da prova nas demandas fundadas no princípio da precaução. Afirma-se isso porque a responsabilidade do potencial poluidor de demonstrar a inofensividade da atividade por ele desenvolvida decorre de dever jurídico imposto previamente pela Constituição Federal e pela lei.

A indicação na petição inicial da circunstância de o réu desenvolver atividade que importa na criação ou no incremento de um risco ambiental é suficiente para a subsunção ao conteúdo normativo do princípio da precaução e, conseqüentemente, para que seja imputado ao demandando o ônus de provar a ausência de relação de causalidade entre o dano ambiental, potencial ou efetivo, e seu comportamento.

Somente será afastada a responsabilidade civil do réu quando ele conseguir se desvencilhar do ônus de provar, sem que reste qualquer dúvida, que a atividade por ele desenvolvida não guarda relação de causalidade com o risco ambiental apontado. Sequer lhe aproveita a arguição de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, uma vez que o dever de reparação ecológica se sujeita à teoria do risco integral.

De tudo isso, pode-se concluir que a presunção legal da ocorrência de dano ao meio ambiente com base no simples desenvolvimento de uma atividade sujeita à incerteza científica quanto aos riscos ambientais é a regra de ouro para se definir a quem pertence o ônus da prova nas ações ambientais que se fundamentam no princípio da precaução.

5 A INVERSÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A REDISTRIBUIÇÃO *OPE LEGIS* DO ENCARGO PROBATÓRIO NAS AÇÕES AMBIENTAIS

O novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016, incorporou ao direito brasileiro diversas inovações processuais que anteriormente eram apenas debatidas pela doutrina ou resultado de uma incerta evolução jurisprudencial dos tribunais pátrios. Entre as modificações dos institutos processuais clássicos, a que guarda pertinência com o objeto de estudo do presente artigo é a incorporação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ao texto do Código de Ritos.

De acordo com a previsão normativa constante no § 1º do art. 373 do novo CPC, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório 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. Logo em seguida, o § 2º do art. 373 do novo Código de Processo Civil adverte que tal decisão judicial não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Ampliam-se, por conseguinte, as hipóteses normativas de inversão *ope iudicis* do ônus da prova, anteriormente limitadas às causas consumeristas e aos demais processos judiciais que estavam abrangidos pelo microsistema processual coletivo resultante da integração da Lei da Ação Civil Pública com o Código de Defesa do Consumidor.

Deste modo, para se aplicar a técnica processual de inversão do ônus da prova, não mais importará que espécie de direito é objeto da demanda judicial, se resultante de relação de consumo ou se classificado como um interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo. Havendo o preenchimento dos requisitos especificados no § 1º do art. 373 do novo CPC, abre-se a possibilidade da utilização desta regra de instrução processual pelo magistrado.

Ao comentar o dispositivo legal do art. 373 do novo Código de Processo Civil, FERREIRA³⁹ indica os requisitos cumulativos para a distribuição dinâmica do ônus da prova: I) fatos probandos determinados; II) impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo de produzir a prova de acordo com a regra do *caput*; III) maior facilidade de obtenção de prova do fato contrário para a parte onerada judicialmente; IV) vedação da prova diabólica, ou seja, a dinamização não pode levar à parte onerada um encargo impossível ou excessivamente difícil; e V) possibilidade de conceder à parte onerada a possibilidade de se desincumbir do ônus excepcional.

Além de delinear os requisitos autorizadores da inversão judicial do ônus da prova, o novo Código de Processo Civil estabeleceu o procedimento a ser adotado pelo magistrado ao se deparar com a necessidade de redistribuir o ônus probatório em uma determinada causa. Assim, dispôs expressamente sobre o dever de fundamentação (art. 373, § 1º) e especificou, de forma clara, que o despacho saneador é o momento processual adequado para esta decisão proferida (art. 357, III), refutando, portanto, *a contrario sensu*, a possibilidade de a inversão judicial do ônus da prova ocorrer no momento da prolação da sentença.

A redistribuição *ope iudicis* do encargo probatório diretamente na sentença, sem que fosse oportunizada à parte onerada a possibilidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, sempre foi motivo de críticas lançadas pela doutrina e de fortes ressalvas pela jurisprudência dos tribunais brasileiros.

GIDI⁴⁰ afirma que se fosse permitido ao juiz inverter o ônus probatório no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de se atribuir um ônus ao réu e, ao mesmo tempo, negar-lhe a possibilidade

39 FERREIRA, “Art. 369 a 380”, p. 993-1025.

40 GIDI, “Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”, p. 38.

de se desincumbir do encargo que antes não era seu. Na mesma linha, DIDIER JR. et al.⁴¹, após negarem a possibilidade de inversão judicial do ônus da prova no momento da sentença, destacam que o momento da redistribuição do ônus da prova pode ser qualquer um, desde que seja permitido à parte se desincumbir do ônus que lhe fora atribuído, exigência essa aplicável a qualquer hipótese de redistribuição judicial do encargo probatório.

É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a inversão *ope iudicis* do ônus da prova não pode ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão), devendo ser aplicada, preferencialmente, na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, ser assegurada à parte onerada a reabertura de oportunidade para apresentação de provas⁴².

Essa inovação do novo Código de Processo Civil, que veio a acolher os reclamos da doutrina e jurisprudência, não incide, entretanto, sobre as causas ambientais fundadas no princípio da precaução. Cabe recordar que os arts. 373, § 1º, e 357, III, cuidam do procedimento a ser aplicado para a inversão judicial do ônus da prova, não guardando relação de pertinência com a redistribuição *ope legis* do encargo probatório.

Como apontado anteriormente, a redistribuição do ônus da prova em ações ambientais pode ocorrer *ope iudicis* ou *ope legis*. No primeiro caso, atendidos os requisitos previstos no art. 6º, VIII, do CDC, ou agora preenchidos os requisitos do art. 373, § 1º, do novo CPC, o juiz poderá proferir decisão judicial invertendo o ônus da prova, preferencialmente no despacho saneador, sempre possibilitando à parte onerada a produção posterior de prova. Na segunda hipótese, quando as ações forem fundadas no princípio da precaução, a redistribuição já se operou *ope legis*, devendo o magistrado resolver a lide atentando-se para

41 DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*.

42 REsp 802.832/MG, rel. ministro Paulo de Tarso Sanseverino, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13.4.2011, *DJe* 21 set. 2011.

a presunção da ocorrência de dano ambiental diante de um cenário de incerteza científica.

Nos casos de redistribuição *ope legis* do encargo probatório, com fundamento no princípio da precaução, norma de direito material e não regra processual, é descabida a discussão acerca de qual o momento adequado para o julgador proferir a decisão que determina a inversão do ônus da prova, uma vez que a redistribuição do ônus da prova já estava definida previamente e dela já tinha ciência a parte onerada.

A redistribuição do encargo probatório com fundamento no princípio da precaução preexiste ao nascimento da ação ambiental e até mesmo ao surgimento da própria lesão ao meio ambiente. Ela é contemporânea do momento em que o potencial poluidor assumiu o risco de desenvolver a atividade causadora da degradação.

Às demandas ambientais que tiverem como causa de pedir a presunção de responsabilidade por dano ambiental com base no princípio da precaução, não se aplicam, portanto, as regras constantes nos arts. 373, § 1º, e 357, III, do novo Código de Processo Civil, que dispõem acerca do dever do juiz de decidir fundamentadamente sobre a definição da distribuição do ônus da prova, na fase processual do despacho saneador.

Dessa forma, as consequências negativas decorrentes do descumprimento do ônus de provar a ausência denexo de causalidade entre o risco ou dano ambiental e a atividade possivelmente causadora da degradação ao meio ambiente podem ser impostas ao réu diretamente no ato de julgamento da demanda ambiental, em casos de incerteza científica do impacto ambiental objeto da ação.

6 CONCLUSÃO

Ao longo do tempo, percebeu-se que as regras de direito material e processual então vigentes, vinculadas a premissas liberais e individualistas do século XIX, não se mostravam adequadas à proteção dos di-

reitos e interesses metaindividuais e eram especialmente frágeis para amparar a defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A evolução histórica das técnicas jurídicas adotadas para melhor servir a uma tutela efetiva do meio ambiente passa pela imposição da responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental, com o acolhimento da teoria do risco integral, e pela redistribuição *ope iudicis* e *ope legis* do encargo probatório em ações ambientais.

A responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco integral é a mais adequada para tutelar o meio ambiente. Entretanto, sua eficácia demanda a prova do nexode causalidade entre a atividade potencialmente poluidora e o dano ambiental, potencial ou efetivo, sendo imprescindível que seja complementada pela adoção de instrumentos processuais diferenciados.

Claramente apontada como o principal fator de insucesso das demandas ambientais, a dificuldade na produção da prova do nexode causalidade exigiu que o legislador flexibilizasse a regra clássica de distribuição do ônus da prova, passando a admitir a dinamização do encargo probatório, por força da aplicação da norma de conteúdo processual contida no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Além de acatar a aplicação da inversão *ope iudicis* do ônus da prova, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a redistribuição *ope legis* do encargo probatório nas ações ambientais, por decorrência direta do conteúdo normativo do princípio da precaução. Em tais casos, é desnecessário abrir uma outra oportunidade específica para a parte atingida se desincumbir do ônus probatório que a lei lhe atribuiu, uma vez que a redistribuição do ônus da prova já estava definida previamente.

Em relação às demandas ambientais fundadas no princípio da precaução, opera-se a redistribuição do ônus da prova *ope legis*, não incidindo, portanto, as regras constantes nos arts. 373, § 1º, e 357, III, do novo Código de Processo Civil, que dispõe acerca do dever do juiz de

decidir fundamentadamente sobre a definição da distribuição do ônus da prova, na fase processual do despacho saneador.

Assim, é lícito ao juiz impor, diretamente na sentença de tais demandas ambientais, as consequências negativas do descumprimento do ônus de provar a inexistência de nexo de causalidade entre o risco ou dano ambiental e a atividade desenvolvida pelo réu, sobre a qual pende a incerteza científica acerca dos seus impactos ambientais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARRETO, Pablo Coutinho. *Conflitos ambientais, o direito à água e mediação: a atuação do Ministério Público Federal em Sergipe no baixo São Francisco*. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2014.

_____. O Supremo Tribunal Federal e a democracia – por um modelo plural e legitimador. *Revista Evocati*, Aracaju, n. 64. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=476>. Acesso em: 18 jun. 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 9, ano 3, p. 5-52, jan./mar. 1998.

BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 73-109.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. Reflexos da nova reforma do CPC na ação civil pública ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 201-229.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 49-50, p. 38, jan./jun. 1979.

FERREIRA, William Santos. Art. 369 a 380. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 993-1025.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil* (abrangendo o código de 1916 e o novo código civil). 2. ed. v. 1, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, p. 38, 1995.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores* (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Edis; CAMARGO FERRAZ, Augusto Mello de; NERI JUNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. A participação popular na proteção do meio ambiente. Texto de participação na mesa redonda *A legislação sobre meio ambiente e suas tendências*. Câmara Americana de Comércio para o Brasil, São Paulo, 4 dez. 1989.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1956.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 4. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 18-43.

APLICAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA: IMPACTO NOS PROCESSOS ELEITORAIS

Patrick Salgado Martins

1 Introdução. 2 As leis processuais eleitorais. 3 A problemática competência legislativa da Justiça Eleitoral. 4 O conteúdo da norma subsidiária e da norma supletiva. 5 A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e a doutrina. 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do novo Código de Processo Civil (novo CPC, Lei n. 13.105/2015), muitas são as dúvidas entre os profissionais que atuam perante a Justiça Eleitoral, dada a inexistência de um código de processo eleitoral, as constantes inovações processuais por meio das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral e a histórica aplicação “subsidiária” das normas do Código de Processo Civil aos processos eleitorais cíveis, que possuem ritos e procedimentos próprios.

Entre as relevantes alterações implementadas com o novo CPC, todas pontuais, a que mais chama atenção quanto ao impacto no processo eleitoral é aquela descrita no art. 15, referente à aplicação das normas processuais, que determina: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

A principal dúvida que aflige os estudiosos e operadores do processo eleitoral reside em saber se há vinculação dessa aplicação supletiva e subsidiária às lacunas existentes na legislação eleitoral ou se esse novo dispositivo processual permitirá uma aplicação transversal, com reformulação da interpretação das vigentes normas processuais eleitorais, a partir dos princípios e regras trazidos pelo novo CPC.

O presente estudo, portanto, propõe investigar a real intenção do legislador quanto à aplicação das normas processuais ao processo eleitoral, na esperança de tornar a caminhada no desconhecido menos árdua e mais próxima do ideal de justiça.

2 AS LEIS PROCESSUAIS ELEITORAIS

A inexistência de um código de processo eleitoral é suprida por diversas leis esparsas e seus específicos comandos normativos, bem como por resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, além da conhecida aplicação “subsidiária” do Código de Processo Civil.

No que concerne às leis eleitorais podemos destacar o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965), a Lei das Eleições (Lei n. 9.504/1997), a Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/1995) e a Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/1990), onde constam, entre outras menos relevantes, as seguintes normas de conteúdo processual:

- I. Código Eleitoral: arts. 19 e 28 (quórum para votação nos tribunais); 20 e 28 (exceção de suspeição ou impedimento); 21 (carta de ordem); 22, 29, 32 e 35 (competência jurisdicional); 24 e 27 (competência do Ministério Público Eleitoral); 257 a 282 (recursos); e 357 a 364 (processo penal);
- II. Lei das Eleições: arts. 11 e seguintes (processo judicial de registro de candidatura); 28 e seguintes (processo judicial de prestação de contas); 30-A (ação de investigação judicial eleitoral); 36 e seguintes (representação por propaganda irregular); 41-A (representação por captação ilícita de sufrágio); 58 e 58-A (direito de resposta); 73 (representação por conduta vedada); 94 (prioridade de julgamento dos feitos eleitorais); 96 e 96-A (competência e procedimento das representações); 105 (competência legislativa do TSE); 105-A (exclusão dos procedimentos da lei de ação civil pública);
- III. Lei dos Partidos Políticos: arts. 9º (processo judicial de registro); 30 e seguintes (processo judicial de prestação de contas);
- IV. Lei de Inelegibilidades: arts. 2º, 19 e 24 (competência); 3º a 15 (procedimento da impugnação); 16 (contagem dos prazos); 21 e 22

(procedimento da ação de investigação judicial eleitoral); 23 (princípio da persuasão racional); 26-B (prioridade de julgamento dos feitos eleitorais); 26-C (medida cautelar de suspensão da exigibilidade).

Percebe-se, portanto, a existência de diversas normas de conteúdo processual em possível conflito com o novo Código de Processo Civil, conforme a interpretação que se der sobre sua aplicação subsidiária e supletiva, especialmente em relação ao Ministério Público Eleitoral e sua legitimidade exclusiva para defender a sociedade perante a Justiça Eleitoral, na defesa de sua missão constitucional de defesa do regime democrático (Constituição da República, art. 127).

Podemos citar, por exemplo, a obrigação do Ministério Público de sempre conduzir as testemunhas que arrolar à audiência na ação de investigação judicial, independente de intimação (Lei de Inelegibilidades, art. 22, inc. V), ou mesmo o fato de os prazos serem peremptórios e correrem em secretaria também para o Ministério Público (Lei de Inelegibilidades, art. 16), e seus aparentes conflitos, respectivamente, com o novo art. 454, § 4º, inciso IV (intimação judicial das testemunhas) e art. 180 c/c 183, § 1º (intimação pessoal com carga dos autos, que repete a prerrogativa processual dos estatutos do Ministério Público – Lei n. 8.625/1993 e LC n. 75/1993).

Se não bastasse isso, a histórica competência legislativa do Tribunal Superior Eleitoral por meio de resoluções comumente estabelece inovações legislativas no campo processual, para além dos dispositivos legais citados, resultando em restrições aos direitos processuais das partes, como veremos no tópico seguinte.

3 A PROBLEMÁTICA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL

Dentre as fontes do Direito Eleitoral, as que mais se destacam, ao lado da Constituição da República (1988), do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965) e das leis especiais eleitorais citadas no item anterior, cer-

tamente são as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, dada sua competência exclusiva em âmbito nacional, permitidas pelo antigo Código Eleitoral em seus arts. 1º, parágrafo único, c/c art. 23, inciso IX¹, norma recepcionada pela Constituição da República como lei complementar (STF, MS 26.604/DF, rel. min. Carmen Lúcia, 4.10.2007) e pela própria Lei das Eleições, em seu art. 105, *caput*², além de expressa menção em outras leis eleitorais³.

Ainda que a nova redação desse art. 105, dada pela Lei n. 12.034/2009, tenha restringido o alcance normativo das resoluções do TSE apenas ao campo regulamentar, historicamente essa limitação não tem sido observada pelo Tribunal, que, desde sempre (desde o primeiro Código Eleitoral – Dec. n. 21.076/1932, art. 14, I e IV), expede resoluções com inovações jurídicas, com verdadeira força de lei ordinária⁴.

Essa temática foi muito bem enfrentada na tese de doutorado de MANOEL CARLOS DE ALMEIDA NETO, que resultou na obra *Direito eleitoral regulador*⁵. Pautado na análise minuciosa das resoluções expedidas pelo TSE para as eleições gerais de 2014, conclui que “a toda evidência,

1 “Art. 1º [...] Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução.”

“Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: [...] IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código.”

2 “Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos.”

3 Cf. Lei dos Partidos Políticos, art. 61; Lei n. 6.091/1974, art. 27; Lei n. 6.996/1982, art. 18; Lei n. 7.664/1988, arts. 38 e 39.

4 ALMEIDA, *Curso de direito eleitoral*, p. 47.
CERQUEIRA, *Direito eleitoral esquematizado*, p. 82-83.
GOMES, *Direito eleitoral*, p. 25.

5 ALMEIDA NETO, *Direito eleitoral regulador*, p. 133, 146 e 179-193.

a Justiça Eleitoral desborda de sua competência regulamentar normativa para interferir, de forma inconstitucional, em matérias reservadas ao Congresso Nacional”.

Por exemplo, nas eleições de 2014, enfrentamos um problema relacionado ao respeito às prerrogativas processuais do Ministério Público por parte do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, nos processos de competência dos juízes auxiliares, em razão da interpretação restritiva feita ao art. 41 da Resolução TSE n. 23.398/2013 que, ao contrário das eleições anteriores, inovou no meio jurídico e estabeleceu, sem ressalvar a prerrogativa institucional do Ministério Público de ser intimado pessoalmente nos autos (Lei Complementar n. 75/1993, art. 18, inciso II, alínea *b*), que “os prazos correm em secretaria”.

Em ofício enviado ao desembargador presidente do TRE/MG⁶, que acolheu nossa defesa de prerrogativas, esclarecemos que

É passível de compreensão a referida restrição quanto aos demais atores do processo eleitoral (candidatos, partidos políticos e seus advogados), dada a celeridade que se impõe ao julgamento dos processos de competência dos Juízes Auxiliares e a ausência de prerrogativa processual dos mesmos, mas é explicitamente ilegal interpretar que referida restrição também se impõe ao Ministério Público.

Nesse sentido, inclusive, consta da mesma Resolução em seus artigos 13 e 30, parágrafo único, o encaminhamento dos autos ao Ministério Público para manifestação, respeitando-se a prerrogativa institucional mencionada. E, também em seu artigo 15, § 2º, reconhece a necessidade de se intimar pessoalmente o Ministério Público, mesmo em sessão de julgamento ou por meio de cópia das decisões, sem restringir a vista pessoal dos autos.

Assim, o impasse estaria numa interpretação restritiva da prerrogativa institucional, a partir da leitura conjunta e equivocada dos artigos 13

6 Ofício n. 6789/2014-GAB/PRE/MG, de 20 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial>>.

e 41 da referida Resolução, ao mencionarem que os prazos correm em secretaria e que os autos serão encaminhados ao Ministério Público, quando não for parte, o que induziria à conclusão errônea de que, em sendo parte, o Ministério Público teria as mesmas prerrogativas e restrições impostas às demais partes no processo.

Vale ressaltar que o próprio Regimento Interno deste e. Tribunal, ao diferenciar o papel do Ministério Público enquanto fiscal da lei e parte e estabelecer os mesmos poderes e ônus que as partes quando nessa condição, ressalva o respeito “às disposições expressas em lei” (art. 35).

Destarte, a única e legal interpretação possível da Resolução TSE nº 23.398/13, em conformidade com a Lei Complementar nº 75/93, está na ausência de impedimento ao Ministério Público de retirar os autos de secretaria para se manifestar, ainda que seja intimado por cópia das decisões, ou quando seja parte.

Se não bastasse isso, a precária estrutura administrativa e humana da Procuradoria Regional Eleitoral, que conta com apenas este Procurador Regional Eleitoral, os três Procuradores Auxiliares e cinco assessores jurídicos, frente à estrutura deste e. Tribunal Regional Eleitoral e seus sete Membros, três Juízes Auxiliares e inúmeros assessores jurídicos, administrativos, dentre outros, impede que o Ministério Público compareça diariamente na secretaria deste Tribunal para manusear os autos dos processos e se manifestar, opondo-se explícita restrição ao exercício de sua missão constitucional de defesa do regime democrático.

Por essa razão, solicito a Vossa Excelência que seja orientada a Secretaria Judiciária deste e. Tribunal e demais setores administrativos responsáveis pelo trâmite processual a respeitarem a prerrogativa institucional do Ministério Público de ter vista pessoal dos autos fora de secretaria, quando do seu interesse e para o exercício de sua missão constitucional.

Com a vigência do novo Código de Processo Civil e sua aplicação subsidiária ao processo eleitoral, não meramente supletiva, esse conflito aparente entre a prerrogativa processual do Ministério Público e a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral seria facilmente solucionado com a imposição da nova ordem processual – ainda que pautada em preceitos consolidados nos estatutos do Ministério Público Estadual e da União.

Todavia, há divergência, ou mesmo certa confusão doutrinária e jurisprudencial, sobre o conteúdo das normas subsidiária e supletiva e seu alcance nos demais corpos normativos, olvidando-se o exato conteúdo de cada norma, impelindo a uma busca à etimologia e aos dicionários, inclusive jurídicos.

4 O CONTEÚDO DA NORMA SUBSIDIÁRIA E DA NORMA SUPLETIVA

Na etimologia dos adjetivos subsidiário e supletivo, originados do latim *subsidiariu* (que é de reserva) e *suppletivu* (que supre), temos que aquele subsidia e reforça, enquanto este suplementa ou completa o sentido de algo considerado como principal⁷.

Idêntico conteúdo é extraído do âmbito das normas jurídicas, pois são subsidiárias aquelas que fortalecem o sentido da norma principal (acessórias, secundárias), e supletivas aquelas que suprem lacuna existente na norma principal (completam)⁸.

Nesse sentido, quando uma norma jurídica aborda integralmente determinado tema, ela não demanda eventual integração por uma norma supletiva, mas pode ter seu conteúdo fortalecido por uma norma subsidiária. A norma supletiva, então, somente tem aplicação quando eventual norma jurídica possua lacuna a ser integrada, tal como se dá na analogia⁹.

Compreende-se, então, que, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, tudo aquilo que não tiver sido especificamente normatizado no âmbito do processo eleitoral deverá seguir os ditames do novo CPC, de forma supletiva, além de haver imediata aplicação subsidiária naquilo que tiver sido normatizado, reformulando-se a interpretação dessas normas a partir das novas balizas principiológicas.

7 DINIZ, *Dicionário jurídico*, p. 439 e 470.

8 SILVA, *Vocabulário jurídico*, p. 1331 e 1349.

9 No mesmo sentido, o *Novo Dicionário da Língua Portuguesa* (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, p. 1622 e 1631) e o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* (p. 2628 e 2643).

Todavia, como apontamos acima, a jurisprudência e a própria doutrina não são uniformes acerca do alcance de cada uma dessas normas, subsidiária e supletiva, inclusive considerando-as sinônimas e dependentes da omissão legislativa, como veremos a seguir.

5 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A DOUTRINA

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, ainda que sempre utilize a expressão subsidiária para aplicação das normas existentes no Código de Processo Civil de 1973, é pacífica no sentido de que essa aplicação seja supletiva, isto é, somente ocorra nas lacunas da lei eleitoral, observados os princípios da especialidade das normas eleitorais e da celeridade da prestação jurisdicional eleitoral, dada a temporariedade dos mandatos eletivos.

Inúmeros são os precedentes, o que tornaria cansativa a leitura, razão pela qual destacamos os seguintes julgados, dos últimos 7 anos [grifos nossos]:

Em razão do rito próprio do processo de registro de candidatura (arts. 3º e seguintes da LC nº 64/90), **as regras gerais do CPC somente têm aplicação subsidiária.** Nos termos do art. 258 do Código Eleitoral, o prazo geral na Justiça Eleitoral é de três dias. A deficiência na representação processual, não sanada após intimação específica para regularização no prazo de três dias, implica óbice ao conhecimento do recurso ordinário. **A apresentação intempestiva de procuração outorgada em data posterior à prática do ato, sem sua ratificação, não regulariza a representação processual.**

(AgR-RO n. 40259-/RJ, Acórdão de 9.9.2014, relator min. Henrique Neves da Silva, PSESS de 9.9.2014)

Em razão das peculiaridades específicas do processo de registro de candidatura, cujo rito está previsto nos arts. 3º e seguintes da Lei Complementar nº 64/90, **as regras gerais do Código de Processo Civil não podem ser a ele aplicadas de forma integral, mas apenas em caráter subsidiário e naquilo que for compatível com a celeridade e continuidade da prestação jurisdicional,** nos termos dos arts. 16 da LC nº 64/90 e 16 da Lei nº 9.504/97.

(REspe n. 10979-RN, Acórdão de 18.12.2012, relator min. Henrique Neves da Silva, *DJe* de 6.3.2013, p. 116-117)

É assente na jurisprudência desta Corte que **“a aplicação das regras do Código de Processo Civil ocorre de maneira subsidiária quando ausente disciplina própria para a matéria no processo eleitoral”** (AgR-AI n. 6809/SP, rel. min. Caputo Bastos, de 11.4.2006). No RCED, não se exige que a prova seja exclusivamente pré-constituída, admitindo-se a produção de todos os meios de prova legítimos e necessários à demonstração dos fatos arguidos, desde que indicados na inicial, o que se verificou na espécie.

(AgR-REspe n. 178-AL, Acórdão de 26.8.2014, relatora min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, *DJe* de 9.9.2014, p. 133-134)

Nos termos do art. 7º da Res.-TSE nº 22.610, as testemunhas são trazidas pela parte que as arrolar, independentemente de intimação (MS nº 72-61, rel. Min. Gilson Dipp, *DJe* de 18.6.2012), razão pela qual **não é imperativa a expedição de carta de ordem para oitiva em outra localidade ou a aplicação subsidiária da regra do art. 411 do Código de Processo Civil,** que estabelece prerrogativas em favor de autoridades para serem ouvidas em sua residência ou no local onde exercem suas funções.

(AC n. 18578-PR, Acórdão de 13.3.2014, relator min. Henrique Neves da Silva, *DJe* de 31.3.2014, p. 94-95)

O agravante deve indicar as peças a serem trasladadas e providenciar, a título de ônus processual, o preparo, **descabendo, ante o princípio da incidência da norma especial, a aplicação do Código de Processo Civil - artigo 279, § 1º, inciso III, e § 7º, do Código Eleitoral.**

(AgR-AI n. 10300-SP, Acórdão de 26.4.2012, relator min. Marco Aurélio Mendes de Farias de Mello, *DJe* de 1.6.2012, p. 28-29)

A aplicação das disposições do CPC ao processo eleitoral somente ocorre subsidiariamente, ou seja, na omissão do regulamento específico disciplinado nas leis eleitorais. Precedentes.

(AgR-AI n. 69210-MG, Acórdão de 13.10.2011, relatora min. Fátima Nancy Andrichi, *DJe* de 11.11.2011, p. 52)

No processo eleitoral, concentrado e célere, não se vislumbra a possibilidade de aplicação subsidiária do art. 265, IV, a, do CPC.

(RCED n. 729-RS, Acórdão de 18.8.2009, relator min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, *DJe* de 18.9.2009, p. 16)

A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil somente é possível se não houver disciplina da matéria pela Lei Eleitoral. Atendida a regra prevista no art. 51, § 1º, da Res.-TSE nº 22.717/2008 e no art. 8º da LC nº 64/90, não há que se falar na necessidade de intimação pessoal do interessado para tomar ciência do julgado, sendo intempestivo o recurso interposto após o tríduo legal.

(AgR-REspe n. 31116-MG, Acórdão de 6.10.2008, relator min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, PSESS de 6.10.2008)

Até mesmo na matéria processual penal, em que já constava do arcaico Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965) a previsão, em relação ao processo penal dos crimes eleitorais e conexos, da aplicação, “como lei subsidiária ou supletiva, [d]o Código de Processo Penal” (art. 364), o Tribunal Superior Eleitoral vem interpretando essas expressões como sinônimas e, portanto, vinculadas à eventual omissão das normas do processo penal eleitoral.

Nesse sentido, por exemplo, destacamos [grifos nossos]:

Não se verifica constrangimento ilegal decorrente da não aplicação das disposições processuais constantes da Lei nº 11.719/2008, porque há previsão específica no Código Eleitoral do procedimento criminal a ser observado perante o juízo de primeiro grau, nos termos do artigo 359 do Código Eleitoral.

(HC n. 68836-MG, Acórdão de 2.4.2013, relatora min. Laurita Hilário Vaz, *DJe* de 20.5.2013, p. 51-52)

As inovações do CPP introduzidas pela Lei 11.719/2008 não incidem no procedimento dos crimes eleitorais, pois o Código Eleitoral disciplina especificamente a matéria e consiste em lei especial, não podendo ser afastada por lei posterior de caráter geral. Precedente.

(RHC n. 42994-PR, Acórdão de 19.3.2013, relatora min. Fátima Nancy Andriahi, *DJe* de 23.4.2013, p. 34)

Ocorre que, em dois julgados, logo depois de as normas processuais sofrerem alterações legislativas, o TSE deu uma amplitude maior ao seu consolidado entendimento de aplicação subsidiária (ainda que su-

pletiva), para o exato sentido da subsidiaridade, tanto em matéria processual cível quanto em processual penal, vejamos:

É aplicável à Justiça Eleitoral a Lei nº 12.322/2010, que alterou o art. 544 do Código de Processo Civil e transformou o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso especial em agravo a ser processado nos próprios autos. A jurisprudência deste Tribunal consolidou-se quanto à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no que tange à formação do agravo de instrumento, razão pela qual não procede a alegação de que a disciplina específica do Código Eleitoral impede a aplicação de dispositivos do Código de Processo Civil relacionados à matéria. **A adoção do novo agravo na Justiça Eleitoral prestigia os princípios da celeridade e da economia processuais, proporcionando a possibilidade de apreciação imediata do recurso especial, considerada a eventual relevância das questões suscitadas.**

(AgR-AI n. 12831-MG, Acórdão de 26.10.2011, relator min. Arnaldo Versiani Leite Soares, *DJe* de 3.5.2012, p. 285)

A aplicação das normas do Código de Processo Penal aos processos penais eleitorais é meramente supletiva e subsidiária, nos termos do art. 364 do Código Eleitoral, ou seja, somente nas situações em que não houver norma específica, **ressalvadas as inovações introduzidas pela Lei 11.719/2008 que sejam mais favoráveis ao denunciado.**

(AgR-REspe n. 2352-SP, Acórdão de 24.10.2014, relator min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 25.11.2014, p. 149-150)

Na primeira exceção, o Tribunal aplicou o novo procedimento do agravo, ainda que contrariamente ao quanto disciplinado na lei eleitoral, para prestigiar a celeridade, que é um dos pilares da Justiça Eleitoral. Por sua vez, na segunda exceção, o Tribunal manteve sua jurisprudência de aplicação meramente supletiva das leis processuais penais, mas ressaltou, em prol da ampla defesa e contraditório, garantias basilares e universais do processo penal.

