

**PONTES DE MIRANDA
E O DIREITO PROCESSUAL**

Cooordenadores

- FREDIE DIDIER JR. • PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA •
- ROBERTO P. CAMPOS GOUVEIA FILHO •

Autores

ADRIANA DE MENDONÇA COSTA	LUCAS BURIL DE MACÊDO
ALEX XAVIER SANTIAGO DA SILVA	LUCIANO VIANNA ARAÚJO
ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL	LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA
ANDRÉ LUCAS FERNANDES	LUIZ EDUARDO RIBEIRO MOURÃO
ANTONIO CARLOS F. DE SOUZA JÚNIOR	LUIZ HENRIQUE VOLPE CAMARGO
ANTONIO DO PASSO CABRAL	MARCELO MIRANDA CAETANO
BECLAUTE OLIVEIRA SILVA	MÁRCIO OLIVEIRA ROCHA
BRUNA MARIA JACQUES F. DE ALBUQUERQUE	MARCOS BERNARDES DE MELLO
BRUNO GARCIA REDONDO	MARIA EDUARDA VILAR
CARLOS ALBERTO MOLINARO	MARIÂNGELA GUERREIRO MILHORANZA
CARLOS EDUARDO ARAÚJO	MARSEL BOTELHO
CRISTIANO SIMÃO MILLER	MATEUS COSTA PEREIRA
DANIELA BOMFIM	NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO
DANILO HEBER GOMES	PAULO MACHADO CORDEIRO
DIERLE NUNES	PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA
EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA	PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA
ELAINE RIBEIRO BUENO DE MENDONÇA	PEDRO SPÍNDOLA BEZERRA ALVES
FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA	RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA
FRANCISCO BARROS DIAS	RAQUEL SILVA ARAÚJO
FREDIE DIDIER JR.	RAVI PEIXOTO
GABRIELA EXPÓSITO MIRANDA DE ARAÚJO	ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JR.
HERMES ZANETI JR.	ROBERTO WANDERLEY NOGUEIRA
HUMBERTO THEODORO JR.	ROBSON RENAULT GODINHO
JADISON JUAREZ CAVALCANTE DIAS	RODRIGO MAZZEI
JOSÉ CARLOS VAN C. DE ALMEIDA SANTOS	RODRIGO NUMERIANO DUBOURCQ DANTAS
JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO	RODRIGO SARAIVA MARINHO
JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER	RODRIGO XAVIER LEONARDO
JOSÉ ROBERTO FERNANDES TEIXEIRA	SÉRGIO CABRAL DOS REIS
LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA	SUENYA TALITA DE ALMEIDA
LEONARDO GRECO	VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO
LEONARDO SANTANA DE ABREU	VINICIUS DE NEGREIROS CALADO

Organizadores

FREDIE DIDIER JR.

Livre-docente pela USP e Pós-doutor na Universidade de Lisboa.
Doutor pela PUC-SP. Mestre pela UFBA. Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito. Professor-adjunto da Faculdade de Direito da UFBA. Membro da IAPL, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Presidente da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico.

PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA

Doutor (UFBA) e Mestre (UFAL) em Direito. Professor-adjunto da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor e coordenador do curso de Direito na SEUNE. Professor convidado da Escolas Superiores de Magistratura de Alagoas (ESMAL) e Pernambuco (ESMAPE). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro fundador da Associação do Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNPE). Advogado.

ROBERTO P. CAMPOS GOUVEIA FILHO

Bacharel e Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professor de Direito Processual Civil da mesma Instituição de Ensino Superior. Membro da Associação Norte e Nordeste dos Professores de Processo (ANNPE). Advogado.

PONTES DE MIRANDA E O DIREITO PROCESSUAL

2013



EDITORIA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

10
anos



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

Diagramação: Araori Coelho (araoricoelho@gmail.com)

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

PARTE I

Escritos Diversos sobre a Vida, Obra e Pensamento de Pontes de Miranda

1. Prolegômenos ao Pensamento Jurídico-Filosófico de Pontes de Miranda.....	31
<i>André Lucas Fernandes</i>	
<i>Mateus Costa Pereira</i>	
Introdução	31
1. Premissa científica: toda ciência é natural	32
1.1. A contraposição ao paradigma racionalista e a segmentação das ciências dentre naturais e do espírito....	39
2. Fato jurídico, incidência e a concepção pontesiana de norma jurídica.....	41
3. Sistema da Ciência Positiva do Direito.....	43
Considerações finais.....	47
Referências bibliográficas	49
 2. Pontes de Miranda: a Grandeza de uma Mente Enciclopédica.....	 53
<i>Dierle Nunes</i>	
<i>Carlos Eduardo Araújo</i>	
1. Considerações gerais.....	53
2. O Homem	56
3. A Obra	59
4. As artes	66
5. A Paixão Científica	68
6. Pontes de Miranda e Einstein.....	69
7. A sua relação com a Biologia	70
8. A Filosofia.....	70

9. A obra de Pontes de Miranda no Exterior.....	70
10. As atividades jurídico-diplomáticas exercidas	71
11. No campo da Filosofia	72
12. No domínio da Filosofia do Direito	72
13. No campo da Sociologia.....	72
14. Na Literatura	72
15. Na seara do Direito Constitucional.....	72
16. No âmbito da Ciência Política.....	73
17. No setor do Direito Processual Penal	73
18. No campo do Direito Processual Civil.....	73
19. Genial e sem igual foi sua contribuição ao Direito Civil.....	73
20. Contribuições para a prática jurídica.....	74
 3. A Obrigação Médica e a Necessidade de Superação de Dicotomias Ultrapassadas: Insegurança Jurídica Decorrente da Distinção entre Obrigação de Meios/resultado e a sua Natureza Contratual/Extracontratual.....	 75
<i>Vinicius de Negreiros Calado</i>	
1. Introdução	75
2. A natureza jurídica da obrigação médica: o responsabilidade pelo fato.....	76
3. Obrigações de meios e obrigações de resultado: uma dicotomia juridicamente insegura.....	83
Considerações finais.....	88
Referências	89

PARTE II

Escritos sobre Direito Processual

1. Perspectivas Históricas da Ação Declaratória no Âmbito das Teorias Ternária e Quinária: Análises acerca da Executoriedade e da Prescrição.....	93
<i>Alexandre Freire Pimentel</i>	
<i>Bruna Maria Jacques Freire de Albuquerque</i>	
1. Considerações iniciais: esboço histórico sobre a ação declaratória e o dualismo do sistema jurídico romano	93
2. Taxonomia das classes de ações e a autonomia da ação declaratória	97

3. A quebra do paradigma dualista do processo e sua repercussão na ação declaratória	101
4. Da eficácia executiva.....	106
4.1. Do reconhecimento jurisprudencial da eficácia executiva da sentença declaratória	111
5. O problema da prescrição	112
6. A ação declaratória frente à prescrição tributária	114
7. Considerações finais.....	115
Referências	116
 2. A Decisão da Inconstitucionalidade: um Diálogo entre Pontes de Miranda e Marcelo Neves	 119
<i>Antonio Carlos Ferreira de Souza Júnior</i>	
Introdução	119
1. O ordenamento jurídico enquanto sistema	120
2. Os planos do mundo jurídico.....	125
2.1. Plano da pertinência (existência).....	125
2.2. Plano da validade.....	129
2.3. Plano da eficácia.....	134
3. A presunção da constitucionalidade das leis	135
4. Decretação de inconstitucionalidade das leis	138
4.1. Tese da nulidade do ato normativo inconstitucional	138
4.2. Tese da anulabilidade do ato normativo inconstitucional	141
4.3. Apreciação crítica: elementos para uma Teoria da invalidade da norma inconstitucional	143
5. Eficácia constitutiva da decisão de inconstitucionalidade.....	150
Conclusão	151
 3. Da Sentença ao Conteúdo Mandamental: Proposta de Sistematização do Regime Jurídico-Processual para as Ordens Judiciais.....	 155
<i>Antonio do Passo Cabral</i>	
1. Introdução: a classificação tradicional das sentenças no Brasil e a inovação de Pontes de Miranda	155
2. O conceito de sentença mandamental de Pontes de Miranda e a classificação quinária das sentenças	158
3. A pouca adesão ao conceito pontiano de sentença mandamental e sua possível utilidade na legislação atual.....	160

4. Classificação baseada no “conteúdo predominante” das sentenças, seus erros e acertos, e sua relevância no processo contemporâneo.....	162
5. Diferenças entre a sentença mandamental e a condenatória: proposta de sistematização	165
5.1. A ordem judicial e as tentativas de identificar-lhe as particularidades.....	166
5.2. Ordem e condenação: diferenças práticas.....	169
5.2.1. A ordem é prospectiva, a condenação retrospectiva.....	169
5.2.2. Meios executivos.....	171
5.2.3. Flexibilização na correlação entre pedido e sentença. O dinamismo da tutela mandamental e a possibilidade de mutação do provimento no curso do processo.....	172
5.2.4. Sanção criminal como consequência para o descumprimento.....	174
6. Conclusão	175
Bibliografia.....	175
 4. Teoria da Prova: um Diálogo com Pontes de Miranda	179
<i>Beclaute Oliveira Silva</i>	
Introdução	179
1. Prova como modelo demonstrativo	180
2. Concepção declaratória da prova.....	180
2.1. Prova como situação no mundo fenomênico.....	181
2.2. Prova como argumento.....	184
3. Concepção constitutiva da prova	188
4. Prova em Pontes de Miranda.....	192
4.1. Notas sintéticas sobre a perspectiva do mundo jurídico em Pontes de Miranda.....	192
4.2. Finalidade da prova.....	193
4.3. Prova como argumento em Pontes de Miranda.....	194
4.4. Concepção pontiana no contexto da doutrina da prova	195
5. Notas conclusivas	196
Referências	197
 5. Objeção e Exceção de não Executividade.....	201
<i>Bruno Garcia Redondo</i>	

1.	Introdução	201
2.	Histórico	202
3.	Nomenclatura e natureza jurídica	206
4.	Previsão legal	209
5.	Forma	210
6.	Legitimidade para apresentação	210
6.1.	Dívida (Schuld) e responsabilidade (Haftung)	211
6.2.	Legitimidade dos responsáveis primários.....	211
6.3.	Legitimidade dos indicados no art. 568 do CPC (responsáveis primários e secundários)	212
6.4.	Legitimidade dos responsáveis secundários	212
6.5.	Legitimidade do curador especial	215
6.6.	Ilegitimidade do exequente.....	216
7.	Legitimidade “passiva”	216
8.	Competência	216
9.	Prazo para apresentação.....	216
10.	Efeitos	219
11.	Pressuposto de cabimento: prova pré-constituída da alegação	221
12.	Matérias alegáveis.....	222
12.1.	Cognição ampla ou limitada, variando conforme a natureza do título executivo	222
12.2.		
	Matérias cabíveis em objeção ou exceção.....	223
13.	Preclusão da matéria defensiva (inclusive à relacionada ao interesse público)	224
14.	Procedimento	226
15.	Natureza jurídica da decisão, recurso cabível e sucumbência...	226
16.	Compatibilidade do instituto com as execuções de títulos judiciais e extrajudiciais.....	227
	Referências bibliográficas	230
6.	A Sentença e sua Execução o Mandado de Segurança	235
	<i>Cristiano Simão Miller</i>	
1.	Considerações introdutórias	235
2.	O problema das execuções contra a fazenda pública	237
2.1.	A execução contra a Fazenda Pública no Projeto do novo Código de Processo Civil	239
3.	O julgamento do mandado de segurança e o processo sincrético: crítica à autonomia da natureza mandamental da sentença...	241

4.	O cumprimento da ordem no mandado de segurança.....	246
4.1.	A execução forçada	251
4.2.	A possibilidade de utilização, no mandado de segurança, das regras do art. 461, §4º e §5º, do Código de Processo Civil.....	253
4.3.	Os reflexos pecuniários da sentença concessiva da segurança.....	256
5.	A criminalização do ato de descumprir a ordem no mandado de segurança.....	261
6.	A suspensão da segurança.....	262
7.	Conclusões	264
	Bibliografia	266
 7.	 A Causa de Pedir à Luz da Teoria do Fato Jurídico	 269
	<i>Daniela Bomfim</i>	
1.	Introdução	269
2.	O fenômeno jurídico à luz da teoria do fato jurídico.....	270
3.	As diversas vestes do fenômeno jurídico substancial no processo.....	274
4.	O fenômeno jurídico substancial afirmado como conteúdo da causa de pedir.....	276
5.	A causa de pedir como afirmação do fato jurídico e da situação jurídica (em sentido lato)	278
5.1.	Generalidades.....	278
5.2.	A afirmação do fato jurídico	279
5.3.	A afirmação da situação jurídica	288
6.	O ônus da alegação dos elementos da causa de pedir	294
	Conclusões	298
	Referências	299
 8.	 O Plano de Existência do Processo: um Estudo dos Pressupostos Processuais à Luz da Teoria do Fato Jurídico	 303
	<i>Danilo Heber Gomes</i>	
	Introdução	303
1.	Pressupostos processuais: considerações iniciais	304
2.	Pressupostos processuais e requisitos de validade.....	306
3.	Extinção do processo por falta de pressupostos processuais: uma contradição lógica.....	308

4.	A classificação dos pressupostos e requisitos processuais.....	309
4.	Os pressupostos processuais em espécie	312
4.1.	Órgão investido de jurisdição	313
4.2.	Ato de demandar.....	315
6.	Considerações finais.....	318
	Referências bibliográficas	319
9.	A Antecipação de Tutela à Luz da Teoria Quinária da Ação	321
	<i>Eduardo José Da Fonseca Costa</i>	
1.	Introdução	321
2.	A teoria quinaria da ação	323
3.	As teorias sobre a eficácia da decisão antecipatória.....	331
4.	O objeto da antecipação nas ações declarativas.....	337
5.	O objeto de antecipação nas ações constitutivas.....	342
6.	O objeto da antecipação nas ações condenatórias.....	345
7.	A composição contenciosística das decisões antecipatórias.....	349
8.	Conclusão	353
10.	Prescrição: um Panorama sobre Posições acerca de sua Pronúncia de Ofício no Processo do Trabalho	355
	<i>Elaine Ribeiro Bueno de Mendonça</i>	
1.	Introdução	355
2.	Prescrição: breves comentários sobre sua conceituação e transformações legislativas operadas sobre o instituto	356
3.	Inaplicabilidade do art. 219, §5º, do CPC no processo do trabalho: corrente defensora	358
4.	Aplicabilidade do art. 219, §5º, do CPC no processo do trabalho: corrente defensora	362
5.	Aplicabilidade do art. 219, §5º, do CPC no processo do trabalho: corrente pela necessidade de oitiva das partes, antes da pronúncia de ofício.....	366
6.	Conclusão	368
	Bibliografia	368
11.	Pontes de Miranda e a Possibilidade de Utilização das Máximas de Experiência Para Dispensa de Provas no Processo Civil	371
	<i>Flávia Moreira Guimarães Pessoa</i>	

1. Introdução	371
2. Máximas de experiência – conceituação preliminar	372
3. Funções Tradicionais das Máximas de Experiência no Direito Processual Civil	374
4. Da possibilidade de utilização das máximas de experiência para dispensa de provas no Processo Civil.....	376
5. Considerações finais.....	379
Referências bibliográficas	380
 12. Eficácia e Efeitos da Sentença: Visão Prática no Sistema Quinário de Pontes de Miranda.....	 381
<i>Francisco Barros Dias</i>	
1. Introdução	381
2. Questão terminológica : identidade ou distinção entre eficácia e efeito	383
3. O significado das expressões eficácia e efeito entre alguns doutrinadores na teoria geral do direito e no campo processual.....	384
4. Classificação e caracterização dos efeitos da sentença.....	388
5. O que representa os efeitos da sentença no campo prático e a importância que adquire no processo nos dias de hoje.....	392
6. Conclusões	394
7. Bibliografia	395
 13. Notas Para uma Teoria da Interpretação dos Atos Postulatórios	 397
<i>Fredie Didier Jr.</i>	
 14. Relação Jurídica e o Plano Material: Breves Estudos com Base em Pontes de Miranda.....	 405
<i>Gabriela Expósito Miranda de Araújo</i>	
Introdução	405
1. Relação jurídica na fenomenologia da juridicização.....	406
1.1. Regra jurídica, incidência e fato jurídico	406
1.2. Espécies de fatos jurídicos	410
1.3. Categorias eficáciais.....	411
2. A relação jurídica no plano material.....	412

2.1. O plano material.....	412
3. Considerações finais.....	414
Referências bibliográficas	414
 15. Brasil: um País de “Common Law”? As Tradições Jurídicas de “Common Law” e “Civil Law” e a Experiência da Constituição Brasileira como Constitucionalismo Híbrido	 417
<i>Hermes Zaneti Jr.</i>	
1. A formação do ordenamento judicial brasileiro na perspectiva constitucional e a recepção do direito norte-americano.....	418
1.1. A recepção constitucional da “judicial review” (o controle de poder no modelo brasileiro de jurisdição constitucional).....	419
1.2. O surgimento do controle do poder do estado: limites e vínculos aos poderes absolutos.....	421
1.3. Tradições jurídicas em confronto no “paradoxo metodológico” brasileiro: “common law” (processo constitucional) e “civil law” (processo infraconstitucional)	424
1.4. A teoria da recepção jurídica com particular atenção à recepção constitucional.....	430
2. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891 e as doutrinas nacionais do “judicial review” até o advento da Constituição Federal de 1988	437
2.1. A passagem do Brasil Império (poder moderador – Constituição Imperial de 1824) para o Brasil República (“judicial review” – Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891).....	437
2.2. O “judicial review” na Constituição de 1934: o advento do mandado de segurança, da ação popular, da ação interventiva e do “full bench”	445
2.3. O “judicial review” na Constituição de 1937 (Carta Outorgada).....	447
2.4. A Constituição de 1946 e a positivação do “judicial review” (“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”).....	449
2.5. O “judicial review” nas cartas constitucionais do golpe militar (1967 e 1969)	452

2.6. A Constituição Federal de 1988 e o Estado Democrático de Constitucional: ampliação do “judicial review” (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ‘ameaça’ a direito”)	454
Conclusão	460
16. Prescrição: Ação, Exceção e Pretensão	461
<i>Humberto Theodoro Júnior</i>	
1. Introdução	461
2. Ação e pretensão.....	462
3. A prescrição e a pretensão	465
4. Ação e pretensão.....	467
5. Ação e exceção	468
6. Exceção e prescrição.....	469
7. Um significativo exemplo do direito comparado	472
8. Conexão entre o direito material e o direito processual	472
9. Objeção e exceção em matéria de prescrição e decadência.....	474
10. Pretensão e ação, segundo Pontes de Miranda	477
11. Algumas conclusões	479
17. Análise Pragmática em Torno da Moderna Classificação das Ações.....	481
<i>Jadison Juarez Cavalcante Dias</i>	
1. Prolegômenos.....	481
2. Da Ação.....	484
2.1. Teoria Civilista da Ação	484
2.2. Polêmica Windscheid versus Muther	485
2.3. Teoria do Direito Concreto da Ação	485
2.4. Teoria do Direito Abstrato da Ação	486
2.5. Teoria Eclética da Ação	486
3. A ação e o plano processual	486
3.1. Direito subjetivo processual	487
3.2. Pretensão à tutela jurídica estatal.....	487
3.3. “Ação” processual	488
4. A ação e o plano material	488
4.1. Direito subjetivo material.....	488
4.2. Pretensão material	489
4.3. Ação material	489
4.4. Classificação das ações materiais	490

5. A classificação das ações e a carga de eficácia das sentenças	491
6. Classificação Trinária	492
6.1. Ação Declaratória	493
6.2. Ação Constitutiva	493
6.3. Ação Condenatória	494
7. Classificação Quinária	495
7.1. Ação Mandamental	496
7.2. Ação Executiva “Lato Sensu”	496
8. Classificação Quaternária da Ação	497
9. Do aporte pragmático.....	497
Considerações derradeiras.....	503
Referências	504
 18. Uma Análise das Relações Jurídicas Continuadas à Luz da Teoria do Fato Jurídico.....	 507
<i>Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.</i>	
1. Considerações iniciais	507
2. Breve noção sobre a teoria do fato jurídico.....	508
3. O fenômeno jurídico da incidência nas relações jurídicas instantâneas, permanentes e sucessivas.....	514
4. As relações jurídicas permanentes e sucessivas e os limites temporais da coisa julgada.....	520
5. Conclusões	526
Referências	527
 19. A Resolução Parcial do Mérito no Saneamento do Processo e a Natureza Jurídica do Pronunciamento Judicial: da Doutrina de Pontes de Miranda ao Projeto do Novo Código de Processo Civil.....	 531
<i>José Carlos Van Cleef de Almeida Santos</i>	
1. Notas introdutórias de delimitação geral.....	531
2. Breve investigação quanto ao mérito no direito processual civil brasileiro	533
3. O princípio da unidade e unicidade da sentença	543
4. O saneamento do processo como uma estruturação inicial que valorizou a concepção do julgamento fracionado do mérito no direito processual civil brasileiro: da evolução do Código de Processo Civil de 1939 ao Projeto do Novo Código de Processo Civil, passando pela doutrina de Pontes de Miranda.....	546

5. A natureza jurídica do pronunciamento judicial que em sede de saneamento do processo resolve parte do mérito da causa.....	559
Referências bibliográficas	569
20. Rescisória, Decisão Interlocutória e Coisa Julgada	
Progressiva: uma Segunda Visão sobre o Projeto do Novo CPC.....	575
<i>José Henrique Mouta Araújo</i>	
1. Introdução	575
2. Os momentos de resolução do mérito e a impugnação recursal total ou parcial: divergência interpretativa	577
3. Resolução parcial de mérito no ncpc e seus reflexos: necessidade de revisão conceitual.....	585
21. Abreviadas Ponderações sobre Jurisdição: Aproximação ao Conceito de Pontes de Miranda	589
<i>José Maria Rosa Tesheiner</i>	
<i>Carlos Alberto Molinaro</i>	
<i>Mariângela Guerreiro Milhoranza</i>	
Introdução	589
1. Jurisdição.....	592
1.1. Sobre o argumento da ideia de Jurisdição.....	593
1.1.1. Atividade de substituição	593
1.1.2. Coisa julgada.....	595
1.1.3. Lide.....	597
1.1.4. Imparcialidade.....	600
1.2. O conceito de jurisdição: pretexto e contexto	602
2. Concisos apontamentos sobre Jurisdição em Pontes de Miranda	604
Considerações finais.....	606
22. Incidência da Norma e Renúncia da Prescrição	611
<i>José Roberto Fernandes Teixeira</i>	
<i>Adriana De Mendonça Costa</i>	
1. Introdução	611
2. Sobre a incidência da norma.....	611
3. Especificamente a incidência das regras de prescrição.....	615

4. O momento da renúncia da prescrição	616
Bibliografia.....	619
23. Por um Novo Mandado de Segurança: Retorno à Origem?	621
<i>Leonardo Greco</i>	
24. A Contumácia das Partes como Ato-Fato Processual	631
<i>Leonardo Carneiro da Cunha</i>	
1. Introdução	631
2. Natureza jurídica da contumácia	634
3. A teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda.....	635
4. Ato-fato jurídico	636
5. Ato-fato processual.....	637
6. A contumácia das partes como ato-fato processual	638
7. A contumácia das partes como ato-fato processual: consequências ou implicações	638
8. Conclusões	642
Bibliografia.....	643
25. Critérios de Classificação das Ações E Sentenças	645
<i>Leonardo Santana de Abreu</i>	
Introdução	645
1. Classificação binária, ternária e quinária	646
2. Critérios de classificação das eficácias	649
2.1. Classificação segundo o conteúdo e/ou segundo os efeitos das ações ou sentenças?.....	651
2.2. O critério de classificação das eficácias é processual e/ou material?	661
3. A coerência do critério de classificação da teoria quinária da ação de Pontes de Miranda.....	673
Conclusão	678
Referências	679
26. A Denúnciação da Lide como Remédio Jurídico Processual: uma Contribuição à Luz da Doutrina de Pontes de Miranda.....	683
<i>Lucas Buril de Macêdo</i>	
<i>Ravi Peixoto</i>	
1. Introdução	683

2.	Uma breve elucidação: ação material e remédio jurídico processual, conceitos e distinções.....	684
3.	O panorama doutrinário da denunciação da lide.....	688
4.	A denunciação da lide como remédio jurídico processual e a conservação da ação material.....	693
5.	Conclusão	695
	Referências	696
27.	A Ação de Liquidação de Título Executivo Extrajudicial, a Partir da Doutrina de Pontes de Miranda	699
	<i>Luciano Vianna Araújo</i>	
	Considerações iniciais	699
1.	Introdução	700
2.	A tese.....	701
3.	A questão.....	702
4.	Título executivo.....	703
5.	Elementos da obrigação.....	705
6.	Liquidação.....	706
7.	A cognição e os procedimentos jurisdicionais diferenciados.....	708
8.	“A ação de liquidação de título executivo extrajudicial”	710
	Conclusão	713
28.	Litigância de Má-Fé: Abuso de Direito ou Ilícitude?	715
	<i>Lúcio Grassi De Gouveia</i>	
1.	Introdução	715
2.	O abuso do direito de demandar e de se defender no código de processo civil de 1939 e os ensinamentos de Pontes de Miranda.....	716
3.	A litigância de má-fé no Código de Processo Civil atual	717
4.	O conceito de abuso de direito na doutrina	719
5.	A caracterização da litigância de má-fé como abuso de direito por parte da doutrina.....	722
6.	A litigância de má-fé como ilicitude	727
7.	Conclusão	733
	Referências	733
29.	Omissão Judicial na Fixação de Honorários Advocatícios... ..	735
	<i>Luiz Henrique Volpe Camargo</i>	
1.	Breve introdução	735

2.	A posição de Pontes de Miranda	737
3.	Os julgados do Supremo Tribunal Federal na mesma linha defendida por Pontes de Miranda	737
4.	A posição do Superior Tribunal de Justiça na mesma linha defendida por Pontes de Miranda adotada no recurso especial n.º 886178/RS, cujo acórdão está submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução do STJ n.º 08/2008	738
5.	A posição do Superior Tribunal de Justiça na mesma linha defendida por Pontes de Miranda consolidada no enunciado n.º 453 da súmula de sua jurisprudência dominante.....	739
6.	A análise crítica da posição de Pontes de Miranda e das soluções apresentadas para o problema	741
6.1.	Da exigência do ajuizamento de ação rescisória	742
6.2.	Da admissão de promoção de liquidação de sentença para o arbitramento dos honorários	751
6.3.	Da admissão de correção da omissão a qualquer tempo, no pressuposto de que se trata inexatidão material	752
6.4.	Do cabimento de ação própria para a fixação da verba honorária.....	753
7.	A perspectiva de “overruling” do entendimento consolidado no STJ	754
8.	A proposta de “lege ferenda”	755
9.	Conclusão	756
30.	Uma Breve Análise Crítica sobre a Teoria Quinária das Ações.....	757
	<i>Luiz Eduardo Ribeiro Mourão</i>	
1.	Uma breve explicação da teoria quinária das ações exposta por Pontes de Miranda	757
2.	O problema da ação condenatória.....	763
3.	O problema da ação (ou provimentos) mandamental	771
4.	O problema da ações (ou provimentos) executivos.....	780
5.	Conclusão	781
31.	Conversando com Pontes de Miranda sobre a Aplicação dos Arts. 475-N, III; 485, IV, V e 495 do CPC na Ação Rescisória Trabalhista – Existência de Coisa Julgada a Ser Respeitada em Acordo Judicial Quitador de Extinto Contrato Laboral.....	783
	<i>Marcelo Miranda Caetano</i>	
	Bibliografia	798