Percebe-se, então, uma certa abertura no TSE para uma eventual aplicação supletiva do novo Código de Processo Civil, portanto não

restrita às lacunas, quando as novas normas favorecerem a celeridade e as garantias processuais das partes. Mas esses julgados representam meras gotas nesse oceano tão fechado às mudanças climáticas ou legislativas.

No campo doutrinário também não há uniformidade do pensar sobre a aplicação dessas normas, subsidiária e supletiva, nos demais corpos normativos. Por exemplo, para o professor NELSON NERY JÚNIOR, a expressão “ausência de normas”, contida no art. 15 do novo CPC, vincula tanto a aplicação subsidiária quanto a aplicação supletiva à omissão legislativa no processo eleitoral, trabalhista ou administrativo¹⁰. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO, por sua vez, comungam do sentido etimológico das expressões quando afirmam que¹¹

O legislador disse menos do que queria. Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão “subsidiária”, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. A aplicação supletiva é que supõe omissão. Aliás, o legislador, deixando de lado a preocupação com a própria expressão, precisão da linguagem, serve-se das duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, se não, não teria usado as duas.

10 Em palestra proferida na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), nos dias 14 e 15 de maio de 2015, na II Jornada de Estudos sobre o novo Código de Processo Civil (CPC) e suas Implicações no Processo do Trabalho. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/EscolaJudicial/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=1138301&action=2&destaque=false>>. Consultado em: 3 jun. 2015.

11 *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo, p. 75.

Mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata.

No mesmo sentido, LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES, quando interpreta dispositivo semelhante ao do art. 15 do novo Código de Processo Civil, no art. 364 do Código Eleitoral, esclarece que “subsidiário está no sentido de normas existentes, mas que precisam ser complementadas pelas disposições comuns; supletivo indica lacuna”¹².

6 CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil trará profundas alterações ao processamento das questões levadas ao Poder Judiciário, na expectativa de conformação com os princípios fundamentais da Constituição da República, especialmente com a razoável duração do processo.

Nesse ponto, possibilita-se uma interpretação do novo art. 15 para além das lacunas existentes na legislação processual eleitoral, pois exatamente quando presente nas reformas processuais uma proximidade em relação aos princípios da celeridade processual (como no novo regramento do agravo) e da ampla defesa e contraditório (como no novo regramento do interrogatório no processo penal), verdadeiras garantias fundamentais expressas em nossa Constituição, o Tribunal Superior Eleitoral já decidiu pela possível aplicação subsidiária.

Destarte, caberá ao intérprete apontar, em cada caso, que eventual norma do novo Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária às vigentes regras processuais eleitorais, pois respeitadas as garantias processuais fundamentais, especialmente a duração razoável do processo (celeridade), ou tem aplicação supletiva, pois presente omissão legislativa, que não pode mais ser suprida por resolução do Tribunal Superior Eleitoral, por ser meramente regulamentar.

12 GONÇALVES, *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*, p. 159-160.

Descabe, portanto, tratar a aplicação subsidiária e a supletiva como se fossem sinônimas e sempre dependentes de omissões legislativas. E mais, isso impede o Tribunal Superior Eleitoral de impor referida interpretação restritiva ao novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Direito eleitoral regulador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CERQUEIRA, Thales Tácito. *Direito eleitoral esquematizado*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

II JORNADA DE ESTUDOS SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC) E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO. Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS). 14 e 15 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/EscolaJudicial/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=1138301&action=2&destaque=false>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

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

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior

1 O direito à prova. 2 O ônus da prova. 3 A distribuição dinâmica do ônus da prova. 4 A distribuição dinâmica do ônus da prova e o direito positivo até o advento do Código de Processo Civil de 2015. 5 Aplicações jurisprudenciais da distribuição dinâmica do ônus da prova. 6 A distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015. 7 Conclusão.

1 O DIREITO À PROVA

Um dos temas mais caros ao processo diz respeito à prova. Uma vez que, na maioria dos casos, o pleito posto em juízo pressupõe o conhecimento, pelo órgão julgador, de uma realidade fática que subjaz e fundamenta a causa¹, a prova dos fatos adquire inegável relevância, qual seja, a de demonstrar que eles aconteceram e como aconteceram. O juiz precisa conhecer os fatos para, a partir de tal conhecimento, julgar o processo com base na realidade efetivamente ocorrida, sendo a importância da prova para cada processo diretamente proporcional à importância que as questões de fato tiverem para o julgamento². Por isso é que, para ADA PELLEGRINI GRINOVER, a atividade probatória representa inquestionavelmente o momento central do processo, “revestindo-se, portanto, de fundamental importância para o conteúdo do provimento jurisdicional”³.

1 Com as exceções das demandas cujo objeto é restrito a matérias de direito, sem controvérsias fáticas.

2 DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 44.

3 “O conteúdo da garantia do contraditório”, p. 19.

Esse conhecimento que o juiz precisa ter dos fatos faz parte de sua atividade cognitiva. KAZUO WATANABE, depois de ter realçado a importância da cognição, a qual adviria da própria atividade que o juiz desempenha, uma vez que ele, para conceder a prestação jurisdicional, precisa primeiro conhecer das razões das partes⁴, diz que “a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo [...]”⁵. E nessa atividade de cognição realizada pelo julgador a prova tem um importante, quando não decisivo, papel. Aliás, a proeminência da prova na cognição igualmente é enfatizada por KAZUO WATANABE, quando afirma: “na equação do problema jurídico, o dado de direito é, evidentemente, de grande importância, mas relevância superlativa tem o dado fático. Analisar bem as provas, avaliando corretamente os fatos, [...] é condição fundamental para a prática da justiça”⁶. A importância dos fatos e, mais ainda, de sua prova, é, pode-se concluir, manifesta.

MARCELO ABELHA RODRIGUES salienta uma outra importância relacionada à prova, agora ligada com os escopos político e social da jurisdição, ao afirmar:

[...] a prova, portanto, é um desses instrumentos, decisivos eu diria, no alcance da paz social. Ora, se a coisa julgada é fenômeno político de pacificação social, fruto de uma verdade jurídica que, muitas vezes, não corresponde à realidade dos fatos – e às vezes por isso se diz que é fenômeno criador de direitos –, não se pode negar que a prova no processo tem uma força capital, qual seja, de único instrumento legitimador da coisa julgada ou, em outras palavras, é a prova e especialmente a convicção que dela resulta que servem como real elemento para a coincidência da verdade formal

4 *Da cognição no processo civil*, p. 53.

5 *Da cognição no processo civil*, p. 67.

6 *Da cognição no processo civil*, p. 72.

e da verdade real (ainda que esta esteja vista como uma utopia), tornando-se, portanto, legitimadora do fenômeno da coisa julgada.

De fato, não é a coisa julgada que traz a paz social. Além do escopo político que pode existir, é certo que a coisa julgada só será legítima no sentido de alcançar o escopo social do processo se ela for assentada em elementos de convicção que sejam os mais próximos da realidade histórica conflituosa que foi levada ao Estado-juiz. Quando isso ocorre há, por assim dizer, um reconhecimento inato da sociedade e dos próprios litigantes, independentemente de serem vencidos ou vencedores, porque sabem, à evidência das provas, que se fez justiça⁷.

Reconhecida a elevada significação que a prova tem para o processo, é correto se falar na existência de um direito das partes à prova, tamanha sua íntima relação com o próprio direito à prestação jurisdicional. A propósito da relação existente entre a tutela jurisdicional e a atividade probatória, ADA PELLEGRINI GRINOVER destaca que,

[...] com efeito, o direito à tutela jurisdicional não significa apenas o poder de provocar a manifestação do juiz, mas pressupõe todo um conjunto de poderes e faculdades tendentes à obtenção de pronunciamento favorável almejado. Dessa forma, sendo a atividade probatória o *momento central* do processo, em que se objetiva oferecer ao sujeito judicante a demonstração da verdade dos fatos postos como fundamento das pretensões deduzidas, é evidente a íntima relação entre as garantias constitucionais da ação e da defesa com a possibilidade de servirem-se as partes das provas necessárias ao esclarecimento desses mesmos fatos⁸ [destaques do original].

7 “A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos”, p. 245.

8 “Direito à prova: limites. Busca e apreensão no caso de flagrante delito”, p. 478. Em estudo anterior, a autora já havia feito referência à existência do direito à prova como consequência do direito ao contraditório tanto na vigência da Constituição de 1969 como nos ordenamentos dos Estados Unidos da América, da Itália e da Alemanha (GRINOVER, “O conteúdo da garantia do contraditório”, p. 19-20).

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, por sua vez, salienta que se o direito à prova não for efetivo, “[...] não será efetiva à própria garantia constitucional do direito ao processo”⁹.

No âmbito constitucional, a doutrina extrai o direito à prova dos dispositivos constitucionais que asseguram o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição de 1988). Para ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, o direito à prova legitimamente obtida ou produzida está compreendido pela garantia constitucional de ampla defesa, sendo que as únicas restrições admissíveis à atividade probatória das partes dizem respeito à relevância e à idoneidade da prova¹⁰. Também CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO extrai o direito à prova dos mesmos dispositivos constitucionais, ao discorrer que “na Constituição, o direito à prova é inerência do conjunto de garantias do justo processo, que ela oferece ao enunciar os princípios do contraditório e ampla defesa, culminando por assegurar a própria observância destes quando garante a todos o *due process of law* [...]”¹¹. A semelhante conclusão chegam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ao preconizar que “os argumentos em favor do reconhecimento do direito à prova, como aspecto insuprimível das garantias de defesa e do contraditório, encontram confirmação e reforço no atual texto constitucional que, além de consagrar as mesmas garantias, também assegura que *ninguém será privado*

9 *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 47.

10 *Constituição de 1988 e processo*, p. 61 e 68-69. ADA PELLEGRINI GRINOVER fala em “direito às provas lícitas, pertinentes e relevantes” (“O direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição”, p. 326). CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO esclarece que “falar em direito à prova [...] é falar em direito à prova legítima, a ser exercido segundo os procedimentos regidos pela lei” (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 48).

11 DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 48. DANILO KNIJNIK dá a entender que retira também do art. 5º, LVI, da Constituição do Brasil de 1988, o qual prevê serem inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, *a contrario sensu*, o direito à prova lícita [“As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova...’”, p. 943].

de sua liberdade [...] sem o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV)”¹², e NELSON NERY JÚNIOR, quando, tratando do princípio do contraditório, escreve que os contendores têm direito “de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência do seu direito [...]”¹³.

Na legislação infraconstitucional, entende-se que o art. 332 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973)¹⁴ indiretamente contempla o direito à prova, ao estatuir que todos os meios legais e os moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se fundar a ação ou a defesa¹⁵. Referido artigo, além de autorizar todas as fontes e meios lícitos e legítimos de prova, independentemente de estarem ou não expressamente previstos em lei, estabelece o direito das partes de produzirem as provas necessárias à comprovação de suas alegações. No Brasil, portanto, o direito à prova tem base constitucional e infraconstitucional.

2 O ÔNUS DA PROVA

Se a matéria referente à prova é uma das mais relevantes do processo civil, o ônus da prova, por sua vez, é um dos assuntos mais canden-

12 “Direito à prova. A testemunha como terceiro em relação à causa”, p. 451. Em outra oportunidade, a autora já tinha resumido que o direito à prova “nada mais é do que uma resultante do contraditório: o direito de contradizer provando” (*Prova emprestada*, p. 55).

13 *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 172. Em outra obra, o autor preconiza que “a garantia do contraditório compreende para o autor a possibilidade de poder deduzir ação em juízo, alegar e provar fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e o conteúdo do processo e poder reagir, isto é, fazer-se ouvir” (NERY JUNIOR; NERY, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, p. 134).

14 Ao qual corresponde o art. 369 do Código de Processo Civil de 2015.

15 Com conteúdo parecido, o art. 32 da Lei n. 9.099/1995, aplicável aos juizados especiais cíveis, reza que “todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes”.

tes em tema de prova¹⁶. Conforme CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”¹⁷. Em decorrência do ônus da prova, as partes têm a incumbência de comprovar os fatos que alegam, correndo o risco de, se não o fizerem, terem decisões judiciais que lhes desfavoreçam. É assim porque, conforme recorda OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA,

[...] a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente da contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as conseqüências de tal insuficiência probatória¹⁸.

16 “A noção de *ônus* integra a teoria geral do direito, porém a sua principal aplicação se dá no campo processual. Essa situação jurídica está no mesmo grupo dos *poderes* e das *faculdades*, porque o sujeito tem *liberdade* para a realização do ato, que reverte em seu próprio benefício e cuja não realização pode acarretar-lhe, apenas, conseqüências desfavoráveis. Nem o juiz nem a parte contrária ou qualquer outro sujeito processual podem exigir o seu cumprimento, já que a sua inobservância é perfeitamente lícita.

O mesmo não ocorre com as *obrigações* e com os *deveres*, porque, nesses casos, o sujeito passivo se encontra submetido a uma *sujeição jurídica* ou a um vínculo, uma vez que não tem liberdade de conduta, a qual pode ser coercitivamente exigida pelo outro sujeito, cujo não cumprimento implica violação da lei (ilicitude)” (CAMBI, *A prova civil* – admissibilidade e relevância, p. 315. Destaques do original).

17 *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 71.

18 *Curso de processo civil*, p. 345. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA lembra que outras soluções seriam possíveis, tais como autorizar-se o juiz a simplesmente se abster de julgar a causa, declarando encerrado o processo sem pronunciamento sobre o mérito, ou permitir o julgamento com base na íntima convicção do juiz (“Julgamento e ônus da prova”, p. 74). Para EDUARDO CAMBI, “o ônus da prova em sentido objetivo é uma *exigência prática*, visto que, não sendo possível a pronúncia judicial *non liquet*, se não

Contudo, nem sempre a parte encarregada que se desincumbe do ônus da prova que lhe tocava obtém um julgamento favorável. Isto é, provar a parte os fatos que alega não a leva necessariamente à vitória na demanda judicial. Todas as provas existentes nos autos, não importando quem as tenha produzido, serão apreciadas em conjunto e o provimento jurisdicional, a decisão da controvérsia, virá dessa análise e não de uma ou outra prova isoladamente considerada. Por isso é que as provas são valoradas e se exige do julgador um convencimento fundamentado a respeito delas. Não obstante, essa ausência de relação necessária entre comprovar os fatos alegados e vencer a demanda “não retira a importância do ônus da prova, porque, se o seu cumprimento não garante automaticamente a obtenção da tutela jurisdicional favorável, com certeza a sua não observância *augmenta o risco* de uma decisão desfavorável [...]”, uma vez que, em geral, “quem produz a prova tem mais chance de influir no convencimento do juiz”¹⁹ [destaques do original].

Um tema usualmente relacionado com o ônus da prova diz respeito aos princípios dispositivo e inquisitivo. Classicamente, justificam-se com o princípio dispositivo as regras que não permitem ao juiz a adoção de iniciativas probatórias, ou a permitem em muito pequena escala. O julgador passivamente apenas receberia o produto da atividade processual das partes, apresentando em seguida sua decisão de acordo com tal produto. A origem deste distanciamento judicial estaria na natureza do direito material em debate, o qual, por ser disponível, permitiria que as partes agissem com plena liberdade em relação a ele durante o processo. Se às partes cabia o juízo sobre promover ou não a demanda, ou seja, se eram elas quem decidia se ia ou não haver processo, também estariam a seu ta-

existisse esse mecanismo de resolução das dúvidas, dar-se-ia ensejo à *denegação de justiça*, contrariando a regra constitucional, contida no art. 5º, inc. XXXV, CF, que prevê a garantia do acesso à justiça” (*A prova civil* – admissibilidade e relevância, p. 328-329. Destaques do original).

19 CAMBI, *A prova civil* – admissibilidade e relevância, p. 316.

lante as medidas processuais de que fariam ou não uso para proteger seu direito material em juízo²⁰. Além disso, como o processo seria puramente uma contenda entre as partes, se o juiz nele fosse envolvido poderia ocorrer o quebrantamento de sua imparcialidade. Assim, pelo princípio dispositivo puro, o juiz fica vinculado aos fatos alegados pelas partes, restando impedido de decidir com base em fatos por elas não trazidos ao processo e obrigado a aceitar como verdadeiros os fatos que elas afirmarem²¹.

Em contraponto ao princípio dispositivo está o princípio inquisitivo. Considerado em termos absolutos, tal princípio dá competência ao

20 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA esclarece que a ideia de disponibilidade da relação jurídica material não serve de justificativa para várias limitações e permissões existentes na atividade do juiz, tais como a instauração de processo *ex officio* (possível em inventário, que cuida de direitos disponíveis – art. 989 do CPC/1973), a correlação entre julgamento e pedido (inexistente em relação às custas processuais e honorários e aos juros legais, direitos disponíveis – arts. 20, *caput*, e 293 do CPC/1973) e os poderes instrutórios do julgador (expressamente autorizados, mesmo em casos a respeito de direitos disponíveis, por diversos dispositivos do CPC/1973), concluindo ser impróprio relacioná-las com o princípio dispositivo, uma vez que este não foi o critério utilizado e se trata de termo que desde sua origem está ligado à disponibilidade dos direitos (“O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos”, p. 8-11). JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, por sua vez, indica que, no processo, a disponibilidade do direito traz como única consequência a possibilidade de serem praticados atos processuais de disposição, tais como desistência da ação (art. 267, VIII e § 4º, do CPC/1973), reconhecimento jurídico do pedido (art. 269, II, do CPC/1973) ou renúncia (art. 269, V, do CPC/1973), não podendo o juiz se opor a tais atos. Mas o fato de ser o direito disponível não limitaria o julgador em outras atividades processuais, concluindo que o princípio dispositivo, por estar ligado à disponibilidade do direito material, não tem consequência processual nem qualquer relação com os poderes de instrução do julgador (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 90 e 93).

21 Sobre essa vinculação do julgador, escreveu FRANCESCO CARNELUTTI: “A afirmação das partes vincula o juiz quanto à posição do fato: de um lado, porque ele *não pode trazer uma situação de fato que não tenha sido afirmada por uma* (pelo menos) *das partes* e, de outro, porque *não pode deixar de incluir* (omitir) *uma situação de fato que tenha sido afirmada por todas as partes*” [“La afirmación de las partes vincula al juez en cuanto a la posición del hecho: de un lado, porque *no puede poner una situación de hecho que no haya sido afirmada por una* (cuando menos) *de las partes* y, de otro, porque *no puede dejar de poner* (omitir) *una situación de hecho que haya sido afirmada por todas las partes*”] (*La prueba civil*, p. 9. Destaques do original). Ver também SILVA, *Curso de processo civil*, p. 345.

juiz para a iniciativa probatória dos fatos apresentados pelas partes, sendo diminuta a participação destas relativamente às provas²². No entanto, do modo como atualmente é concebido, o princípio inquisitivo franqueia ao juiz a possibilidade de atuar dinamicamente em relação às provas, sem, no entanto, anular a intervenção dos sujeitos parciais do processo. Tem ele por base a existência de situações fáticas ou jurídicas que justificam, chegando em alguns casos a impor, uma conduta diligente do magistrado no pertinente à prova. Assim, a natureza do direito material (sua indisponibilidade ou relevância social) ou a condição da parte (deassistida, financeiramente carente) explicaria o abandono, pelo julgador, de sua postura quase que puramente contemplativa, para encampar uma postura ativa²³.

O reconhecimento do caráter público do processo e a constatação de que a jurisdição existe para atender a determinados fins que in-

22 “Por razões fáceis de compreender, o tema do ônus da prova se modifica no processo inquisitório. Neste, diante de provas produzidas de ofício pelo tribunal, não se pode propriamente falar de *ônus* da prova. Este é, como se verá imediatamente, um risco ou perigo para a parte, derivado da falta de prova; e nos casos de iniciativa judicial, não se consegue criar esse risco, já que, em definitivo, gravitaria sobre a própria justiça” (“Por razones fáciles de comprender, el tema de la carga de la prueba se modifica en el proceso inquisitorio. En éste, frente a pruebas ordenadas de oficio por el tribunal, no puede propriamente hablarse de *carga* de la prueba. Ésta es, como se verá inmediatamente, un riesgo o quebranto para la parte, derivado de falta de prueba; y en los casos de iniciativa judicial, no se consigue crear ese riesgo, ya que, en definitiva, gravitaría sobre la justicia misma”) (COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 198. Destaques do original). “As regras sobre ônus da prova constituem uma inerência do princípio dispositivo. Onde se tivesse um processo puramente inquisitivo, não se cogitaria de *onus probandi*, nem das consequências do seu descumprimento, simplesmente porque ao juiz incumbiria a busca da verdade dos fatos e a cooperação das partes seria pelo menos disponível e sequer haveria como sancioná-las pela omissão de provar” (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 247-248).

23 OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA registra que os princípios dispositivo e inquisitório “[...] não ocorrem de modo exclusivo em nenhum sistema processual, sendo normal que o legislador de ambos se utilize, dando prevalência ora a um deles ora a outro” (*Curso de processo civil*, p. 60).

teressam a toda a coletividade (escopos sociais, políticos e jurídicos)²⁴ trouxeram para o processo civil o prestígio do princípio inquisitivo²⁵. No entanto, embora o princípio inquisitivo esteja sendo cada vez mais pre-

24 Salientando ser muito pobre a fixação de uma finalidade exclusivamente jurídica, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO estabelece três escopos para a jurisdição: social (pacificar com justiça e educar, conscientizando a sociedade para seus direitos e obrigações), político (assegurar a liberdade dos indivíduos, permitir sua participação nos destinos da sociedade e afirmar a autoridade e o ordenamento do Estado) e jurídico (fazer atuar a vontade concreta do direito) (*A instrumentalidade do processo*, p. 149-223, *passim*). Já para JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “não é insuficiente considerar apenas o escopo jurídico da jurisdição. Escopos sociais e políticos são meras conseqüências daquele. Na medida em que a lei representa a vontade social, atuada ela no caso concreto haverá pacificação com justiça. Estará afirmada a autoridade do Estado. Além do mais, colocar a participação e a educação como escopo político e social da jurisdição significa superdimensioná-la, em detrimento das funções legislativa e executiva, a quem competem realmente tais atribuições” (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 30).

25 A respeito do abrandamento do princípio dispositivo, da correlata valorização do princípio inquisitivo e da possibilidade de convivência entre ambos, ver CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 243 e 252-254). Diz ele que “a vocação solidarista do Estado moderno, que não permanece naquele *laissez faire, laissez passer* da filosofia liberal, exige que o juiz seja um personagem participativo e responsável do drama judiciário, não mero figurante de uma comédia. Afinal, o processo é hoje encarado como um instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes – ele é uma instituição do Estado, não um *negócio em família* [...]. Por isso, o *princípio dispositivo* vai sendo mitigado e a experiência mostra que o juiz moderno, suprindo deficiências probatórias do processo, não se desequilibra e não se torna parcial” (*Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 243). Posteriormente, o autor registra: “a fórmula do desejável equilíbrio entre o modelo dispositivo e o inquisitivo consiste em prosseguir reconhecendo a estática judicial como norma geral, mas mandar que o juiz tome iniciativas probatórias em alguns casos. É impossível traçar uma linha razoavelmente nítida entre o largo campo da proibição e os pequenos oásis de ativismo, mas alguns critérios razoavelmente objetivos existem e são capazes de iluminar a questão” (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 55. Destaques do original). ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO consignam que “no processo civil o princípio dispositivo foi aos poucos se mitigando, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício [...]”, concluindo que “o processo civil, hoje, não é mais eminentemente dispositivo, como era outrora [...]” (*Teoria geral do processo*, p. 67).

sente no processo civil moderno, com a conseqüente permissão para que o juiz, paralelamente às partes, aja positivamente em questões probatórias, não se prescinde da atuação destas quanto às provas, daí a necessidade de se lhes fixar regras a respeito de quem tem o encargo probatório acerca de qual fato.

No CPC/1973, a principal disposição a respeito do ônus da prova está em seu art. 333. É ele que estabelece, no prisma subjetivo, a que parte tocará a produção de dada prova (aspecto subjetivo do ônus da prova), o que dependerá do tipo de fato a ser provado (se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), e, no prisma objetivo, quem pode vir a sofrer a sucumbência se as provas trazidas aos autos não forem hábeis para formar a convicção do juiz em relação ao pleito formulado (aspecto objetivo do ônus da prova). Conclui-se, portanto, que o art. 333 contempla simultaneamente uma regra a respeito da atividade processual das partes, ou seja, sobre quando cada uma delas terá de produzir provas dos fatos que alega, e uma regra acerca da atividade do juiz, vale dizer, em favor de quem deve ele decidir a causa na hipótese de os fatos terem ou não sido provados (regra de julgamento). Conforme acentua EDUARDO CAMBI,

[...] o ônus da prova é, ao mesmo tempo, uma *regra de conduta* para as partes, uma vez que determina indiretamente quais são os fatos que cada um dos litigantes deve provar para serem considerados certos pelo juiz e para servirem de fundamento para as suas respectivas pretensões ou exceções, e uma *regra de julgamento*, para o julgador, pois permite ao magistrado decidir mesmo não existindo provas suficientes²⁶ [destaques do original].

O art. 333, I e II, do CPC/1973, ao estabelecer prévia e abstratamente que cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extin-

26 CAMBI, *A prova civil* – admissibilidade e relevância, p. 317.

tivo do direito do autor, impede, em uma primeira análise, flexibilização de seu conteúdo. Independentemente de qualquer circunstância concreta ligada à espécie em exame, o ônus da prova do autor e do réu estaria sempre predeterminado em lei, não sendo cabíveis alterações. Esta conclusão restaria ainda mais reforçada porque o próprio art. 333 do CPC/1973 só cuidou de mitigação à divisão do ônus da prova em caso de convenção entre as partes, nulificando a convenção quando ela, distribuindo de maneira diversa o ônus da prova, recair sobre direito indisponível ou tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito (art. 333, parágrafo único). Aparentemente, pelo dispositivo, se não existir convenção a distribuir de maneira diversa o ônus da prova, não há previsão para mitigações da regra, mesmo que presente situação de direito indisponível ou que torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.

Por isso é que ANTONIO JANYR DALL' AGNOL JUNIOR diz, em relação ao art. 333 do CPC/1973, que a preocupação do intérprete há de se dirigir

[...] básica e cumulativamente, a) à posição da parte em juízo (se autor ou réu) e b) à espécie de fato (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo). Com isso, e premido pela regra que veda o *non liquet*, ver-se-ia o Juiz na contingência de, à falta de demonstração do fato constitutivo pelo autor, emitir juízo de desestimação da demanda. De outro lado, pela só circunstância de não ter o réu demonstrado o fato extintivo, impeditivo ou modificativo, na de acolhê-la integralmente²⁷.

27 “Distribuição dinâmica dos ônus probatórios”, p. 94-95. Em passagem posterior do mesmo estudo, o autor critica essa divisão prévia dos ônus, argumentando que ela nem sempre será idônea para proporcionar ao processo a melhor produção probatória possível (p. 106). Sobre o art. 333 do CPC/1973 e fazendo menção à doutrina portuguesa, DANILO KNIJNIK esclarece que “o dispositivo em análise, vale recordar, consagra a chamada teoria das normas, cujo postulado repousa na ‘técnica de descobrir a repartição do *onus probandi* na sintaxe da lei’, desimportando

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE enfatiza que as regras do art. 333 do CPC/1973 aplicáveis às partes referentes ao ônus da prova (aspecto subjetivo do ônus da prova) não impedem o exercício de poderes instrutórios pelo juiz. Salieta que o art. 333 do CPC/1973 é a *ultima ratio* a ser buscada, isto é, somente se deve julgar a causa com base nos critérios do ônus da prova nos casos em que, apesar de esgotados os esforços para provar os fatos, não se tiver conseguido êxito. As partes e também o julgador desenvolveriam esforços para obtenção de provas, diminuindo com isso a necessidade de se apelar para a distribuição dos encargos do art. 333 do CPC/1973²⁸. Por sua vez, depois de exibir vários exemplos de fatos cujas provas são de difícil produção, LEO ROSENBERG escreveu:

[...] as regras sobre o ônus da prova constituem a *última saída para o juiz*, que não pode deixar de decidir. São necessárias, mas devem ser tratadas como exceção, pois o que se pretende com a atividade jurisdicional é que os provimentos dela emanados retratem a realidade, não meras ficções. Essa é a única relação que se pode dizer existente entre o poder instrutório do juiz e o ônus da prova²⁹ [destaques do original].

as conseqüências daí advindas quanto à maior ou menor dificuldade de provar, juízo que o Código reservou, exclusivamente, para as convenções ou contratos probatórios (art. 333, parágrafo único, II). Aí sim, o legislador reputa ‘nula a convenção que distribuiu de maneira diversa o ônus da prova quando *tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito*’. O autor registra que regras fixas e prévias como as do art. 333 do CPC/1973 são estabelecidas em nome da segurança jurídica e são voltadas a um processo civil liberal, em que a ideia é de uma jurisdição apenas para pacificar e não pacificar com justiça [“As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova...’”, p. 944. Destaques do original].

28 *Poderes instrutórios do juiz*, p. 114-124.

29 “O juiz deve recorrer, ainda com bastante freqüência, ao ônus da prova, mesmo que só o faça depois de esgotados todos os meios de prova, sendo a decisão conforme as normas sobre o ônus da prova o *ultimum refugium*” (“El juez debe recurrir, todavía con bastante frecuencia, a la carga de la prueba, aunque lo haga sólo después de agotados todos los medios de prueba, siendo la decisión conforme las normas sobre la carga de la prueba el *ultimum refugium*”) (*La carga de la prueba*, p. 83-84).

Observa-se, então, que as disposições sobre ônus da prova do art. 333 do CPC/1973 devem ser excepcionais, a elas somente se devendo recorrer nos casos em que, apesar da atividade probatória de todos os sujeitos processuais (partes e juiz), não se tiver logrado a comprovação satisfatória das alegações fáticas. Todavia, embora o desejável seja um processo bem instruído, evitando-se com isso o recurso às regras sobre ônus da prova, há casos em que, apesar da atuação probatória das partes e do juiz, os fatos não restam adequadamente provados, o que mantém a relevância das disposições sobre o ônus da prova³⁰.

O aspecto subjetivo do ônus da prova, conforme o qual se estabelece a que parte toca esse ônus e em que hipóteses ele deve ser observado, guarda íntima relação com o princípio do contraditório. Na medida em que de tal princípio advém o direito das partes à prova, o que lhes assegura o direito à participação no processo, o claro estabelecimento sobre quem deverá produzir a prova sobre dado fato permite que essa participação seja concreta e efetiva. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, depois de afirmar que, para o juiz, as regras referentes ao ônus da prova somente

30 “[...] não obstante o ônus da prova em sentido subjetivo consista na necessidade prática de provar um fato para evitar uma decisão desfavorável, não se pode olvidar de que *onus probandi* é um *ônus imperfeito*, na medida em que, conforme já se explicou anteriormente, o seu insuficiente exercício pode ser suprido, quer pela parte contrária, trazendo provas que lhe são desfavoráveis (princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas), quer pela atividade processual do juiz, mediante atuação *ex officio*.

Esta última hipótese requer algumas considerações adicionais, para ser possível compreender que o ordenamento jurídico brasileiro, ao conferir poderes instrutórios ao juiz (art. 130 do CPC), acaba prevendo um modo de atenuar o rigor do aspecto subjetivo do ônus da prova. Com efeito, a efetivação desses poderes instrutórios não implica a supressão do ônus da prova como *regra de conduta* para as partes, porque é a própria parte interessada quem, melhor do que ninguém, tem condições de indicar as fontes de prova ou ter acesso a elas. Destarte, o estímulo à atividade probatória não é eliminado, quando a parte sabe que o seu esforço próprio não é o único meio de convencer o órgão judicial, não havendo, pois, eliminação do ônus da prova em sentido subjetivo, mas apenas sua mitigação” (CAMBI, *A prova civil* – admissibilidade e relevância, p. 326. Destaques do original).

terão importância se ele, quando for julgar, permanecer em dúvida quanto à ocorrência dos fatos alegados, ressalta que

[...] isso não significa que, antes do momento de julgar, a disciplina do ônus da prova seja destituída de relevância no processo. É dever do juiz, na audiência preliminar (art. 331), informar as partes do ônus que cada uma tem e adverti-las da consequência de eventual omissão – porque uma das tarefas a realizar nessa oportunidade é a *organização da prova* mediante a fixação dos limites de seu objeto e determinação dos meios probatórios a desencadear. A transparência das condutas judiciais é uma inafastável inerência do *due process of law* e da exigência do *diálogo* que integra a garantia constitucional do contraditório [...] ³¹ [destaques do original].

As regras contidas no art. 333 do CPC/1973 incidem em momentos distintos, a depender de seus destinatários. Aquela sobre a atividade processual das partes (aspecto subjetivo do ônus da prova) vigora para estas durante toda a fase de instrução. A que trata da regra de julga-

31 *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 83-84. Diferentemente, SÉRGIO CRUZ ARENHART acentua que “a função da regra do ônus da prova, pois, não seria a de disciplinar a conduta das partes, mas sim a de orientar o julgamento do magistrado. Sempre que o juiz, ao ser instado a decidir a controvérsia, não se sinta seguro em relação aos fatos (não vendo mais qualquer possibilidade de buscar prova a seu respeito), mantendo ainda assim o dever de julgar, deverá decidir segundo os critérios atribuídos pela regra de ônus da prova. [...] Neste sentido, a regra do ônus da prova visa a regular não os deveres das partes (ao menos de forma direta), indicando quem deve provar o que no processo, mas antes a forma como o magistrado deve julgar a causa diante da ausência de prova de certa afirmação de fato. [...] Isto, todavia, não invalida a outra teoria a propósito da função da regra do ônus da prova. Na realidade, as duas teorias não são excludentes, mas complementares, representando apenas duas faces de um mesmo fenômeno. Se é verdade que esta regra se dirige ao juiz, é possível também dizer que, *indiretamente*, ela se destina às partes. Afinal, ciente a parte de que a ausência de prova sobre certa afirmação de fato poderá vir em seu prejuízo, terá ela motivação suficiente para empenhar-se em produzir prova sobre aquele fato, de forma a evitar a superveniência do gravame, caso os demais sujeitos do processo não tragam a prova ao processo” (“Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro”, p. 29-30. Destaques do original).

mento a ser aplicada pelo juiz (aspecto objetivo do ônus da prova) somente tem lugar quando ele for julgar, se a prova existente no processo não for hábil à sua convicção. Todavia, como a primeira regra (partes) tem reflexos na segunda (juiz), cabe a este, que ao final é quem fará a valoração das provas, oportunamente adverti-las a respeito do material probatório a ser produzido.

Neste passo, quanto à regra de julgamento contida no art. 333 do CPC/1973, a circunstância de somente por ocasião da sentença o juiz verificar se a parte a quem dizia respeito o ônus de provar dele se desincumbiu satisfatoriamente, vale dizer, o fato de o juiz só avaliar a questão probatória por ocasião da decisão final, não esmaece a existência, também no art. 333 do CPC/1973, de disposição a respeito da atividade probatória das partes. De acordo com esse dispositivo, o autor tem de provar os fatos constitutivos do seu direito e o réu tem de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Tem-se aqui uma regra de atividade processual para as partes e, em razão dela, se o autor ou o réu não se encarregar do seu respectivo ônus, o juiz, se for necessário aplicar a regra de julgamento, decidirá a causa em desfavor daquele a quem tocava o ônus da prova³².

32 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, conquanto reconheça a existência de um ônus da prova subjetivo, ligado à atividade processual das partes, esclarece que, na prática, não importa se a parte gravada com o ônus da prova trouxe ou não ela mesma aos autos a prova do fato que lhe interessava. O que vai ser relevante é se esta prova foi ou não carreada aos autos, não importa por quem. Se o fato tiver sido provado, a causa vai ser julgada com base nas provas existentes, não sendo necessário se valer das regras do ônus da prova, que só incidem em casos de obscuridade (“Julgamento e ônus da prova”, p. 74-75). Em sentido semelhante, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY, afirmam que “[...] o sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza [...]” (*Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 531), e EDUARDO CAMBI, *A prova civil – admissibilidade e relevância*, p. 318.

Justamente porque é o autor quem tem de praticar a atividade processual de provar os fatos constitutivos do seu direito e porque é o réu quem tem de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (regra sobre a atividade processual das partes) é que o juiz, ao avaliar o material probatório por ocasião da sentença, se não reputar satisfatória a prova existente nos autos, aplicará as disposições do art. 333 do CPC/1973 sobre o ônus da prova, decidindo a causa em desfavor daquele que não se desincumbiu corretamente do seu ônus (regra de julgamento)³³. A regra sobre a atividade processual das partes e a regra de julgamento estão, portanto, intimamente ligadas. Conforme EDUARDO CAMBI,

[...] a falta de certeza, que determina ao juiz aplicar o ônus da prova em sentido objetivo, é inseparável do risco que pesa sobre a parte que não produz os fatos necessários para a aplicação da norma jurídica invocada e dependente da verificação concreta desses fatos duvidosos. Com efeito, o juiz, na impossibilidade de resolver essa dúvida e ter elementos suficientes para formar sua convicção, não tem outra saída senão contrariar os interesses da parte que, desde o início do processo, era responsável pela demonstração desse suporte fático. Portanto, o aspecto objetivo do ônus da prova está ligado, intrinsecamente, ao subjetivo, não podendo ser desprezado³⁴.

33 A respeito do art. 333 do CPC/1973, ARTUR THOMPSEN CARPES esclarece que “como regra geral, a disposição denota, portanto, a existência de uma situação jurídico-processual previamente estatuída: tanto o autor quanto o réu iniciam o processo sabendo, de antemão, como deverá ser sua participação na produção da prova. Delimita, assim, qual o papel a ser desempenhado por cada parte na formação do material probatório, desde já alertando, portanto, quanto aos riscos de eventual insuficiência de provas. Trata-se de uma predisposição rígida do sistema, que resta cingida a duas situações: a) a posição que a parte ocupa no processo e b) a espécie de fato que é alegado (constitutivo, impeditivo, modificativo e extintivo)” (“Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório”, p. 30).

34 *A prova civil – admissibilidade e relevância*, p. 318.

3 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A regra do art. 333 do CPC/1973, apesar de disciplinar a atividade probatória de autor e réu e de orientar o juiz por ocasião do julgamento, e mesmo devendo ser de invocação e aplicação subsidiária e excepcional, pode apresentar imperfeições, a depender do caso concreto. A distribuição prévia do ônus da prova contida no art. 333 do CPC/1973, embora tenha a virtude de esclarecer ao autor e ao réu qual tem de ser seu comportamento relativamente à prova dos fatos, nem sempre é a melhor para o caso concreto. Existem hipóteses em que o autor simplesmente não tem condições de provar os fatos constitutivos do seu direito, assim como há situações em que a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor está em poder deste, sendo ao réu impossível a produção da prova. É possível também a ocorrência de casos em que a prova, embora possível a uma das partes, seja-lhe de muito difícil produção, sendo de mais fácil acesso ou produção à parte contrária³⁵.

Veja-se, por exemplo, a ação de alimentos. Nela, a comprovação da necessidade do alimentando e da capacidade do alimentante interessa tanto ao autor quanto ao réu. Ao autor, porque, ao provar que precisa dos alimentos e que o réu dispõe de condições para arcá-los, está a legitimar sua pretensão de recebê-los. Ao réu, porque, se restar comprovado que o autor não necessita dos alimentos ou que ele (o réu) não pode suportá-los, o pedido será julgado improcedente. Observa-se, portanto, que os mesmos fatos (necessidade do alimentando e capacidade do alimentante) interessam simultaneamente e em igual intensidade às duas partes, po-

35 “[...] situações há em que a regra estatuída em contornos rígidos e estáticos no Código de Processo Civil não responde adequadamente à solução de conflitos peculiares, em que a natureza da causa controvertida requer ajustes para o fim de melhor responder aos anseios de igualdade processual e, por via de consequência, de justiça. Em determinados casos concretos, a prova do fato constitutivo do direito resta extremamente difícil ao autor e de fácil alcance pelo réu” (CARPES, “Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório”, p. 36).

do seu ônus ser acessível para uma delas e mais árdua para a outra, a depender do caso concreto. Figure-se, agora, uma hipótese em que dada empresa promove demanda indenizatória em face de um seu empregado, imputando a este a violação de um segredo industrial. O empregado réu, ao se defender, reconhece que o segredo foi violado, mas atribui o fato a uma terceira pessoa, também empregada da empresa, e afirma que a comprovação dessa alegação está em computador que se encontra em posse da empresa. Neste caso, sem que a empresa autora disponibilize tal computador, a prova dos fatos alegados pelo réu não vai poder ser produzida. A rigor, então, será o autor quem estará trazendo aos autos a prova necessária à comprovação do que alegado pelo réu³⁶.

O caso da ação de investigação de paternidade também serve para demonstrar que nem sempre a regra do art. 333 do CPC/1973 é a melhor. Embora passível de ser comprovada por outros meios, é certo que o exame de DNA, hoje em dia, por força da segurança e do grau científico de certeza que permite, é a prova por excelência sobre a paternidade ou não em relação a alguém³⁷. Assim, se o autor afirma que o réu é seu pai, a melhor prova a ser produzida para dirimir a controvérsia fática é o exame de DNA. O direito (ao reconhecimento da paternidade) de que o autor se diz titular, cuidando-se especificamente de exame de DNA, tem prova que somente pode ser produzida com participação

36 Por isso é que o art. 355 do CPC/1973 estabelece que o juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se ache em seu poder, sendo que o art. 359 do CPC/1973 autoriza o juiz a admitir como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar, se o requerido não tiver efetuado a exibição ou se sua recusa for havida por ilegítima (tais artigos correspondem, respectivamente, aos arts. 396 e 400 do Código de Processo Civil de 2015).

37 As críticas dirigidas ao exame de DNA como meio de prova residem não no exame em si, mas em fatores ligados a sua realização, tais como a credibilidade do laboratório que efetua o exame ou o profissional a cargo de sua avaliação e das conclusões. Todavia, acaso se alegue presente uma dessas situações, será um outro exame de DNA, desta vez sem as máculas imputadas ao anterior, que irá esclarecer não só a paternidade mas também se o exame anterior estava realmente errado.

do réu³⁸. Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula n. 301, consolidou o entendimento segundo o qual “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Vale dizer: mesmo que o autor não consiga comprovar o fato constitutivo de seu direito (a paternidade), o réu, caso injustificadamente não anua em se submeter ao exame de DNA, será considerado pai e o pedido será julgado procedente. Tem-se, portanto, mais um caso de relativização das disposições sobre ônus da prova³⁹, porquanto aqui a prova do direito do autor depende quase que exclusivamente de uma conduta do réu.

No âmbito das ações coletivas, em tema de dano ambiental, conforme o caso, pode ser mais fácil para o réu comprovar que não praticou o dano do que ao legitimado ativo produzir prova de que tal dano aconteceu. Por exemplo, uma associação alega que certa substância química utilizada por dada empresa está a poluir as águas de determinada região, causando mortandade de peixes e da vegetação, além de prejuízo à saúde dos moradores das redondezas. A empresa, precisamente por ser quem faz uso da substância, tem melhores condições de atestar se é ou não a

38 O Supremo Tribunal Federal decidiu que o pretense pai não pode, em ação investigatória de paternidade, ser conduzido “debaixo de vara” ao laboratório para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA, sob pena de se ferir garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer (HC 71373/RS, Pleno, rel. min. Francisco Rezek, rel. p/ acórdão min. Marco Aurélio, maioria, j. em 10.11.1994, pub. DJ22 nov. 1996, p. 45686).

39 Essa relativização das disposições sobre ônus da prova no caso de suposto pai que apresenta injustificada recusa a submissão ao exame de DNA tem por base uma presunção conforme a qual é considerado o pai aquele que, sem motivos legítimos, nega-se a esclarecer a paternidade por meio da realização do exame de DNA. Com o advento da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), essa presunção passou a ser legal, em seus arts. 231 (“aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”) e 232 (“a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”).

substância que está poluindo as águas, ou mesmo que não há poluição alguma, inexistindo qualquer dano ao meio ambiente ou à saúde de quem quer que seja.

Constata-se, portanto, que nem sempre a distribuição *a priori* e estática do ônus da prova, feita direta e abstratamente pela lei (*ope legis*), tal como estatuída no art. 333 do Código de Processo Civil de 1973, é a mais recomendada para a realização da justiça no caso concreto. A respeito das regras clássicas de distribuição do ônus da prova, EDUARDO CAMBI sustenta:

A distribuição do ônus da prova conforme a *posição da parte em juízo* e quanto à *espécie de fato* do art. 333 do CPC está muito mais preocupada com a decisão judicial – aliás, com qualquer decisão (já que se veda o *non liquet*; art. 126 do CPC) – do que com a *tutela* do direito lesado ou ameaçado de lesão. Assim, se o demandante não demonstrou o fato constitutivo, julga-se improcedente o pedido e, ao contrário, se o demandado não conseguiu provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, julga-se integralmente procedente o pedido, sem qualquer consideração com a *difículdade* ou a *impossibilidade* de a parte ou de o fato serem demonstrados em juízo. Esta distribuição *diabólica* do ônus da prova, por si só, poderia inviabilizar a tutela dos direitos lesados ou ameaçados⁴⁰ [destaques do original].

Antes de propor mudanças nas regras tradicionais de repartição dos encargos probatórios, MARCELO ABELHA RODRIGUES tece a seguinte crítica:

[...] portanto, a manutenção do atual sistema de distribuição do encargo probatório para as lides civis (não penais), tal como prevista no art. 333 e, subsidiariamente, no art. 130 do CPC, constitui uma forma grave de violação ao devido processo legal, porque ofende tanto o aspecto subjetivo quanto o objetivo da prova, já que:

40 *A prova civil* – admissibilidade e relevância, p. 340-341.

(i) não dá às partes as mesmas chances processuais, considerando a intensa desigualdade estabelecida no plano material que se reflete no processo; (ii) deixa refém o Estado-juiz, que terá de proferir um julgamento com base em elementos de convicção que talvez não traduzam com precisão a real situação dos direitos em conflito⁴¹.

Por esse motivo é que o art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) instituiu como um direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova”, mitigando a regra geral prevista no art. 333 do CPC/1973 nos casos de relação de consumo. Para tanto, exigiu o dispositivo que, a critério do juiz, fosse verossímil a alegação feita pelo consumidor ou fosse ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Independentemente de questões controversas surgidas a respeito dessa regra⁴², a constatação a ser feita é que a legislação permitiu a modificação, pelo juiz (*ope iudicis*), das regras prévias do art. 333 do CPC/1973, a depender do caso concreto⁴³. Com isso, ao permitir fossem levadas em consideração as particularidades do caso concreto (análise da presença ou não de hipossuficiência ou de verossimilhança da alegação), reduziu a intensidade da abstração contida no art. 333 do CPC/1973 e

41 “A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos”, p. 246.

42 Muito se discute, ainda, na doutrina, a respeito do conceito de consumidor hipossuficiente, do momento em que o juiz deve inverter o ônus da prova e se deve ele avisar as partes a respeito da inversão e também sobre se, em caso de verossimilhança da alegação, há verdadeiramente uma inversão do ônus da prova. Esses assuntos, embora altamente instigantes, não são objeto deste estudo.

43 No Superior Tribunal de Justiça já se reconheceu que a inversão do ônus da prova é medida intimamente ligada às circunstâncias do caso concreto, a serem aferidas pelo juiz. Por isso, a inversão do ônus da prova “depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor” (REsp 171988/RS, 3ª T., rel. min. Waldemar Zveiter, unânime, j. em 24.5.1999, pub. DJ 28 jun. 1999, p. 104).

em alguma medida dinamizou a distribuição do ônus da prova, que nem sempre estará definido *a priori*⁴⁴.

Não é demais dizer que, no Brasil, o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor representou o primeiro grande rompimento com as regras tradicionais sobre ônus da prova, afastando-se, nos casos em que incide, de uma distribuição prévia do ônus, feita diretamente pela lei, sem observância da hipótese concreta. Pode-se afirmar sem receios que o dispositivo atingiu significativo êxito em seu propósito de facilitar a defesa dos direitos do consumidor. Casos concretos em que, pelas regras tradicionais, dificilmente o consumidor conseguiria comprovar suas alegações, passaram a ter deslinde mais justo depois da previsão legal expressa autorizando a inversão do ônus da prova. Servem de exemplo os casos de ações de indenização baseadas em saques indevidos de conta corrente. A jurisprudência passou a entender de modo remansoso que é a instituição financeira quem detém o ônus de provar que os saques efetuados na conta do consumidor foram feitos por ele. Argumenta-se que, além de o consumidor não dispor de meios de provar que não sacou e de o sistema de segurança dos cartões magnéticos ser vulnerável a fraudes,

44 A Lei n. 8.078/1990 não foi quem primeiro previu a possibilidade de se inverter o ônus da prova. O próprio parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil de 1973 permitiu que acordo entre as partes distribuisse de maneira diversa o ônus da prova. No entanto, como seus incisos I e II proíbem o pacto entre as partes quando ele recair sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a uma delas o exercício do direito, na prática o dispositivo sempre foi pouco empregado. O Código de Defesa do Consumidor também não é, atualmente, a única legislação em vigor a dispor sobre inversão do ônus da prova. A Medida Provisória n. 2.172-32, de 23 de agosto de 2001, cuja origem é a Medida Provisória n. 1.820, de 5 de abril de 1999, atualmente em vigor por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, a qual veda estipulações usurárias e lucro ou vantagem excessivos em contratos civis de mútuo e em alguns outros negócios jurídicos, prevê em seu art. 3º que, nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo nela (na Medida Provisória), incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação.

a instituição financeira tem meios de descobrir onde o saque foi feito e, com isso, associá-lo ou não ao consumidor⁴⁵.

Apesar dessa primeira suavização do art. 333 do CPC/1973 feita pelo art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990, a casuística demonstra que remanescem situações que ainda não são por ela abrangidas e que existem dificuldades em matéria de prova quando diante da aplicação das regras tradicionais a respeito da distribuição do ônus da prova. As hipóteses a que atrás se referiu, por exemplo, tratam de casos que não estariam abrangidos pela regra do inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, por não implicarem relação de consumo (direito de família, no caso da ação de alimentos e de investigação de paternidade, direito empresarial, no exemplo da ação indenizatória em decorrência de violação de segredo industrial, e direito ambiental, no caso da utilização de substância química). E, embora não abrangidas, em todas elas, conforme as particularidades do caso concreto, talvez a simples aplicação do art. 333 do CPC/1973 não fosse suficiente para bem instruir a demanda e esclarecer os fatos.

A inversão do ônus da prova contemplada pelo art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990, embora de relevância indiscutível, não é suficiente para solucionar todos os casos em que a aplicação das normas do art. 333 do CPC/1973 não se mostre a solução correta. Primeiramente, porque o dispositivo só incide quando se trata de relação de consumo. Segundo, porque, mesmo nas relações de consumo, só se aplica em benefício do consumidor, isto é, nas ações que têm por objeto relações de consumo, somente uma das partes (o consumidor) pode valer-se da inversão. Ter-

45 Nesse sentido, por exemplo: REsp 557030/RJ, 3ª Turma, rel. min. Nancy Andrighi, unânime, j. em 16.12.2004, pub. *DJ* 1º fev. 2005, p. 542; AgRg no REsp 724954/RJ, 3ª T., rel. min. Ari Pargendler, unânime, j. em 13.9.2005, pub. *DJ* 17 out. 2005, p. 293; REsp 784602/RS, 4ª T., rel. min. Jorge Scartezini, unânime, j. em 12.12.2005, pub. *DJ* 1º fev. 2006, p. 572; AgRg no Ag 830527/SP, 4ª T., rel. min. Aldir Passarinho Junior, unânime, j. em 16.10.2007, pub. *DJ* 10 dez. 2007, p. 377; além de diversos outros julgados que se seguiram a esses e que os usam como precedentes.

ceiro, porque, ainda que se cuide de relação de consumo e de aplicação do dispositivo em favor do consumidor, o juiz só pode dele fazer uso se presentes as hipóteses legais autorizadoras (hipossuficiência ou verossimilhança da alegação). O julgador não tem liberdade para, conforme a hipótese concreta com a qual se defronte, inverter o ônus da prova se não se cuidar de hipossuficiência ou verossimilhança da alegação.

Nesse contexto, a doutrina, ciente de que a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor não basta, passou a preconizar a adoção da chamada “teoria da carga dinâmica da prova”. Para referida teoria, de acordo com ANTONIO JANYR DALL’AGNOL JUNIOR,

[...] a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a ‘natureza’ do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.

Em passagem anterior, depois de afirmar que a tese rompe com a concepção rígida e apriorística da doutrina clássica, que adota uma visão exclusivamente estática das questões relativas ao ônus da prova, o autor resume que

[...] a solução alvitada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou ré) ou a espécie de fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo⁴⁶.

O ônus da prova é dito “dinâmico” porque não é fixado previamente. Tem flexibilidade para, conforme o caso, ser atribuído a esta ou

46 “Distribuição dinâmica dos ônus probatórios”, p. 98.

àquela parte, tendo por base não o polo processual ocupado pela parte nem o tipo de fato em discussão mas sim quem está mais próximo dele ou quem tem melhores condições de comprová-lo satisfatoriamente.

Em obra de 1825, na abertura de capítulo denominado “Ônus da prova, sobre quem deve recair?”, o inglês JEREMY BENTHAM, por sua vez, questionou, para depois responder:

[...] entre as duas partes contrárias, a qual se deve impor a obrigação de produzir a prova? Esta questão apresenta infinitas dificuldades no sistema processual técnico. Em um regime de justiça franca e simples, em um procedimento natural, é muito fácil responder. O ônus da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, àquela das partes que a possa produzir com menos inconvenientes, isto é, com menos demoras, vexames e gastos⁴⁷.

Verifica-se, por conseguinte, não ser recente a observação de que o ônus da prova deve recair não sobre determinada parte estabelecida previamente, mas sobre aquele que, por motivos que só a hipótese específica dirá, detiver melhores condições de produzir a prova.

Contudo, no Brasil, foi em tempos mais atuais que, gradativamente, foram surgindo escritos especificamente dedicados ao tema da distribuição dinâmica do ônus da prova. Em artigo de 1999 sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas, WILSON ALVES DE SOUZA, igualmente depois de ter feito menção à lição de autores argentinos, entende ser “preciso aquilatar adequadamente situações e circunstâncias do caso concreto, de modo que o ônus da prova deve recair sobre a parte que

47 “On which of two contending parties ought the obligation to furnish the evidence to be laid? Under the system of technical procedure, this question presents infinite difficulties. Under the system of plain and simple justice and natural procedure, there is nothing easier than to answer it. The obligation to furnish the evidence ought, in every case, to be laid on the party who can fulfil it with least inconvenience, that is, with least-delay, expense, and vexation” (*A treatise on judicial evidence*, p. 257).

se encontre em melhores condições de produzi-la, porque assim serve-se melhor à justiça, que é a meta do processo civil contemporâneo”. Em seguida, fazendo referência ao art. 333 do Código de Processo Civil, afirmou que

[...] não se nega a validade da teoria clássica, mas não se pode é admitir tal regra como inflexível e em condições de solucionar todos os casos práticos que a vida apresenta. Aliás, a teoria das cargas probatórias dinâmicas surgiu inicialmente de maneira muito tímida, porque no objetivo de resolver alguns casos de responsabilidade civil por culpa, notadamente nos casos de erro médico, nos quais se aplicada rigidamente a regra tradicional chegar-se-ia a uma solução injusta. [...]

A aplicação prática de tal teoria, no entanto, vem se alargando para casos antes não imaginados [...]. Isto não invalida a observação descrita no parágrafo anterior, uma vez que, conforme um dos sustentáculos da doutrina ora em análise, o ônus da prova deve ser considerado em cada caso concreto segundo as circunstâncias, de modo que, forçoso é, igualmente, convir que não são poucas as situações da vida que a aplicação rígida da teoria clássica conduziria o magistrado a um julgamento iníquo⁴⁸.

A respeito especificamente da teoria da carga dinâmica da prova, EDUARDO CAMBI assevera que

[...] a referida teoria reforça o *senso comum* e as *máximas da experiência* ao reconhecer que quem deve provar é quem está em *melhores condições* de demonstrar o fato controvertido, evitando que uma das partes se mantenha inerte na relação processual porque a dificuldade da prova a beneficia.

Portanto, a distribuição do ônus (ou da carga) da prova se dá de forma *dinâmica*, posto que não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos, desprezando regras estáticas, para considerar a dinâmica – fática,

48 “Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas”, p. 245 e 247-248.

axiológica e normativa – presente no caso concreto, a ser explorada pelos operadores jurídicos (intérpretes)⁴⁹ [destaques do original].

ARTUR THOMPSEN CARPES defende a aplicação da carga dinâmica da prova nos casos em que a prova for de dificultosa produção para a parte a quem o ônus inicialmente incumbia, desde que para a outra parte, originalmente sem qualquer vínculo com o ônus da prova, sua produção seja mais fácil. São suas palavras:

[...] se faz possível a flexibilização do esquema básico, ou a dinamização daquele módulo estático previsto na lei, em determinados casos concretos, especialmente naqueles em que, face a suas peculiaridades, a prova se torna excessivamente difícil para a parte onerada e, em contrapartida, mais facilitada àquela inicialmente desonerada. Assim, serve a doutrina para os casos em que se coloca uma dificuldade de prova de uma das partes em relação à outra, mesmo nos casos não contemplados pela lei.

Posteriormente, esclarece até onde se pode ir na mitigação da regra geral, ao dizer que

[...] é importante lembrar que o limite na aplicação da dinamização se encontra justamente em suas bases de legitimação: não se faz possível deslocar o ônus da prova se este fardo, para a outra parte, se revela impossível de ser cumprido. Assim, do mesmo modo que a dificuldade do acesso à prova e a desigualdade possibilitam a dinamização, pela mesma razão estão a impedi-la, quando a outra parte encontrará as mesmas dificuldades [...]⁵⁰.

Ainda cuidando da teoria da carga dinâmica da prova, tem-se FÁBIO COSTA SOARES, o qual afirma:

49 *A prova civil* – admissibilidade e relevância, p. 342.

50 “A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo”, p. 13-14 e 16.

[...] consoante a teoria das cargas probatórias dinâmicas, as regras sobre a distribuição do ônus da prova podem ser flexibilizadas no caso concreto, quando se verificar que a sua rígida aplicação impedirá o acesso de uma das partes à Justiça e a descoberta da verdade real, estando a parte contrária em condições de produzir a prova sobre alegações de fatos relevantes para o julgamento da causa⁵¹.

No direito comparado, em trabalho de 1997, o processualista uruguaio ANGEL LANDONI SOSA, reportando-se a estudos anteriores provenientes da Argentina, faz referência a uma “nova corrente sobre a distribuição do ônus da prova no processo civil”, a qual tinha por objetivo acabar com a rigidez apriorística dos esquemas clássicos de distribuição do ônus da prova e, em especial, aquele conforme o qual ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos e ao réu o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos e extintivos.

Procura-se assim “descolar” a imposição dos ônus probatórios do tipo de fato a ser provado e dar uma maior ingerência às circunstâncias do caso que podem determinar, por exemplo, que seja o réu (e não o autor) quem está em melhores condições de produzir prova a respeito de sua correta atuação e, portanto, sobre sua própria falta de culpa na produção de um ilícito⁵².

Dedicando-se à análise da teoria das cargas probatórias dinâmicas na jurisprudência espanhola e argentina, MARCELO J. LÓPEZ MESA esclarece que, para a Sala Civil do Tribunal Supremo da Espanha, o art.

51 *Acesso do consumidor à justiça*: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova, p. 177.

52 “Se procura así ‘despegar’ la imposición de las cargas probatorias del tipo de hecho a acreditar y a darle una mayor injerencia a las circunstancias del caso que pueden determinar, por ejemplo, que sea el demandado (y no el actor) quien está en mejores condiciones de producir prueba respecto de su correcta actuación y por ende, sobre su propia falta de culpa en la producción de un ilícito” (“Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba”, p. 211-212).

1.214 do Código Civil espanhol contempla a regra segundo a qual ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos do direito que reclama e ao réu a prova dos fatos modificativos ou extintivos que aduz. Mas registra que, apesar de o Tribunal reconhecer essa como sendo a regra geral, reiteradamente tem estabelecido que as regras a respeito do ônus da prova não são inflexíveis e sim, ao contrário, são adaptáveis às exigências de cada caso, atendendo à natureza dos fatos alegados ou rechaçados pelas partes ou à facilidade ou dificuldade de provar. Ainda para o Tribunal Supremo, as normas que regulam o ônus da prova não podem ser absolutas porque isto seria incompatível com a faculdade do julgador de valorar as provas trazidas por qualquer das partes e também a atitude sincera ou evasiva que elas adotem durante o processo⁵³.

Ao abordar o sistema argentino, MARCELO J. LÓPEZ MESA registra que doutrinas modernas já há pelo menos doze anos davam conta da necessidade de considerar que o ônus da prova não dependia somente da invocação de um fato, mas da possibilidade de produzir sua respectiva prova. Assim, os fatos deveriam ser provados por quem estiver em melhor situação para fazê-lo, independentemente do lugar que ocupar na demanda. A respeito da jurisprudência, o professor argentino conigna haver sido encampado pelas decisões o entendimento de que no direito processual moderno acabaram as regras absolutas em matéria de ônus probatório, predominando a ideia de cargas probatórias dinâmicas, baseada na produção da prova por quem melhor puder fazê-lo. O único conceito rígido, para as cortes argentinas, seria a busca de uma solução justa para o caso. De acordo com o artigo, a teoria das cargas probatórias dinâmicas é utilizada com frequência em casos de responsabilidade civil de hospitais e profissionais da área médica, em demandas que cuidam de negócios jurídicos fraudulentos ou simulados (quem aparece vin-

53 “La carga de la prueba en ciertos casos de responsabilidad civil (la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia argentina y española)”.

culado a um negócio assim reputado não pode permanecer impassível ou na defensiva, mas deve colaborar com o órgão judicial para afastar toda e qualquer dúvida, contribuindo decisivamente para que acredite ser real e não simulado o negócio realizado) e, relativamente ao direito do trabalho, em ações a respeito do efetivo horário de trabalho, notadamente porque as partes não estão em situação de igualdade e ao empregado tal prova pode ser diabólica, enquanto que para o empregador não represente esforço algum⁵⁴.

Da exposição doutrinária atrás referida, observa-se que a teoria da carga probatória dinâmica tem por finalidade distribuir o ônus da prova de maneira concreta, de acordo com as características do caso posto em juízo, permitindo-se ao julgador que discipline a atuação processual das partes em relação ao ônus da prova conforme a maior facilidade que cada uma delas tenha de produzir a prova do fato que necessita ser provado. A carga probatória é dinâmica porque não vem desde já determinada antecipadamente pela lei. Quando o julgador entende ser o caso de sua aplicação, passa a ser de menor importância a espécie de direito em debate (ao direito de quem a prova do fato favorece) e a posição da parte no processo (se autor ou réu). A distribuição é casuística, vale dizer, vinculada às particularidades do caso concreto e somente a partir delas determinada.

Para a aplicação da teoria, a primeira circunstância a ser observada pelo juiz é se, diante dos fatos controvertidos no processo, uma das partes apresenta melhores condições que a outra para provar determinado fato. Por “melhores condições” deve-se entender a maior facilidade (ou, pelo menos, a menor dificuldade) na produção da prova. E essa maior facilidade pode ser de diversas naturezas ou ter diversas causas: técnicas, profissionais, econômicas, culturais ou fáticas (rapidez, por

54 “La carga de la prueba en ciertos casos de responsabilidad civil (la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia argentina y española)”.

exemplo)⁵⁵. Neste passo, a teoria da carga dinâmica da prova pressupõe que o juiz vislumbre, na hipótese real, algum dado que justifique o afastamento das regras tradicionais, prévias e abstratas, a respeito do ônus da prova.