32. Pragmatismo Jurídico como Instrumento de Observação da Concepção Ponteana de Norma Jurídica no Contexto das Cláusulas Gerais Processuais	801
<i>Márcio Oliveira Rocha</i>	
1. Apresentação e delimitação do estudo	801
2. O método pragmático na observação do problema versado.....	802
3. Observação pragmática da concepção ponteana de norma jurídica no contexto das cláusulas gerais processuais.....	810
4. Cláusulas gerais processuais e a ausência de métodos pragmáticos de aplicação.....	817
5. Considerações finais.....	821
Referências	822
33. Condições da Ação: Questões de Mérito ou Não Mérito?.....	825
<i>Marcos Bernardes De Mello</i>	
1. Delimitação temática	825
2. Noções fundamentais	827
2.1. Considerações preliminares	827
2.2. Breve descrição do fenômeno jurídico.....	828
2.3. Os planos do mundo jurídico	831
2.4. Breves noções sobre eficácia Jurídica	832
2.4.1. Preliminares	832
2.4.2. A relação jurídica de direito material e seu conteúdo	834
2.5. Conclusões preliminares.....	839
3. A segunda acepção em que é empregada a palavra ação (direito à tutela jurisdicional ou, impropriamente, “direito de ação”).....	839
3.1. Conceito de pretensão à tutela jurídica	840
3.2. O caráter de direito fundamental da pretensão à tutela jurídica (“direito de ação”).....	846
3.3. Os pressupostos de exercício da pretensão à tutela jurídica	849
3.4. Conclusões preliminares sobre a pretensão à tutela jurídica	851
4. A terceira acepção em que é empregada a palavra ação.....	852
5. Crítica ao art. 267, inciso VI do CPC.....	853
5.1. A impropriedade da expressão “condições da ação”	853
5.2. Impropriedade quanto ao conteúdo do art. 267, VI, do CPC	854
5.2.1. Observação preliminar	854

5.2.2.	Conceito de mérito da causa.....	855
5.2.3.	Da possibilidade jurídica.....	856
5.2.4.	Da “legitimatío ad causam”.....	857
6.	Conclusão	860
	Bibliografia.....	860
34.	Problematização do Divórcio Judicial na Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda.....	865
	<i>Marsel Botelho</i>	
	Introdução	865
1.	Singularidades dos planos fenomênicos do fato jurídico	866
	Conclusão	876
	Referências	883
35.	Remédio Heroico ou Antídoto Ineficaz? Recurso Ordinário Constitucional, “Habeas Corpus” e a Jurisprudência dos Tribunais Superiores.....	885
	<i>Nestor Eduardo Araruna Santiago</i>	
	<i>Alex Xavier Santiago da Silva</i>	
	Referências	897
36.	A “Disregard Doctrine” e o Projeto do Novo Código de Processo Civil: Análise Jurídica.....	899
	<i>Paulo Machado Cordeiro</i>	
	Introdução	899
1.	A desconsideração da personalidade jurídica	901
2.	O devido processo legal sob a ótica procedimental.....	903
3.	A “disregard doctrine” e o Projeto do Novo Código de Processo Civil	906
5.	Natureza jurídica da decisão que determina a desconsideração da personalidade jurídica: contribuição da doutrina das ações de Pontes de Miranda.....	910
6.	Recurso cabível.....	911
7.	Conclusões	912
	Referências	913
37.	Sentenças Condicionais.....	915
	<i>Pedro Henrique Pedrosa Nogueira</i>	

1. Introdução	915
2. Os negócios jurídicos processuais	915
3. A decisão judicial como negócio processual.....	919
4. O dogma das sentenças incondicionais no direito brasileiro	923
5. Sentenças sujeitas à condição e termo.....	925
6. Conclusão	929

38. Os Efeitos Devolutivo e Translativo nos Recursos

Excepcionais	931

Pedro Miranda de Oliveira

1. Introdução	931
2. Recursos ordinários e recursos excepcionais	932
3. Efeito devolutivo	936
3.1. Efeito “meramente” devolutivo	938
3.2. “Ampla devolutividade” (rejulgamento da causa).....	939
4. Efeito translativo	942
5. Conclusão	948
Bibliografia	949

39. O Exercício da Exceção de Contrato Não Cumprido e a Prescrição

.....	951

Rafael Alexandria de Oliveira

1. A exceção de contrato não cumprido.....	951
2. Exercício da exceção de contrato não cumprido e prescrição	956
3. Conclusão	962

40. A Ação Publiciana: entre a Origem Romana e o Direito

Atual	963

Roberto P. Campos Gouveia Filho

Maria Eduarda Vilar

Pedro Spíndola Bezerra Alves

1. Introdução	963
2. Breves Considerações sobre as Origens Romanas da Ação Publiciana.....	964
2.1. Considerações Iniciais	964
2.2. Posse e Propriedade no Direito Romano	965
2.2.1. Propriedade Quiritária	968

2.2.2.	Propriedade Bonitária	969
2.2.3.	A Exceção de Usucapião.....	970
2.2.4.	A “Actio Publiciana”	972
3.	A Ação Publiciana no Direito Atual.....	974
3.1.	Considerações Iniciais	974
3.2.	A Natureza Jurídica e a Eficácia da Usucapião	974
3.3.	A Ação Publiciana	976
3.3.1.	O Poder de Reivindicar como Inerente à Propriedade	976
3.3.2.	A Irrelevância do Título de Aquisição da Proprie- dade para a Existência dos Poderes – Pretensão e Ação – de Reivindicação	977
3.3.3.	Aspectos Gerais da Ação Publiciana: Causa de Pedir, Legitimados, Eficácia e Prescrição	979
4.	Conclusão	982
	Referências Bibliográficas.....	982

41. Por uma Noção de Execução Forçada: Pequenas Provocações aos Defensores da Executividade da “Execução” Indireta..... 985

Roberto P. Campos Gouveia Filho

Raquel Silva Araújo

1.	Considerações prévias.....	985
2.	A realização dos direitos: premissas necessárias.....	986
2.1.	Considerações iniciais	986
2.2.	Primeiras premissas necessárias: o direito como situa- ção jurídica relacionada a um fim social e sua realização como momento jurídico de consumação de tal fim	987
2.3.	Segunda premissa necessária: distinção entre direitos prestacionais e direitos potestativos	988
2.4.	Última premissa necessária: a execução forçada “lato sensu” como espécie de realização de direitos prestacionais	990
3.	Posição adotada: execução indireta como falsa execução	992
4.	Proposta de sistematização	995

42. Sobre a Ação Vindictória o Direito Brasileiro..... 997

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior

Introdução	997
1. Ação vindicatória de direitos reais limitados.....	998
2. Ação vindicatória da posse	1002
3. Ação vindicatória de título ao portador	1005
4. Ação vindicatória de estado de filho e de direito de personalidade à origem genética.....	1006
Considerações finais.....	1007
Referências	1008
 43. Anotações sobre a Noção de Ônus da Prova em Pontes de Miranda.....	 1011
<i>Robson Renault Godinho</i>	
 44. Omissão Relacional e Ontológica segundo Pontes de Miranda (Análise dos Fenômenos e o seu Saneamento através de Embargos de Declaração).....	 1023
<i>Rodrigo Mazzei</i>	
1. Introdução: omissão como hipótese de cabimento de embargos de declaração	1023
2. Omissão.....	1024
2.1. Omissão ontológica.....	1026
2.2. Omissão relacional.....	1028
2.3. Omissão direta e omissão indireta – subtipos de omissão ontológica	1034
2.4. Erro material – espécie de omissão indireta	1035
3. Breve fechamento.....	1037
 45. Processo Cautelar: Horas de Ocaso?.....	 1039
<i>Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas</i>	
<i>Roberto Wanderley Nogueira</i>	
Introdução	1039
1. Procedimentos cautelares como garantia da justiça: considerações sobre o tempo no direito	1046
2. Critérios para definir os procedimentos cautelares.....	1047
2.1. Provisoriidade, função preventiva e urgência	1048
2.2. Instrumentalidade e função conservadora	1050
3. Proposta de classificação para os procedimentos cautelares.....	1050
4. O especial caso do poder geral de cautela do juiz.....	1052

5.	Características dos procedimentos cautelares.....	1053
5.1.	As duas faces do “periculum in mora”.....	1053
5.2.	A instrumentalidade hipotética dos procedimentos cautelares como previsão dos efeitos do procedimento principal.....	1054
5.3.	A cognição em sede de cautelar.....	1054
5.4.	O particular caso da coisa julgada em sede de procedimento cautelar: variabilidade e extinção por prazo.....	1056
5.5.	A execução cautelar.....	1057
6.	Constatações finais sobre a sistemática dos procedimentos cautelares.....	1058
7.	Os procedimentos cautelares e os novos contornos do processo civil.....	1060
7.1.	Os procedimentos cautelares à luz do racionalismo: crítica à teoria clássica.....	1061
7.2.	A evolução do escopo cautelar do processo e os entraves do paradigma racionalista.....	1062
7.3.	Provisoriedade, temporariedade, referibilidade e instrumentalidade das tutelas cauteleares: sinônimos de enfraquecimento?.....	1063
7.4.	Uso alternativo dos procedimentos ordinários, poder geral de cautela e o advento da antecipação de tutela: esvaziamento do processo cautelar?.....	1067
8.	Vida longa aos procedimentos cautelares: conclusões.....	1069
	Referências.....	1072

46. No Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil e a Análise Econômica do Direito..... 1075

Rodrigo Saraiva Marinho

1.	Introdução.....	1075
2.	Da Dissolução Parcial da Sociedade Empresária.....	1076
3.	Da Previsão Do Instituto No Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	1082
4.	A disciplina no anteprojeto do Novo CPC.....	1084
5.	Da Análise Econômica da Dissolução Parcial de Sociedade.....	1086
5.	Considerações finais.....	1088
	Referências.....	1089

47. A Prescrição no Direito Brasileiro: Direito Material e Direito Processual.....	1091
<i>Rodrigo Xavier Leonardo</i>	
1. Introdução	1091
2. A prescrição: lineamentos gerais	1092
3. A prescrição no Direito Civil Brasileiro.....	1096
4. Análise crítica da disciplina da prescrição no Código Civil Brasileiro de 2002	1100
5. Considerações finais.....	1111
Referências bibliográficas	1111
 48. Reflexos Executivos da “Inexistência” e da “Invalidade” da Sentença Civil Condenatória.....	 1115
<i>Sérgio Cabral Dos Reis</i>	
Introdução	1115
1. “Pressupostos processuais”: dos elementos que condicionam a “existência jurídica” do processo	1116
2. “Pressupostos processuais e os requisitos de validade” do processo: uma distinção metodológica necessária.....	1120
3. Da distinção entre “nulidade” e “ineficácia” dos atos processuais: a “nulidade” enquanto sanção pela presença de um vício prejudicial.....	1125
4. Da classificação dos vícios processuais.....	1131
5. Consequências decorrentes da ausência dos “pressupostos” e dos “requisitos” processuais: da variação quanto ao exercício do direito de defesa.....	1135
6. A sentença condenatória como título executivo e a sua estrutura: elementos de existência ou requisitos de validade?.....	1139
7. Das questões envolvendo o princípio da congruência entre a postulação e a sentença	1147
Conclusões	1155
Bibliografia	1156
 49. Do Fático ao Jurídico: a Possibilidade Jurídica do Pedido de Adoção por Casais Homo-Afetivos.....	 1161
<i>Suenya Talita de Almeida</i>	

1. O mundo dos fatos: fato social e fato jurídico.....	1161
2. A entrada dos fatos no mundo jurídico: revisitando a lógica da causalidade.....	1163
3. A Juridicização da adoção por casal Homo-afetivo pela possibilidade jurídica do pedido.....	1169
Referências	1172
 50. Ponderações sobre a Tutela da Posse a Partir do Pensamento de Pontes de Miranda	1175
<i>Venceslau Tavares Costa Filho</i>	
1. A posse: estado de fato correspondente a um poder.....	1175
2. Detenção e desdobramento da posse	1178
3. Posse de boa-fé.....	1180
4. Posse justa e Justo título. A questão da aplicação subsidiária do art. 924 do Código de Processo Civil para uma interpretação razoável quanto ao momento da ciência do esbulho possessório	1185
Referências	1192
 51. Ação Rescisória: de Pontes de Miranda ao Projeto de Novo CPC.....	1197
<i>Welder Queiroz dos Santos</i>	
1. Introdução	1197
2. Ação rescisória.....	1199
3. Objeto da ação rescisória: as decisões rescindíveis.....	1200
4. Hipóteses de cabimento da ação rescisória.....	1203
4.1. Incompetência absoluta.....	1205
4.2. Coação.....	1206
4.3. Violação manifesta a norma jurídica	1207
4.4. Prova nova	1212
4.5. Erro de fato.....	1214
5. Prazo para o ajuizamento da ação rescisória	1215
6. Modificações procedimentais	1219
6.1. Dispensa do depósito prévio	1219
6.2. Possibilidade de rejeição liminar da ação rescisória.....	1220
6.3. Possibilidade concessão de tutela antecipada.....	1220
6.4. Resposta do réu e procedimento.....	1221
6.5. Escolha do relator e do revisor.....	1221

6.6. Produção de provas.....	1221
6.7. Órgão competente.....	1222
6.8. Ação x Pedido	1222
7. Conclusão	1223
Bibliografia.....	1223

PARTE I

ESCRITOS DIVERSOS
SOBRE A VIDA, OBRA
E PENSAMENTO DE
PONTES DE MIRANDA

1

PROLEGÔMENOS AO PENSAMENTO JURÍDICO-FILOSÓFICO DE PONTES DE MIRANDA

André Lucas Fernandes¹

Mateus Costa Pereira²

SUMÁRIO – Introdução – 1. Premissa científica: toda ciência é natural: 1.1. A contraposição ao paradigma racionalista e a segmentação das ciências dentre naturais e do espírito – 2. Fato jurídico, incidência e a concepção pontesiana de norma jurídica – 3. Sistema da Ciência Positiva do Direito – Considerações finais – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Restringir uma abordagem científica a um ou poucos pontos da obra de um autor pode soar como arbitrariedade³, quando não, uma tarefa árdua e infeliz; e isso porque, uma doutrina, um todo, tem seus infundáveis pontos de conexão e complementaridade⁴; o todo é indivisível, não

-
1. Graduando da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Bolsita PIBIC FACEPE/CNPq. Estuda a vida e obra de Pontes de Miranda. Fundador do grupo de estudo em TG e Filosofia do Direito, Direito em Foco. Membro dos grupos de pesquisa: “As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil” e “Direito, Tecnologia e Efetivação da Tutela Jurisdicional”.
 2. Mestre em Direito Processual e Teoria do Processo pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Professor de Direito Processual Civil da Unicap (graduação e especialização). Membro fundador da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (Annep). Advogado.
 3. “A fisionomia integral de um pensador autêntico será demasiado rica para definir-se em função de um só atributo de sua personalidade (p. ex., sua vaidade ou modéstia) ou de sua obra (p. ex., vinculações com uma ideologia política). A sua individualidade será pleonasticamente indivisível: “indivíduo” é etimologicamente o que não pode ser dividido.” BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos*. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994, p. 49.
 4. A compreensão do todo perpassa a das partes, as quais determinam e também são determinadas pelo todo da qual fazem parte; lembrando que o todo é maior que a soma das partes.

devendo ser fracionado pelo intérprete. Em se tratando do pensamento de Pontes de Miranda, para além da tarefa ser árdua e infeliz, uma tal empresa é no mínimo inglória. A opulência de sua obra, o que não inibiu a sua complexidade – no sentido de riqueza –, pode ser um obstáculo – no sentido de desafio –, para toda uma vida.