Daí se conclui que a distribuição dinâmica do ônus da prova não substitui integralmente a regra do art. 333 do CPC/1973. Os dois modelos podem coexistir harmoniosamente⁵⁶. No silêncio do julgador, as

55 JORGE W. PEYRANO, um dos autores argentinos frequentemente referidos pelos textos que abordam a teoria da carga dinâmica da prova, em artigo a respeito das relações existentes entre o princípio da precaução, vigente em matéria de direito ambiental, e a teoria da carga dinâmica da prova (de acordo com o autor, o princípio da precaução associado com a teoria da carga dinâmica da prova imporia ao responsável pela conduta potencialmente danosa ao meio ambiente o ônus de comprovar a inocuidade de sua atividade suspeita), transcreve decisão da Corte Suprema de Justicia da Argentina na qual ficaram bem delineados os contornos da teoria da carga dinâmica da prova. Segue: “[...] a chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos tribunais judiciais em determinadas situações nas quais não funcionam adequada e valiosamente as previsões legais que como norma repartem os esforços probatórios. Ela importa um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, por exemplo, sobre quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas de produzi-las, mais além da posição de autor ou réu ou de se tratar de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos (“[...] la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fáticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos”) (“Particularidades de la valoración de los medios probatorios producidos en procesos colectivos”, p. 90-91).

56 “[...] a idéia de um ônus dinâmico não afasta, *de per se*, as regras legais a esse respeito fixadas pelo legislador: ao contrário, persistiria o enfoque estático, devendo os sujeitos processuais, na generalidade dos casos, examinar a sintaxe das normas e a natureza dos fatos alegados segundo sua posição funcional. A invocação do ônus dinâmico entraria em jogo quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzisse a uma *probatio diabolica*, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao

partes sabem que a elas se está destinando o tratamento do art. 333 do CPC/1973 porque esta é a regra previamente estabelecida pela lei. Para que precisem se desincumbir de ônus da prova diverso, é necessária decisão judicial expressa a esse respeito, expondo as razões pelas quais se reputa que a prova de determinado fato deve ser feita por uma parte e não pela outra a quem ordinariamente tal prova estaria ligada. Essa decisão, claro, pode ser tomada pelo juiz de ofício ou por provocação da parte interessada no afastamento das regras do art. 333 do CPC/1973. Nesta última hipótese, cabe à parte expor circunstanciadamente não só os motivos pelos quais o ônus da prova não pode continuar recaindo sobre si mas também que ele pode ser transferido para a parte contrária sem que signifique para ela uma prova impossível, ou de difícil produção.

É importante seja compreendido, até por questões de legitimidade e credibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova, que não basta que as partes e o juiz demonstrem que a prova é de difícil produção para a parte originalmente encarregada dela. Também é necessário que se comprove que ela pode ser melhor produzida pela outra parte. Do contrário, apenas se estaria realizando uma transferência de dificuldades, o que poderia violar o princípio da igualdade. Nestas hipóteses, a disposições clássicas de distribuição prévia do ônus da prova devem seguir sendo aplicadas. A teoria da carga dinâmica da prova tem por objetivo flexibilizar a regra geral nos casos nos quais existe uma parte que, quando em cotejo com a outra, pode, por razões econômicas, técnicas, fáticas, científicas, mais facilmente produzir a prova, mesmo não estando originalmente obrigada a esta produção. Quando isto ocorre, o dever de produzir a prova advém não da lei (tanto que inicialmente a parte estava desobrigada), mas da decisão judicial fundamentada, na apreciação do caso concreto. Se uma parte não tem melhores condições que a outra de

Estado-Jurisdição” [КНИЖНИК, “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova...’”, p. 946].

produzir a prova, isto é, se ambas se encontram em idêntica situação de facilidade ou de dificuldade, não se tem espaço para que seja dinamizada a distribuição do ônus da prova⁵⁷.

Veja-se que, para dinamizar-se a distribuição do ônus da prova, não é preciso que a prova seja exageradamente difícil para uma parte e, simultaneamente, demasiadamente fácil para a outra. A finalidade da teoria da carga dinâmica da prova é conseguir uma melhor instrução processual e, em dados casos, mesmo a prova, em princípio, sendo possível para ambas as partes, é mais acessível a uma delas em particular. Em vista disso, para a aplicação da teoria, o que se exige é tão só que a prova possa ser mais facilmente produzida por uma parte que pela outra, o que, no caso concreto, pode ocorrer por motivos variados⁵⁸. A partir destes parâmetros, se a prova for de obtenção ou produção igualmente fácil ou difícil para as duas partes, não se deve dinamizar o ônus. No primeiro caso, por desnecessidade. No segundo, por inutilidade, visto que a parte não tem como se desincumbir dele.

Já se disse aqui que, mesmo no regime tradicional de divisão dos encargos probatórios, o aspecto subjetivo do ônus da prova, o qual disciplina a que parte o ônus diz respeito e em que espécies de fato ele deve ser observado, impõe que o juiz esclareça as partes acerca de que fato deve

57 Cf. CARPES, “A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo”, p. 13-14 e 16, e KNIJNIK, “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’...”, p. 948.

58 Em sentido contrário, DANILO KNIJNIK, ao defender que se faz necessário, para evitar o arbítrio, que a parte onerada em decorrência da distribuição dinâmica do ônus da prova se encontre em posição privilegiada quando comparada com a outra. Além disso, “o ônus *dinâmico* não pode ser aplicado para simplesmente compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas, única e tão-somente, para evitar a formação da *probatio diabolica* diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes à luz da natureza do fato e da sintaxe da norma” [“As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’...”, p. 947. Destaques do original].

ser provado por elas. Com isso não só se atende ao princípio do contraditório como se estimula as partes à produção probatória, incrementando as possibilidades de um processo mais bem instruído.

Se é assim no modelo clássico de divisão do ônus da prova, adotada a teoria da carga dinâmica da prova, o papel do juiz relativamente ao aspecto subjetivo do ônus da prova deixa de ser importante para ser, mais do que isso, absolutamente fundamental. Ora, se pela distribuição dinâmica do ônus da prova o juiz passa a ter o poder de, sopesando as particularidades de cada caso concreto, decidir a quem toca o ônus dos fatos controversos, resulta óbvio que ele precisa comunicar às partes essa sua decisão justamente para que elas possam providenciar a prova que, segundo o julgador, para elas era de mais fácil, ou menos difícil, produção. Sem a informação prévia feita pelo juiz, as partes seriam negativamente surpreendidas se em momento posterior ele proferisse decisão que lhes contrariasse, sob o argumento de que a prova que deveriam ter produzido por disporem de mais ou melhores condições para tanto não foi trazida aos autos.

Assim, inerente à teoria da carga dinâmica da prova é a atribuição ao juiz do dever de, fundamentadamente, esclarecer as partes a respeito dos motivos com base nos quais reputou que determinada prova deveria ser produzida por uma parte e não por outra. Consequentemente, para tal teoria, o aspecto subjetivo do ônus da prova é importantíssimo, já que a divisão desse ônus é feita tendo por base precisamente a atividade processual a ser desempenhada pelas partes. O juiz, em audiência ou mesmo em decisão nos autos, deve aclarar a quem tocará a prova de que fato, indicando as respectivas razões.

Nesse sentido, no já referido estudo sobre carga dinâmica da prova, WILSON ALVES DE SOUZA, ao dizer que

[...] surgiram objeções à aplicação de tais teorias ao argumento de que as mesmas poderiam ir de encontro ao princípio da segurança

das partes, que seriam surpreendidas com a inversão da regra do ônus da prova apenas na sentença. Na realidade, a objeção perde sentido tendo em vista os princípios da lealdade, da boa-fé e da veracidade, que integram o sistema jurídico e que as partes devem conhecer e observar.

E, depois de fazer menção à doutrina que sugere que o juiz defina, se for o caso, quem deve ter o encargo da prova antes da instrução, em audiência preliminar, conclui:

Verdade que há quem entenda que o juiz não pode determinar a quem cabe o ônus da prova antes da sentença porque sua conduta seria de prejulgamento, mas na verdade, conforme corrente que se posiciona em linha oposta, rigorosamente definir a quem cabe provar não pode significar julgar antecipadamente a demanda, até porque aquele com relação a quem se definiu com o encargo probatório pode vencer a causa a final⁵⁹.

Sobre o assunto, é pertinente a advertência de EDUARDO CAMBI:

Seria um grande equívoco introduzir a distribuição dinâmica da carga probatória com base no princípio da solidariedade, mas, tal como faz grande parte da doutrina brasileira em relação à inversão do ônus da prova do art. 6º, inc. VIII, CDC, percebê-lo como um *critério de julgamento*, a ser considerado pelo juiz somente no momento de sentenciar. Neste caso, a distribuição deixaria de ser solidária na medida em que daria ensejo às *decisões surpresas*: a facilidade na produção da prova deve ser reconhecida antes da decisão para que a parte onerada tenha amplas condições de provar os fatos controvertidos, evitando que, a pretexto de tutelar o bem jurídico coletivo, se retirem todas as oportunidades de defesa⁶⁰ [destaques do original].

59 “Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas”, p. 250.

60 *A prova civil* – admissibilidade e relevância, p. 343.

CARLOS ALBERTO DE SALLES também faz alerta a respeito do tema:

Com efeito, não se pode esquecer, como indicado supra, que a norma geral e abstrata de distribuição do ônus probatório serve para orientar o julgamento da causa, mas serve, também, para guiar a iniciativa probatória das partes e, em momentos antecedentes, a própria propositura da ação – ou até mesmo o cumprimento da obrigação por parte do réu. Assim, perdendo a fixação do ônus da prova seu caráter geral, abstrato e, portanto, prévio ao processo, para ser estabelecido *ope iudicis*, de acordo com as circunstâncias do processo, impossível considerá-lo exclusivamente como regra de julgamento, sob pena de se estar exigindo das partes o atendimento de um ônus para o qual elas não haviam sido alertadas, ainda não estabelecido⁶¹.

Portanto, condição imprescindível para a correta aplicação da teoria da carga dinâmica da prova é a atividade de o juiz motivadamente advertir as partes dos encargos probatórios que tocam a cada uma delas. Como referida teoria não exclui totalmente a possibilidade de aplicação da regra geral de divisão do ônus da prova (art. 333 do CPC/1973), remanescendo esta para os casos em que o julgador não reputa que a prova é, por alguma razão retirada do caso concreto, de mais fácil produção a uma determinada parte, na hipótese de o juiz, seja em audiência, seja em decisão encartada nos autos, silenciar a respeito da divisão de modo diferenciado do ônus da prova, as partes podem naturalmente entender que serão seguidas as regras gerais do art. 333 do CPC/1973, devendo o autor se preocupar, então, somente com a prova dos fatos constitutivos de seu direito e o réu, apenas com os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor⁶².

61 *Transição paradigmática na prova processual civil*, p. 919.

62 Salientando a necessidade de comunicação às partes a respeito da dinamização da divisão do ônus da prova, KNIJNIK, “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’...”, p. 948. Na doutrina estrangeira, também já se chamou a atenção para a importância de uma audiência prévia na qual o juiz deveria indicar às partes o que delas era esperado em matéria de prova e quais seriam as consequências de não

Como efeito da decisão judicial fundamentada aplicando a teoria da carga dinâmica da prova e dinamizando o ônus da prova no caso concreto, observa-se que a atividade processual das partes é bastante realçada. Sua intervenção ativa é expressamente solicitada pela decisão judicial. A parte que, no caso concreto, recebe o encargo de provar determinado fato é estimulada a participar ativamente da instrução. O quadro, por conseguinte, é diverso daquele em que é a própria lei, abstratamente, quem dispõe, de forma genérica, sobre a conduta probatória das partes. Dinamizado o ônus probatório, a parte recebe como que um chamado particular para intervir no processo, especificamente destinado a ela. O grau de convocação e de estímulo para que a parte atue no processo produzindo a prova cujo ônus a ela se outorgou é bem mais elevado quando se aplica a teoria da carga dinâmica da prova, o que, em alguma medida, ajuda a ampliar o grau de participação (e, por conseguinte, de legitimidade) da decisão final a ser proferida.

Como visto, a dinamização da distribuição do ônus da prova não exclui do sistema a distribuição clássica do ônus da prova. O que existe é uma permissão para, conforme seja o caso concreto, repartir-se de maneira diferente o encargo de provar. Logo, os dois modelos coexistem, e um ou outro será aplicado, a depender da hipótese concreta. Questão interessante diz respeito à inversão do ônus da prova, tal como concebida pelo art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990.

A rigor, em ordenamento no qual presente a teoria da carga dinâmica da prova, a inversão do ônus da prova seria desnecessária ou, quando menos, seria de pouca utilização prática. Se o julgador pode, de maneira fundamentada, distribuir o ônus da prova de modo diverso daquele abstratamente já previsto na lei independentemente do tipo de fato

atenderem ao dever de colaboração com o julgador que lhes estava sendo atribuído [MESA, “La carga de la prueba en ciertos casos de responsabilidad civil (la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia argentina y española)”].

a ser provado (constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo) e da posição da parte no processo (autor ou réu), em princípio não haveria razão para inverter o ônus da prova, já que ter a possibilidade de distribuir o ônus probatório nas conformidades do caso concreto é mais que somente inverter o ônus da prova. Os poderes do juiz, na teoria da carga dinâmica da prova, vão além da simples possibilidade de inversão e abrangem toda a distribuição do ônus da prova, com a vantagem de que as partes com antecedência são motivadamente advertidas dos motivos pelos quais o encargo de provar está sob sua incumbência, circunstância que permite e estimula uma conduta ativa da parte em relação às provas, ampliando as chances de se obter uma melhor instrução.

4 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E O DIREITO POSITIVO ATÉ O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Expostas as principais características da teoria da carga dinâmica da prova, discutia-se se existia possibilidade jurídica para sua adoção imediata ou se seria necessária, no processo civil brasileiro, a interposição legislativa para que ela tivesse lugar.

A doutrina sinaliza que a teoria, mesmo pela legislação vigente anteriormente ao Código de Processo Civil de 2015, já era aplicável. E os fundamentos para tal conclusão têm base constitucional e legal. O primeiro é o art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, o qual, ao garantir o acesso à justiça, não assegura apenas qualquer acesso, mas um acesso útil⁶³. As partes têm o direito de extrair da jurisdição o máximo que for possível a esta realizar e a implementação de regras probatórias com capacidade de trazer para o processo uma instrução mais completa, isto é, uma reconstituição fática mais precisa, tais como as contidas na teoria da carga dinâmica da prova, são regras consagradas dessa utilidade do

63 Cf. CARPES, “A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo”, p. 16.

acesso à justiça. O direito a um procedimento probatório adequado defluiria do inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República de 1988 e nele há lugar para a teoria da carga dinâmica da prova⁶⁴.

Outro argumento de fundo constitucional a justificar a encampação, desde logo, da teoria da carga dinâmica da prova no Brasil seria o princípio da igualdade (art. 5º, *caput* e inc. I, da Carta Magna de 1988 e art. 125, I, do Código de Processo Civil). O Estado tem de assegurar a todos, inclusive em juízo, uma verdadeira igualdade e, em muitos casos, para que esta seja atingida, são imperiosas atividades diferenciadoras. Em matéria probatória, tal ocorreria quando o juiz, na espécie, verificando a dificuldade que uma parte teria para produzir a prova de fato que em princípio lhe cabia segundo as regras gerais de divisão do ônus da prova (art. 333 do CPC/1973), aplicasse a teoria da carga dinâmica da prova e proferisse decisão transferindo o ônus para a outra parte, por estar em melhores condições de produzi-la. A decisão, ao tratar o caso diferentemente mercê de suas particularidades, realiza o princípio da igualdade. As disposições prévias, abstratas e *ope legis* do art. 333 do CPC/1973, portanto, poderiam ser legitimamente afastadas para dar lugar aos preceitos da teoria da carga dinâmica da prova quando, para realizar uma igualdade real entre as partes, fosse preciso uma repartição *ope iudicis* e casuística do ônus de provar⁶⁵.

64 Cf. KNIJNIK, “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’...”, p. 943. Para JORGE DE OLIVEIRA VARGAS, “o direito de ação, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, garante não só a propositura da ação, mas também o direito a uma justa distribuição do ônus da prova” (“A justa distribuição do ônus da prova”, p. 935).

65 Diz ARTUR THOMPSEN CARPES que “se a lei processual não é capaz de, no caso concreto, proporcionar essa situação de igualdade, sua conformação deve se dar através da interpretação pelo sistema, principalmente amparada nas diretrizes indicadas na Constituição” (“A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo”, p. 16). E, de acordo com JORGE DE OLIVEIRA VARGAS, “o efetivo acesso à jurisdição ficará comprometido se as partes não receberem um tratamento diferenciado para neutralizar as desigualdades materiais, culturais e técnicas existentes entre elas. Tratar desigualmente as partes, buscando diminuir as desigualdades

O direito à prova, sobre o qual já se discorreu anteriormente, também dá suporte à teoria da carga dinâmica da prova. O direito à prova não é só o direito de a própria parte provar, isto é, de ela mesma realizar a demonstração dos fatos, mas abrange, também, o direito da parte de ver a prova produzida, ainda que não diretamente por ela. Em algumas hipóteses, a parte, embora tenha o direito de ver a prova produzida e conquanto inicialmente o ônus da prova lhe pertença, não pode ela mesma produzi-la. Nesses casos, a depender dos motivos concretos pelos quais a prova não é possível à parte, a dinamização do ônus da prova pode vir a ser a solução possível para conciliar as particularidades do caso concreto com o direito que a parte tem de ver a prova produzida e, por consequência, a dinamização do ônus da prova pode se tornar em instrumento para que o direito à prova seja efetivamente respeitado.

No âmbito infraconstitucional, a doutrina apoia a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica da prova em diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973.

Começando pelo próprio art. 333 do CPC/1973, uma correta interpretação sistemática a seu respeito, desde que visto o dispositivo em todo o seu conjunto, permite que se chegue à conclusão de que, desde já, é possível a adoção, no processo civil brasileiro, da teoria da carga dinâmica da prova.

O parágrafo único do art. 333 do CPC/1973, ao mesmo tempo em que admite convenção que distribua o ônus da prova de maneira di-

existentes, significa a aplicação de verdadeira isonomia” (“A justa distribuição do ônus da prova”, p. 936). Ainda sobre o princípio da igualdade, WILSON ALVES DE SOUZA afirma estar ele expresso no Código de Processo Civil e “que inverter o ônus da prova em favor do que está em desvantagem para impor tal carga àquele que está em melhores condições de provar é a verdadeira aplicação do princípio da igualdade (tratar os desiguais desigualmente para assegurar a igualdade real), ocorrendo sua não aplicação com a insistência em aplicar o art. 333, mesmo ante tais manifestas circunstâncias” (“Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas”, p. 245 e 247-248).

versa daquela que está exposta no *caput* do dispositivo, dispõe ser nula esta convenção quando recair sobre direito indisponível da parte ou quando ela tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.

No entanto, embora o parágrafo único do art. 333 do CPC/1973 visto literalmente só se aplique aos casos em que houve convenção alterando as regras sobre o ônus da prova estabelecidas no *caput*, é possível que também nos casos regidos pelas disposições gerais do art. 333, *caput*, do CPC/1973 existam hipóteses em que o exercício do direito seja excessivamente difícil para uma das partes. Interpretando-se o art. 333 do CPC/1973 de maneira abrangente, pode-se chegar à conclusão de que a ressalva feita pelo inciso II de seu parágrafo único para as situações de pacto a respeito do ônus da prova, por ser norma que se preocupa com a justiça do caso concreto, estende-se e igualmente se aplica ao *caput*, apesar de seu texto sugerir que sua aplicação é mais restrita⁶⁶. Esta exegese extrai do próprio art. 333 do CPC/1973, que é o dispositivo legal que prevê as regras gerais sobre divisão do ônus da prova, a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica da prova. O legislador teria criado uma primeira regra para servir de padrão, mas ele mesmo teria admitido, também, possibilidades de flexibilizações e por força disto seria legítima a dinamização do ônus da prova.

Por sua vez, os arts. 14, I e II, 17, II, e 339, todos do Código de Processo Civil de 1973, trazem para as partes, independentemente do polo processual que ocupem, o dever de colaborar com o julgador para a realização de justiça. O caráter público do processo não permite mais que

66 “Contudo, o fato de o legislador ter considerado tal situação apenas em relação às convenções probatórias não afasta a ocorrência de situações em que a aplicação das regras sobre o ônus da prova flerta, perigosamente, com a impossibilidade de provar, beirando a inutilidade da ação judiciária, com a vedação oculta de acesso efetivo à justiça. Em outros termos, em inúmeros casos, verifica-se que também a aplicação das regras consagradas no *caput* do art. 333 do CPC pode levar à situação considerada por seu parágrafo único, II” [KNIJNIK, “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’...”, p. 944].

se vejam nas partes pura e simplesmente dois oponentes a se digladiarem em busca do bem jurídico pretendido na demanda. Todos os sujeitos processuais, aí incluídas as partes, são postos em contato com a índole pública do processo e em razão disso não podem exclusivamente tentar impor a qualquer custo seus argumentos fáticos e jurídicos. Ao contrário, também os sujeitos parciais têm o dever de dar sua parcela de contribuição para o alcance dos escopos da jurisdição, com destaque para a justiça das decisões (pacificação com justiça).

Daí o art. 14, I e II, do CPC/1973 destacar que não somente as partes mas todos aqueles que de qualquer forma participam do processo têm o dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade, e de proceder com lealdade e boa-fé. No desiderato de obter a procedência do pedido que formularam, as partes não podem se comportar como quiserem. O exercício da jurisdição só deve dar razão a quem real e efetivamente a tiver. Por isso cada uma das partes tem o dever de colaborar com o juiz para o descobrimento da verdade, ainda que essa, ao final, seja-lhe desfavorável⁶⁷. Tanto é assim que o art. 17, II, do CPC reputa litigante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos⁶⁸. Como afirmam NELSON

67 No processo civil, não se pode objetar esse dever imposto às partes como consequência de um processo de inequívoco caráter público com base no art. 5º, LXIII, da Carta Magna de 1988. Tal dispositivo, que prevê o direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo, embora não seja restrito apenas “ao preso”, conforme está nele textualmente escrito, tem aplicação específica ao processo penal, em decorrência de suas particularidades. No processo civil, vige o dever de transparência e de colaboração de todos os sujeitos processuais com a busca da verdade mais próxima da real possível. Aqui só é lícito à parte deixar de esclarecer os fatos se tal esclarecimento, por sólidas razões, puder comprometer sua honra ou sua intimidade. Incidem os critérios do art. 363 do CPC/1973. Fora deles, prevalece o dever de esclarecer toda a verdade. Cf. VARGAS, “A justa distribuição do ônus da prova”, p. 936.

68 “[...] *ambos* os litigantes são convocados a colaborar com o descobrimento da verdade, independentemente dos respectivos interesses. Assim é que a lei espera *de um e de outro* que não omitam de caso pensado ‘fatos essenciais ao julgamento da causa’ (art. 17, n. III). Há um *dever de esclarecimento*, que não corre apenas à parte interessada” (MOREIRA, “Julgamento e ônus da prova”, p. 77. Destaques do original).

NERY JUNIOR e ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY ao comentar o art. 14, I, do CPC, “as alegações das partes devem ser deduzidas em obediência à verdade”⁶⁹.

A reforçar essas disposições está o art. 339 do CPC/1973, ao deixar claro que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. A análise associada dos dispositivos referidos demonstra que todos, inclusive as partes, devem contribuir para uma correta e eficiente prestação jurisdicional. Se é assim, a incumbência dada pela teoria da carga dinâmica da prova ao juiz para apreciar se no caso concreto existe ou não situação que autorize o afastamento das regras gerais do art. 333 do CPC/1973 e, em caso afirmativo, decidir motivadamente a respeito de que parte ficará onerada a provar o fato, representa uma aplicação inquestionável das disposições que impõem essa participação ativa de todos em busca da verdade. Um outro fundamento da teoria da carga dinâmica da prova está nesse dever atribuído a todos de contribuir ativamente para a descoberta da verdade.

Por isso é que, para WILSON ALVES DE SOUZA, a teoria das cargas probatórias dinâmicas provém do princípio da igualdade, dos princípios da boa-fé, da lealdade processual e da veracidade, do princípio da solidariedade e colaboração com o órgão judicial, do princípio da verdade real e do princípio do devido processo legal. O autor, depois de dizer que o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 encampou expressamente os princípios da lealdade, da boa-fé e o dever de veracidade nos arts. 14 e 16 a 18, consigna que a

[...] conduta omissiva de qualquer das partes no que se refere às afirmações e às provas devem ser enquadradas como violadoras dos

O artigo é de julho de 1979 e à época o art. 17, III, do Código de Processo Civil dispunha que se reputava litigante de má-fé aquele que omitisse intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa.

69 *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 178.

princípios de veracidade, boa-fé e lealdade, o que pode permitir ao juiz, tendo em vista as circunstâncias do caso, perceber se a parte que, à luz da letra isolada do art. 333, não teria o ônus de provar, escondeu provas que poderia produzir, e assim inverter tal regra. E quem deliberadamente omite fatos ou provas, certamente porque tal conduta lhe prejudicaria e beneficiaria o adversário, não colabora para a descoberta da verdade e procura enganar o Estado-juiz, que sem a verdade dos fatos fará um julgamento injusto, de modo que tal ato omissivo é contrário à dignidade da justiça, o que deve ser reprimido pelo juiz (art. 125, III)⁷⁰.

É importante, contudo, observar que a omissão ou o silêncio da parte não necessariamente significa desejo de enganar o julgador, mas, inquestionavelmente, pode levá-lo ao engano, à decisão equivocada em relação aos fatos, ainda que este não tenha sido seu desejo. NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY esclarecem que alterar a verdade dos fatos, tal como previsto no inc. II do art. 17 do CPC/1973, “consiste em afirmar fato inexistente, negar fato existente ou dar versão mentirosa para fato verdadeiro [...]”, sendo que “não mais se exige a intenção, o dolo de alterar a verdade dos fatos para caracterizar a litigância de má-fé. Basta a culpa ou o erro inescusável”⁷¹. Por mais esta razão, a teoria da carga dinâmica da prova há de ser acolhida e aplicada no processo civil brasileiro.

Os poderes instrutórios do juiz podem também ser invocados como argumentos em favor da dinamização do ônus da prova. Ora, se o

70 “Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas”, p. 254-256. Anteriormente, na mesma obra, o autor já havia registrado que “o dever de esclarecimento compete a todos os sujeitos envolvidos no processo (juiz e partes), uma vez que o fim de todo e qualquer processo, como frisado acima, é a busca da verdade real para que se possa fazer justiça. Assim como é um equívoco imaginar que o juiz deve ser sempre um inerte no processo, inclusive em matéria de prova, não menos engano se verifica na imaginação de que as partes podem esconder a verdade dos fatos, quando se percebe que o esclarecimento é factível” (p. 250).

71 *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 184.

juiz tem, de acordo com o art. 130 do Código de Processo Civil de 1973, o poder de “determinar as provas necessárias à instrução do processo”, teria da mesma forma poderes para, alterando as disposições gerais do art. 333 do CPC/1973, redistribuir e dinamizar o ônus da prova, fazendo-o recair sobre a parte que detivesse melhor condições de produzi-la.

De tudo, conclui-se que a teoria da carga dinâmica da prova tem ampla base positiva no processo civil brasileiro, possuindo assento constitucional e legal, sendo inteiramente viável sua aplicação desde logo, apesar de não haver dispositivo expresso a seu respeito e sem prejuízo das vantagens de seu regramento mais claro, feito pelo Código de Processo Civil de 2015, como se verá a seguir⁷².

5 APLICAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Como se viu, apesar de não existir, até o advento do Código de Processo Civil de 2015, dispositivo legal prevendo expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova, a doutrina já retirava a existência desta técnica de conformação do ônus da prova ao caso concreto de diversos dispositivos da Constituição de 1988 e do Código de Processo Civil de 1973.

A jurisprudência, mesmo sem a base legal explícita, aos poucos vai aceitando a aplicação do instituto, tornando-o mais presente na vida prática.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já aceitou a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova em alguns casos. O primeiro

72 Reconhecendo que a carga dinâmica da prova tem fundamento nos dispositivos do Código de Processo Civil a que se fez referência, DALL' AGNOL JUNIOR, “Distribuição dinâmica dos ônus probatórios”, p. 105-106. ANGEL LANDONI SOSA, apreciando artigos do Código General del Proceso de redação muito parecida com os do CPC brasileiro, conclui ser possível a aplicação, no processo civil uruguaio, da teoria da carga dinâmica da prova (“Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba”, p. 216-218).

caso concreto tratava de paciente que procurou hospital e médico para tratar de hérnia de disco. Realizada a cirurgia, verificou-se que depois dela remanesceu hematoma na região cervical, tendo o paciente passado a apresentar déficit motor, o qual evoluiu para tetraplegia. De acordo com as instâncias ordinárias, a causa desse quadro foi a não remoção, pelo médico, de todos os resíduos discais, além do despedaçamento da artéria espinhal. No acórdão do qual se recorreu ao STJ, exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, afirmou-se que a prova da regularidade do comportamento relativamente ao médico estava em poder do médico e do hospital, os quais detinham relatórios, fichas de observação, controle, tratamento, remédios ministrados etc., cabendo a eles, portanto, a demonstração da correção de sua conduta. No STJ, foi dito que o acórdão havia apenas aplicado a teoria dinâmica da prova, já que, além do médico, ninguém teria como fazer prova do que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica. Está na ementa do acórdão: “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 réus”⁷³.

No segundo julgado, a autora afirmava ter sido vencedora em telebingo porque foi a primeira a ter os 25 números de sua cartela sorteados. Dizia que, apesar de ter feito a comunicação desse fato ao réu, este continuou a sortear números, o que fez surgissem novos ganhadores. O pedido em juízo era o primeiro prêmio atribuído ao sorteio. No STJ, a autora argumentava cerceamento de defesa, porque, apesar de o réu ter feito referência a um *videotape*, o qual, se apresentado, poderia comprovar que ela tinha realmente sido a primeira a ver sorteados os 25 números de sua cartela, o juiz julgou antecipadamente a lide. Seu recurso especial foi provido para anular o processo a partir da sentença, devendo ser

73 STJ, REsp 69309/SC, 4ª T. rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. em 18.6.1996, pub. DJ 26 ago. 1996, p. 29688.

reaberta a instrução, na qual o *videotape* seria mostrado. Um dos argumentos usados foi o de que

[...] a teoria da dinâmica da prova transfere o ônus para a parte que melhores condições tenha de demonstrar os fatos e esclarecer o juízo sobre as circunstâncias da causa. Na hipótese dos autos, encontramos um bom exemplo para a aplicação dessa regra probatória, pois apenas a organizadora do certame televisionado poderia fornecer os elementos esclarecedores do ato que promoveu porquanto não seria razoável exigir que o concorrente gravasse o programa a fim de produzir prova em juízo. Não lhe cabe fazer essa demonstração apenas com os recursos da telemática, mas também com a simples juntada do registro constante da ata exigida na legislação pertinente⁷⁴.

Além desses, o STJ já aplicou a teoria da carga dinâmica da prova nas seguintes hipóteses:

a) para que administrador de portal na Internet, réu em ação cujo pedido era de indenização por danos morais, trouxesse aos autos informações sobre a publicação de uma fotografia constrangedora do autor, inclusive sobre dia e hora em que foi publicada, sendo que o fato ensejador do dano moral era justamente essa publicação⁷⁵; e

b) para que empresa ré exibisse documento que se achava em seu poder, a fim de permitir-se que fossem efetuados corretamente os cálculos dos valores devidos em razão da correção monetária dos valores recolhidos pelo autor a título de empréstimo compulsório⁷⁶.

Entre as demais cortes, aquela em que aparentemente primeiro foram encontrados julgados a respeito da distribuição dinâmica do ônus

74 STJ, REsp 316316/PR, 4ª T., rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. em 18.9.2001, pub. *DJ* 12 nov. 2001, p. 156.

75 STJ, REsp 1135543/SP, 3ª T., rel. min. Nancy Andrighi, unânime, j. em 22.5.2012, pub. *DJE* 7 nov. 2012.

76 AgRg no AREsp 216315/RS, 2ª T., rel. min. Mauro Campbell Marques, unânime, j. em 23.10.2012, pub. *DJE* 6 nov. 2012.

da prova foi o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, talvez em decorrência da proximidade geográfica com os autores argentinos que inicialmente trataram da matéria.

Interessantes discussões foram travadas em ação visando à reparação de alegados danos morais, materiais e estéticos decorrentes de suposto erro médico, que redundou na amputação do membro superior esquerdo do autor. A sentença fora de improcedência dos pedidos. Em grau de apelação, o recurso foi provido, por maioria, para acolher, em parte, os pleitos indenizatórios, entendendo o Tribunal que o réu, ante a inversão do ônus da prova, não se desincumbira do encargo que lhe competia ao não comprovar a correção no procedimento adotado no tratamento dispensado ao autor.

Manejados embargos infringentes, o relator, desembargador Paulo Roberto Lessa Franz, entendeu que não se mostrava razoável exigir do réu a comprovação do acerto em seu proceder, o qual seria presumido até prova em contrário a ser produzida pelo autor, a quem competiria demonstrar a ocorrência e a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito. Além disso, afirmou que, diversamente do apontado nos votos majoritários, não vislumbrava hipótese de incidência da teoria da carga probatória dinâmica, considerando que, já que o atendimento médico se deu em hospital público e não em consultório particular do réu, aquele é que detinha os prontuários e eventuais radiografias do autor. Por essa razão, o acesso a tais documentos era facultado na mesma medida ao demandante e ao réu. Com base nisso, dava provimento aos embargos infringentes e restabelecia a sentença de primeiro grau.

O voto vencedor do desembargador Odone Sanguiné, contudo, começou salientando que a questão controvertida centrava-se em definir a distribuição do ônus probatório em casos de ação indenizatória por erro médico quando, ante a escassez probatória, somente o médico demandado poderia demonstrar os fatos da causa ao juízo, já que nenhum outro teria como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica. Depois de descrever breve relato sobre como se deram

os fatos que baseavam o pedido, asseverou que no caso não se encontrava justificativa razoável para uma fratura no braço culminar com a sua amputação, a não ser a culpa do médico que nada fizera a respeito, a despeito dos sintomas indicativos da falta de melhora do autor ao longo do caminho percorrido até descobrir que a dificuldade de circulação do sangue, devido à má colocação do gesso, conduziria à perda do membro. Concluiu ter sido bem aplicada ao caso concreto, sobretudo diante do parco caderno probatório, a teoria da carga probatória dinâmica, registrando que a aplicação de dita teoria não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas à avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes.

Nos debates, o desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, acompanhando o voto vencedor, consignou expressamente que a utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limitaria apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alegavam pertencerem ao hospital público, mas à prova do fato como um conjunto, dizendo não duvidar de que ao médico é muito mais fácil comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada.

Igualmente seguindo o voto vencedor, o desembargador Luiz Ary Vessini de Lima comparou o caso com a situação do empregador em relação a acidente de trabalho sofrido por seu empregado, porque competiria ao primeiro demonstrar desde logo que o infortúnio não decorreria do descumprimento das normas de segurança do trabalho, as quais, por lei, estava obrigado a observar.

Ao final, por 5 x 4, os embargos infringentes não foram acolhidos⁷⁷.

⁷⁷ TJRS, EI 70017662487, 5º Grupo Cível, rel. des. Paulo Roberto Lessa Franz, rel. p/ acórdão des. Odone Sanguiné, maioria, j. em 31.8.2007, pub. DJ 8 out. 2007. Eis a ementa:

Em diversos outros casos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu fazendo menção explícita à distribuição dinâmica do ônus da prova, embora em alguns deles fazendo menção, também, a outros dispositivos (como os arts. 355, 381 e 844, II, todos do CPC). À semelhança do caso anterior, empregou-se a teoria da carga dinâmica da prova, por exemplo, para determinar que profissionais liberais (médicos)

EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. APLICABILIDADE DIANTE DO PECULIAR E ESCASSO MATERIAL PROBATÓRIO.

1. A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limita, no caso, apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alega pertencem ao hospital, mas à prova do fato como um conjunto, ou seja, não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada.

2. Quando a aplicação dos contornos tradicionais do ônus probatório na legislação processual civil não socorre a formação de um juízo de convencimento sobre a formação da culpa do médico, a teoria da carga dinâmica da prova, importada da Alemanha e da Argentina, prevê a possibilidade de atribuir ao médico a prova da sua não-culpa, isto é, não incumbe à vítima demonstrar a imperícia, a imprudência ou a negligência do profissional, mas a este, diante das peculiaridades casuísticas, a sua diligência profissional e o emprego da técnica aprovada pela literatura médica. Destarte, a aplicação de dita teoria não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes. Incumbe, pois, ao médico especialista o ônus de reconstituir o procedimento adotado, para evidenciar que não deu causa ao ocorrido.

3. No caso dos autos, não se encontra justificativa razoável para uma fratura no braço culminar com a sua amputação, a não ser a culpa do médico que nada fez a respeito, a despeito dos sintomas indicativos da falta de melhora do autor ao longo da via crucis percorrida até descobrir, em Porto Alegre, que a dificuldade de circulação do sangue, devido à má colocação do gesso, conduziria à perda do membro. O resultado da omissão médica possui maior peso, constituindo-se, dentro desse quadro, em evidência suficiente para sua condenação, não se concebendo, sem explicação plausível, que uma fratura sem gravidade venha a causar a perda de um membro.

EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA DE VOTOS.

comprovassem a inexistência de falha na prestação do serviço ou outra circunstância excludente do dever de indenizar, uma vez que se trata da parte que tem condições, sobretudo técnicas, de apresentar os elementos necessários aos deslinde da controvérsia⁷⁸.

Muito comum é o emprego da teoria em ação de revisão de contrato de alienação fiduciária, para decidir-se que a instituição financeira está obrigada à exibição do contrato celebrado entre as partes. Em determinada hipótese, foi dito expressamente que

[...] conforme a teoria da carga probatória dinâmica, há de se atribuir o ônus da prova àquele que se encontre no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, em melhores condições de alcançá-la ao destinatário da prova. Sabidamente grande número de consumidores sequer recebe cópia do contrato, quando muito sabe da sua existência⁷⁹.

Relativamente à Internet, foi submetida ao Tribunal hipótese na qual o provedor de um *site* de relacionamentos publicou um constrangedor anúncio que não havia sido realizado pela suposta anunciante. Em decorrência disso, a autora começou a receber telefonemas de homens nela interessados. Tendo procurado o provedor, este se recusou a retirar

78 AC 70016300659, 9ª Câmara Cível, rel. des. Marilene Bonzanini Bernardi, j. em 28.12.2006, pub. *DJ* 9 fev. 2007 e AI 70021963996, 5ª Câmara Cível, rel. des. Umberto Guaspari Sudbrack, unânime, j. em 19.12.2007, pub. *DJ* 28 dez. 2007.

79 AC 70019732551, 14ª Câmara Cível, rel. des. Isabel de Borba Lucas, unânime, j. em 14.6.2007, pub. *DJ* 28 jun. 2007. No mesmo sentido: AC 70019773225, 14ª Câmara Cível, rel. des. Isabel de Borba Lucas, unânime, j. em 14.6.2007, pub. *DJ* 29 jun. 2007; AC 70020315792, 14ª Câmara Cível, rel. des. Isabel de Borba Lucas, unânime, j. em 6.9.2007, pub. *DJ* 21 set. 2007; AC 70020933313, 14ª Câmara Cível, rel. des. Isabel de Borba Lucas, unânime, j. em 4.10.2007, pub. *DJ* 31 out. 2007; AC 70021016480, 14ª Câmara Cível, rel. des. Isabel de Borba Lucas, unânime, j. em 4.10.2007, pub. *DJ* 7 nov. 2007; AC 70021573555, 14ª Câmara Cível, rel. des. Isabel de Borba Lucas, unânime, j. em 8.11.2007, pub. *DJ* 23 nov. 2007; AC 70021203427, 14ª Câmara Cível, rel. des. Isabel de Borba Lucas, unânime, j. em 22.11.2007, pub. *DJ* 6 dez. 2007.

o anúncio. Em juízo, reconheceu-se que nesse tipo de relação em ambiente de Internet ainda é nítida a prevalência de condições do provedor de acesso de chegar à identificação do usuário responsável, pelo que seria perfeitamente cabível na espécie a aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova, a qual prevê ser ônus daquele que tem mais condições fazer a prova pertinente ao caso⁸⁰.

A dinamização do ônus da prova também é amplamente aplicada pelas turmas recursais do Estado do Rio Grande do Sul. Aplicou-se a teoria, por exemplo:

a) para operadora de telefonia de celular ficar onerada a fazer a prova de que determinadas ligações telefônicas foram originadas a partir de dado número de telefone, já que o fato de a tecnologia usada ser propalada como a mais segura não afastaria, por si só, a possibilidade de fraude, muito menos de falha do serviço de bilhetagem de chamadas⁸¹;

b) em caso no qual a autora afirmava não haver solicitado os serviços que estavam sendo tarifados na conta telefônica, sendo que, de acordo com o princípio da distribuição dinâmica da carga probatória, o ônus da prova desse fato só poderia recair sobre a ré, por ser ela quem se encontrava no controle sobre os meios de prova. Tal se daria porque os registros de contratação pertencem à ré e, por isso, não se poderia exigir da autora que realizasse prova negativa de que não contratou o serviço em questão⁸²;

c) impondo à instituição financeira ré provar que o autor não está inscrito no Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) nem na Serasa,

80 AC 70013361043, 6ª Câmara Cível, rel. des. Artur Arnildo Ludwig, unânime, j. em 21.12.2006.

81 RI, 1ª Turma Recursal Cível, rel. juiz João Pedro Cavalli Júnior, unânime, j. em 12.7.2007, pub. *DJ* 18 jul. 2007.

82 RI 71001274430, 3ª Turma Recursal Cível, rel. juiz Ricardo Torres Hermann, unânime, j. em 10.7.2007, pub. *DJ* 13 jul. 2007.

porquanto é prova que a instituição financeira detém melhores condições de produzir⁸³;

d) por ser extremamente verossímil que a pessoa encontrada deitada sobre a estrada, com o crânio achatado, tenha sido atropelada, sendo, em consequente, muito mais fácil, cômodo e possível para a seguradora ré demonstrar que o fato de o falecido ter sido encontrado nessas condições tem como causa do óbito qualquer outro motivo que não um atropelamento, qualquer outro motivo para o falecimento depende de comprovação da parte interessada, no caso, a seguradora ré, ou seja, nessas circunstâncias, cabe a ela a prova do extraordinário, do improvável⁸⁴; e

e) em caso de interrupção no fornecimento de energia elétrica por mais de 24 horas, cabendo à empresa fornecedora comprovar que a causa foi um temporal que danificou a rede elétrica e que não foi possível efetuar o conserto dos defeitos supostamente provocados pelo mau tempo em prazo inferior a 25 horas⁸⁵.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso que tratava de responsabilidade civil por danos praticados em razão de reportagem veiculada na televisão, atribuiu-se à emissora o ônus de exibir em juízo o conteúdo da reportagem em que o autor baseava seu pedido, por ser muito provável que ela dispusesse da respectiva fita. Não obstante, a votação foi por maioria e o voto vencido, de autoria do desembargador Ênio Santarelli Zuliani, entendeu que, de acordo com o art. 5º, II, da Constituição de 1988, ninguém está obrigado a fazer algo senão em virtude da lei e, pelo que se observava, a emissora não estaria obrigada a manter

83 RI 71001265164, 1ª Turma Recursal Cível, rel. juiz João Pedro Cavalli Junior, j. em 28.6.2007, pub. *DJ* 6 jul. 2007.

84 RI 71001286335, 3ª Turma Recursal Cível, rel. juíza Maria José Schmitt Santanna, unânime, j. em 5.6.2007, pub. *DJ* 14 jun. 2007.

85 RI 71001232859, 3ª Turma Recursal Cível, rel. juíza Maria José Schmitt Santanna, unânime, j. em 15.5.2007, pub. *DJ* 23 maio 2007.

nos seus arquivos programas televisivos se não houvesse sido notificada para tanto⁸⁶.

A exemplo do que já ocorrera em relação ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, os Tribunais de Justiça dos estados de São Paulo⁸⁷ e de Minas Gerais⁸⁸ aplicaram a distribuição dinâmica do ônus da prova para julgar que a instituição financeira está obrigada à exibição do contrato celebrado entre as partes em caso de contrato bancário cuja revisão se pretendia.

Esse era o cenário jurisprudencial inicial, correspondente às primeiras aceitações, pelos tribunais, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. A partir daí, a análise da jurisprudência evidencia que, se não se puder falar numa disseminação do entendimento, ao menos se pode afirmar que a casuística demonstra sua cada vez maior encampação e, sobretudo, a ausência de rejeição da teoria, o que certamente contribuiu para que o Código de Processo Civil de 2015 optasse por tratar explicitamente da matéria.

6 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

De certo modo, todas as questões mais importantes ligadas à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova foram tratadas pelo

86 AC 4703834500, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. des. Francisco Loureiro, maioria, j. em 13.12.2007.

87 AC 11513494, 16ª Câmara de Direito Privado, rel. des. Newton Neves, unânime, j. em 5.6.2007.

88 AI 10702062894242002, 18ª Câmara Cível, rel. des. Fábio Maia Viane, unânime, j. em 3.7.2007, pub. *DJ* 20 jul. 2007. No Tribunal de Alçada de Minas Gerais: AC 320.482-4, 4ª Câmara Cível, rel. juíza Maria Elsa, maioria, j. em 14.3.2001, pub. 31 mar. 2001; AI 43987795, 2ª Câmara Cível, rel. juiz Pereira da Silva, unânime, j. em 16.12.2003, pub. 14 fev. 2004; AI 4349971, 7ª Câmara Cível, rel. juiz José Flávio Almeida, maioria, j. em 5.2.2004, pub. 10 mar. 2004.

Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). De início, os incisos I e II do art. 373 repetiram a regra geral do art. 333 do CPC/1973 sobre caber ao autor o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu o dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. A regra geral, portanto, permanece sendo a da distribuição *ope legis* prévia e estática do ônus da prova.

Contudo, o § 1º do art. 373 do CPC/2015 expressamente contemplou a possibilidade de distribuição diferenciada do ônus da prova, ao preconizar que, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o ônus da prova tradicional (o previsto nos incisos I e II) 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. E o § 2º do art. 373 do CPC/2015 complementa as disposições do § 1º ao estatuir que a mudança na distribuição do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela outra parte seja para ela impossível ou excessivamente difícil.

Os §§ 1º e 2º do art. 373 do CPC/2015, de uma só vez, contemplaram diversas regras a respeito da dinamização da distribuição do ônus da prova. Começam prevendo as hipóteses de cabimento de alteração das regras tradicionais, afirmando que a dinamização é cabível quando a produção da prova for difícil ou impossível para uma parte ou, mesmo quando assim não for, tal produção seja mais fácil para a outra parte. Ou seja: sempre que o juiz perceber que uma prova é impossível ou difícil para uma parte e não o é para a outra, ou ainda que não haja impossibilidade ou dificuldade na produção da prova para uma parte mas ela é mais fácil para a outra, poderá determinar a dinamização da distribuição do ônus da prova.

A solução do CPC/2015 de insistir na distribuição prévia e legal do ônus da prova, mas permitindo sua flexibilização se e quando neces-

sária, afigura-se a mais correta, considerando que nem sempre se terá hipótese em que a dinamização será possível (por exemplo, quando a prova a ser produzida for igualmente difícil para ambas as partes) ou necessária (quando as duas partes tiverem as mesmas possibilidades de produzir a prova, por exemplo).

Também ficou claramente consignado que a decisão judicial que modifica a regra geral de distribuição do ônus da prova deve ser particularmente fundamentada a esse respeito, mostrando as razões pelas quais a modificação é cabível no caso concreto. Essa decisão que explicita as razões da mudança é imprescindível não só para que a parte onerada saiba que fatores foram considerados pelo juiz para reputá-la com mais condições de produzir a prova como também para que saiba em que especificamente recairá seu ônus, isto é, que prova de que fato ela terá de produzir⁸⁹. Registre-se que, nos termos do art. 9º do CPC/2015, não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida e, conforme o art. 10 do CPC/2015, 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. Assim, antes de proferir decisão a respeito de uma possível modificação na distribuição do ônus da prova, o juiz necessariamente tem de ouvir as partes, ainda que parta dele próprio a convicção de que no caso concreto a melhor medida é dinamizar a distribuição do ônus da prova. Esse cenário legislativo mostra que a possibilidade de dinamização da distribuição do ônus da prova não é apenas regra de julgamento mas também regra de conduta para as partes, que têm de ser ouvidas previamente e comunicadas posteriormente para que possam se comportar conforme as regras tais como elas serão no caso concreto.

89 Da decisão que modifica a regra geral de distribuição do ônus da prova cabe agravo de instrumento, nos termos do inciso XI do art. 1.015 do CPC/2015.

Observa-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova, embora agora expressamente prevista, continua não sendo a regra geral. Essa opção legislativa é correta. O comumente esperado é que cada parte tenha condições de provar o que alega, daí sendo legítima a aplicação das regras tradicionais de distribuição do ônus da prova (para o autor, dos fatos constitutivos de seu direito; para o réu, dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, estando o juiz autorizado a julgar em desfavor daquele que tinha interesse na prova desses fatos e ao final tal prova não foi produzida). Contudo, presentes hipóteses concretas que justifiquem a adoção de uma distribuição diferenciada desses ônus, o sistema processual agora contempla expressamente uma espécie de válvula de escape, de flexibilização, uma possibilidade de afastamento das regras gerais e tradicionais quando o caso concreto o exigir.

7 CONCLUSÃO

A distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser considerada mais uma etapa na superação de uma visão individualista do processo, na medida em que, ao estimular o abandono de divisões prévias e imutáveis do ônus da prova, fundamentadas estas apenas no tipo de fato que a parte quer provar (constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo), a teoria da carga dinâmica da prova prioriza a solução mais justa para o caso concreto, consagrando mais propriamente a finalidade jurisdicional de pacificação com justiça. O método clássico de divisão do ônus da prova leva em conta apenas o interesse que cada uma das partes teria na comprovação de determinado fato (o autor, nos fatos constitutivos de seu direito, o réu, nos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor), desconsiderando outras variáveis.

A fixação absoluta, estanque e egressa exclusivamente da lei a respeito de a quem toca a produção da prova de dado fato nem sempre conseguirá obter a solução mais justa para o caso concreto. Já a permissão, preconizada pela teoria da carga dinâmica da prova e agora contem-

plada pelo CPC/2015, para que seja o juiz, diante das particularidades com as quais se deparar, quem estabelece o ônus da prova, aumenta inevitavelmente a probabilidade de se alcançar julgamentos corretos e justos, ao menos sob o prisma fático. E, considerando a relevância que a matéria probatória tem para o processo, a medida é inteiramente justificada.

Se o reconhecimento do caráter público do processo e a constatação de que a jurisdição existe para atender a determinados fins que interessam a toda a coletividade levaram à mitigação do chamado princípio dispositivo e, por conseguinte, ao afastamento da passividade instrutória que caracterizava o juiz, com mais razão esse reconhecimento e constatação devem autorizar a que o julgador, sem prejuízo de suas atividades instrutórias em busca da verdade, regule ativamente a atividade processual das partes no pertinente ao ônus da prova. Ou seja, o caráter público do processo e as finalidades da jurisdição consentem com o abrandamento das regras estanques do art. 333 do CPC/1973, cuja base remonta no interesse das partes em ver comprovado determinado fato, e permite a estipulação pelo juiz do ônus da prova a partir do caso concreto.

A possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova contida no art. 373 do CPC/2015, além de representar um aperfeiçoamento do sistema em relação à instrução processual de uma maneira geral, pode se tornar um instrumento técnico-processual importantíssimo em diversos casos concretos, notadamente os mais complexos.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, n. 343, p. 25-60, maio 2006.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

BAZZANEZE, Thaís. A distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 55-87, mar. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BENTHAM, Jeremy. *A treatise on judicial evidence*. London: Messrs. Baldwin, Cradock and Joy, Paternoster-Row, 1825.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil – admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayú, 1955.

CARPES, Artur Thompsen. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 33, n. 104, p. 9-18, dez. 2006.

_____. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo. *Prova judiciária – estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 27-49.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2005.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 788, p. 92-107, jun. 2001.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2005.

GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 91-124, jun. 2012.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 33-41. jan./mar. 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito à prova. A testemunha como terceiro em relação à causa. Inadmissibilidade do testemunho do advogado. Violação do direito à admissão da prova: sanção processual. Utilização do testemunho do advogado: consequência processual (parecer). In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 446-464.

_____. Direito à prova: limites. Busca e apreensão no caso de flagrante delito. Impossibilidade de realização pelo particular. O *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Inobservância de formalidades. Consequências processuais (parecer). In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 477-490.

_____. O conteúdo da garantia do contraditório. In: _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 17-44.

_____. O direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição (parecer). In: _____. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 321-331.

_____. Prova emprestada. In: _____. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 54-63.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de 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. *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942-951.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 204, p. 231-242, fev. 2012.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 295-316, jun. 2012.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 161-169, jul./set. 1994.

MESA, Marcelo J. López. La carga de la prueba en ciertos casos de responsabilidad civil (la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia argentina y española). Disponível em: <http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/libros-carga_de_la_prueba.htm>. Acesso em: 23.2.2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: _____. *Temas de direito processual* (segunda série). São Paulo: Saraiva, 1980. p. 73-80.

_____. O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 7-14, jan./mar. 1986.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEYRANO, Jorge W. Particularidades de la valoración de los medios probatorios producidos en procesos colectivos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 89-95, jan./jun. 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 244-253.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, p. 41-59, fev. 2015.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. em espanhol. Tradução de Ernesto Krotoschin. Montevideo: Editorial B de F, 2002.

SALLES, Carlos Alberto de. Transição paradigmática na prova processual civil. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JUNIOR, Nelson et al. *Direito civil e processo – estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 911-921.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOARES, Fábio Costa. *Acesso do consumidor à justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Sosa, Angel Landoni. Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 88, p. 208-227, out./dez. 1997.

SOUZA, Wilson Alves. Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, v. VI, p. 235-260, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A justa distribuição do ônus da prova. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JUNIOR, Nelson et al. *Direito civil e processo – estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 935-939.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 115-158, mar. 2012.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: UMA RELAÇÃO DE COOPERAÇÃO

Renata Domingues Balbino Munhoz Soares

1 Introdução. 2 Princípios norteadores do Código Civil Brasileiro e do novo Código de Processo Civil. 3 Dever de cooperação no processo. 4 O princípio da boa-fé processual. 5 Os precedentes. 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Nas palavras de LENIO LUIZ STRECK, “a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado ‘coparticipação’ [...]”¹.

Um sistema processual mais eficiente e preocupado com valores e princípios proporciona à sociedade uma realização mais efetiva de direitos.

Nesse sentido, podemos destacar os deveres de cooperação entre as partes, o princípio da boa-fé processual e a figura dos precedentes.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código Civil de 2002, que entrou em vigor há mais de uma década, trouxe um conjunto de princípios estruturantes implícitos para iluminar o direito privado: princípio da eticidade, da socialidade e da operabilidade ou concretude. Todos eles podem ser percebidos em inúmeras normas do próprio Código, como se dá com a boa-fé objetiva e

1 STRECK, “Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!”.

suas funções, respectivamente nos arts. 113, 187 e 422 do CC; com o princípio da função social do contrato, no art. 421, e da função social da propriedade, no art. 1.228, § 1º; bem como com as manifestações de concretude nos arts. 927, parágrafo único, e 944, entre outros.

O Código de Processo Civil de 2015, dando um passo à frente, estabeleceu um sistema principiológico de aplicação do Direito com o intuito de melhorar o acesso à justiça. Criou uma Parte Geral, disciplinando nos arts. 1º a 11 os princípios e garantias fundamentais do processo.

Há, tanto no ordenamento civil quanto no ordenamento processual civil, princípios que preveem o comportamento de acordo com a boa-fé, a cooperação entre as partes e a exigência de atendimento aos fins sociais e ao bem comum, promovendo sempre a dignidade da pessoa humana, mandamento constitucional do art. 1º, inciso III, previsto também de forma expressa agora no art. 8º do novo CPC.

Em contraposição ao sistema casuístico de outrora, os novos ordenamentos privilegiam o sistema aberto de cláusulas gerais, repletos de conceitos indeterminados, que possibilitam ao magistrado maior poder de aplicação do Direito.

Nesse sentido, como bem lembra FLÁVIO TARTUCE,

Acreditamos que o capítulo inaugural do Novo Código de Processo Civil, recheado de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, possibilite a mesma comparação, em que o Código de Processo Civil de 1973 está para o Código Civil de 1916, assim como o Código de Processo Civil de 2015 está para o Código Civil de 2002, guardadas as devidas proporções².

Assim, parece-nos que o novo Código de Processo Civil, que vem ao encontro das diretrizes do Código Civil de 2002, está mais atento à justiça do caso concreto (operabilidade), mais preocupado com as ne-

2 TARTUCE, *O novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, diálogos e interações, p. 11.

cessidades sociais (socialidade) e mais voltado à ideia de cooperação das partes no processo (eticidade e boa-fé).

3 DEVER DE COOPERAÇÃO NO PROCESSO

O novo modelo de cooperação processual estabelecido pelo art. 6º do Código de Processo Civil de 2015 representa um momento de diálogo intersubjetivo.

Dispõe o art. 6º, *in verbis*, que: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Durante as discussões que sucederam à aprovação do Código Civil (CC) de 2002, o “Direito das Obrigações”, Livro I, que inaugura a Parte Especial, foi objeto de alteração de paradigma, passando a obrigação a ser encarada como um vínculo jurídico entre credor e devedor cujo objeto seria não apenas a prestação principal mas também prestações secundárias e deveres laterais ou anexos decorrentes da boa-fé objetiva (art. 422 do CC).

Credor e devedor deixam de ser partes antagônicas para se tornarem sujeitos cooperativos, com um objetivo em comum – o adimplemento ou cumprimento da obrigação. O credor deixa de ser parte protagonista da relação obrigacional e o devedor deixa de ser mero coadjuvante para dividir espaço de forma cooperativa. O foco sai da figura do credor e passa para ambas as figuras, que dividem espaço de forma igualitária. Há uma imposição do dever de cooperação ou colaboração entre eles, o dever de comportar-se de acordo com os parâmetros ditados pela boa-fé objetiva.

Assim, chegou-se a falar em direito ao pagamento e não somente dever do sujeito passivo, teoria do adimplemento substancial, institutos da *supressio* e *surrectio* (art. 330 do CC), alteração do lugar do pagamento por motivo grave, violação positiva do contrato, abuso de direito do credor na resolução automática do contrato, execução específica da

obrigação (art. 475 do CC), proibição de comportamento contraditório, obrigação “como processo” ou relação dinâmica³ etc.

O novo Código de Processo Civil, nessa esteira, também se preocupou em mitigar comportamentos não cooperativos⁴.

Como ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, DIERLE NUNES et al:

Isto induz à assunção do processo como um locus normativamente condutor de uma comunidade de trabalho⁵, na qual todos os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação.

[...]

Em caráter contrafático (inibidor dos referidos comportamentos) se trata de uma releitura democrática normativa da cooperação em perfil participativo, que leva a sério o contraditório como influência e não surpresa, de modo a garantir a influência de todos na formação e satisfação das decisões e inibir aqueles atos praticados em má-fé processual.

A correção normativa que se extrai da participação (ou cooperação, desde que relida em perspectiva democrática) afasta as visões estatistas e tenta primar por um comportamento objetivamente vinculado à boa-fé⁶.

3 Ver SOARES, *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato*.

4 THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015, p. 69.

5 “A denominada ‘comunidade de trabalho’ entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca e que, levada a sério, permitiu na Alemanha uma formação unitária dos futuros magistrados e advogados, impediu que a relação entre estes se transformasse em conflito de categorias, além de delinear na doutrina processual a idealização do policentrismo processual, que afasta qualquer cooperação de protagonismo.” (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015. p. 78-79).

6 THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015, p. 70.

O Código de Processo Civil anterior já trazia alguns dispositivos de cooperação (arts. 284; 342; 481, § 3º; 543-C, § 4º; 616 etc.). No entanto, o CPC consagra na Parte Geral dispositivo amplo como premissa da atuação das partes no processo, acabando com qualquer centralidade que poderia ainda persistir (art. 6º).

4 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL

Da mesma forma que o Direito Civil valeu-se da cláusula geral de boa-fé objetiva⁷ em sua reforma de 2002 para todo o direito obrigacional e contratual⁸, o novo Código de Processo Civil, em 2015, passa a adotá-la, de forma genérica para o processo, no capítulo relativo aos princípios.

A boa-fé processual, prevista no art. 5º do novo CPC, consagra que “todo aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Trata-se de conceito indeterminado, que impõe parâmetros de comportamento para os sujeitos do processo, baseados em condutas leais, honestas, corretas, de colaboração e cooperação, desde a fase pré-processual⁹ até a fase pós-processual (como ocorre também no Direito Civil, desde a fase pré-contratual, a contratual propriamente dita até a fase pós-contratual)¹⁰.

Como consequência de sua violação, a interpretação das normas do Código Civil de 2002 permite-nos concluir que enseja obrigação de re-

7 Antes de 2002, a boa-fé objetiva já era prevista no Código Civil de 1916 (e também no Código Comercial de 1850). No entanto, não com a mesma amplitude de agora, como cláusula geral. Podíamos encontrá-la, por exemplo, de forma esparsa, nos contratos de seguro, de acordo com o art. 1.443 (hoje, corresponde ao art. 765, do C/2002).

8 Sem esquecermos de sua incidência, hoje, também no direito de família.

9 Poderíamos exemplificar com a arbitragem.

10 Ver SOARES, *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato*. Doutrina e jurisprudência.

parar os danos causados, de forma objetiva, além da possibilidade de aplicação, em determinados casos concretos, da teoria do adimplemento substancial (arts. 187 e 422, do CC c/c arts. 389 e 475 do mesmo diploma legal).

No Direito Processual Civil, os efeitos de sua violação podem ensejar a aplicação da pena de litigância de má-fé, além de tornar possível a obrigação de reparar danos processuais causados.

Nesse sentido, ainda que sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Seguro facultativo. Ação regressiva do seguro para haver o valor pago, em acordo judicial, ao terceiro prejudicado em acidente veicular causado pelo segurado. Ausência de anuência expressa da seguradora ao acordo realizado. Irrelevância, no caso, em que a seguradora sabia do sinistro e da ação judicial em curso, tendo-se negado a cobrir o prejuízo do terceiro. Impossibilidade de se forçar o segurado a defender-se mentirosamente nos autos, se tem ciência de sua responsabilidade pelos danos causados ao terceiro. **Boa-fé processual** que se exige. Interpretação do artigo 787, § 2º, do Código Civil, ao caso concreto. Potestatividade, ademais, da cláusula que veda ao segurado celebrar acordo sem anuência expressa da seguradora. Abusividade e ineficácia reconhecidas. Ausência de prova de que tenha o autor agido com fraude. Apelo provido¹¹ [grifo nosso].