Sem embargo, impõe-se um corte epistemológico. Neste trabalho, com um quê de estratégia para não incorrer nos erros encimados, buscaremos expor algumas premissas científicas à compreensão da doutrina de Pontes de Miranda. Este opúsculo tem por mote subsidiar o primeiro contato com a doutrina pontesiana. Que não se confunda a mero trabalho introdutório, senão em prolegômenos a um pensamento científico.

Todo homem é vítima de um paradigma; dessa constatação ninguém pode se desvencilhar; com Pontes de Miranda não seria diferente. No esforço que dá origem ao presente, buscamos demonstrar como o paradigma da ciência moderna repercutiu no pensamento jurídico-filosófico⁵ de Pontes de Miranda, com a cautela necessária para não desprezar a originalidade de suas ideias.

1. PREMISSA CIENTÍFICA: TODA CIÊNCIA É NATURAL

Da comodidade do séc. XXI, mas sem atropelo da historicidade⁶, é possível olhar sobre os ombros e identificar os principais nomes ao longo da história do pensamento e a sua contribuição à formação do paradigma⁷ moderno de ciência, também conhecido por paradigma racionalista⁸. Muito embora um paradigma se forme gradualmente, como a própria evolução do pensamento é vagarosa, segundo a doutrina há pelo menos

-
5. Já que estaremos tratando da formação do paradigma da ciência moderna, e situando o pensamento pontesiano nessa ambiência, teremos o cuidado para não dissociar o pensamento científico de seu pensamento filosófico. Como ensina Guido de Ruggiero, dum ponto de vista histórico, a própria gênese científica é indissociável do pensamento filosófico. *Storia della filosofia*, parte quarta: *La filosofia moderna (L'età Cartesiana)*. 4. ed. Bari: Laterza, 1948, p. 03 e ss.
 6. SALDANHA, Nelson. *Velha e nova ciência do direito: e outros estudos de teoria jurídica*. Recife: Editora Universitária, 1974, p. 22.
 7. Referindo ao termo paradigma é sempre importante deixar consignado o que entendemos por isso. Sobre o tema, valemo-nos da lição de Morin, adotada na íntegra: paradigmas são “princípios ocultos que governam nossa visão das coisas e do mundo sem que disso tenhamos consciência”. MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 15.
 8. A expressão deve ser tributada ao saudoso Ovídio A. Baptista da Silva. Cf. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

dois nomes que merecem acentuado destaque, a saber: Descartes (1596) e Newton (1642)⁹⁻¹⁰; com o legado desses pensadores se forjaram os conceitos determinantes à consolidação do pensamento científico da época, cujos padrões de cientificidade são hegemônicos ainda hoje. No ensejo, a principal nota distintiva dentre esses pensadores repousa no ponto de partida: enquanto Descartes partia da razão, dos princípios (postulados e axiomas matemáticos) para depois chegar aos fatos; Newton faria o inverso, encetando nos fatos para, *a posteriori*, desvendar os princípios,¹¹ tendo na matemática a linguagem universal do saber¹²; o êxito logrado pelo método newtoniano impôs sua observância para além da física¹³.

Muito bem. A compreensão do paradigma da ciência moderna perpassa o exame de seus pressupostos epistemológicos, quais sejam: **objetividade, estabilidade e simplicidade**. Passemos a uma rápida análise de cada um deles¹⁴ e, em simultâneo, fazendo provocações quanto à sua robustez.

Dissertando o pensamento científico, quando se fala em **objetividade**, imediatamente nos ocorre que a ciência pressupõe um distanciamento do observador em relação ao objeto de análise; a investigação científica reclama um juízo meramente descritivo, avalorativo; enquanto uma *conditio sine qua non* para se fazer ciência, o sujeito cognoscente deve se despir de seus valores e pré-conceitos. Na mesma toada, aprendemos

-
9. Sobre o tema, Cf. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. Campinas: Papirus, 2002. p. 46 e ss. RUGGIERO, Guido de. **Storia della filosofia, parte quarta**: La filosofia moderna (L'età Cartesiana). 4. ed. Bari: Laterza, 1948, p. 03 e ss.
 10. Segundo Paolo Rossi, o debate dentre "Cartesianism" e "Newtonianism" somente se encerraria por volta de 1750, com a derrota do primeiro. ROSSI, Paolo. The birth of modern science. Trad. Cynthia De Nardi Ipsen. Malden: Blackwell Publishers, 2000, p. 100.
 11. "Ao contrário dos filósofos do século XVII que constroem os seus sistemas partindo de certos dados ou axiomas, Newton, pressupondo somente que a realidade empírica não é uma massa inerte mas obedece a uma legalidade e a uma estrutura determinada e determinável, parte para a inteligibilidade do cosmos por via inversa, parte dos fatos para os princípios". MARQUES, Mário Reis. Op. cit. p. 364-365. No mesmo sentido: "El camino del estudio físico no conduce ya de arriba abajo, de los axiomas y principios a los hechos, sino al revés". CASSIRER, Ernst. Filosofia de la ilustracion. México: Fondo de Cultura Económica, 1972, p. 69.
 12. MONCADA, L. Cabral de. Estudos de história do direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1950, v. 3, p. 04.
 13. CASSIRER, Ernst, op. cit., p. 71.
 14. Para uma análise profunda sobre o tema, conferir: PEREIRA, Mateus Costa. O paradigma racionalista e sua repercussão no direito processual (Dissertação de Mestrado). Recife: Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), 2009.

que a subjetividade deve ser encarada como uma pecha, uma vez que compromete o resultado da pesquisa, deixando de apresentar o mundo como ele é¹⁵.

Rigorosamente, sob a égide do pressuposto epistemológico da **objetividade** o sujeito cognoscente não faria parte da realidade observável; não estaria inserido no mundo em que ocorre a experiência; a experiência é tratada como alheia ao sujeito, não sendo considerada inerente ao processo de conhecimento. Em suma, acredita-se ser possível/necessário ao sujeito que busca conhecer a assunção dum ponto de vista externo e, a partir desse lugar privilegiado, tão-só descrever tudo o que se passa em seu “laboratório”.

Sucede que, essa **objetividade**, acaso entendida como “objetividade prática”, nem sempre é possível, mesmo nos campos do saber em que seja viável assumir sua ocorrência¹⁶. Sem embargo, no campo jurídico-filosófico cuida-se de um dos fatores que concorreram ao surgimento do Positivismo Jurídico¹⁷; e também foi um dos fundamentos da censura lançada pelo idealizador da Teoria Pura do Direito contra a doutrina do Direito Natural¹⁸.

A seu turno, o pressuposto da **estabilidade** diz respeito a uma pretensa inalterabilidade da relação dentre sujeito cognoscente e objeto cognoscível no tempo, como se aquele fato ou evento pudesse se repetir sucessivas vezes sem apresentar qualquer variação. Por suposto, o mundo se apresentaria em estado acabado e não numa intermitente complexidade e contínuo processo de vir a ser. Se a realidade já está dada, no esforço de conhecimento, cabe ao homem apenas retratá-la (como um espelho).

Consequentemente, a crença na invariabilidade dos fenômenos ainda motivou outras, consistentes na possibilidade de previsão dos eventos e a manipulação de seus resultados. Para tanto, bastaria que fossem

-
15. Veja-se que o próprio plural majestático, o uso da primeira pessoa do plural, mas também a primeira pessoa do singular, pelos mesmos fatores já expostos, é alvo de acerbas críticas em textos científicos.
 16. CHALMERS, Alan. A fabricação da ciência. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Fundação Editora Unesp, 1997, p. 70-71.
 17. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135. Cf. PERELMAN, Chaïn. Lógica jurídica: nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91.
 18. BOBBIO, Norberto. Direito e poder. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008. p. 23.

identificadas as **relações funcionais** dentre eles, inclusive, com a possibilidade de reverter um resultado provocado. Eventuais resultados acidentais eram tributados à falta de conhecimento; a irreversibilidade sempre foi tida como uma ilusão¹⁹.

Por último, o pressuposto da **simplicidade** está atrelado à confiança na possibilidade de construções racionais simples. Assim, conquanto se parta do princípio de que o mundo é complexo, os cientistas defendem que a complexidade é superável através da simplificação da realidade. Como se subjacente ao caos estivesse sempre a ordem²⁰; a complexidade do mundo, o caos, a desordem, seriam filtrados pela razão, transformando-se na ordem.

A ciência tradicional opera com uma **simplicidade atomizada**, de modo que, separando os constituintes do universo em partes, “a ciência procede também às separações entre os fenômenos: separa os físicos dos biológicos, os biológicos dos psicológicos e dos culturais, e assim por diante”. Essa partilha, separação das partes, é chamada de **disjunção**²¹. No ensejo, sabemos que a ciência conquistou um grande avanço na medida em que os saberes sofriam especializações²²; são as conhecidas restrições do conhecimento a domínios particulares que²³, supostamente, propiciaria uma hierarquia dentre os integrantes da comunidade científica²⁴; essa “especialização” – verdadeira redução – ganhou tanta força, que mesmo no interior de um determinado campo científico, os estudiosos se isolam em seus ramos; como se os galhos não pertencessem à mesma árvore²⁵.

19. VASCONCELLOS, Maria José Esteves, op. cit., p. 81-88.

20. BERTALANFFY, Ludwig von. Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 239-240. VASCONCELLOS, Maria José Esteves, op. cit., p. 74.

21. VASCONCELLOS, Maria José Esteves, op. cit., p. 75.

22. “É, por exemplo, pulverizando-se em inúmeras especialidades que a medicina progride: existem especialistas dos ossos, do sangue, dos tecidos, do psiquismo. Mas a vítima, como todos sabem, desse processo de dispersão, é muitas vezes o próprio doente, pelo qual o especialista não se interessa e o qual conhece cada vez menos. Mesmo se reuníssemos o estado-maior dos especialistas, estaríamos longe de obter uma totalidade. Junte todos estes objetos das especialidades médicas, espalhados sobre a mesa de dissecação. Você não obterá o ser vivo que, mais que a soma dessas partes, é a combinação dinâmica destes elementos.” VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 27.

23. VILLEY, Michel, op. cit., p. 26.

24. Cf. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de., op. cit., p. 75-76.

25. SALDANHA, Nelson Nogueira. Estudos de teoria do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 153.

Ainda dentro do pressuposto da **simplicidade**, fala-se em **causalidade linear**. Na busca de compreensão das disciplinas – com a especialização do saber – defendia-se ser cabível a descoberta das “leis simples” de funcionamento de cada sistema²⁶. A **causalidade é linear**, pois trabalha com relações de causa e efeito, admitindo-se tão-só a ideia de **causa eficiente**. Dessa forma, algo que ainda está por vir não poderia explicar um fenômeno que já está acontecendo; é com a descoberta da **causa eficiente** que se torna possível a manipulação dos fenômenos.²⁷

Sem projetar sobre paisagens antigas a sombra de nossos óculos²⁸, a crença na possibilidade de domínio da natureza – e do tecido social – a partir de construções simples, objetivas e estáveis, sobre ser um tanto quanto “romântica”, é fruto de exacerbado racionalismo. Racionalismo que, importante referir, enceta na dessacralização do saber operada ao tempo do Renascimento²⁹, mas que alcançaria seu ápice com o Iluminismo.

Com seu ponto alto no movimento da Ilustração, a racionalidade – leia-se, o paradigma racionalista – se difundiu pelo mundo ocidental com o avanço das ciências naturais, cujo método, construído em seu seio, e com a pretensão de universalidade (hegemonia), contaminaria as ciências humanas. Ainda hoje, pensadores como Vico, Hegel e Dilthey, para citar apenas alguns dos mais notórios expoentes do **historicismo**, parecem passar despercebidos; dentre outros tantos doutrinadores que não cultuavam a construção de sistemas “more geométrico”³⁰. Como sói acontecer, o direito também sofreria a influência desse modo de pensar; insistamos que esse foi – e continua sendo – o paradigma hegemônico. No direito a repercussão do paradigma racionalista pode ser visualizada a partir do exame dos valores epistemológicos que se consagraram no

26. Os sistemas são isolados; acredita-se ser viável seu estudo de per si. Atualmente, essa visão é bastante criticada. Sobre o tema, cf. MORIN, Edgar. O método 1: a natureza da natureza. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 129.

27. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de., op. cit., p. 76-77.

28. Na feliz expressão de Nelson Saldanha, desta feita, escorados em lição de José Elias Dubard de Moura Rocha: “Na des-continuidade do terceiro milênio parece ser demasiadamente fácil e, até certo ponto, simplificador, sentar-se judiciosamente em nossa perspectiva privilegiada para lançar críticas aos modelos pretéritos apontando os erros das atividades científicas pretéritas.

“Somos de tal modo arrogantes que sequer indagamos sobre os contextos situacionais em que tais experiências foram implementadas e, não por poucas vezes, aproveitamo-nos das crises experimentadas para criticar as construções levadas a cabo.”

ROCHA, José Elias Dubard de Moura, op. cit., p. 46.