Ainda, confira-se apelação julgada pelo Tribunal do Rio Grande do Sul:

Não pode o direito “forçar” alguém a falsear a verdade, deixando de admitir o que realmente ocorreu, sob pena de perder eventual direito que tenha de ver-se ressarcido em face de contrato de seguro. O réu não pode ser forçado a contestar, narrando fatos não verdadeiros, sob pena de não fazer jus a um direito derivado de um contrato. O

11 Apelação n. 0013333-33.2011.8.26.0002, 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. des. Soares Levada, j. 27.5.2015.

contrato de seguro, em tal hipótese, não perde sua eficácia porque o segurado deixou de contestar judicialmente fatos que reconhece verdadeiros. Outra fosse a solução, ter-se-ia que admitir que o próprio direito estaria a provocar a **má-fé processual**, a incentivar a mentira, a promover a defesa estéril de versão capciosa, tudo para assegurar ao autor da induzida vilania processual o direito de regresso contra a seguradora. Não pode a tanto servir o direito, ou será a negação de si mesmo. Apelo não provido¹² [grifo nosso].

Em fase de arrematação, confira-se também o dever de agir de acordo com a boa-fé no processo:

Embargos à arrematação. Intempestividade. Exegese do art. 746 do CPC. Apreciação do mérito em atenção ao **princípio da boa-fé processual e da transparência dos atos processuais**. Sentença mantida.

Intimação pessoal acerca da adjudicação. Ausência de previsão legal. O executado revel, que não tenha advogado constituído nos autos, não precisa ser intimado dos atos subsequentes do processo. Arguição afastada.

Excesso de execução. Temática não arguida no momento processual oportuno (intimação da penhora e produção do laudo pericial na fase de execução). Matéria preclusa. Ressalva acerca de débitos fiscais que não constitui requisito de validade do edital. Prejuízo não demonstrado.

Teses repelidas. Intimação remetida ao endereço da parte, via correio e com aviso de recebimento. Modalidade de intimação pessoal efetiva e válida, ainda que recebida por terceiro. Realização de praças anteriores e ausência de informação sobre a mudança de endereço. Higiidez, ademais, da intimação do devedor efetuada pelo edital de realização das praças. Precedentes. Inexistência de exigência legal quanto à intimação do promitente vendedor do bem. Preço vil. Imóvel arrematado por R\$ 165.000,00. Valor atualizado monetariamente correspondente a R\$ 200.879,56. Vileza não constatada. Entendimento prevalente de que somente o lanço

12 Apelação n. 70018807735, rel. des. Cláudio Balbino Maciel, j. 5.4.2007.

inferior a 50% do valor da avaliação é que é vil. Hipótese inócua na espécie.

Remição. O prazo final para o devedor remir a execução (art. 651, CPC) corresponde à assinatura do auto de arrematação ou execução, momento em que a alienação considerar-se-á perfeita, acabada e irrevogável (art. 694, CPC). Descabimento após aperfeiçoada a arrematação. Sentença mantida. Recurso desprovido¹³ [grifo nosso].

Quanto à aplicação da pena de litigância de má-fé, prevista no novo CPC nos arts. 79 a 81, mister se faz trazer à baila agravo julgado pela Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Recuperação Judicial. Incidente de impugnação. Decisão de improcedência. Verba honorária arbitrada em R\$ 2.500,00. Minuta recursal que pretende majoração. Situação, entretanto, na qual o recurso não pode ser conhecido em razão da manifesta intempestividade. Preliminar de falta de intimação suscitada pela recorrente que não pode ser acolhida em razão da revogação de poderes e expresse requerimento formulados na origem para que fossem riscados os nomes dos procuradores nos autos. Manifesto propósito de alteração da realidade dos autos. **Litigância de má-fé reconhecida.** Agravo não conhecido, com observação¹⁴ [grifo nosso].

Assim, podemos constatar que já sob a vigência do Código de Processo Civil anterior havia decisões a reconhecer a boa-fé processual. Podemos concluir, portanto, que, sendo mais efetivo nesse aspecto, o novo CPC abrirá espaço para a aplicação de efeitos da boa-fé no processo, não só no dever de transparência e honestidade mas também nas hipóteses de *venire contra factum proprium* processual, no dever de miti-

13 Apelação n. 0029881-66.2010.8.26.0068, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. des. Rômulo Russo, j. 22.5.2015.

14 Agravo de Instrumento n. 2007271-07.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Ricardo Negrão, j. 18.5.2015.

gação do prejuízo, e, especialmente, na aplicação dos precedentes bem como na modulação de seus efeitos (art. 927, § 3º), entre outros.

5 OS PRECEDENTES

Como as decisões dos tribunais têm crescido em importância nas últimas décadas, constituindo importante fonte de direito, mister se faz disciplinar o uso dos precedentes.

No Livro I, da Parte Especial, mais precisamente no Capítulo XIII, “da sentença e da coisa julgada”, na seção II, bem como no Livro III, “dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, no Capítulo I, o novo Código de Processo Civil prevê a figura dos precedentes.

Vejamos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhes submeterem.

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

[...]

V – se limitar a invocar **precedente** ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou **precedente** invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

[...]

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

[...]

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos **precedentes** que motivaram sua criação.” [grifo nosso].

Trata-se de um importante mecanismo de uniformização de jurisprudência, evitando-se decisões contraditórias e a tão temida insegurança jurídica.

Nas palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, DIERLE NUNES et al, “o Novo CPC busca dimensionar normativamente premissas mínimas para o uso do Direito jurisprudencial no Brasil”¹⁵.

Se hoje temos um sistema aberto de normas materiais e processuais, esse sistema está em consonância com a ideia de concessão ao juiz de maiores poderes interpretativos e decisórios no processo.

O novo Código de Processo Civil tornou mais eficiente a uniformização de jurisprudência ao adotar expressamente os precedentes, pois, como bem ressalta a sua própria Exposição de Motivos, “sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores”¹⁶.

Ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, DIERLE NUNES et al:

Os juízes, apesar de serem compelidos a seguir obrigatoriamente alguns dos entendimentos dos tribunais, poderão continuar a exercer a reflexão sobre o acerto ou erro da jurisprudência, promovendo até a provocação de um debate de aprimoramento (constante) do ordenamento jurídico¹⁷.

O magistrado poderá tanto auxiliar na formação dos precedentes quanto poderá ressaltar seu entendimento diverso no tocante ao modo como o Tribunal Superior vem decidindo¹⁸.

15 THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015, p. 354.

16 Disponível em: <legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160823.pdf>.

17 THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015, p. 138.

18 THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015, p. 138-139.

A adoção dos precedentes, ao contrário do que se pensa, deve partir do caso para o tema, avaliando sua pertinência; é “o novo caso que ditará o uso do precedente e não o inverso”¹⁹.

6 CONCLUSÃO

O que de mais importante podemos constatar com o novo Código de Processo Civil é a possibilidade de abertura de diálogo com o Código Civil e, especialmente, com a Constituição Federal, num processo de democratização do Direito.

A nova lei muito avançou ao possibilitar uma relação cooperativa intersubjetiva no processo, que vinha sendo já delineada pelo Código Civil de 2002, como pudemos constatar no direito obrigacional.

Ao adotar de forma ampla a boa-fé processual e seus institutos correlatos, inclusive no uso de precedentes, reconheceu a importância de princípios, normas e valores, tendo como centro a pessoa e sua dignidade.

Que essa relação de cooperação que agora nasceu possa crescer sempre mais forte!

REFERÊNCIAS

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

FUX, Luiz (Coord.); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Org.). *Novo Código de Processo Civil comparado*. [Lei n. 13.105/2015]. São Paulo: Método, 2015.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: LTr, 2008.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*. Tutela de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros, 2000.

19 THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015, p. 345.

STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! *Revista Consultor Jurídico*. 21 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>> Acesso em: 22. out. 2013.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, diálogos e interações. São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

A DISCIPLINA DAS ASTREINTES NO NOVO CPC: AVANÇOS E RETROCESSOS

Ricardo Magalhães de Mendonça

- 1 A evolução histórica do instituto e sua previsão no direito comparado.
- 2 A importância dos meios coercitivos para a efetiva tutela dos direitos.
- 3 O destinatário do crédito da multa.
- 4 Eficácia imediata da multa e efetividade da tutela.
- 5 Conclusão.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO E SUA PREVISÃO NO DIREITO COMPARADO

O cumprimento das obrigações de fazer e não fazer teve um desenvolvimento cíclico, desde os períodos mais remotos, nos quais havia praticamente uma apropriação da pessoa do devedor pelo credor – marca das civilizações mais antigas –, até épocas mais recentes, em que se prestigiou excessivamente a liberdade humana, objetivando evitar constrangimentos à vontade do devedor.

Nas fases iniciais do direito romano, durante o período da *legis actiones*, o credor exercitava profundo domínio sobre a pessoa do devedor. O procedimento da *manus iniectio* possibilitava que o credor prendesse o devedor durante o prazo de sessenta dias, findo o qual o credor optava em tornar o devedor seu escravo ou o vendia como mercadoria. No referido intervalo de tempo, o credor deveria levar o devedor ao fórum por três dias de feiras consecutivos para o fim de proclamar o valor da dívida e esperar um eventual pagamento por terceiro (espécie de remissão). Havia a possibilidade atroz, no caso de serem vários os credores, de se esquitejar o devedor e dividir seus restos mortais entre todos eles, como forma de satisfação da dívida¹.

1 SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 209-210.

Nessa fase ancestral do direito romano, a execução era praticamente toda privatizada, desenvolvendo-se basicamente a cargo dos atos do credor, sem interferência do Estado, o que demonstra a ausência de qualquer preocupação com a situação do devedor, que, tornado refém da obrigação, não tinha praticamente qualquer direito à defesa².

Paulatinamente, todavia, o eixo da execução foi sendo alterado, partindo da pessoa do devedor para seu patrimônio. As primeiras reformulações foram proporcionadas pela *lex poetelia*, resultando no recaimento da responsabilidade executiva sobre o acervo patrimonial do devedor.

Com efeito, a *lex poetelia papira de nexis* (326 a.C.), em momento incerto entre o período da *legis actiones* e o processo formular, veio a romper com o sistema brutal de execução sobre a pessoa física do devedor e estabeleceu a gradual intervenção estatal na execução³. A execução passou, então, a se fazer no modo da sub-rogação, mediante o qual os órgãos judiciais auxiliares apossavam-se dos bens do executado para posterior excussão e extinção das obrigações, já que a condenação era sempre pecuniária, tendo como correspondente sanção a indenização em dinheiro⁴.

Nos primórdios da formação do atual Estado francês, cujo modelo serviu de inspiração a muitos dos países de *Civil Law* a partir da

2 Sobre as origens romanas da execução, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO preceitua: “A execução era realizada por autoridade privada e apenas controlada ligeiramente pelo magistrado. Esse controle era provocado pelo credor, através do exercício da *actio iudicati*. Decorridos infrutiferamente os trinta dias após a condenação ou o reconhecimento da dívida (*tempus iudicati*), era o devedor levado à presença do magistrado e ali, se ele não se rebelasse contra a pretensão do adversário, era feita a *addictio*, ou seja, a sua adjudicação ao credor para que a execução principiasse. Nessa hipótese, ou seja, nada se alegando em favor do devedor, exauria-se a função do magistrado e o resto far-se-ia por atos exclusivos do exequente.” (*Execução civil*, p. 36). Neste sentido, trazendo ampla abordagem histórica, vide CHIARLONI, Sergio. *Medidas coercitivas y tutelas de los derechos*. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 75 e ss.

3 MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica, l'azione esecutiva*, p. 19.

4 SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 210.

unificação pela coroa francesa no século XIII, havia emprego de métodos coercitivos para fins de satisfação de obrigações específicas, assemelhando-se muito às formas comuns empregadas no direito anglo-saxão (*Common Law*)⁵, especificamente aos remédios da *equity* inglesa.

Mais recentemente, no século XIX, com o Código de Napoleão, houve uma suavização no modelo executivo das obrigações de fazer e não fazer. A respeito, o art. 1.142 do Código de 1804 estabeleceu que “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur*”. Como se infere facilmente, a legislação francesa refletiu o modo de pensar liberal da burguesia, que pregava a incoercibilidade da vontade humana como algo quase sagrado.

Nessa época, a sociedade francesa saía de um período de grande opressão estatal, de dominação monárquica, por isso tanto aspirava à redução do intervencionismo em seus mais variados quadrantes, fundada na consagração do valor da liberdade, que consistiu num dos pilares da revolução francesa, com inequívocos reflexos no modelo executivo.

O Código de Napoleão, pois, era visto como o divisor de águas entre as autoritárias práticas feudais e o iluminismo. As relações servis próprias do feudalismo, garantidas pelo Estado absolutista em parceria com a Igreja, implicavam em grave atentado e constrição à liberdade do devedor.

Na quadra atual, contudo, o novo dilema consiste em garantir a efetividade dos provimentos jurisdicionais sem desprezar as garantias do executado. Não mais corremos o risco do agigantamento do Estado como opressor das liberdades públicas, marca do início do constitucionalismo moderno, uma vez que a independência do Poder Judiciário já está plenamente consolidada, assumindo importante papel não apenas de garantidor

5 JOHN P. DAWSON refere-se, inclusive, a um caso em que um tribunal francês cominou pena de multa e prisão para a violação de um acordo envolvendo habitantes de uma comunidade e o seminário de Reims a respeito do corte de árvores em suas terras (“Specific performance in France and Germany”, p. 507).

destas liberdades mas também de efetivador dos direitos novos que exigem uma prestação estatal para superar as desigualdades entre os indivíduos.

Justamente para garantir esses novos direitos e assegurar todos os demais que não se resumem a uma relação creditícia é que o processo deve ser dotado de instrumentos adequados e eficazes no sentido de proporcionar ao requerente tudo aquilo quanto a fruição de seu direito lhe proporcionaria caso não houvesse a intervenção judicial⁶.

Recentemente, mesmo nos países que conferiram extrema importância à liberdade do devedor, a tendência ao fortalecimento dos meios coercitivos tem sido notada. Eis o caso da França e da Itália.

Na França, houve longo período de discussão acerca da natureza das astreintes, particularmente sobre o seu caráter indenizatório ou puramente coercitivo.

Inicialmente, as astreintes eram aplicadas pelo Poder Judiciário francês sem respaldo legal, o que atraiu acerbas críticas que levaram a jurisprudência daquele país a conferir-lhe um caráter indenizatório consentâneo com as perdas e danos provocados pelo descumprimento da decisão (*dommages-intérêts*)⁷. Considerou-se que seu valor deveria ser limitado ao ressarcimento do dano e sua fixação consistia numa espécie de adiantamento da indenização final. Entretanto, consoante não se tardou a perceber, esse entendimento acabou por frustrar sua principal finalidade

6 Esse adágio vem desde CHIOVENDA (*Instituições de direito processual civil*, p. 87). Entre nós, BARBOSA MOREIRA efetuou derivação deste princípio, em aplicação específica ao processo de execução, ao estabelecer o princípio da máxima coincidência entre a prestação da tutela jurisdicional e o cumprimento da prestação reclamada (“Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais”, p. 215 e ss.).

7 Embora os valores apurados a título de astreinte fossem compreendidos como indenização, e não como penalidade, em virtude da falta de previsão legal, havia espaço para que os tribunais, secundados pela doutrina, embutissem, nesta rubrica, o montante devido como danos morais pelo descumprimento da decisão judicial (DAWSON, “Specific performance in France and Germany”, p. 522).

de como medida coercitiva – evitar a recalcitrância –, na medida em que não exercia qualquer poder admoestatório sobre o devedor da obrigação⁸.

Entretanto, a Corte de Cassação reconheceu o fundamento diverso das astreintes, em decisão pioneira de 1959⁹, desvinculando-as do dever de indenizar o dano, o que repercutiu em notável evolução do instituto, posto que o dotou de aptidão para incutir no devedor temor em descumprir a decisão. Essa posição foi basicamente ancorada em fundamentos similares ao *contempt of court*, particularmente o inerente e implícito poder das cortes judiciais de zelarem pelo cumprimento de suas decisões.

Os reiterados precedentes que se sucederam acarretaram finalmente o seu reconhecimento legal em 1972 (Lei 72-626) e, posteriormente, em 1991 (art. 34 da Lei 91-650). Tais normas tiveram a virtude de preservar as recentes e bem delineadas interpretações conferidas pela jurisprudência francesa às astreintes, dotando de maior eficácia o meio executivo, uma vez que seu instrumento principal fora desvinculado do dever de reparar o prejuízo e relacionado ao sancionamento da desobediência da ordem judicial¹⁰.

8 Nesse sentido: SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 376; DAWSON, “Specific performance in France and Germany”, p. 515-516.

9 “Mais attendu qu'en décidant que l'astreinte provisoire, mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts, et qui n'est en définitive qu'un moyen de vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation, n'a pas pour objet de compenser le dommage né du retard, et est normalement liquidée en fonction de la gravité de la faute du débiteur récalcitrant et de ses facultés, la Cour d'appel, dont l'arrêt est motivé, a légalement justifié sa décision”. Em tradução livre: “Considerando procedentes os termos do decidido, no sentido de que uma astreinte provisória deve ser considerada distinta da reparação dos danos apurados, já que, em última análise, aquela medida não se destina a compensar os danos decorrentes do atraso ao cumprimento da decisão, mas deve relacionar-se à gravidade do comportamento recalcitrante do réu, daí porque temos como suficientemente justificada a imposição da multa pela Corte recorrida.” (Corte de Cassação, 1ª Câmara Civil, 57-10.110, 20 de outubro de 1959).

10 PERROT, “La coercizione per dissuasione nel diritto francese”, p. 668.

Bastante influenciada pelos princípios iluministas franceses, particularmente pela autonomia da vontade, a Itália careceu por muito tempo de instrumentos coercitivos gerais para tutela dos direitos. Assim foi concebido o conceito moderno de condenação relacionado à tutela eminentemente reparatória atrelada ao pressuposto do dano e conectada ao processo de execução para obtenção de créditos¹¹. Forte nessas concepções liberais, o processo civil italiano foi bastante relutante quanto à adoção de mecanismos gerais de coerção. Até pouco tempo, a tutela inibitória era restrita a certos direitos específicos previstos na legislação especial, tais como o direito da concorrência, os direitos autorais, da personalidade e do consumidor etc.

A lacuna normativa veio a ser preenchida finalmente com a Lei n. 69/2009, que fez incluir no CPC italiano o art. 614-*bis*, o qual regula as obrigações de fazer infungíveis e as de não fazer. Esse dispositivo instituiu uma astreinte genérica para auxiliar no cumprimento de obrigações de conduta.

Vale destacar algumas características da novel medida coercitiva italiana. Em primeiro lugar, a astreinte está atrelada a um provimento que determina que algo seja feito ou deixado de fazer, sendo um instrumento acessório da concretização desse comando judicial, daí porque a doutrina peninsular assinala que se a decisão final der pela improcedência da pretensão autoral, a multa não poderá mais ser cobrada e aquilo que fora pago deverá ser ressarcido¹². Outrossim, tal instrumento de coerção não

11 “L’ordinamento qui appare orientato verso una valutazione che si potrebbe definire di costi e benefici. Il costo del sacrificio (attuale) della libertà di iniziativa del soggetto appare maggiore (e quindi scarsamente giustificabile) a fronte del beneficio (in termini di relativa sicurezza) che ne riceve il soggetto su cui pende la minaccia della lesione. Valutando dunque l’uno e l’altro, l’ordinamento si potrebbe rifiutare di somministrare in via *generalizzata una tutela preventiva*.” (DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, p. 145).

12 TARUFFO et al., *Lezioni sul processo civile*, p. 359; BOVÉ, “La misura coercitiva di cui all’art. 614-bis cpc”, p. 790.

se destina a sancionar o ato de insubordinação ao juiz, tal qual o *contempt of court*, mas simplesmente a induzir o executado a cumprir a decisão¹³.

Em segundo lugar, consoante o art. 614-*bis*, *in fine*, “o juiz determinará o montante da quantia primeiramente referida (a multa) tendo em conta o valor da causa, a natureza do benefício, dos danos quantificados ou previsíveis ou qualquer outra circunstância útil”¹⁴. Neste sentido, já é possível intuir um enfraquecimento da medida coercitiva, pois está atrelada mais ao suposto dano do que à própria importância da obrigação a ser cumprida, ensejando que muitos direitos destituídos de conteúdo econômico restem à mercê de violação diante da escassez de parâmetros para a quantificação da astreinte.

Outro ponto negativo dessa disposição reside na falta de previsão expressa da medida coercitiva para garantir o cumprimento dos provimentos cautelares e/ou antecipatórios, deixando sem reforço idôneo a execução provisória de tais medidas, mesmo quando fundados na urgência. Embora haja certa controvérsia quanto a isso por parte da doutrina italiana¹⁵, cremos que a redação literal do preceito não permite a interpretação extensiva para incluir, além da sentença condenatória, provimentos antecipatórios ou cautelares.

2 A IMPORTÂNCIA DOS MEIOS COERCITIVOS PARA A EFETIVA TUTELA DOS DIREITOS

Na quadra atual, não se concebem mais provimentos judiciais que atendam apenas ao reconhecimento dos direitos violados, sem maio-

13 CHIZZINI et al., *La riforma della giustizia civile*, p. 152.

14 “Art. 614-*bis* [...] Il giudice determina l’ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile”.

15 Em sentido favorável: BOVÉ, “La misura coercitiva di cui all’art. 614-bis cpc”, p. 784. Em sentido contrário: CHIZZINI et al., *La riforma della giustizia civile*, p. 146.

res preocupações quanto à sua eficácia. A ordem jurídica eficaz e justa implica que a tutela jurisdicional proporcione ao requerente tudo aquilo que a fruição de seu direito lhe aprouver, sem que haja a intervenção judicial.

São necessárias, por conseguinte, tutelas executivas adequadas ao cumprimento de todas as modalidades de obrigações, de forma a proporcionar ao titular do bem jurídico tutelado um resultado o mais rente possível à voluntária observância da norma jurídica violada pelo réu. Diante disso, infere-se a fragorosa insuficiência de um modelo processual executivo que deságua unicamente na execução patrimonial para transformação em dinheiro¹⁶.

Justamente nesse contexto, figuram diversos direitos inalienáveis cuja tutela foge do tradicional processo executivo para excussão de créditos, tais como os relacionados à personalidade ou aqueles caracterizados pela dispersão dos titulares, a exemplo do direito ao meio ambiente hígido, à saúde, à educação e à segurança, que, por seu turno, reclamam o cumprimento de obrigações de fazer por parte do poder público.

Diante disso, tais direitos geralmente não podem ser efetivados por meio das tradicionais técnicas sub-rogatórias para obtenção do ressarcimento pecuniário, mediante as quais o Poder Judiciário invade o patrimônio do executado e entrega dinheiro ao credor. Ao invés, esses direitos dependem de condutas que geralmente só podem ser cumpridas pelo obrigado, daí a importância das técnicas processuais de coerção previstas no art. 461 do CPC e no art. 84 do CDC (arts. 536, § 1º, e 537, ambos do novo CPC).

Portanto, resta claro que os meios coercitivos exercem um papel fundamental para a completa tutela dos direitos, já que funcionam como

16 MICHELE TARUFFO averba que “o reconhecimento da falta de uma tutela efetiva num setor de obrigações e de direitos, cuja importância civil e social é bastante significativa nas sociedades ditas ‘evoluídas’, é algo que cria um embaraço, também do ponto de vista da atuação das garantias fundamentais a uma tutela jurisdicional efetiva.” (“A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos”, p. 85).

indução do cumprimento de obrigações de fazer e não fazer relacionadas à efetivação de direitos essenciais em nossa sociedade¹⁷.

As astreintes destacam-se entre os meios coercitivos por serem aplicadas às diversas espécies de obrigações, estando atreladas às decisões mandamentais, que determinam que alguma conduta positiva ou negativa seja adotada pelo réu. Ao lado destas espécies de decisão, fechando o sistema de tutela de direitos não patrimoniais, figuram as tutelas executivas *lato sensu*, que dispensam qualquer atividade por parte do réu, porquanto o juiz realiza independentemente da vontade do réu a prestação capaz de satisfazer a tutela almejada pelo autor, adotando medidas substitutivas da conduta almejada com efeitos similares, seja expedindo mandado de busca e apreensão de coisa certa, seja determinando a interdição de certa atividade mediante a requisição de força policial etc.

Em decorrência dessa função instrumental, a astreinte pode ser imposta de ofício (art. 461, § 4º, do CPC/1973) e deve ser fixada em patamar capaz de constranger ou induzir o réu a cumprir o comando. Por isso mesmo, ela deve ser arbitrada consoante as condições particulares do réu: quanto maior sua fortuna, maior deverá ser o valor, sob pena de se tornar ineficaz. Esses predicados possibilitam, ademais, o ajuste da multa às circunstâncias e variações surgidas no decorrer do processo se o juiz verificar que não surtiu o efeito preordenado, ou mesmo reduzi-la se aparentar excessiva, independentemente de pedido do autor (art. 461, § 6º, do CPC/1973).

17 A propósito, um dos autores desse estudo já assinalou, quanto à execução de decisões judiciais sobre políticas públicas, o seguinte: “a ordem constitucional exige do Estado um permanente dever de adotar posturas específicas e almejar resultados para atendimento das necessidades sociais, reclamando da ciência processual instrumentos adequados para que as decisões judiciais sejam cumpridas sem interferências indevidas ou procrastinações, que comumente ocorrem quando o poder público é demandado. Como não poderia ser diferente, o imperativo da efetividade da tutela jurisdicional deve ter em consideração a particularidade destes direitos e as tutelas adequadas para sua satisfação.” (MENDONÇA, *A construção consensual das soluções para as controvérsias sobre políticas públicas*, no prelo).

3 O DESTINATÁRIO DO CRÉDITO DA MULTA

Durante a vigência do CPC/1973, muito já se discutiu sobre a quem pertence o crédito resultante da multa, uma vez que o referido diploma não aponta seu destinatário. A questão foi superada no novo Código de Processo Civil, cujo art. 537, § 2º, preconiza que a multa será devida ao exequente.

Vale registrar que, quanto à tutela coletiva, desde o Decreto n. 1.306/1994 (art. 2º, V), que regulamenta o art. 13 da Lei n. 7.347/1985 (LACP), instituidor do Fundo dos Direitos Difusos, há previsão expressa do destinatário das astreintes. Referido preceito previu que a multa deverá reverter a esse fundo, harmonizando-se com a especificidade de que, na tutela coletiva, o autor da demanda não é o titular do direito posto em litígio, mas apenas um legitimado que representa os titulares dispersos e fluídos.

SÉRGIO CRUZ ARENHART entende que o proveito da multa deve reverter ao Estado e não ao autor, pois este meio coercitivo tutela a respeitabilidade das decisões judiciais, coerente com seu entendimento de que ele não tem qualquer relação com o resultado final da demanda¹⁸.

Um pouco diversamente, embora concordando que essa solução seja a mais ajustada às finalidades da astreinte, MARCELO LIMA GUERRA registra que, diante da falta de previsão expressa quanto à sua destinação, deve-se seguir analogicamente o disposto no art. 601 do CPC/1973, que dirige o produto da multa sancionatória do *contempt of court* à parte¹⁹.

18 *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 375. Em sentido similar: MARINONI, *Tutela inibitória: individual e coletiva*, p. 188.

19 O processualista cearense assinala, todavia, que atribuir a multa ao Estado pode suscitar alguns problemas e entraves à plena eficácia do meio coercitivo, pois dissociaria a legitimidade da cobrança do interesse direto no cumprimento da decisão judicial, que recai sobre o autor da demanda (*Execução indireta*, p. 209-210).

A doutrina majoritária, contudo, preconiza que os valores provenientes das astreintes devem ser atribuídos ao autor da demanda²⁰, sem embargo do destaque da preocupação com a antinomia dos princípios em conflito: a efetividade dos provimentos judiciais – aparentemente maior quando se atribui o crédito da multa ao exequente da medida – e a vedação de enriquecimento indevido, considerando que o mesmo exequente será beneficiado injustamente em situações em que a multa gerar um crédito superior ao proveito obtido pelo cumprimento da obrigação²¹.

Saber a quem se destina a multa parece ser mais do que uma questão de política legislativa, pois se relaciona à potencial eficácia do instrumento coercitivo. Nos diversos ordenamentos alienígenas percebe-se uma destinação diversa ao produto das astreintes, uns deferindo o seu crédito ao autor, outros atribuindo-o ao Estado por considerarem que o interesse em ver cumpridas as decisões judiciais é preponderantemente seu.

No direito francês, que constituiu base de inspiração de muitos dos sistemas de *Civil Law*, a multa é devida ao autor na condição de credor da obrigação principal, sendo esta sistemática, todavia, duramente criticada pela doutrina, que a vê como fonte de enriquecimento indevido da parte. Essa característica motivou os juízes franceses a reduzirem a multa e, via de consequência, enfraquecerem a eficácia desse meio de coerção²².

No direito português, malgrado a forte influência francesa, atribui-se o crédito decorrente da multa coercitiva em parte ao autor e em parte ao Estado, com base na previsão do art. 829-A, n° 3, do Código Civil português²³. Por seu turno, no direito alemão, ele destina-se ao Es-

20 TALAMINI, *Tutela relativa às obrigações de fazer e não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84, p. 257; SHIMURA, *Nova reforma processual civil*, p. 345.

21 Essa perplexidade foi bem debatida por AMARAL (*As astreintes e o processo civil brasileiro*, p. 238-242).

22 PERROT, “La coercizione per dissuasionem nel diritto francese”, p. 668.

23 JOÃO CALVÃO DA SILVA assinala que essa solução teve em mira conjugar o favore-

tado, apesar de ser cobrado pelo credor da execução da obrigação principal, tal qual um substituto processual²⁴.

Por sua vez, no direito italiano, que recentemente previu a multa como instrumento de coerção geral (art. 614-*bis* do CPC italiano), há o entendimento pacífico de que o produto da medida coercitiva deve beneficiar o credor da obrigação principal, e não o Estado, mesmo diante da ligação histórica do direito italiano com o francês²⁵.

A questão é da maior importância quanto à efetividade da medida coercitiva. Embora não se desconheça que o Estado-Juiz tem interesse direto no cumprimento de suas decisões, não se pode negar que o maior interessado seja realmente o autor da demanda, a quem compete, no plano concreto, o proveito auferido pela realização da obrigação principal. Por conseguinte, em competindo ao autor o produto da astreinte, será maior sua diligência quanto à cobrança dos valores, resultando diretamente em incremento na eficácia do instrumento coercitivo²⁶.

Para evitar o enriquecimento indevido do autor da demanda, o juiz adotará cautelas na fixação da multa a fim de evitar que seu *quantum* atinja um valor muito alto. Ocorre que essa cautela poderá retirar a característica mais importante deste instrumento coercitivo: o seu poder de constranger o devedor²⁷. Figure o caso do devedor de grandes posses, como os grandes conglomerados empresariais, ou mesmo o Poder Públi-

cimento ao respeito das decisões judiciais e induzir o cumprimento das obrigações (*Cumprimento e sanção penuniária compulsória*, p. 445).

24 GOLDSCHMIDT, *Direito processual civil*, p. 355.

25 BOVE, “La misura coercitiva di cui all’art. 614-bis c.p.c.”, p. 789.

26 “Sendo o crédito da multa titularizado pelo autor, este pode utilizá-lo em eventual composição com o adversário. O demandante pode abrir mão total ou parcialmente, de receber o montante decorrente da multa, em transação cuja contrapartida seja o cumprimento pelo réu do dever de fazer ou de não fazer [...]” (TALAMINI, *Tutela relativa às obrigações de fazer e não fazer*, p. 258).

27 STJ, 4.^a T., REsp 422.966/SP, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23.9.2003.

co, que podem resistir em cumprir decisões judiciais enquanto a multa não superar a casa dos milhares de reais.

Pensamos, por isso, que a opção no novo CPC não é a mais adequada e que o modelo português seja aquele que melhor concilia os princípios em conflito – a efetividade do provimento jurisdicional *versus* a vedação do enriquecimento ilícito –, na medida em que possibilita ao juiz fixar a multa num patamar capaz de induzir o réu a comportar-se de acordo com sua decisão, sem preocupar-se em enriquecer indevidamente o exequente. Vale atentar que a proposta do anteprojeto do Código de Processo Civil era ainda melhor, uma vez que preconizava que o montante que sobejasse ao valor equivalente ao da obrigação principal reverteria em prol do Estado²⁸.

4 EFICÁCIA IMEDIATA DA MULTA E EFETIVIDADE DA TUTELA

A exigibilidade da multa consiste na identificação do momento a partir do qual ela poderá ser cobrada judicialmente. Também com relação a esse aspecto, diverge a doutrina entre a possibilidade de se executar o crédito decorrente da multa assim que for exequível a decisão que a comina ou se tal é admissível apenas no final do processo, quando a decisão de mérito não puder mais ser revertida.

Durante a vigência do CPC/1973, diante da sua lacuna, os processualistas procuraram a solução mais consentânea com o regime jurídico da medida coercitiva, inclusive sua finalidade. Registramos, contudo, que algumas das leis processuais extravagantes já faziam opção expressa

28 Na redação do anteprojeto de CPC, consoante o então PL n. 8.046/2010 da Câmara (PL n. 166/2010 do Senado): “Art. 522 [...] § 5º O valor da multa será devido ao exequente até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa. § 6º Sendo o valor da obrigação inestimável, deverá o juiz estabelecer o montante que será devido ao autor, incidindo a regra do § 5º no que diz respeito à parte excedente”.

pela execução da multa somente após o trânsito em julgado do processo, como é o caso do art. 12, § 2º, da LACP, o que é repetido por outra lei especial do microsistema da tutela coletiva, a Lei n. 8.069/1990, em seu art. 213, § 3º.

LUIZ GUILHERME MARINONI entende que a multa deverá ser exigida apenas com a impossibilidade de reversão da decisão final de mérito, é dizer somente com o trânsito em julgado do processo, quando a decisão favorável ao autor tornar-se imutável. Esse jurista baseia suas conclusões no caráter acessório da multa, o que implica dizer que sua cobrança no decorrer do processo pode gerar uma situação de iniquidade se a decisão final vier a demonstrar que o autor beneficiado pela cobrança não tinha razão. Conclui que a função intimidatória da multa não está na possibilidade de sua cobrança imediata, mas sim na sua simples imposição e na eventualidade de sua exigência futura²⁹.

GUILHERME RIZZO AMARAL³⁰ e EDUARDO TALAMINI³¹ admitem, em tese, que a astreinte seja cobrada antes do trânsito em julgado na forma da execução provisória (art. 475-O do CPC). A diferença entre ambos os processualistas está em que o primeiro não admite, na prática, a execução provisória da multa por entender que não haveria substrato fático que justificasse a urgência, um dos requisitos para tal modalidade executiva, particularidade não observada pelo segundo.

SÉRGIO CRUZ ARENHART, por sua vez, apresenta posição bastante divergente no sentido de que as astreintes cumprem papel autônomo com relação ao destino final da ação. A multa teria a função de resguardar a autoridade da decisão judicial, tal qual o instituto do *contempt*

29 MARINONI resume que a eficácia da multa como instrumento de coerção nada tem a ver com o momento em que pode ser cobrada, apenas com a possibilidade de sua cobrança (*Tutela específica*, p. 109).

30 *As astreintes e o processo civil brasileiro*, p. 263.

31 *Tutela relativa às obrigações de fazer e não fazer*, p. 254.

of court anglo-americano, daí porque seria exigível com a preclusão do prazo para impugnação da sentença ou decisão liminar que ela visa garantir, não sofrendo qualquer interferência na sua eficácia ou validade em virtude da decisão final que negar razão ao autor³². Com base nessas premissas, defende que a execução da multa não é provisória, mas sempre definitiva, pois independente do sucesso da pretensão autoral³³.

Pensamos que a premissa que deve permear esse debate parte da compreensão de que a efetividade da tutela dos direitos – especialmente daqueles despidos de conteúdo econômico – depende decisivamente da eficácia das medidas coercitivas.

Vedar a execução da multa antes do trânsito em julgado, admitindo-se sua cobrança apenas se e quando o autor da demanda for vitorioso após o seu trânsito em julgado, implica esvaziar seu poder coercitivo, na medida em que possibilita ao réu estabelecer uma equação relativa ao custo-benefício quanto a cumprir ou não a decisão provisória, ante a expectativa de sua reversão ao final do processo³⁴.

Se, por um lado, não parece adequada a solução de se conferir autonomia à multa com relação à pretensão de direito material – haja vista não se poder deixar de levar em conta seu caráter acessório e a natureza de meio coercitivo –, por outro lado, condicionar sua cobrança ao trânsito em julgado do processo implica simplesmente não levar em conta o risco

32 *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 370-372.

33 *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 381.

34 Nesse particular, não há como se deixar de aderir a um dos argumentos de SÉRGIO CRUZ ARENHART: “Outro entendimento resultaria na abertura de perigosa válvula para o descumprimento de qualquer meio coercitivo imposto em termos provisórios. A parte, a quem incumbe o cumprimento da ordem, sabendo ser ela passível de mudança com a sentença, não tem estímulo para o cumprimento voluntário da ordem, já que: em cumprindo, não terá nenhum benefício; em não cumprindo, sujeita-se à sorte de suas alegações no processo e à eventualidade de sucesso em sua defesa. Põe-se por terra todo o esforço do jurista no intuito da efetividade do processo.” (*Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 373).

que corre a pretensão substancial caso o réu deixe de sofrer constrangimento efetivo e atual sobre sua esfera pessoal.

Nesse aspecto, registramos que, diversamente do que habilmente argumenta GUILHERME RIZZO AMARAL, não há que se falar necessariamente em urgência para fundamentar a execução provisória da multa nas ações que visam efetivar direitos sem conteúdo patrimonial, na medida em que o propósito do instituto da execução provisória não é tutelar exclusivamente as situações de urgência (função cautelar), uma vez que é possível também antecipar a produção dos efeitos que a tutela final proporcionaria com base na evidência do direito (art. 475-O, § 2º, II)³⁵. Destacamos que a tutela de evidência – já consagrada em procedimentos especiais tais como as ações possessórias – finalmente é trazida de forma geral para o procedimento comum a partir do novo CPC³⁶.

Em verdade, o risco de ineficácia do provimento final já compõe o fundamento da decisão que antecipa os efeitos da tutela em forma de liminar ou na sentença, pressuposto para se executar provisoriamente a multa. Mas ainda que se fosse falar em urgência, segundo pensamos, ela estaria presente justamente na situação de risco que resulta da própria falta de efetividade do meio coercitivo empregado para atender o direito resguardado³⁷.

35 ARRUDA ALVIM et al., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 730.

36 O novo CPC preconiza o seguinte: “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

37 LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 279 e 368.

Explicamos: se a multa for despida de efeito coercitivo atual e presente, mas apenas diferido e eventual, sua sistemática colocará em risco o próprio direito material, pois – repita-se – possibilitará ao réu a escolha entre cumprir o provimento mandamental ou descumpri-lo, sob a confiança de poder revertê-lo no final, ou mesmo adotar uma postura procrastinatória no processo.

Felizmente o novo Código de Processo Civil aderiu expressamente a essa tendência da pronta eficácia da decisão que fixa a multa. Nos termos do art. 537, § 3º, do novo CPC, “a decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.042”.

Por conseguinte, o novo diploma concilia a pronta efetividade da tutela jurisdicional fortalecendo seu principal mecanismo de coerção, uma vez que permite atos de constrição do patrimônio do devedor da obrigação de fazer ou não fazer, mas impede, via de regra, a fruição desses valores pelo credor, na medida em que devem permanecer depositados em juízo até o trânsito em julgado³⁸.

Note-se, contudo, que o novo CPC abre uma exceção, ao permitir a execução definitiva da multa quando a decisão a respeito da pretensão autoral tiver escassas probabilidades de ser revertida, porque baseada em decisão de inadmissão de recursos especial e extraordinário propostos pelo requerido, privilegiando essa forma de tutela de evidência.

38 A propósito, extrai-se da exposição de motivos do novo CPC o seguinte: “Como regra, o depósito da quantia relativa às multas, cuja função processual seja levar ao cumprimento da obrigação *in natura*, ou da ordem judicial, deve ser feito logo que estas incidem. Não podem, todavia, ser levantadas, a não ser quando haja trânsito em julgado ou quando esteja pendente agravo de decisão denegatória de seguimento a recurso especial ou extraordinário. Trata-se de uma forma de tornar o processo eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material” (fl. 5).

Aqui, mais uma vez, vale registrar que a execução provisória da multa deve ter como princípio a responsabilidade objetiva, pois o Estado não pode, ao final das contas, atribuir direito a quem não o tinha³⁹. Consoante destacamos, a multa deve ser eficaz para dissuadir ou estimular condutas, cumprindo o papel de garantir a obediência à ordem judicial, mas deve seguir a lógica de que o provimento acessório depende do principal, que declarará com a força de coisa julgada o direito das partes.

Dessa forma, o valor depositado em conta judicial deve ser liberado para o réu se ele tiver razão ao final do processo. Se chegar a ser levantado, como permite excepcionalmente a sistemática do novo CPC, ele deverá ser restituído ao réu com a devida correção.

5 CONCLUSÃO

O novo CPC inovou positivamente ao regular a execução provisória da multa de maneira simples e eficiente, conferindo efetividade aos provimentos que determinam o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer.

A funcionalidade e simplicidade desta disposição consiste justamente no depósito judicial do crédito da multa, executado provisoriamente até que a decisão sobre a controvérsia principal transite em julgado, evitando multiplicação indevida de demandas que busquem o ressarcimento perante o credor de valores já havidos depois de a solução

39 Vale registrarmos a lição de TARUFFO, LUIGI PAOLO e CORRADO FERRI: “Chi ritiene che la misura coercitiva non è dovuta per la mera violazione del comando giudiziale, sostiene che la riforma della misura coercitiva sarebbe inidonea ad incidere sul passato, sicchè dovrebbero rimanere fermi gli effetti già prodotti. Ma questa tesi non può essere seguita, atteso che trascura che essenziale presupposto della misura coercitiva è la sua fondatezza, anche perchè altrimenti verrebbero in larga misura vanificati il significato, il valore e la funzione dei mezzi di impugnazione: in conclusione, pertanto, si deve ritenere che la riforma del provvedimento contenente la misura coercitiva, incide anche sugli effetti *medio tempore* prodotti dalla misura coercitiva medesima.” (*Lezioni sul processo civile*. Procedimenti speciali, catelari ed esecutivi, p. 359).

final da lide demonstrar que o executado tinha razão. A única hipótese em que será possível, em tese, a repetição de valores pagos na execução provisória consistirá no levantamento do valor relacionado à tese contra a qual foram inadmitidos recursos especial e extraordinário (art. 537, § 3º, novo CPC).

Ao nosso ver, o único ponto a merecer reparos é a destinação da multa ao credor da obrigação principal, pois poderá prejudicar a fixação das astreintes em patamar expressivo o suficiente para constringer o obrigado a cumprir o preceito judicial. Uma solução similar ao modelo português certamente traria mais benefícios, já que equaciona a efetividade da tutela com a vedação do enriquecimento indevido.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

ARRUDA ALVIM, José Manoel; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: _____. *Temas de direito processual civil*, 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOVÉ, Mauro. La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis cpc. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè editore, n. 3, p. 781-793, set. 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CHIZZINI, Augusto; BALENA, Giampiero; CAPONI, Remo; MENCHINI, Sérgio. *La riforma della giustizia civile*. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009. Torino: Utet, 2009.

DAWSON, John P. Specific performance in France and Germany. *Michigan Law Review*, v. 57, n. 4, p. 495-538, feb. 1959.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000.

MANDRIOLI, Crisanto. *L'esecuzione forzata in forma specifica, l'azione esecutiva*: premesse e nozioni generali. Milano: A. Giuffrè, 1953.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 5. ed. São Paulo: RT, 2012.

MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. *A construção consensual das soluções para as controvérsias sobre políticas públicas*. 2015. No prelo.

PERROT, Roger. La coercizione per dissuasione nel diritto francese. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, lug.-set. 1996.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Nova reforma processual civil*. São Paulo: Método, 2003.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa às obrigações de fazer e não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: RT, 2001.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 59, p. 72-94, jul. 1990.

_____; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lezioni sul processo civile*. Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi. 5. ed. v. II. Bologna: Il Mulino, 2011.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior

1 Introdução. 2 O Direito pós-moderno. 3 Patrimônio público: conceito e especificidades. 3.1 Interesse público primário e interesse público secundário. 4 O Ministério Público e o novo CPC. 5 A defesa do patrimônio público e o novo CPC. 5.1 Aspectos gerais sobre a defesa do patrimônio público no CPC de 2015. 5.2 Aspectos específicos sobre a defesa do patrimônio público no CPC de 2015. 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, deu origem ao novo Código de Processo Civil (CPC)¹, na sequência de profícuos debates legislativos ocorridos no Congresso Nacional a partir do ano de 2010².

Cuida-se de texto normativo inspirado nas disposições democráticas, pluralistas e pós-modernas da Constituição de 1988; por essa razão, aponta desde logo o seu respectivo art. 1^º que o processo civil será “orde-

1 O art. 1.045 estabeleceu a vigência do Código depois de passado 1 (um) ano, a contar da data de sua publicação oficial, a qual aconteceu no Diário Oficial do dia 17 de março de 2015. Por sua vez, o art. 1.046 dispôs que, ao entrar em vigor o Código, aplicam-se suas prescrições desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

2 O então senador da República José Sarney (PMDB/AP) foi o autor da proposição que originou o Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010, o qual, em seguida, foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde tomou forma no Projeto de Lei n. 8.046, de 2010; o Senado Federal, enfim, apreciou a matéria como instância revisora, por meio do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010, e, em 25 de fevereiro de 2015, enviou a matéria à sanção.

3 Doravante, a menção a artigos será, sempre, dirigida àqueles do novo CPC, salvo quando expressamente o texto indicar o contrário.

nado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil⁴.

Fundado em tais concepções e na premência de efetividade normativa⁵ é que este artigo dissertará, inicialmente, sobre aspectos filosóficos, sociológicos e relativos à teoria do Direito, os quais serão a base necessária para a análise das sutilezas relacionadas à defesa do patrimônio público no âmbito do novo CPC⁶, aí incluída a necessária participação do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica.

2 O DIREITO PÓS-MODERNO

A Idade Contemporânea fez surgir o conceito de Modernidade, centrado em soluções uniformes para os mais variados aspectos da vida social, de modo a serem obtidas estabilidade, segurança e certeza⁷. BAUMAN⁸, sobre o tema, aduz:

4 Eis, portanto, o expressar da constitucionalização do Direito Processual Civil (filtragem constitucional), consistente em que “toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados” (BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, p. 387). SILVA (*A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 48-49) leciona, ademais, que os efeitos da constitucionalização são (1) a “unificação da ordem jurídica” (consistente no fato de as normas constitucionais tornarem-se o fundamento comum dos diversos ramos do direito e na consequência de que fica relativizada a distinção entre direito público e direito privado) e (2) a “simplificação da ordem jurídica” (uma vez que posiciona a Constituição como a norma de referência do ordenamento jurídico).

5 Considerada efetividade como a necessidade de a norma jurídica, para além de ser vigente e válida, desencadear mudança e melhoria no meio social no qual se insere; efetividade, portanto, no sentido de concretização social do comando normativo, de sua “força operativa no mundo dos fatos” (BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, p. 84).

6 Diga-se, ainda, que se optou por realizar análise prospectiva do novo *Codex*, de forma que não se fará qualquer correlação entre o atual CPC e o revogado, exceto quando for estritamente necessário à perfeita compreensão do tema abordado.

7 Os reflexos desse ideário fizeram-se sentir na hermenêutica e na linguagem jurídica, na medida em que não se dissocia e não deixa de ser reflexo da sociedade na qual se insere.

8 BAUMAN, *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*, p. 18.

A visão tipicamente moderna do mundo é a de uma totalidade em essência ordenada; a presença de um padrão desigual de distribuição de probabilidades possibilita um tipo de explicação dos fatos que – se correta – é, ao mesmo tempo, uma ferramenta de predição e (se os recursos exigidos estiverem disponíveis) de controle. Esse controle (“domínio da natureza”, “planejamento” ou “desenho” da sociedade) é quase de imediato associado à ação de ordenamento, compreendida como a manipulação de probabilidades (tornando alguns eventos mais prováveis, outros menos prováveis). Sua efetividade depende da adequação do conhecimento da ordem “natural”.

Deu-se, no entanto, que uma série de acontecimentos importantes e seminais gerou necessária e incontornável mudança dos paradigmas nos quais se assentava a Modernidade.

De fato, o crescimento industrial progressivo, a imprevisão das consequências e dos impactos gerados pela crescente intervenção humana no meio ambiente, o elevado desenvolvimento científico da Física, a deflagração de duas grandes guerras mundiais, a derrocada do imperialismo colonial com o correlato nascimento de novos Estados e, de resto, o fenômeno da globalização evidenciaram duas características fundamentais da sociedade ocidental dos dias atuais: a ambivalência⁹ e a incerteza¹⁰.

9 A respeito da ambivalência, sintetiza BAUMAN (*Modernidade e ambivalência*, p. 9): “A ambivalência, possibilidade de conferir a um objeto ou evento mais de uma categoria, é uma desordem específica da linguagem, uma falha da função nomeadora (segregadora) que a linguagem deve desempenhar. O principal sintoma de desordem é o agudo desconforto que sentimos quando somos incapazes de ler adequadamente a situação e optar entre ações alternativas. É por causa da ansiedade que a acompanha e da consequente indecisão que experimentamos a ambivalência como desordem – ou culpamos a língua pela falta de precisão ou a nós mesmos por seu emprego incorreto. E no entanto a ambivalência não é produto da patologia da linguagem ou do discurso. É, antes, um aspecto normal da prática linguística”.

10 BAUMAN (*Tempos líquidos*, p. 7-10) também se empenhou em detalhar ditas características e reflexos da sociedade contemporânea.

Desde então, deixou de ser lugar comum a conclusão segundo a qual haveria, ou deveria haver, um necessário grau de segurança, certeza e estabilidade nas relações do homem com seus semelhantes e com o mundo que o circunda.

Nesse sentido, HARVEY indica a superação da Modernidade ao afirmar que os discursos atuais caracterizam-se pela fragmentação, indeterminação e intensa desconfiança, as quais se apresentam como verdadeiros marcos do pensamento pós-moderno, de modo que ficam rejeitadas as assim chamadas **metanarrativas** (interpretações teóricas de larga escala com a pretensão de aplicação universal)¹¹.

Diante desse panorama, adveio a Pós-Modernidade¹² e, com ela, a “sociedade de risco”¹³, incerta, insegura e sujeita a decisões contraditórias e conflitantes. No que toca mais diretamente à ciência jurídica, CARDOSO¹⁴ sustenta que, ao serem reconhecidos o risco e a ambivalência, abre-se a possibilidade para um direito e democracia “tolerantes, num modelo inclusivista e fraterno, deliberativo e transparente”.

11 De acordo com HARVEY (*Condição pós-moderna*, p. 19), diversos indicadores figuram como exemplos de tal mudança: (1) a redescoberta do pragmatismo na Filosofia, (2) a mudança de ideias sobre a Filosofia da Ciência, (3) a ênfase foucaultiana na descontinuidade e na diferença na história e a primazia dada por ele a correlações polimorfas ao invés da casualidade simples ou complexa, (4) novos desenvolvimentos na Matemática que acentuam a indeterminação (a exemplo da teoria da catástrofe e do caos e da geometria dos fractais), e (5) o ressurgimento da preocupação – na Ética, na Política e na Antropologia – com a validade e com a dignidade do “outro”.

12 Denominada, também, de Segunda Modernidade, Modernidade Reflexiva ou, ainda, Modernidade Tardia. O escopo do presente artigo não permite discussão sobre a Pós-Modernidade e seus fundamentos, além daquela empreendida nesta seção.

13 A expressão é de BECK (*Liberdade ou capitalismo*, p. 206).

14 CARDOSO, *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*, p. 75.

Fato é que a maneira de o Direito ser interpretado transformou-se, isto é, buscou adequar-se à sociedade e ao pensamento da Pós-Modernidade¹⁵.

Surgiu, portanto, legislação mais aberta e porosa, voltada à valorização de normas principiológicas¹⁶; o juiz passou a aplicar a percepção que possui em relação ao Direito baseado em outros paradigmas de argumentação jurídica¹⁷, de modo que sua deliberação não se resumisse ao arbítrio, ao subjetivismo e ao decisionismo¹⁸. HABERMAS¹⁹ sustenta, no ponto, a admissão de duas teses:

Em primeiro lugar, o discurso jurídico não pode mover-se autossuficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito. Em segundo lugar, a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento

15 HABERMAS resume o que se vem de expor ao aduzir que, durante os “três últimos séculos, a categoria do direito oscila, na análise do Estado e da sociedade, acompanhando os altos e baixos das conjunturas científicas” (*Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 66).

16 Tornou-se ordinário alcinhar o fenômeno de *soft law*.

17 AZEVEDO (*Aplicações do direito e contexto social*, p. 136) leciona que “não mais se alimenta a ilusão iluminista do encontro da ‘clareza e segurança jurídica absolutas através de normas rigorosamente elaboradas’ assim como do estabelecimento de uma absoluta univocidade das decisões judiciais”. A respeito de outros paradigmas para a argumentação jurídica, veja-se ALEXY (*Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*).

18 ALEXY (*Teoria dos direitos fundamentais*, p. 164-165) sustenta que o modelo decisionista, por meio do qual o juiz segue, “única e exclusivamente, suas concepções subjetivas”, deve ser contraposto e superado pelo modelo fundamentado, o qual “distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação”.

19 HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 287.

de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo.

O dever de racionalidade jurídica resulta, nessa contextura, da forma como o Direito responde aos mais diversos reclamos sociais da atualidade. Dita racionalidade, por certo, surge ao ser interpretado o sistema jurídico produzido por cada Estado ao qual, por seu turno, deve estar integrada a aludida concepção de Pós-Modernidade.

Tem-se, assim, que o ideário aterrado na estabilidade e na certeza foi criticado e questionado em razão de toda sorte de mudanças na interação humana; quanto ao particular interesse jurídico, isso representou novo olhar sobre a hermenêutica, a função da legislação e o papel do Poder Judiciário, incluídos neste último fator os mais diversos atores que nele oficiam.

O CPC de 2015 deve ser contextualizado, interpretado e concretizado à vista dessas bases e, mais ainda, diante do sentido constitucional de patrimônio, adiante explicitado.

3 PATRIMÔNIOS PÚBLICO: CONCEITO E ESPECIFICIDADES

Torna-se premente discorrer, a essa altura, sobre a amplitude do conceito de patrimônio público a partir do qual se trabalhará a aplicação pelo novo CPC. Uma vez mais, é o caso de asseverar e realçar que a Constituição de 1988 estabelece o norte e os limites para esse desiderato.

Nessa trilha, o art. 37 do Texto Constitucional está a indicar variada gama de normas relacionadas à higidez do patrimônio público. A necessidade de respeito aos princípios e regras insertos no citado dispositivo permeia a construção hermenêutica a ser empreendida durante a análise das demais normas constitucionais²⁰, no que diz respeito ao sentido de patrimônio público.

20 Merece recordação que o art. 23, I, da Constituição, indica a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a conservação do patrimônio público.

Espraia-se, portanto, o vetor de preservação do patrimônio público para além das disposições encartadas no art. 37 da Constituição, de modo a atingir a própria forma pela qual devem ser interpretadas as outras normas constitucionais.

A Carta Magna, para os mesmos fins, também dispôs que o cidadão é parte legítima para propor ação popular “que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (art. 5º, inciso LXXIII).

A Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965), por seu turno, já conceituava patrimônio público para delimitá-lo como “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (art. 1º, § 1º, com a redação dada pela Lei n. 6.513, de 20 de dezembro de 1977)²¹, antevendo ideia constitucional – abrangente e holística – sobre o tema em discussão.

Essa compleição constitucional induz à conclusão de que, ao se tratar de patrimônio público, dever-se-á ter como certo que vai além da simples distinção econômica para abarcar, então, aspectos caros ao princípio republicano²², abraçado pelo Estado brasileiro desde o art. 1º, *caput*, da Constituição.

21 Duas particularidades merecem destaque, no que toca à Lei n. 4.717/1965: a definição que apresenta deve ser analisada com as lentes da Constituição, nos moldes defendidos por este artigo; e o conceito constitucional de patrimônio público prescinde da lesividade, característica própria à ação popular.

22 Não é escopo do artigo que se realize incursão aprofundada sobre o sentido do princípio republicano. De toda maneira, faz-se importante salientar o que AGRA (*Republicanism*, p. 16) guarda como suas principais características: [...] o conceito de Republicanismo deve ser estruturado com base em um radical comum que o caracteriza. De forma bastante concisa, podemos elencar as suas principais características: a) negação de qualquer tipo de dominação, seja através de relações de escravidão, de relações feudais ou assalariadas; b) defesa e difusão das virtudes cívicas; c) estabelecimento de um Estado de Direito; d) construção de uma democracia participativa; e) incentivo ao autogoverno dos cidadãos; f) implementação de políticas que atenuem

Tem-se, assim, que o conceito de patrimônio público “não está jungido tão somente a valores de ordem econômica e patrimonial, abrangendo, de igual forma, bens de importância e interesse social”²³.

A extensão terminológica do termo “patrimônio público”, portanto, deve advir da interpretação do arcabouço normativo antes apresentado e, ademais, não pode estar dissociada da diferenciação (a seguir indicada) que se dá entre interesse público primário e interesse público secundário.

3.1 INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO

O zelo ao patrimônio público, alinhavado desde a Lei Maior, encontra-se na esfera da tutela coletiva dentro da qual é resguardado, em primeira linha (mas não de modo único), o interesse público primário.

A consequência legislativa imediata disso é a consideração de que formam um bloco de proteção do patrimônio público e social, além da já aludida Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) e a Lei da Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992).

Surge, a partir de então, a necessidade de ser realizada digressão sobre a distinção que comporta o termo “interesse público”, necessariamente integrado ao sentido de patrimônio público.

Atente-se, em primeiro lugar, que a particular noção de interesse público retrata a “manifestação de vontade social, aquilo que a sociedade deseja para si própria”²⁴, para que daí advenha a conclusão de que a

a desigualdade social, através da efetivação da isonomia substancial.

23 SOUZA, *Interesses difusos em espécie*: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa, p. 125.

24 SOUZA, *Ação civil pública e inquérito civil*, p. 3.

guarda do patrimônio público deve refletir, original e necessariamente, tal modalidade de interesse público.

É bem verdade que, de igual maneira, poderá estar presente, na hipótese de conservação do patrimônio público, o interesse público secundário²⁵, a implicar o “interesse do gestor da coisa pública”²⁶.

Ocorre que tal constatação não pode afastar a presença concomitante (necessária) do interesse público primário, o qual é, em boa parte das situações, diverso do interesse público secundário (ou seja, a vontade particular nem sempre se mostra – ou permanece – associada à vontade e aos interesses da coletividade). Torna-se premente, ainda, que o interesse público primário seja avaliado, em cada caso, de modo paralelo à análise do interesse público secundário²⁷.

É certo, por outro lado, que o CPC de 2015 cuida, em boa parte das vezes, de questões procedimentais sujeitas a transação, desistência ou renúncia e jungidas, portanto, à específica esfera de vontade das partes ou interessados²⁸.

25 A diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário encontra eco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (vejam-se, a propósito, os julgamentos proferidos no RE-AgR n. 285.716, 2ª Turma, rel. min. Joaquim Barbosa, j. em 2.3.2010, e na ADI n. 3.512, Plenário, rel. min. Eros Grau, j. em 15.2.2006) e do Superior Tribunal de Justiça (de que são exemplos os julgamentos proferidos no AASLS n. 1.955, Corte Especial, rel. min. Francisco Falcão, j. em 18.3.2015, *DJe* de 29.4.2015, e o ERESP n. 1.151.639, Primeira Seção, rel. min. Benedito Gonçalves, j. em 10.9.2014, *DJe* de 10.9.2014).

26 SOUZA, *Ação civil pública e inquérito civil*, p. 4. Poder-se-á, aqui, *mutatis mutandis*, usar a frase “interesse do particular em seus negócios privados”, de forma a adequar o sentido da oração ao teor deontológico que o CPC possui.

27 Calha dizer que o art. 345, II, do novo CPC, aponta que os efeitos da revelia não ocorrerão quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis; ademais, não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis (art. 392, *caput*).

28 Tanto é assim que o CPC de 2015, logo em seu art. 3º, §§ 1º e 2º, permite a arbitragem e exorta à solução consensual dos conflitos, o que é replicado no art. 42. Na mesma toada, o art. 139 aduz que é incumbência do juiz promover a autocom-

Em razão disso, no curso do trabalho hermenêutico em torno do novel *Codex*, haverá que ser realizada ponderação entre a necessidade de salvaguarda do patrimônio público (com o sentido primário já descrito) e o caráter disponível (voltado ao aspecto secundário) das normas procedimentais ali descritas.

O resultado dessa tarefa indicará o grau de normatividade escolhido pelo Estado brasileiro, a propósito da edição do novo CPC, bem como até que ponto passará a ser lido com as lentes da constitucionalização do processo civil, principalmente quando forem perscrutadas normas diretamente relacionadas aos interesses mais sobranceiros do Estado, onde, invariavelmente, o Ministério Público também estará a officiar.

O presente artigo levará em conta, de toda maneira, tanto os aspectos relativos ao interesse público primário quanto aqueles relacionados ao interesse público secundário, na medida em que o Código de Processo Civil contém normas que admitem a compreensão dessas duas nuanças.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O NOVO CPC

Inaugura-se a ocasião para que se façam breves comentários a respeito da atuação do Ministério Público diante do quadro normativo que se apresenta.

O fato é que a função dessa instituição no sentido de “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” (art. 129, inciso III, da Constituição) deve ser lida em conformi-

posição e, mais ainda, os arts. 165 *usque* 175 dispuseram sobre os conciliadores e mediadores judiciais, além do que, o Processo de Conhecimento fez previsão de fase específica para audiência de conciliação ou de mediação (art. 334). Por fim, a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, autorizou a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

dade com as premissas pós-modernas e com a concepção de patrimônio público, antes descritas, bem como tendo em conta a acepção indicada de interesse público – primário e secundário.

Por maior razão e fundamento, a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993²⁹, a Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993³⁰, e o próprio novo CPC devem estar orientados e reforçados por tais matrizes.

No que toca a particular interesse no CPC de 2015, os respectivos art. 176 *usque* art. 181³¹ dispuseram sobre o Ministério Público para reforçar a atuação em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis (art. 176), e o correlato exercício do direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais (art. 177).

Além disso, o novo Código elencou os processos nos quais, como fiscal da ordem jurídica, deverá a Instituição participar de maneira obrigatória (art. 178)³², assim como apresentou as regras procedimentais que daí decorrerão (art. 179).

Outras regras procedimentais foram editadas no art. 180 e, por fim, o art. 181 expôs que o membro do Ministério Público será “civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

O Ministério Público, assim, para além do diferencial de ser o fiscal da ordem jurídica, deverá realçar o desempenho de seu ofício com

29 Lei Orgânica do Ministério Público da União.

30 Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

31 Tais dispositivos são encontrados na Parte Geral (Livro III, Título V) do novel CPC.

32 Foram mencionados os casos de interesse público ou social, os que envolvem o interesse de incapaz e aqueles nos quais há litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana; além disso, o parágrafo único do mesmo art. 178 apontou que a “participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público”.

o olhar voltado à concretização da salvaguarda do patrimônio público e à consequente efetividade jurídico-social de sua atuação.

Renova-se a oportunidade para que a Instituição aja não apenas de maneira transparente, serena e imparcial como também tenha como norte de caminho e porto de chegada a defesa primordial da sociedade. Reaviva-se, por conseguinte, os deveres do Ministério Público que decorrem do elenco encartado no art. 129 da Constituição e, particularmente, do citado inciso III.