29. SALDANHA, Nelson. Filosofia do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 189.

30. SALDANHA, Nelson. Historicismo e Culturalismo. Recife, Fundarpe, 1986, p. 80.

campo jurídico moderno, quais sejam: o «Positivismo Jurídico», o «Racionalismo Legalista» e a «Codificação Sistematizadora»³¹; esses valores estão alinhados com os pressupostos epistemológicos formativos do paradigma da ciência moderna.³²

Nem é preciso lembrar que o Positivismo Jurídico surge como a negação de um fundamento metafísico ao direito³³. Tampouco precisamos resgatar à memória que o racionalismo ganha fôlego na legalidade, na perspectiva da “legalidade estrita”, se quisermos falar com a Escola da Exegese. Por último, dispensa-se repisar que o movimento das codificações – o qual, equivocadamente, seria utilizado como estandarte da tradição romano-germânica³⁴ –, é uma decorrência da sistematização que tomou conta das ciências naturais (pioneiramente, a biologia³⁵), na assunção de que a construção sistemática era – e é – indispensável para que um dado conhecimento vulgar pudesse galgar o patamar científico, o que se deu, sobretudo, com o gênio de Kant.³⁶⁻³⁷

Na esteira e ambiência do primeiro grande esforço sistemático no direito, referimo-nos ao Código Civil francês de 1804³⁸, veio a lume a Escola

31. ROCHA, José Elias Dubard de. Crise cognitiva do processo judicial. *Processualística Sistêmica I*. Recife: Nossa Livraria, 2008, p. 40-41. Também sobre o assunto, ver BERKOWITZ, Roger. *The gift of science: Leibniz and the modern legal tradition*. New York: Forham University Press, 2010.
32. Mais uma vez, insista-se em trabalho específico, no qual o tema é analisado amiúde: PEIREIRA, Mateus Costa. *O paradigma racionalista e sua repercussão no direito processual* (Dissertação de Mestrado). Recife: Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), 2009.
33. SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia...* p. 85.
34. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Carlos Sierra. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 60-61.
35. VASCONCELLOS, Maria José Esteves, op. cit., p. 186.
36. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Alfradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 657. Sobre o tema, a título de esclarecimento, ver ainda: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 908.
37. “Em tudo isto, o traço longo e pesado do cientificismo, trazendo sempre para o saber social o modelo das ciências naturais. Talvez um eco, ainda, da presença quase imperceptível de Kant, cujas intrincadas análises se referiam ao *factum* da ciência positiva. Talvez a pressão do empirismo e do pragmatismo, plantados sobre o “paradigma” do saber científico-natural”. SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia...* p. 84.
38. “A primeira codificação no sentido próprio do termo – portanto com o alcance e as implicações juscientíficas que acima ficaram expressas – é a francesa, de 1804, ou Código Napoleão. O *Allgemeines Landrecht* prussiano, de 1794, tinha já traços típicos de uma codificação; por carências várias, designadamente a nível de síntese, não pode, contudo, considerar-se uma verdadeira codificação.” CORDEIRO, António Menezes. “Introdução à edição portuguesa.” CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. LXXXVI.

da Exegese, também chamada de positivismo legalista. Reverberando seu compromisso racionalista, suas ideias ganharam pronta adesão e se disseminaram com velocidade. Permita-se a suma das principais: o juiz foi transformado em ventríloquo do legislador; pregava-se que a atividade jurisdicional seria apenas cognitiva, vocacionada a desnudar a vontade – unívoca – da lei; juiz não interpretava; a lei era a consagração da vontade da maioria (Rousseau); todo direito está contido na lei (lei = direito); o ordenamento jurídico é um todo harmônico e completo³⁹.

Para além do positivismo legalista, e a deificação do produto do legislador, a lei, também vimos desabrochar o positivismo científico, já com elevada dose formalista, deslocando-se a atenção para o produto doutrinário, o sistema jurídico, a partir do qual seria possível deduzir as soluções para todos os casos concretos – no positivismo legalista o sistema é uma obra do legislador. Criando e limando conceitos jurídicos, os adeptos da Jurisprudência dos Conceitos⁴⁰, com seu expoente em Puchta, acreditavam ser possível deduzir soluções jurídicas para tudo que acontecesse no tecido social.

Para além do positivismo – ou como um modo especial do positivismo –, sob a influência do neokantismo, aos poucos foram surgindo correntes de pensamento formalistas (séc. XX); muito embora, faça-se o registro, a questão da forma já fosse latente no juspositivismo. Sem embargo, o ápice foi alcançado pelo Normativismo Jurídico (Teoria Pura do Direito – TPD) de Kelsen⁴¹; aqui, a objetividade é enaltecida como fator indispensável ao conhecimento. Conquanto tenha fomentado o desenvolvimento da Teoria do Direito, a TPD não mereceu tanta atenção, algo que pode ser justificado a partir da irredutibilidade das formas aos conteúdos⁴². Com o cuidado de não diminuir a sua importância, sobretudo no que respeita à descoberta das estruturas lógicas das normas.⁴³

39. No magistério de García Máynez as conclusões alcançadas pela Escola da Exegese partiam da falsa premissa sobre a importância e o sentido da legislação e da Codificação. Hodiernameamente, resta indene de dúvidas a impossibilidade de se atribuir ao legislador o monopólio da produção jurídica. MÁYNEZ, García. *Introducción al estudio del derecho*. 35. ed. México: Editorial Porrúa, 1984, p. 337.

40. KRETSCHMANN, Ângela. *História crítica do sistema jurídico: da prudência antiga à ciência moderna*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 182.

41. SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia...* p. 86-88.

42. Como afirma Kaufmann “formas e categorias de pouco servem à prática”. cf. KAUFMANN, Arthur. “Discurso histórico”. In: *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. A. Kaufmann e W. Hassemer (org.). Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 182.

43. LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 2. ed. Trad. por Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1980, p. 25.

Desde então, e também por força de outras tantas correntes jurídico-filosóficas⁴⁴, presencia-se a asfixia da interpretação; intentou-se suprimir a dimensão axiológica do direito, sufocando o fenômeno jurídico no reino do formalismo e, pois, barrando a hermenêutica jurídica; tencionou-se, igualmente, romper com a tradição. É o mal do solipsismo (do sujeito solipsista), largamente denunciado pela doutrina⁴⁵. O direito, um construto científico, reclamava o emprego do método científico; e o único método reconhecido era o da biologia, física etc., que não laboram com a noção de compreensão. Mas essas problemáticas não tinham tamanha relevância na época – ou se quer eram enxergadas (lembremos dos princípios ocultos...) –, pois a doutrina positivista garantia o status científico do direito. Pregando juízos meramente descritivos, imagens fiéis do real – sem metafísica, insistia-se –, os juristas estariam produzindo um conhecimento universal, isto é, fazendo ciência.

1.1. A contraposição ao paradigma racionalista e a segmentação das ciências dentre naturais e do espírito

Sem embargo da pretensão de universalidade do método forjado no seio das ciências da natureza – ex. física e biologia; pretensão que viria a se consolidar (!) –, a contraposição ao paradigma racionalista teve nomes de estatura, e mesmo contemporâneos à formação do paradigma. Sigamos na linha de historicidade destacando alguns aspectos de suas doutrinas.

Já no séc. XVII é possível identificar um famoso contendor das abstrações racionalistas. Referimo-nos ao pensador italiano Giambattista Vico (1.668), cuja doutrina não faria tantos caudatários, o que pode ser tributado, dentre outros fatores, por ser refratário aos pressupostos epistemológicos formativos da ciência moderna ou tradicional⁴⁶; mesmo após séculos, sua contribuição ainda é ignorada por muitos. Vico insurgiu-se contra o “abstratismo racionalista dos cartesianos e ao anti-historicismo dos jusnaturalistas⁴⁷”, para enfatizar o elemento concreto, a obra

44. Para um estudo aprofundado, cf. PEREIRA, Mateus Costa. O paradigma racionalista e sua repercussão no direito processual (Dissertação de Mestrado). Recife: Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), 2009.

45. Por todos, cf. STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

46. É com Vico que palpita a questão histórica no Direito.

47. REALE, Miguel. Horizontes do direito. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 115.

humana; amalgamando verdade e construção, acreditava que somente era passível de conhecimento aquilo que poderíamos fazer, pois *verum et factum convertuntur*⁴⁸. Enaltecendo o elemento histórico, Vico iria preparar o terreno para a fenomenologia de Hegel (1770).

O pensamento desenvolvido na fenomenologia tem seus traços iniciais na obra do pensador itálico, o qual afirmava que o homem não havia criado a natureza, mas o mundo histórico. Deste modo, apenas o mundo histórico, na sua peculiaridade de ser o único a ter um conteúdo cognoscível, era apto ao conhecimento⁴⁹. Refutando a prevalência da escola abstrata, do pensamento “matematizante”, Hegel enfatizou ainda mais a história, a qual não poderia ser compreendida a partir de leis abstratas. Pregava que as limitações dos cálculos não acompanhariam a intermitente transformação da história e do homem, pois os tempos histórico e matemático são distintos. No diálogo com Ernst Bloch nem

“Galileo ni Newton conocían la historia; Hegel, por primera vez desde Vico, conoce la historia solamente y se deja adoctrinar por ella.” E continua: “Las ecuaciones son substituidas por las inecuaciones (la física matemática sólo conoce una de gran envergadura: la de la entropía o la muerte por frío); aparecen las desigualdades irreversibles o los crecimientos de la vida histórica.”⁵⁰

A proeminência da matemática, empregada por séculos como linguagem universal, foi alvo de acerbos críticas por Hegel⁵¹. Tempos mais tarde, caberia a outro pensador alemão, filósofo e historiador, Wilhelm Dilthey (1833), retomar a crítica⁵².

Outra problemática nas bases da ciência tradicional – do paradigma da ciência moderna – é que não trabalha com a noção de finalidade; nem o modelo cartesiano, tampouco o newtoniano permitia isso.

48. Ibid. p. 122.

49. REALE, Miguel, op. cit., p. 64.

50. BLOCH, Ernst. Sujeto-objeto: el pensamiento de Hegel. 2. ed. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 65.

51. Na sempre oportuna censura de Ovídio A. Baptista da Silva: a perspectiva racionalista “insiste em aproximar o Direito das matemáticas, como se o problema jurídico fosse uma questão de cálculo.” SILVA, Ovídio Baptista da. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 362.

52. A matemática, uma criação do espírito humano que se constitui numa “afirmação da grandeza e genialidade de seu criador”, muito embora dotada do dom misterioso de elevar toda pesquisa na qual é chamada a prestar colaboração a um grau de precisão admirável, não é capaz de explicar o seu criador, o espírito humano. ARAÚJO, Wandyck Nóbrega de. Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito. Porto Alegre: SAFE, 1986, p. 13.

Trabalhando-se com causas, a explicação dos fenômenos sempre foi anterior a eles, jamais posterior; assim, teleologia é rejeitada. Tempos mais tarde, Dilthey retomou a proposta de segmentação das ciências de Vico em dois grandes grupos (naturais e humanas), respeitando-se as especificidades próprias de cada objeto e, por conseguinte, com métodos adequados às diferentes realidades. Em síntese, dum lado as ciências naturais, as quais não fariam qualquer referência à experiência humana⁵³ e operam com a apontada *causalidade linear*; doutro, as ciências humanas (hermenêuticas ou históricas), com um padrão diferenciado de cientificidade e sem dispensar a teleologia. Das ciências hermenêuticas não poderiam ser dispensadas as causas finais e os esquemas valorativos; o método eleito seria o da compreensão. Em suma, explica-se a natureza, mas se compreende o homem,⁵⁴ os cânones para um e para outro não se confundem.⁵⁵

Feitas essas considerações podemos avançar para dois pontos que, a nosso ver, constituem o cerne do pensamento jurídico de Pontes de Miranda: a teoria da incidência e a sua concepção de norma jurídica.

2. FATO JURÍDICO, INCIDÊNCIA E A CONCEPÇÃO PONTESIANA DE NORMA JURÍDICA

No pensamento pontesiano a incidência é o que transforma um dado fato ou evento num fato jurídico; antes disso há apenas suportes fáticos. A partir da incidência – que ocorre no plano lógico; é um efeito da norma jurídica (eficácia legal), sendo meramente conceptual –, opera-se uma seleção daquilo que é considerado relevante para o direito e, pois, transferido ao mundo jurídico (mundo dos fatos ≠ mundo jurídico⁵⁶). Em

53. A experiência é algo inerente às ciências humanas, já que o homem é capaz de acumulá-la, de modo que, inclusive, numa transposição real (própria de objetos que a podem acumular), poderia compreender mais profundamente a si próprio, com base na experiência alheia. PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 110-111.

54. *Ibid.*, p. 112.

55. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de., *op. cit.*, p. 64.

56. Na preleção de Pontes de Miranda, o mundo jurídico só leva em consideração aquilo que nele entrou, “colorido pela regra jurídica que incidiu”. Importante registrar que em sua doutrina o mundo jurídico é dividido em três planos distintos, a saber: “plano da existência, em que há fatos jurídicos (fj), e não mais suportes fáticos; o plano da validade, quando se trata de ato humano e se assenta que é válido, ou não-válido (nulo ou anulável); o plano da eficácia, em que se irradiam os efeitos dos fatos jurídicos: direitos, deveres; pretensões, obrigações; ações, em sua atividade (posição de autor) e em sua passividade (posição do réu); exceções.” MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações...* t. 1, p. 22.

outras palavras, o fato, naquilo de interesse normativo, será juridicizado⁵⁷; a incidência é, pois, a porta de entrada para o mundo jurídico, produzindo efeitos jurídicos (eficácia jurídica).⁵⁸

A incidência tem dois pressupostos básicos: a vigência da lei e a concreção de seu suporte fático. Primeiramente, só há incidência se a norma jurídica estiver em vigor (uma norma em *vacatio legis* não pode incidir; tampouco uma norma revogada). Em segundo, para que ocorra a incidência é preciso que aconteça no mundo físico aquilo que está descrito no suporte fático⁵⁹ da norma (= concreção do suporte fático suficiente).⁶⁰

Por outro lado, a incidência tem duas características básicas: a incondicionalidade ou infalibilidade (essa eficácia legal ocorre independentemente do querer dos indivíduos⁶¹; “a norma tem a virtude de incidir até mesmo sem ser conhecida pelo destinatário”⁶²); e a inesgotabilidade (toda vez que houver a concreção do suporte fático haverá a incidência; posto que seja possível, a incidência não se esgota em uma única vez⁶³).⁶⁴

57. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 74 e ss. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da ação material. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 36 e ss.

58. Na elucidativa lição de Marcos Bernardes de Mello: “A primordial função da norma jurídica consiste em incidir sobre os fatos da vida para juridicizar, transformando em fato jurídico a parte relevante do seu suporte fático. Portanto, em princípio e nesse sentido, toda incidência é, necessariamente, juridicizante.

59. Seja um ou mais fatos.

60. Se for insuficiente, não haverá incidência. Se, todavia, for deficiente, a sorte do fato jurídico passará pelo plano da validade.

61. “[...]. A natureza lógica da incidência determina que a sua realização independa da sua efetiva repercussão no plano da experiência. O não se efetivarem os efeitos do fato jurídico nascido da incidência é questão que se instaura na dimensão sociológica do direito”. MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 76. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, op. cit., p. 37. Sem ignorar que da distinção dentre normas cogentes e não-cogentes é possível identificar nas últimas a possibilidade de se afastar a incidência pela vontade individual.

62. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, op. cit., p. 39.

63. MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 79-80.

64. Nesse ponto, importante registrar a divergência de opiniões dentre os próprios autores adotam a teoria do fato jurídico. Para Adriano Soares da Costa, no que destoa da opinião de Marcos Bernardes de Mello, a infalibilidade da incidência dispensa o conhecimento do fato ou mesmo a sua prova. Segundo ele, muito embora ocorra no mundo do pensamento, a incidência não se dá no mundo da psique. Cf. COSTA, Adriano Soares da, op. cit., p. 47. Para ele, quando Pontes de Miranda se referiu ao “mundo do pensamento”, quis se referir a uma realidade que ultrapassa a subjetividade, sendo uma realidade própria. Para corroborar essa leitura da obra de Pontes, Adriano Soares da Costa perpassa os 3 mundos de Popper (mundo material, mundo mental e mundo dos inteligíveis (mundo das ideias no sentido objetivo), identificando o “mundo do pensamento” na teoria pontesiana com o mundo dos inteligíveis de Popper. Op. cit., p. 48-53.

A infalibilidade da incidência é um dos pontos chave à compreensão da estrutura da norma jurídica no pensamento pontesiano; e da própria dignidade científica do direito – aqui, também a inesgotabilidade. Com o evidente “êxito” das ciências descritivas, Pontes de Miranda entendia que o direito deveria se tornar uma ciência natural, pois que todas o são⁶⁵. A teoria da incidência atende, justamente, à causalidade que se verifica na natureza. De certa forma, o que Pontes de Miranda realizou foi uma adaptação e desenvolvimento dum princípio da natureza ao direito: uma causa tem um determinado efeito, sendo que o último é causa para novo efeito. Assim, a estrutura da norma, por exemplo, não contempla uma relação “dado “a”, deve ser “b””, típica da teoria da imputação. Para ele: “Se ocorrem *a*, *b* e *c* (ou se ocorrem *b* e *c*, ou se ocorrem *a* e *b*, ou se ocorre *a*, ou se ocorre *b*), acontece *d*”.⁶⁶

No alerta da doutrina, sem embargo do “caráter automático”, a concepção pontesiana de incidência não pretende reduzir o fenômeno jurídico em algo mecanicista e artificial⁶⁷, face ao dualismo necessário dentre incidência e aplicação. Segundo Pontes de Miranda e os caudatários da teoria do fato jurídico, o ideal de justiça é que a aplicação coincida com a incidência; que a norma aplicada seja a norma incidente; enquanto um ideal, isso poderá ocorrer ou não. Muito além disso, há quem sustente que a teoria do fato jurídico não dispensaria a interpretação. Ainda que em Pontes não se trabalhe com distinção dentre texto normativo e norma, é importante notar que no pensamento pontesiano a norma é o “fato do mundo social”.⁶⁸

3. SISTEMA DA CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO

Como fazer uma apresentação sintética daquilo que é o *Sistema de Ciência Positiva do Direito*? Impossível. Talvez, ao assumir uma postura científica de falibilidade, à Pontes de Miranda, seja possível construir

65. MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 62.

66. Tratado das ações: ação, classificação e eficácia. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1.

67. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, op. cit., p. 40.

68. COSTA, Adriano Soares da. Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo lingüístico de Paulo de Barros Carvalho. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44-45. Em uma de suas primeiras obras, Pontes fala em uma “lei verdadeira”; essa “lei verdadeira” é a “objetivação de “tendências psíquicas do corpo social organizado”, manifestadas em costumes, resultantes de três elementos fundamentais: psíquico, social e jurídico”. GUSMÃO, Paulo Dourado de. Filosofia do direito. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 194-195.

uma instrução introdutória, arbitrária e, de início, incompleta de tudo que é dito pelo jurista alagoano em sua obra.

Sendo o *Sistema de Ciência Positiva do Direito* uma obra que antecede em 12 anos *O Problema Fundamental do Conhecimento*, é interessante notar que o autor se manteve fiel a uma estilística própria que o caracterizou e, em parte, constituiu o “fenômeno da opacidade imagética”⁶⁹.

A construção do sistema ponteano antecipou várias tendências que, hoje, são consideradas fundamentais para a construção do conhecimento científico. Ele é desenvolvido a partir de um panorama geral das ciências, especialmente da Física, Biologia e Psicologia, até chegar aos elementos do que constituiria uma Teoria Geral do Direito. Dois tomos inteiros compõem o esforço de Pontes de Miranda para dar base científica ao direito.

Pontes de Miranda buscava fundar uma ciência nacional, mais especificamente uma ciência do direito nos moldes das ciências naturais. Em 1922, o jurista alagoano já aplicava fortemente em suas ideias as noções de interdisciplinaridade e holismo científico⁷⁰. Na esteira da superação einsteiniana que permitiu à mecânica relativística “englobar” a mecânica newtoniana, Pontes pretende que a quantitatividade seja caso geral da qualitatividade, específica dos fenômenos e superável a partir da coleta de dados e indução-experimentação.

É da Física que Pontes vai retirar outro importante sustentáculo de sua obra: **o princípio da relatividade**. A relatividade do espaço e do tempo, propugnava o autor ser a ferramenta conceitual fundamental da observação da sociedade. É o relativismo científico, no sentido da Mecânica quântica, espreado pelas ciências, que mostra em 1922, as opiniões contrárias à ontologia e a falta de base para crer que a ciência encontra “o real”, ao invés de “uma versão otimizada do real”.

Naturalismo⁷¹: essa classificação leva em conta a exata continuidade do direito como um estágio posterior da biologia e outras ciências. A

69. A referência conceitual está no trabalho de pesquisa realizado por FERNANDES (2012) dentro do Grupo de Pesquisa “As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico” da Faculdade de Direito do Recife.

70. MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito – T.2* / Pontes de Miranda. – Campinas: Bookseller, 2005, p.168-169.

71. Conforme esclarece Nelson Saldanha: “Outro tipo de posição, entretanto, corresponde aos que encaram o direito sob prisma naturalista. Sob este termo, envolvemos aqui as concepções

expressão é alvo de enganos: sendo interpretada como o “engessamento” de uma dinâmica do direito como ciência social. Nada mais enganoso diante do pensamento ponteano. Ora, o direito, para Pontes de Miranda, continua a biologia de maneira imbrincada e complexa. Todas as ciências continuam umas às outras, sendo sua divisão mera estruturação didática de um todo – é a influência cartesiana no pensamento do jurista alagoano.

Quantos mal entendidos não foram criados a partir de uma interpretação equivocada da obra de Pontes de Miranda? Lei, não é a lei abordada como “Fonte do Direito” das cadeiras de Introdução ao Estudo do Direito nas universidades brasileiras, a lei-código. Sobre essas, é importante salientar as palavras do próprio Pontes de Miranda: “As leis não são o Direito; a **regra jurídica** apenas está em conexidade simbólica com a realidade.”⁷²

A **lei jurídica** é equiparável à **lei física** na sua acepção científica, na sua capacidade de recriar intelectivamente modelo que traduza de forma mais perfeita e sistemática fenômenos da realidade. No *Sistema* também aparecem conceitos sociológicos: **espaço social**, que é aquele onde se manifesta a energia social, através de suas relações – diferencia, assim, espaço e energia/matéria social, da matéria ou energia no sentido dos corpos (físicos). O jurista alagoano constantemente pontua o uso dos conceitos de outras ciências, seja a Física, seja a Biologia ou Psicologia, com as devidas ressalvas e a necessidade de se compreender a ciência como um modelo – que ele crê mais seguro – de explicação da realidade.

A **adaptação social** faz referência à capacidade do indivíduo e da sociedade de corrigir defeitos da relação homem-sociedade. O **tempo social**, por seu turno, deve ser compreendido próximo ao “tempo quântico”: plural, peculiar ao contexto dos sistemas, localizado e relativo. Refere-se a um tempo de cada grupo social. “Esse tempo geral difere do de outros círculos e, assim confirma a descontinuidade, e nos dá o uno de cada sistema, o que reforça a noção de continuidade.”⁷³.

evolucionistas de cunho biológico e os materialismos em geral, incluindo a vertente marxista; enfim, as doutrinas para as quais não se põe a diferença entre natureza e cultura, sendo então a sociedade uma parte do mundo natural, com “leis” idênticas às deste, e sendo o direito um fenômeno “natural” no sentido de não distinguir-se o mundo humano do mundo restante”. SAL-DANHA, Nelson. *Velha e nova ciência do direito*. Recife: Editora Universitária, 1974, p. 86.

72. MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito – T.1 / Pontes de Miranda*. – Campinas: Bookseller, 2005, p.114, grifo nosso.

73. MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito – T.1 / Pontes de Miranda*. – Campinas: Bookseller, 2005, p.222.

Por fim, o **círculo social**, é o conceito que pretende representar a necessária transcendência que se dá a partir da interação entre duas pessoas se construindo, sistemática e complexamente, até o todo social. O círculo social cria um novo sistema que se relaciona com todos os outros círculos sociais. Família, clã, Estado, homoafetivos, católicos, são exemplos de círculos sociais rastreáveis a partir da teoria pontesiana.

Contudo, mesmo na formação de círculos cada vez mais largos, o integrante, que é o indivíduo, será o mesmo, único elemento definitivo, enquanto o clã, a fátia, a tribo, a cidade, a nação, e o Estado são unidades provisórias, voltadas a formação da universalidade chamada humanidade, que é o grande círculo para o qual avança a sociedade.⁷⁴

Para Pontes o fenômeno social é complexo e a complexidade está intimamente relacionada ao relativismo de se considerar as diversas facetas do fenômeno social e do observador desses fenômenos. É nesse sentido que Pontes pensa a imagem de um **hiperespaço** (n-dimensional > 3 dimensões) para representar funções capazes de incorporar todos os elementos da vida social.

Pontes segue, mas excede a orientação do positivismo comtiano. Por isso pretende uma sucessão, **sem eliminação** de três momentos⁷⁵:

1. Sentimento: intuição; empiria jurídica.
2. Ideia: dedução; racionalismo.
3. Investigação científica: indução; ciência.

A interposição de estágios, na obra pontesiana, está intimamente ligada a uma conclusão comum aos “cientistas do direito”, especialmente da linha cética, de que a sucessão de etapas – o exemplo clássico é a linha que vai do jus naturalismo ao positivismo jurídico – não elimina as anteriores. No mesmo sentido em *Garra, Mão e Dedo*⁷⁶, Pontes de Miranda constrói uma metáfora que associa estágios da evolução humana à garra, à mão e ao dedo. Se o homem moderno é o dedo, ele não perdeu seu estágio de mão e garra que se encontram “adormecidos”, “sobrepujados” em potência pelo dedo que indica. Novamente a recorrente ideia no autor de

74. ISERHARD, A. M. Os sistemas jurídicos na visão pontesiana. Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, v.2, n.3, dez. 2007.

75. MIRANDA, Pontes de. Sistema de Ciência Positiva do Direito – T.2 / Pontes de Miranda. – Campinas: Bookseller, 2005, p.169, grifo nosso.

76. MIRANDA, Pontes de. Garra, Mão e Dedo / Pontes de Miranda. – Campinas: Bookseller, 2002, p.58.

que a superação logística do conhecimento não elimina, não oblitera a concepção anterior, ainda válida, mas, se equivocada, rastreável a construção do equívoco a partir de uma visão mais geral; se limitada, parte de um todo mais completo.

A opinião pontesiana é de que falta à ciência do direito os dados que são encontrados a partir de aplicação do método científico. Em 1922, Pontes de Miranda combatia com singular destaque o mero debate de ideias. A fé na ciência aparece, até mesmo, na possibilidade de revelação, descobrimento, experimentação no processo de interpretação da lei. Sempre dentro dos pressupostos científicos, sempre falível.

Outro conceito basilar da teoria pontesiana é a ideia de *processos sociais de adaptação*, juntamente com a *redução do quantum despótico*. Os processos sociais de adaptação aparecem como uma espécie de “programas” que permitem a existência dos círculos sociais. A metáfora computacional não está em Pontes. A expressão processos, nesse sentido, aparece como um conjunto de “instruções” que tem, como fim último, a adaptação do homem à sociedade e a redução do quantum despótico.

O *quantum despótico* é a capacidade de cada processo social de interferir na vida, na liberdade do sujeito e da sociedade. A redução do quantum despótico está intimamente relacionada à estabilidade a partir da adaptação⁷⁷. Pontes estabelece pesos para os sete principais processos de adaptação: quanto à *estabilização* – Religião, 7; Moral, 6; Estética, 5; Ciência, 4; Direito, 3; Política, 2; Economia, 1. Quanto ao *quantum despótico* – Religião, 5; Moral, 3; Estética, 2; Ciência, 1; Direito, 4; Política, 7; Economia, 6. Os valores são explicados pelo autor como aproximações valorativas a partir de induções que ele realizou.

A recomposição se daria da seguinte forma: “Para isso basta que se tente mudar a religião, a moral, o gosto estético, convicção gnoseológica [...]”⁷⁸. Quanto mais resistente à mudança, maior o grau de estabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que sob a influência do paradigma da ciência moderna, paradigma racionalista, – na provocativa expressão da introdução, em que

77. MIRANDA, Pontes de. Introdução à Sociologia Geral/Pontes de Miranda. Campinas: Book-seller, 2003, p. 150.

78. MIRANDA, Pontes de. Introdução à Sociologia Geral/Pontes de Miranda. Campinas: Book-seller, 2003, p. 207.

todos são vítimas de paradigmas –, Pontes de Miranda não trabalhava com a disjunção – simplicidade atomizada; não apartava o fenômeno jurídico de outros fenômenos. Muito pelo contrário e, conforme registrado alhures, antes pressupunha uma imbricação dentre o psíquico, o social e o jurídico. Sempre enxergando o direito como um mero processo de adaptação social.