Surge o momento para examinar-se como o novel *Codex* concretiza a proteção do patrimônio público.

5 A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E O NOVO CPC

O estudo a respeito do zelo, conservação e salvaguarda do patrimônio público, no CPC de 2015, pode ser bipartido em aspectos gerais e específicos. Passa-se, doravante, ao exame das questões incluídas nesses aspectos, resguardados os limites acadêmicos próprios à natureza do presente artigo.

5.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO NO CPC DE 2015

Características gerais as mais diversas, a respeito da salvaguarda do patrimônio público, foram elencadas nas seções precedentes. Abordaram-se aspectos relativos à teoria do direito, filosofia e sociologia e, já no nível deontológico, as relevantes funções que o Ministério Público possuirá e desempenhará com a vigência da Lei n. 13.105/2015.

Chama-se a atenção, agora, para outros temas previstos no Código, os quais contribuirão para a higidez do patrimônio público.

É o caso de ser lembrada, então, a possibilidade da produção antecipada da prova (art. 381 *usque* art. 383), particularmente quando houver fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação.

Em diversas situações, há necessidade de a prova ser produzida antes que o gestor público ímprobo ou o particular de má-fé oponham algum obstáculo ou, mesmo, providenciem sua completa impossibilidade, de modo que se trata de importante mecanismo para a defesa do patrimônio público.

Com a mesma finalidade de aproximar, ao máximo, o processo da realidade fática é que se poderá manusear o instituto da arguição de falsidade, previsto no art. 430 *usque* art. 433, o qual terá lugar quando for gerada suspeita de que o documento juntado no curso da ação não é autêntico.

A remessa necessária (art. 496), por sua vez, sujeitará ao duplo grau de jurisdição a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, de modo a restringir possíveis injustiças perpetradas contra o patrimônio público, mas desde que respeitados os parâmetros contidos no art. 496, § 3º³³.

Dois outros temas, por sua abrangência e importância para todo o sistema processual, merecem especial destaque e serão abordados logo em seguida: a tutela de urgência e os recursos.

5.1.1 A TUTELA DE URGÊNCIA

O novo Código trouxe importantes alterações ao cuidar da tutela provisória³⁴: em primeiro lugar, separou-a entre tutela de urgência (a qual poderá ser cautelar ou antecipada) e tutela de evidência (art. 294); em seguida, buscou tornar único o procedimento das medidas cautelares (art. 305 *usque* art. 310); e, por conseguinte, deixou de elencá-las, salvo de modo exemplificativo, no art. 301.

33 Houve a previsão de remessa necessária somente após o alcance de certa alçada, a qual também é distinta em relação aos Entes Federativos mencionados.

34 Prevista entre os arts. 294 e 311.

A tutela provisória de urgência, mais ainda, poderá ser concedida em caráter antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único, parte final) e ocorrerá quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*).

O novo CPC, diga-se outra vez, preocupou-se em uniformizar os procedimentos da tutela provisória, e assim o fez não apenas para a tutela antecipada (arts. 303 e 304) como também para a tutela cautelar (art. 305 *usque* art. 310), ambas de caráter antecedente³⁵.

A tutela de evidência, por outro lado, será concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, nas hipóteses descritas nos incisos do art. 311.

Trata-se de importante modificação relevante no âmbito da tutela provisória, a ser usada em benefício da salvaguarda do patrimônio público, particularmente nos casos de abuso do direito de defesa e de manifesto propósito protelatório (art. 311, inciso I) e quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, inciso II).

Por fim, é preciso dizer que, no Livro Complementar (art. 1.059), há a descrição de que à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º e 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992³⁶, e no art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009³⁷, isto é, prosseguirão as condicionantes, elencadas nos citados textos normativos, que restringem a concessão de cautelares em desfavor da Fazenda Pública.

35 A tutela provisória requerida em caráter incidental acompanha a sorte do procedimento ao qual vinculada.

36 Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público.

37 Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo.

A uniformidade procedimental, aliada à previsão da tutela de evidência, possibilitará menor burocracia no tratamento da matéria, o que vem a representar especial prestígio não apenas ao interesse de ser mantido hígido o patrimônio público como também ao contido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição³⁸, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

5.1.2 OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Ao tratar dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III da Parte Especial), o novo CPC distinguiu o Título I para dissertar sobre a ordem dos processos e dos processos de competência originária das cortes (art. 926 *usque* art. 993), ao passo que o Título II disse respeito aos recursos (art. 994 *usque* art. 1.044) e foi bipartido na análise de disposições gerais (art. 994 *usque* 1.008) e das espécies de recursos (art. 1.009 *usque* art. 1.044)³⁹.

Deve ser salientado outra vez, logo de início, que o novo CPC preocupou-se em garantir mecanismos de tutela provisória.

Assim, o art. 932, I, ao dispor sobre o assunto, asseverou que, no tribunal, incumbe ao relator apreciar o pedido que contenha tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária da corte respectiva.

Nesse particular é de ser apontado que, nas disposições gerais sobre os recursos, há norma que permite a suspensão da decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso (art. 995, parágrafo único).

38 Art. 5º “[...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

39 São as seguintes as espécies de recursos mencionadas pelo Código: apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração e recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça.

No mesmo caminho, outro dispositivo legal (diretamente vinculado ao recurso de apelação) que permite a suspensão da eficácia de uma decisão judicial (sentença) é aquele previsto no art. 1.012, § 4º, desde que o apelante demonstre a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

No âmbito recursal, portanto, consta do CPC de 2015 particular tutela de urgência deferida às partes e interessados, a ser utilizada para a preservação do patrimônio público.

Outros meios de impugnação das decisões judiciais que servirão, cada um a seu modo em razão de suas peculiaridades, para o mesmo desiderato serão a ação rescisória (art. 966 *usque* art. 975), o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 *usque* art. 987) e a reclamação (art. 988 *usque* art. 993).

Cada uma dessas ações específicas concederá ao Estado a possibilidade de zelar pelo patrimônio público, seja no âmbito do interesse público primário, seja na esfera do interesse público secundário.

5.2 ASPECTOS ESPECÍFICOS SOBRE A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO NO CPC DE 2015

O novel *Codex* também fez alusão a medidas específicas, voltadas à conservação do patrimônio público e garantidoras, assim, do interesse público.

Veja-se, então, que no âmbito dos procedimentos especiais, as ações possessórias (art. 554 *usque* art. 568), os embargos de terceiro (art. 674 *usque* art. 681) e a oposição (art. 682 *usque* art. 686) representarão medidas voltadas à finalidade em questão.

Recordem-se, ainda, outras duas especificidades, ambas relacionadas às disposições gerais dos procedimentos de jurisdição voluntária: é prevista a participação do Ministério Público (art. 720) como fiscal da

ordem jurídica; a Fazenda Pública será, sempre, ouvida nos casos em que tiver interesse (art. 721).

Ademais, ainda na esfera da jurisdição voluntária, merece lembrança que a organização e a fiscalização das fundações também apontam para o zelo do patrimônio público e para a correlata necessidade de o Ministério Público atuar, especificamente quando houver ilicitude no objeto da pessoa jurídica (art. 765, inciso I).

É o caso de mencionar, aqui, que, tanto na jurisdição contenciosa quanto na jurisdição voluntária, preservada estará a busca pelo zelo aos bens públicos.

Além do mais, no Processo de Execução, as ações que recaiam contra a Fazenda Pública (art. 910) deverão ter como norte a ponderação entre o direito do credor de receber o seu crédito e o direito dos órgãos estatais de efetuarem a quitação nos precisos limites em que se tornaram devedores.

Tanto é assim que a Fazenda Pública terá a viabilidade de opor embargos nos quais poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no Processo de Conhecimento (art. 910, § 2º), além do que, por força do art. 910, § 3º, o credor deverá cumprir os termos do art. 534, ao passo que a Fazenda Pública também poderá avivar as questões contidas no art. 535.

Constata-se, novamente, o desejo de conservação do patrimônio público em seus mais variados aspectos e especificidades, bem como se reforça o pensamento no sentido de que o novo CPC deve ser interpretado à luz da Constituição e concretizado à vista dos paradigmas trazidos pelo pós-modernismo.

6 CONCLUSÃO

A interpretação do Código de Processo Civil de 2015 deve acontecer com lastro no fenômeno da constitucionalização do Direito e refletir as aspirações democráticas da Constituição de 1988. É preciso, por-

tanto, observar e perseguir a efetividade do sistema normativo para retratá-lo não apenas como instrumento de segurança mas também de justiça.

Torna-se necessário adequar a hermenêutica jurídica aos paradigmas pós-modernos de maneira que, a partir do reconhecimento das características da ambivalência e da incerteza – presentes na contemporânea sociedade de risco –, surja a oportunidade para que a aplicação do Direito seja racionalmente fundamentada pelos seus respectivos operadores e, particularmente, pelos juízes.

O CPC de 2015 encontra-se insofismavelmente inserido nessa construção teórica e assim deve ser contextualizado e concretizado, especialmente no que diz respeito à proteção e defesa do patrimônio público, com a qual apresenta a devida preocupação.

Pressupôs o *Codex*, ainda, a utilização das duas vertentes (primária e secundária) relacionadas ao interesse público, em conformidade com diversas normas descritas ou na Parte Geral ou na Parte Especial.

A Lei n. 13.105/2015 detém, assim, a potencialidade para ser importante instrumento em prol da salvaguarda do patrimônio público. Caberá aos hermeneutas e operadores jurídicos tornarem essa indicação realidade normativa.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução por Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. *A questão das sanções da Lei da Improbidade Administrativa: contribuições para procedimento e aplicação racional*. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, 2014.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicações do direito e contexto social*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms*. São Paulo: Unesp, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. reimp. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. *Teoria do agir comunicativo*, v. 1: Racionalidade da ação e racionalização social. Tradução de Paulo Astor Soethe. Revisão da tradução por Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Motaury Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

A TEORIA GERAL DO NOVO PROCESSO

Werton Magalhães Costa

1 Introdução. 2 A exceção. 3 Aplicação do novo CPC no tempo. 4 Interpretação. 5 Princípios. 6 Competência. 7 O fim do princípio da identidade física do juiz. 8 Modificações da competência. 9 Prevenção. 10 Competência federal de juízes de direito. 11 As condições da ação. 12 Atos processuais. 13 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Não nos parece haver dúvidas de que a edição do novo Código de Processo Civil brasileiro (novo CPC), consumada com a publicação da Lei n. 13.105/2015, impõe a releitura da Teoria Geral do Processo, ainda que se a denomine de Introdução ao Direito Processual.

O novo CPC de 2015 foi publicado em 17.3.2015, possuindo 1.072 artigos, tendo entrado em vigor após decorrido um ano da data de sua publicação oficial (art. 1.045).

O estudo, de modo geral, do direito processual civil, conforme podemos ler na doutrina, assenta-se num tripé formado pelos seguintes institutos: jurisdição, ação e processo.

Se considerarmos que, no estudo da ação, também devemos compreender a exceção, temos aí a primeira influência do novo CPC, já que, entre aqueles três sentidos enxergados para o termo exceção, um deles desaparece.

2 A EXCEÇÃO

Na acepção mais ampla, aquela que identifica a exceção como sinônimo de toda e qualquer defesa, não há, obviamente, qualquer alteração.

Assim também não há mudanças naquela compreensão um pouco mais restrita da expressão, que corresponde ao tipo de defesa que, em oposição à objeção, o juiz só examinará se houver alegação expressa do réu.

Porém, quanto ao significado mais estrito do termo, isto é, defesa que o juiz só aprecia se alegada pelo réu, e desde que alegada em instrumento específico, há uma nítida eliminação do sentido no novo CPC. Se o CPC/1973 referia-se à exceção como o instrumento apto à discussão de temas como a incompetência relativa e à suspeição, o novo CPC determina que eles terão um regramento mais simplificado a partir da sua vigência. A incompetência relativa será versada na própria contestação (art. 64), enquanto a suspeição virá por meio de simples petição ou arguição, ainda que com procedimento semelhante ao da antiga exceção (arts. 146 e 148).

3 APLICAÇÃO DO NOVO CPC NO TEMPO

O novo CPC, em busca de orientar o intérprete, estabelece, em seu art. 15, que, na “ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Não é um dispositivo que se possa ter por indispensável. Há outros, atinentes à aplicação da lei no tempo, bem mais relevantes ao nosso exame, como o 1.046, § 3º, que determina “Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 [CPC/1973], cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código”.

Percebe-se, portanto, que o novo CPC, no ponto, evitou manter remissões duradouras, no tempo, ao CPC que revoga (algo que o CPC/1973 fez, ao estabelecer, no supramencionado art. 1.218, a aplicação de regras do CPC/1939 em determinadas hipóteses, como no procedimento da ação de dissolução de sociedades). Em se tratando daqueles procedimentos regulados no art. 1.218 do moribundo CPC, passam a ser

regidos pelo procedimento comum do novo CPC (que não mais se divide em ordinário e sumário), até sobrevir lei específica que os regulamente.

Observando boa doutrina, prevê o novo CPC, em seu art. 14, que “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

Harmonicamente, em seu art. 1.046, disciplina que, ao entrar em vigor esse Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei n. 5.869/1973.

No entanto, há exceções salutares.

O mesmo art. 1.046, em seu § 1º, estabelece que as disposições do CPC/1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da sua vigência. Como o novo CPC não mais divide o procedimento comum (em ordinário e sumário), não seria interessante que demandas iniciadas sob o pálio de procedimento eliminado houvessem de se adaptar ao procedimento comum.

Por sua vez, o art. 1.047 define que as disposições de direito probatório adotadas pelo novo CPC aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência. Em outras palavras, se o simples requerimento de produção de prova, ou a determinação de sua produção por iniciativa do juiz, de ofício, independentemente de requerimento da parte, ocorreu ainda na vigência do CPC/1973, são suas regras que definirão sua admissibilidade e produção.

O novo CPC também preserva, como seria de esperar, as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais este código se aplicará supletivamente (art. 1.046, § 2º).

Também de modo natural, estabelece que as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes (art. 1.046, § 4º).

Tendo em vista a existência de leis esparsas que fazem remissão ao procedimento sumário, e considerando sua extinção pelo novo CPC, este, em seu art. 1.049, teve o cuidado de determinar que, nessa hipótese, será observado o procedimento comum nele previsto, com as modificações previstas na própria lei especial, se houver.

Mas nem sempre é tão fácil.

De fato, um problema relacionado a essa questão poderia ser a competência dos juizados especiais, já que, a teor do art. 3º, II, da Lei n. 9.009/1995, são eles competentes para a conciliação, o processo e o julgamento das causas enumeradas no art. 275, II, do CPC/1973, ou seja, há uma remissão a uma série de causas tipificadas no aludido dispositivo do CPC/1973, sem que haja um equivalente em qualquer parte do novo CPC.

Assim, o art. 1.063 do novo CPC estabelece que, até a edição de lei específica, os juizados especiais cíveis continuam competentes para o processamento e julgamento das causas previstas no art. 275, II, do CPC/1973. Então, também nesses casos, e até que lei específica altere a Lei n. 9.099/1995, teremos que abrir o CPC/1973 sempre que precisarmos compreender a competência dos juizados.

E há outros casos.

Conforme o art. 1.052, até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo CPC/1973.

Assim também exsurge o art. 1.054, segundo o qual o disposto no art. 503, § 1º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência do novo Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 do CPC/1973. Em outras palavras, explicando melhor, temos que o novo CPC eliminou a denominada ação declaratória incidental (da forma como a conhecemos desde 1973 até 2015).

Com o novo CPC (art. 503), terá força de coisa julgada (automaticamente, mesmo sem requerimento da parte) a

[...] resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente 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.

Só não haverá força de coisa julgada, de acordo com o § 2º, se tiver havido restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Como solução de direito intertemporal, o novo CPC preferiu que esse efeito automático da resolução da questão prejudicial somente valesse para as demandas ajuizadas a partir do início de sua vigência. Para as demandas em curso, ainda que apanhadas pelo início da vigência do novo CPC, teremos que consultar o CPC/1973 para fins de dimensionar os efeitos decorrentes da aplicação ou não dos seus artigos 5º, 325 e 470.

Por fim, há outra importante regra de direito intertemporal, mas deverá ser mais bem estudada em textos que discutam a execução e o cumprimento de sentença. Trata-se dos casos de inexigibilidade da 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. Nessa situação, conforme o art. 1.057 do novo CPC, há regras (art. 525, §§ 14 e 15, e art. 535, §§ 7º e 8º) que só se aplicam às decisões transitadas em julgado após sua entrada em vigor, aplicando-se, porém, às decisões transitadas em julgado anteriormente o disposto no art. 475-L, § 1º, e no art. 741, parágrafo único, do CPC/1973.

4 INTERPRETAÇÃO

Em termos de interpretação da norma jurídica, sabe-se que, quanto aos resultados, pode ela ser restritiva, extensiva (ou ampliativa) ou declarativa (ou declaratória).

Ocorre que o novo CPC aprimorou a redação referente a vários institutos inseridos no CPC/1973 e tornou superados alguns exemplos que anteriormente poderíamos encontrar para hipóteses de interpretação extensiva.

Nessas hipóteses, que ensejavam ao intérprete fazer uma correção ao que estabelecido pelo legislador (diante do brocardo *lex minus dixit quam voluit*), tínhamos, como um dos exemplos, a interpretação do art. 87 do CPC/1973, já que, para fins de excetuar a incidência da *perpetuatio jurisdictionis*, a doutrina logo apontou para os casos de alterações de qualquer competência absoluta (não apenas em razão da matéria e da hierarquia). O novo CPC corrigiu a falha em seu art. 43, que se refere genericamente a competência absoluta.

Por outro lado, quanto ao art. 103 do CPC/1973, também havia críticas, já que a ideia de conexão estava delimitada em termos muito estreitos, razão pela qual a doutrina, também aqui, seguiu por uma interpretação ampliativa, para evitar decisões contraditórias em demandas que não se encaixavam exatamente na definição dada pelo referido Código ao instituto da conexão.

Assim, o novo CPC, em seu art. 55, § 3º, trouxe regra ampliativa (“Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”).

5 PRINCÍPIOS

O novo CPC incluiu um importante capítulo inicial que denomina “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, inserido num título único (“Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas

Processuais”), por sua vez contido no Livro I (“Das Normas Processuais Civis”) da Parte Geral.

Foi aí que, em seu art. 1º, já previu que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, sendo certo que, em algumas passagens, refere-se expressamente ao devido processo legal (arts. 26, I, e 36).

Também buscou o legislador municiar o intérprete com ferramentas para adequadamente solucionar questões atinentes à colisão de princípios e à proporcionalidade, de acordo com os arts. 8º e 489, § 2º, embora já haja sérias críticas ao dispositivo¹.

O novo CPC refere-se expressamente ao contraditório (art. 9º) e incorpora algo que a doutrina já alvitrava. Nos termos do 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. Desse modo, o juiz não poderá trazer fundamentação surpresa para as partes. Por exemplo, o juiz pode, como sempre pôde, reconhecer, de ofício, a inconstitucionalidade de norma que sustenta a pretensão da parte, mas não pode fazê-lo de inopino, apenas na sentença. Deve, antes, intimar as partes para que se manifestem sobre o tema que vislumbra presente.

O novo CPC também incorpora alusão à eficiência (art. 8º), à adequação ou adaptabilidade do procedimento (art. 190²), à cooperação (art. 6º) e à duração razoável do processo (arts. 4º, 6º, 12 e 139, II).

Traz várias referências à conciliação e à mediação (arts. 2º, §§ 2º e 3º; 139, V; 149; 250, IV; 303, § 1º, II; 308, § 3º; 319, VII; 334 e pa-

1 Vide <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>.

2 Embora também haja críticas quanto ao dispositivo, principalmente por parte de juizes.

rágrafos; 335, I e II; 340, §§ 3º e 4º; 359; 565, *caput*, e § 1º; 694 a 696; e 784, IV) – tendo criado um capítulo só para tratar dos institutos (arts. 165 a 175) – bem como à arbitragem (arts. 3º, § 1º; 42; 69, § 1º; 189, IV; 237, IV; 260, § 3º; 267; 337, X e §§ 5º e 6º; 359; 485, VII; 515, VII; 516, III; 960, § 3º; 1.012, IV; e 1.061, que deu nova redação ao art. 33, § 3º, da Lei n. 9.307/1996).

Em seu art. 3º, o novo Código incorpora a norma segundo a qual não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Nesse aspecto, no que concerne à arbitragem, esta não mais constitui objeção, pois o juiz já não pode extinguir o processo sem exame do mérito, a não ser que o réu, em contestação, expressamente venha a erigir a preliminar de convenção de arbitragem, em qualquer de suas modalidades (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), conforme novo CPC, art. 337, X, e §§ 5º e 6º.

6 COMPETÊNCIA

O novo CPC, de modo didático, em seu art. 44, dispõe que, obedidos os limites estabelecidos pela Constituição Federal, a competência é determinada pelas normas nele previstas ou em legislação especial, pelas normas de organização judiciária e, ainda, no que couber, pelas constituições dos Estados.

Como já visto, o instituto da perpetuação da competência (*perpetuatio jurisdictionis*) recebeu um interessante reparo, pois o art. 43 afasta dito instituto sempre que houver qualquer alteração de competência absoluta (não mais limitando-se, como fazia equivocadamente, em seu art. 87, o CPC/1973, aos casos de alteração da competência em razão da matéria e da hierarquia, que são apenas exemplos, entre vários outros, de competência absoluta, cuja modificação, naturalmente, deve afastar a *perpetuatio*).

O novo CPC, evidentemente modernizado, adotou os termos seção e subseção judiciária, não mais se restringindo à terminologia **co-**

marca, inaplicável à justiça federal (arts. 60; 131, parágrafo único; 151; 167, § 2º; 222; 236, § 1º; 253, § 1º; 257, parágrafo único; 385, § 3º; 453, § 1º; e 1.017, § 2º, II).

Trouxe também importante alteração quanto à manutenção ou não dos atos decisórios, quando da remessa de autos ao juízo competente, após o juiz reconhecer sua incompetência absoluta. De acordo com o CPC/1973, havendo remessa dos autos ao juízo competente, serão nulos os atos decisórios (CPC/1973, art. 113, § 2º). O novo CPC, em seu art. 64, § 4º, unifica o trato da matéria, abrangendo as remessas decorrentes tanto de incompetência absoluta quanto de incompetência relativa, estabelecendo que a decisão pode ser conservada (“Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”).

Em outras palavras, cabe ao juiz que reconhece sua incompetência decidir se mantém ou não sua decisão. Ao receber os autos, por sua vez, o juiz competente revisa a decisão, podendo mantê-la ou não. Isso se mostra importante, mormente em casos em que, a despeito da incompetência absoluta, há urgência e a parte não pode esperar até que outro juiz venha a tomar conhecimento da matéria (por exemplo, imagine-se uma demanda em que o juiz, absolutamente incompetente, havia deferido liminarmente o fornecimento de tratamento de saúde; não convém que a parte veja a decisão ser tida como nula, sem nenhum efeito, tendo que aguardar até que outro juiz reexamine o pedido de liminar, o que, como sabemos, pode levar meses).

A esse propósito, conforme também já expusemos, a incompetência relativa, com o novo CPC, é arguida como mera preliminar de contestação, afastando-se a necessidade de exceção (arts. 64, *caput*, e 337, II).

Algumas novidades também surgem no que toca à competência internacional, agora regulada pelo art. 21 e seguintes do novo CPC.

Assim, o art. 22 institui a competência do juiz brasileiro para as ações de alimentos (quando o credor tiver domicílio ou residência no Brasil ou o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos); para as ações decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil; e para as ações em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional, ou seja, mesmo que nenhum dos elementos anteriormente exigidos para que se estabelecesse a competência do juiz brasileiro esteja presente, dependerá de alegação do réu a extinção do processo.

O art. 23 traz melhorias de redação quando comparado com o art. 89 do CPC/1973, além de ampliar um pouco a competência exclusiva do juiz brasileiro.

Importante alteração ocorreu com o art. 24, segundo o qual a ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

A novidade está na previsão expressa acerca dos tratados e acordos, já que havia divergências doutrinárias sobre a possibilidade de o réu, em casos de competência concorrente, suscitar a litispendência com base em ditos instrumentos internacionais (por exemplo, o art. 394 do Código Bustamante ou a Convenção de Havana sobre Direito Internacional Privado e, no âmbito do Mercosul, o art. 21 do protocolo de Las Leñas.

O parágrafo único do art. 24 até mesmo detalha que a pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.

Por fim, convém comentar o art. 25, que tem um efeito oposto ao do art. 22, III (ao permitir às partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional). Conforme o art. 25, não compete à

autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

Em outras palavras, as partes podem pactuar a exclusão da jurisdição brasileira, desde que, obviamente, não se trate de caso de competência exclusiva do juiz brasileiro (§ 1º), podendo o juiz, ademais, reconhecer, de ofício ou a requerimento, a abusividade da cláusula de eleição de foro internacional (§ 2º).

7 O FIM DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

O princípio da identidade física do juiz estava previsto no CPC/1973, art. 132: “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência, julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”. De acordo com seu parágrafo único, “Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas”.

O novo CPC, porém, não traz dispositivos semelhantes. Certamente optou por prestigiar a duração razoável do processo (de olho também na realidade fática, que há muito vinha desconsiderando a norma).

Curiosamente, faz isso pouco depois de o processo penal e o processo trabalhista encamparem a identidade física do juiz. O processo penal, conforme reforma de 2008 (CPP, novo § 2º do art. 399). E o processo trabalhista, em 2012, quando o TST cancelou a Súmula n. 136, que o afastava.

8 MODIFICAÇÕES DA COMPETÊNCIA

A competência pode modificar-se por várias razões.

Na primeira delas, houve pequena alteração decorrente de inovação já comentada: o juiz relativamente incompetente tornar-se-á competente

quando o réu deixar de erigir preliminar de incompetência relativa (ou seja, não mais quando deixar de opor exceção de incompetência relativa).

Na segunda, encontramos uma inovação relevante. É que se, originalmente, apenas no âmbito de contratos consumeristas, se fazia possível ao juiz reconhecer a abusividade do foro de eleição (CDC, art. 51), que é uma forma de se modificar a competência relativa, havendo também uma alteração do CPC que permitiu ao juiz reconhecer também tal abusividade em contratos de adesão (CPC, art. 112, parágrafo único, na redação da Lei n. 11.280/2006), poderá, com o novo CPC, o juiz reconhecer a abusividade em qualquer contrato (arts. 47, § 1º, e 63, *caput* e §§).

Por fim, no que concerne à modificação decorrente da conexão (e, *a fortiori*, da continência), basta lembrar o que já examinado acima (o novo CPC, em seu art. 55, § 3º, trouxe regra ampliativa da ideia de conexão).

9 PREVENÇÃO

Havendo conexão entre causas que tramitam em juízos diferentes, é necessário estabelecer qual juiz está preventivo.

O CPC/1973 trazia regras distintas para situações que envolvessem juízes com a mesma competência territorial (o que despachou em primeiro lugar, conforme art. 106) e com competência territorial diversa (aquele perante o qual a citação ocorreu antes, conforme art. 219).

O novo CPC unifica as situações (arts. 58 e 59), definindo que a prevenção ocorrerá com o registro ou distribuição, aproximando-se da solução encontrada pela Lei n. 7.347/1985 (LACP), em seu art. 2º, parágrafo único, e pela Lei n. 4.717/1965 (LAP), em seu art. 5º, § 3º.

10 COMPETÊNCIA FEDERAL DE JUÍZES DE DIREITO

Nos termos da CF, art. 109, § 3º, serão processadas e julgadas na Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as

causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela Justiça Estadual.

O melhor exemplo para a parte final do dispositivo era a execução fiscal ajuizada por órgãos públicos e autarquias federais onde não havia vara federal (incluindo os embargos à execução e os embargos de terceiro, mas sem abranger as ações cautelares e ordinárias que discutissem o débito fiscal).

Entretanto, com a Lei n. 13.043/2014, ditas execuções passam a ser de exclusiva competência da Justiça Federal, mesmo nos municípios onde não haja vara federal instalada, já que foi revogada a competência delegada que estava prevista no art. 15, I, da Lei n. 5.010/1966 (a execução será ajuizada na subseção que abarca o município sem vara federal, sem redistribuição das execuções que já tramitam na Justiça Estadual, na forma do art. 75 da sobredita Lei n. 13.043/2014).

Em compensação, o novo CPC, em seu art. 381, § 4º, criou nova hipótese: “O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal”.

11 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

O novo CPC só se refere à legitimidade e ao interesse. E não usa a expressão “condições da ação” em momento algum (arts. 17; 19; 109; 330, II e III; 337, XI; 338; 339; 485, VI; 525, II; 535, II; 967).

Não há mais referência à possibilidade jurídica.

Duas indagações podem ser feitas: podemos continuar referindo-nos à legitimidade e ao interesse de agir como condições da ação? como será o julgamento de casos que anteriormente redundariam em reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido?

A doutrina se divide quanto à possibilidade de ainda falarmos em condições da ação, mas facilmente encontramos autores que defendem a ideia de que a conceituação das condições da ação é tarefa dos estudiosos e a expressão pode continuar sendo empregada³.

Há autores, porém, que estão abandonando a nomenclatura e até migrando o estudo da legitimidade e do interesse para o capítulo dos pressupostos processuais⁴.

Quanto aos casos que anteriormente redundavam em extinção do processo sem resolução (e, portanto, sem exame) de mérito, parecem-nos que deverão agora receber julgamento de extinção com resolução de mérito (com verdadeiro exame de mérito, se considerarmos que exame é espécie de resolução) e a rejeição do pedido por parte do juiz, embora haja doutrina defendendo que o juiz poderia optar por reconhecer, conforme o caso, falta de interesse de agir ou falta de legitimidade.

12 ATOS PROCESSUAIS

O novo CPC inova, em seu art. 212, § 2º, definindo que

[...] independentemente de autorização judicial, as citações, intimações e penhoras poderão realizar-se no período de férias forenses, onde as houver, e nos feriados ou dias úteis fora do horário estabelecido neste artigo, observado o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

De acordo com o art. 172, § 2º, do CPC/1973, a citação e a penhora (sem menção à intimação) poderiam ocorrer nesses termos somente “em casos excepcionais, e mediante autorização expressa do juiz”.

O art. 216 do novo CPC, modificando o art. 175 do CPC/1973, inclui os sábados como feriados para efeito forense.

3 TALAMINI; WAMBIER, *Curso avançado de processo civil*.

4 DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil*.

13 CONCLUSÃO

O novo CPC traz várias inovações que ensejarão à doutrina revisar alguns aspectos da Teoria Geral do Processo, sendo certo que instituiu muitas simplificações e implementou diversas soluções antes não encontradas na legislação.

A exceção, como defesa instrumental, desaparece; são estabelecidas regras quanto à aplicação da lei no tempo; surgem alterações que influenciam a interpretação das normas; incluiu-se o importante capítulo “Das Normas Fundamentais do Processo Civil” e reforçou-se o contraditório ao proibir a decisão judicial que traz fundamentação surpresa para as partes; nas remessas decorrentes tanto de incompetência absoluta quanto de incompetência relativa, a decisão proferida pode ser conservada; vieram à luz novas regras sobre competência internacional e eliminou-se o princípio da identidade física do juiz. Com o novo CPC, o juiz pode reconhecer a abusividade da cláusula de foro de eleição em qualquer contrato; unificou-se a solução encontrada para estabelecer prevenção nos casos de juízes com mesma competência territorial e com competência territorial diversa, pois ela ocorrerá com o registro ou distribuição; assentou-se nova hipótese de competência federal para os juízes estaduais; não se usa mais a terminologia “condições da ação” e não mais se arrola a impossibilidade jurídica; e reformularam-se aspectos atinentes à prática de atos processuais.

REFERÊNCIAS

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

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 15. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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>