Na doutrina pontesiana as leis (e os códigos) não são cultuadas, como se pudessem conter o direito, ou, como se a legislação fosse idônea a modificar a sociedade. Distanciando-se de doutrinas que deificavam o produto legislador, Pontes censurava a atividade legiferante, sustentando que os códigos se prestavam como produto final de uma atividade despótica; atividade essa que era filha de uma vertente racionalista combatida pelo jurista alagoano. Importante frisar o desconhecimento sobre a teoria do conhecimento pontesiana, exposta no *Problema Fundamental do Conhecimento*: nela racionalismo e empirismo sofrem verdadeiro ataque do início ao fim, ao desvirtuarem o foco da observação científica, enaltecendo o objeto ou o sujeito. Os tipos dicotômicos são rechaçados por Pontes de Miranda que busca fundar numa espécie de associação entre sujeito e objeto (a equação jetiva), uma “Filosofia da Ciência”.

Doutro giro, a infalibilidade – e, em certa medida, a inegostabilidade – da incidência é um reflexo da inserção do pressuposto epistemológico da causalidade na base do fenômeno jurídico. A causalidade está presente no mundo do ser; e como Pontes de Miranda não coloca o direito no mundo do dever-ser – sem confundir, repita-se, o direito com as leis –, a causalidade também se prestaria à explicação do mundo jurídico. Mas essa infalibilidade, segundo autorizado intérprete de sua obra, não significaria que o direito não estivesse situado no plano da linguagem, tampouco que pudesse renunciar à interpretação.

Na construção do sistema jurídico a originalidade e complexidade de suas ideias causam algum assombro. Em vez de isolar o direito à construção de um sistema abstrato, nos moldes de Puchta, Kelsen e outros – cuja imagem fixada no “senso comum teórico” dos juristas é a metáfora de uma pirâmide – Pontes de Miranda posiciona o direito no meio de um complexo “jogo”, cuja explicação é precária e parcial, como ele tanto insiste em seus escritos.

O papel da ciência, compromissada primordialmente com a indução, é um constante “chegar depois da hora” para conhecer e explicar a vida. A distinção trabalhada por Lourival Vilanova entre a “projeção” de um

modelo deontológico e o “olhar para trás” de um modelo alético pode ser útil aqui. Contudo, pedimos licença nesse espaço de “conclusão” para lançar dúvidas genéricas sobre a forma semântica e pragmática do léxico pontesiano – e falar em “considerações finais” é de enorme alívio perante o crivo cada vez mais sem fundo e muita forma de uma ciência jurídica refém do modelo epistemológico formalista. “Considerações finais”, pois existem pesquisas sendo realizadas para revisitar a obra pontesiana. As colocações de outros mestres, ainda insuficientes, a nosso ver, revelam a alteração do pensamento do jovem-cientista Pontes de Miranda, autor do *Sistema*, para o velho advogado compromissado com a resolução de lides. Essa diferença é pontuada por Nelson Saldanha que afirma:

A distinção entre Direito-fenômeno e Direito-doutrina, nem sempre bastante nítida nas páginas do *Sistema* (apesar de óbvia), torna-se clara no *Tratado*, mas não propriamente explícita. As alusões ao papel da ciência jurídica, que no *Sistema* representava o “papel unificador” do conhecimento, desaparecem no *Tratado*, cedendo vez a uma implícita aceitação da existência de uma civilística cujo amplo patrimônio de conceitos há que utilizar – embora criticamente.⁷⁹

Resta-nos a tarefa de deixar a provocação e não solucionar o caso. Sendo tal resposta produto de trabalhos futuros pautados numa pesquisa da história das ideias jurídicas e filosóficas de Pontes de Miranda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- ARAÚJO, Wandyc Nóbrega de. **Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito**. Porto Alegre: SAFE, 1986.
- BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- BERKOWITZ, Roger. **The gift of science: Leibniz and the modern legal tradition**. New York: Forham University Press, 2010.
- BLOCH, Ernst. **Sujeto-objeto: el pensamiento de Hegel**. 2. ed. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1982.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

79. SALDANHA, Nelson. Espaço e Tempo na Concepção do Direito de Pontes de Miranda. In: *Scienza Giuridica e Scienze Sociali in Brasile: Pontes de Miranda*. Roma: CEDAM, 1985.

- _____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BORGES, José Souto Maior. **Ciência feliz**: sobre o mundo jurídico e outros mundos. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994.
- CASSIRER, Ernst. **Filosofia de la ilustracion**. México: Fondo de Cultura Económica, 1972.
- CHALMERS, Alan. **A fabricação da ciência**. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Fundação Editora Unesp, 1997.
- CORDEIRO, António Menezes. “Introdução à edição portuguesa.” CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica**: crítica ao realismo lingüístico de Paulo de Barros Carvalho. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Alfradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KAUFMANN, Arthur. “Discurso histórico”. In: **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 2. ed. A. Kaufmann e W. Hassemer (org.). Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- KRETSCHMANN, Ângela. **História crítica do sistema jurídico**: da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ISERHARD, A. M. **Os sistemas jurídicos na visão pontesiana**. Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, v.2, n.3, dez. 2007.
- LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. 2. ed. Trad. por Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1980.
- MÁYNEZ, García. **Introduccion al estudio del derecho**. 35. ed. México: Editorial Porrúa, 1984.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Trad. Carlos Sierra. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- MIRANDA, Pontes de. **Garra, Mão e Dedo** / Pontes de Miranda. – Campinas: Bookseller, 2002.
- _____. **Introdução à Sociologia Geral** / Pontes de Miranda. – Campinas: Bookseller, 2003.
- _____. **Tratado das ações**: ação, classificação e eficácia. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1.

- _____. **Sistema de Ciência Positiva do Direito** – T. 1 e 2 / Pontes de Miranda. – Campinas: Bookseller, 2005.
- MONCADA, L. Cabral de. **Estudos de história do direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1950, v. 3.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.
- _____. **O método 1: a natureza da natureza**. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação material**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999.
- PEREIRA, Mateus Costa. **O paradigma racionalista e sua repercussão no direito processual** (Dissertação de Mestrado). Recife: Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), 2009.
- PERELMAN, Chaïn. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- REALE, Miguel. **Horizontes do direito**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROCHA, José Elias Dubard de. **Crise cognitiva do processo judicial**. Processualística Sistêmica I. Recife: Nossa Livraria, 2008.
- ROSSI, Paolo. **The birth of modern science**. Trad. Cynthia De Nardi Ipsen. Malden: Blackwell Publishers, 2000.
- RUGGIERO, Guido de. **Storia della filosofia, parte quarta: La filosofia moderna (L'età Cartesiana)**. 4. ed. Bari: Laterza, 1948.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. **Da teologia à metodologia...**
- _____. **Espaço e Tempo na Concepção do Direito de Pontes de Miranda**. In: **Scienza Giuridica e Scienze Sociali in Brasile: Pontes de Miranda**. Roma: CEDAM, 1985.
- _____. **Estudos de teoria do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- _____. **Filosofia do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. **Historicismo e Culturalismo**. Recife, Fundarpe, 1986.

_____. **Velha e nova ciência do direito.** Recife: Editora Universitária, 1974.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Sentença e coisa julgada:** ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico:** o novo paradigma da ciência. Campinas: Papirus, 2002.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito:** definições e fins do direito: os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

2

PONTES DE MIRANDA: A GRANDEZA DE UMA MENTE ENCICLOPÉDICA

Dierle Nunes¹

Carlos Eduardo Araújo²

SUMÁRIO – 1. Considerações gerais – 2. O Homem – 3. A Obra – 4. As artes – 5. A Paixão Científica – 6. Pontes de Miranda e Einstein – 7. A sua relação com a Biologia – 8. A Filosofia – 9. A obra de Pontes de Miranda no Exterior – 10. As atividades jurídico-diplomáticas exercidas – 11. No campo da Filosofia – 12. No domínio da Filosofia do Direito – 13. No campo da Sociologia – 14. Na Literatura – 15. Na seara do Direito Constitucional – 16. No âmbito da Ciência Política – 17. No setor do Direito Processual Penal – 18. No campo do Direito Processual Civil – 19. Genial e sem igual foi sua contribuição ao Direito Civil – 20. Contribuições para a prática jurídica.

Marx chamou a Demócrito como a primeira mente enciclopédica da história grega. Esta mente enciclopédica e, por conseguinte, humanista, caracteriza os grandes gênios como Platão, Aristóteles, Kant, Hegel, e, no Brasil, Pontes de Miranda. (Pinto Ferreira).

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Francisco Cavalcante PONTES DE MIRANDA foi o jurista mais prolífero e fecundo de toda a história do direito brasileiro. A sua produção bibliográfica, acumulada ao longo de uma existência inteiramente dedicada ao estudo e ao pensamento, intimida, assusta e encanta. Forma uma miríade de textos, ultrapassando duas centenas de livros, que esquadrinharam os mais variados quadrantes do conhecimento humano. Além do Direito, deixou contribuições relevantes nos campos da Filosofia, Sociologia, Antropologia, Política, Psicologia, Literatura, Matemática,

-
1. Doutor em Direito Processual pela PUC-MG/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Mestre em Direito Processual pela PUC-MG. Professor Adjunto na UFMG, PUC-MINAS e FDSM. Membro do IBDP e do IAMG. Advogado.
 2. Mestre em Teoria do Direito (PUCMinas). Professor no Centro Universitário de Sete Lagoas (UNIFEMM).

Física, Biologia etc. Suas obras foram publicadas em português, alemão, francês, espanhol e italiano.

Ele está à altura dos maiores gênios que a humanidade forjou no caminho de sua existência.

A ele cabem perfeitamente as palavras da Professora portuguesa Maria de Lurdes Sirgado Ganho, dirigidas ao gênio do renascimento italiano, Pico Della Mirandola, em prefácio à sua mais importante obra “Discurso sobre a dignidade do Homem”:

Com efeito, a sua figura aparece-nos envolta num halo, misto de mistério e de admiração, de reverência e de veneração. Para tal contribuíram certamente um conjunto de circunstâncias de que podemos relevar sua personalidade fascinante, o seu charme, aliado a um gênio polifacetado... não deixa de ser verdadeira e mais real, decerto para os que se abeiram da sua obra, a sua imagem de homem extraordinário, devido à sua precocidade, dedicado ao estudo, pensador profundo e exigente, seguro quanto aos seus pontos de vista acerca da filosofia e disposto a defendê-los mediante uma argumentação clara e franca.³

Os estudos críticos sobre sua obra são ainda escassos, já decorridos trinta e três anos de seu desaparecimento. Causa-nos perplexidade tal fato. Quais as razões que o motivam? Certamente são de variados matices, dentre os quais, talvez, o mais determinante seja o fato de sua produção intelectual ser tão vasta e variada, demandando, para conhecê-la e apreciá-la, a dedicação de toda uma vida.

Pontes de Miranda conseguiu, como nenhum outro pensador brasileiro, do passado ou do presente, unir as duas pontas do saber acadêmico, ou seja, transitou soberanamente entre a cultura científica e cultura humanista, em ambas deixando contribuições de grande valor ao conhecimento humano.

O que Pontes de Miranda realizou, por meio de sua obra, pode ser chamado uma “Religação dos Saberes”, projeto acalentado pelo pensador contemporâneo Edgar Morin. Vivemos hodiernamente no mundo dos especialistas e da cultura da especialidade, como denuncia Morin.

Nesse sentido, as reflexões e o projeto educativo proposto por Edgar Morin, coincidem com aquilo que realizou Pontes de Miranda:

3. MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. Discurso sobre a dignidade do Homem. Lisboa: Edições 70, 2001.

Eu estou cada vez mais convencido de que os conceitos dos quais nós nos servimos para conceber a nossa sociedade – toda sociedade – são mutilados e resultam em ações inevitavelmente mutilantes. [...] Eu estou cada vez mais convencido de que a sociedade antropológica precisa se articular com a ciência da natureza e que tal articulação requer uma reorganização da própria estrutura do saber. Mas a amplitude enciclopédica e o radicalismo abissal desses problemas inibem e desencorajam. Assim, a própria consciência da importância dessas questões contribui para que nos desviemos delas. [...] Todo neófito que começa a pesquisar é obrigado a renunciar ao saber. Ele é convencido de que a época de homens como Pico Della Mirandola terminou há três séculos e que agora é impossível de se constituir uma visão do homem e do mundo. [...] Demonstrem-lhe que o aumento das informações e a heterogeneização do saber ultrapassam qualquer possibilidade de gravação e de tratamento pelo cérebro humano. Assegurem-lhe que ele não deve lamentar, mas ficar feliz com este fato. Ele deverá, portanto, consagrar toda a sua inteligência a um saber específico. Integram-no a uma equipe de especialistas, e, nesta expressão “especialista”, e não “equipe”, é o termo predominante. Agora especialista, o pesquisador vê-se em posse exclusiva do fragmento de um quebra-cabeça cuja visão global escapa a todos. E então ele vira um verdadeiro pesquisador científico que trabalha em função da seguinte idéia motriz: o saber não é um produto a ser articulado e pensado, mas a ser capitalizado e utilizado de maneira anônima.⁴

Essa longa citação tem o propósito de mostrar a atualidade do pensamento de Pontes de Miranda, que conseguiu, como nenhum outro, articular uma gama assombrosa de saberes, colhidos das denominadas ciências naturais e humanas.

O Jurista Pinto Ferreira, por ocasião do recebimento da Medalha -Mérito Pontes de Miranda, aos 30 de outubro de 1984, na Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro, proferiu discurso de agradecimento pela honraria a ele conferida, do qual destacamos o seguinte trecho: Marx chamou a Demócrito com a primeira mente enciclopédica da história grega. Esta mente enciclopédica e, por conseguinte, humanista, caracteriza os grandes gênios como Platão, Aristóteles, Kant e Hegel, e, no Brasil, Pontes de Miranda.

Segundo o Jurista Nelson Saldanha, “Ele próprio afirmou que sua obra de jurista se fundava em três circunstâncias: o forte domínio

4. MORIN, Edgar. O Método: 1. A Natureza da Natureza. Porto Alegre: Sulina, 2002, p. 479.

lingüístico, a familiaridade com a matemática e o trato permanente com a vida jurídica prática”.⁵

Em homenagem prestada pelo Senado Federal em 17 de abril de 1980, falou por essa casa legislativa o então Senador Paulo Brossard, que deixou consignadas páginas de análise e admiração pela obra de Pontes de Miranda:

Tem-se a impressão de que examinou o fenômeno jurídico de microscópio em punho, vendo além das aparências visíveis a olho desarmado e que jaz invisível na sua substância íntima, e ao mesmo tempo viu o todo, globalmente, até onde ele limita com os outros mundos. E apreendendo com tenazes aquilo que dá as feições e a unidade do Direito, apossando-se dos seus segredos, assenhoreando-se de seus princípios, dominando o seu organismo, tudo submetendo a severa análise conceitual, começou a levantar o monumento de seu Tratado de Direito Privado.⁶

2. O HOMEM

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, filho de Manoel Pontes de Miranda e Rosa Cavalcanti Pontes de Miranda, nasceu, precocemente, de seis meses e meio de gestação, aos 23 de abril de 1892, no engenho do Mutange, em Maceió, Alagoas.

Encontrou no seio de sua família o ambiente propício, no plano material e espiritual, para o desenvolvimento de suas inclinações naturais, ligadas ao pensamento e ao intelecto.

A Matemática era cultuada pelo avô e pelo pai, paixão transmitida a Pontes e que o acompanhará por toda a vida, estando presente, inclusive, em suas produções no campo do Direito.

Tal fato será rememorado por ele em entrevista concedida ao Jornal do Brasil:

A minha primeira tendência, rigidamente expressa, não foi o Direito e sim a Matemática. Meu avô paterno, Joaquim Pontes de Miranda, formado em Direito mas grande matemático, preparou

5. SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda. R. Inf. Legisl. – Brasília – a.25 – n.17 (jan./mar. 1988).

6. BROSSARD, Paulo. Pontes de Miranda – Homenagem do Senado Federal. Rev. Inf. Legisl. – Brasília – a. 17 – n. 65 – jan./mar. 1980

muitos nordestinos para os concursos que se realizavam nas escolas de Guerra e nas Faculdade do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo. Sempre foram aprovados. Meu pai também era advogado, mas foi a Matemática a sua maior atuação.⁷

Foi, no entanto, como contará mais tarde, dissuadido de cursar Matemática por intervenção de sua Tia Francisca Cavalcanti, carinhosamente referida como Tia Chiquinha, que o exortou a estudar Direito, que quedaria melhor com suas inclinações e mesmo dar-lhe-ia melhor anteparo financeiro:

Você usa botas Bostol e sapatos All Cover que não poderá importar com o ganho das matemáticas. Dentre em breve o Governo proibirá a importação pelo Norte de maquinarias para engenhos. Por que não estuda Direito que tanto seduz sua atenção nas conversas de mesa? Se fosse no tempo do Império você se formaria em Física e Matemática, descobria uns teoremas, o que é o seu ideal, e isto seria uma problema para a Corte, mas ela o resolveria. Você acabaria pelo menos Barão de Frecheiras.⁸

Em 1907, aos 15 anos de idade, inicia o curso de Direito na Famosa e vetusta Faculdade de Direito do Recife. Por essa altura de sua jovem vida já trazia consigo o conhecimento do alemão, aprendido nas lições ministradas pelo Prof. Paulo Wolf e Frei Matias Teves, esse último pertencente à ordem dos franciscanos.

Pontes de Miranda diplomou-se em 1911, aos 19 anos, quando a Faculdade de Direito do Recife já funcionava no belíssimo Palacete Adolfo Cirne, onde foi instalada em 2 de julho desse ano.

Quanto à edificação que abrigou a célebre Faculdade de Direito, ouçamos as palavras de Pinto Ferreira:

O Palácio da Faculdade de Direito é um majestoso edifício no meio de uma praça ajardinada, que é um verdadeiro monumento e um orgulho não só para o nordeste como para o Brasil. ... O Palácio da Faculdade ocupa uma área de 3.600 metros quadrados, com um área ajardinada com alegres e verdes árvores, ornamentada ainda com “borboletas” vermelhas.

7. MIRANDA, Pontes. “Nunca Traí minha consciência”, *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 17.05.1975.

8. MIRANDA, Pontes. “Nunca Traí minha consciência”, *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 17.05.1975

E mais adiante continua Pinto Ferreira:

A biblioteca é famosa, com cerca de 100 mil volumes. Famosa pelos seus livros, alguns deles raros, nela também se incluindo os livros que pertenceram a TOBIAS BARRETO, alguns tendo o nome do velho mestre assinalado no frontispício das obras, podendo-se ver o seu nome da Crítica da Razão Pura de Kant, em edição alemã. Famosa pelos seus bibliotecários como CLÓVIS BEVILÁQUA e JOÃO BARRETO DE MENEZES, este filho e TOBIAS ...⁹

Há um acordo entre os mais variados intérpretes da vida e obra de Pontes de Miranda, de ter sido ele um “filho espiritual da Faculdade de Direito do Recife”. Essa Faculdade participou ativamente da vida intelectual do país a partir da segunda metade do século XIX. Foi o palco onde se travaram debates de idéias importadas da Europa, principalmente da Alemanha, onde encontraram terreno fértil para acirradas discussões e reelaborações. Ali pontificaram importantes nomes que fizeram a História do Direito e da inteligência brasileira, como Tobias Barreto, Clóvis Beviláqua, Martins Júnior, Sílvio Romero, Arthur Orlando, Coelho Rodrigues, entre outros.

Como disse Pinto Ferreira:

“... templo da legenda e de luta, que tem sido uma tribuna das grandes batalhas do pensamento, um cenáculo das discussões literárias, um grande centro de debates das questões filosóficas, ... A Faculdade de Direito do Recife foi sempre uma grande casa de contestações, um templo e uma fortaleza, porém sobretudo uma catedral ecumênica de idéias.”¹⁰

Foi nesse ambiente tão favorável ao pensamento, à ilustração, à reflexão, à contestação, colorido dos mais variados nuances do conhecimento (jurídico, literário, filosófico, sociológico), que se formou boa parte do espírito de Pontes de Miranda.

Ao concluir o curso de Direito retorna ao seio de sua família em Maceió, mas por pouco tempo, até que se deixa vencer por outras solicitações e interesses, irrealizáveis, em sua avaliação, no torrão natal.

Em Maceió, a família politicamente prestigiada, consegue-lhe cargos como o de Juiz substituto federal ou diretor do único banco do Estado, chamado “Caixa Mercantil”.

9. FERREIRA, Pinto. História da Faculdade de Direito do Recife, Tomo I. Universidade Federal de Pernambuco – Edição Universitária, 1980.

10. FERREIRA, Pinto. Pontes de Miranda. Rev. Inf. Legisl. – Brasília – a. 18 – n. 69 – jan./mar. 1981.

Resolveu, no entanto, dirigir-se para o Rio de Janeiro, na época centro cultural e intelectual do país. Chegando ao Rio instalou-se, como lembrará mais tarde, em suas reminiscências, no Hotel Avenida, hoje inexistente, tendo levado consigo algum dinheiro solicitado ao pai para sua manutenção, por alguns meses na Capital.

Logo depois que chegou ao Rio, escreveu um artigo para o Jornal do Comércio, sobre o Canal do Panamá. O brilho desse trabalho, para o qual recebeu o pagamento em dobro, levou a que o dono do jornal, José Carlos Rodrigues, grande jornalista da época, o convidasse para redator do aludido periódico. Preferiu, entretanto, montar banca de advocacia, em sala na Avenida Rio Branco, tornando-se, contudo, colaborar o aludido jornal.

Em 10 de outubro de 1914, aos 22 anos de idade, casou-se com Maria Beatriz Pontes de Miranda com quem teve quatro filhas: Marialzira, Rosa Beatriz, Rosa da Pena e Maria Beatriz. Em 20 de julho de 1946, casou-se, na cidade do México, em segundas núpcias, com Amnéris Cardilli Pontes de Miranda, com quem teve somente uma filha.

Em 1924, tornou-se Juiz da 1ª Vara de órfãos do Rio de Janeiro, a convite do então Presidente da República Arthur Bernardes. Chegou a Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, inclusive tendo presidido tal órgão do poder judiciário carioca.

Pontes de Miranda foi ainda professor de latim e grego. Tendo ocupado, ainda, o cargo Delegado de Polícia, na Ilha do Governador.

Pontes de Miranda viveu em um mundo cercado de livros. Sua bela e elegante casa de Ipanema, ornamentada de tapeçaria, quadros, além de sua famosa coleção de corujas, abrigava uma majestosa biblioteca de 70.000 volumes, que abarcava os mais variados campos do conhecimento humano, a demonstrar o afã, a sofreguidão de saber que o consumia desde a mais tenra idade.

Pontes de Miranda viveu uma vida intensa e produtiva e morreu na manhã do dia 22 de dezembro de 1979, aos 87 anos.

3. A OBRA

A obra intelectual produzida por Pontes de Miranda, como já referido, é multifacetada, irradiando-se por praticamente todas as regiões a que pôde chegar o conhecimento humano.

Nelson Saldanha nos fornece uma apreciável síntese dos fatores condicionantes de sua figura intelectual:

Sua formação geral foi condicionada por fortes influências, correspondentes à cultura européia dos fins do século XIX e dos começos do XX, tanto no concernente aos temas como no referente às fontes e às diretrizes. Entre aquelas influências podem mencionar-se o repúdio à metafísica, o pendor evolucionista (com o apelo à idéia de “leis sociais”) e um certo cientificismo baseado no standard das ciências exatas. Com o pendor evolucionista relacionou-se uma certa preocupação com a história — nem sempre conciliável com o fisicalismo —, e com o cientificismo uma permanente preocupação gnosiológica e epistemológica. O pesado aparato bibliográfico em alguns de seus trabalhos revelou, ao lado do esforço de estar aggiornato em relação ao debate internacional, uma formidável capacidade de assimilação e de sistematização.¹¹

O então Ministro do STF, Clóvis Ramalhete faz as seguintes considerações sobre sua obra:

É consequência natural da sua profundidade teórica o fato de os livros de Pontes de Miranda serem obras para uso de mentes maduras. Não obstante, sua linguagem é direita e quase coloquial. Para lê-lo, entretanto, há que a ele se chegar já com os pressupostos do saber jurídico. [...] Os processualistas o respeitam. Os comercialistas o acatam. Os civilistas o apontam à consideração. Mas cada qual destes especialistas reverentes logrou dominar apenas uma das regiões do direito. Pontes de Miranda, porém, visitou-as todas. Penetrou-as como um senhor. A todas reuniu, integrou, fundiu, submetendo-as à sua concepção científica do direito — tal como a havia ele anunciado, desde os seus primeiros anos de escritor, já consciente de um plano oceânico a ser por ele desdobrado em sistema enciclopédico do direito positivo brasileiro.¹²

O Des. Hamilton de Moraes e Barros questiona:

Como situá-lo?

Como o príncipe de nossos modernos constitucionalistas, de consulta obrigatória, como foram no passado Rui e Barbalho? Como o jurista filósofo do “Sistema de Ciência Positiva do Direito? Como cambiarista? Ou como o civilista que além do “Tratado de Direito

11. SALDANHA, Nelson. Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda. Rev. Inf. Legis. Brasília – a. 25 – n. 97 – jan./mar. 1988

12. RAMALHETE, Clóvis. Pontes de Miranda, teórico do direito – R. Inf. Leg. – Brasília – a.25 – n. 97, jan/mar/1988.

Privado” ainda se deteve no “Tratado de Direito Predial”, no “Tratado dos Testamentos”, no “Tratado de Direito de Família”, ou, ainda, é de ser visto como um dos mais lúcidos, argutos e penetrantes processualistas das terras das Américas, onde, interpretando e esclarecendo o que nos veio de Portugal e o que aqui se criou antes da bem-vinda invasão italiana, que reexportava os alemães, fez ciência e ciência do mais puro teor?¹³

A sua primeira obra, **“A Margem do Direito”**, publicada em 1912, mereceu aplausos do grande codificador Clóvis Beviláqua:

Brilhante estudo feito à margem do Direito, mas penetrando a massa jurídica examinada com um poder de visão, que está denunciando agudeza de mente e bom preparo científico. Sua imaginação empresta ao livro uma feição particular e faz, muitas vezes, o pensamento adejar, curioso, pelas regiões do Direito, como se fossem domínios da arte, mas foi, precisamente, essa faculdade que o fez ver, com clareza, o que a muitos se afigura obscuro: a unidade fundamental dos fenômenos servindo de base à unidade da ciência.

Nesse Livro (A Margem do Direito) o autor desenvolve uma teoria basilar do Direito a partir de aprofundados estudos nas fontes alemã, italiana, francesa e inglesa. A anatomia, a fisiologia e a psicologia jurídicas são plenamente versadas, com alentada análise da evolução da regra jurídica e formação dos organismos jurídicos.

Seu segundo livro **“A Moral do Futuro”**, publicado um ano após (1913), foi classificado como valioso por Rui Barbosa, que assim a ele se referiu: O seu gosto pela meditação filosófica, revelado com qualidades não vulgares nesta obra, (...) indica no seu autor um espírito capaz de se elevar ao nível dos graves e desinteressados estudos, cuja cultura não atrai senão as inteligências de escol”.

Em 1916, aos 23 anos de idade, publica a obra **“História e Prática do Hábeas-Corpus”**, obra na qual já demonstra um profundo conhecimento do direito comparado, em especial da história do direito inglês. Os prefácios que faz para as edições dessa obra, em 1916 e 1951, revelam uma mente madura, consciente e visionária de seu valor:

Se outros méritos não houver este livro, terá um que a muitos senões empana: o de vier a seu tempo. Não se lhe procure labor

13. MORAES E BARROS, Hamilton. Saudação a Pinto Ferreira – Discurso pronunciado em 30 de outubro de 1984, na Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro.

de estilo; nem se lhe exija a aridez vulgar, que mais o deslustraria ainda. Preferi a exatidão dos fatos, a feição prática e a atualidade, a muitas coisas que demasiado profundas me parecem. Livros de índole diversa, diversamente sejam feitos. O que neste se encontra de generalização, menos é do espírito do autor, que se adstringiu, quanto possível, aos casos imediatos, do que o indispensável ao estudo do direito comparado, que é também um crisol. (Prefácio à 1ª edição, 1916).

Quando, aos vinte e três anos de idade, escrevi este livro, já correspondia ele à formação liberal e democrática que recebi. Hoje, vejo-o de longe, com a excepcional acolhida que teve, reimpresso, durante 1916 e 1917, até que se gastaram os tipos. Livro de mocidade. Vejo-o, hoje, como réstia de luz que me acompanhou. Não lhe tirei um trecho. Fique ele tal qual saiu; apenas, aqui e ali, modernizado. Passados trinta e cinco anos, as convicções do autor não mudaram. O Brasil, quanto tentou mudar, errou. Posto que três vezes lhe impedissem as reedições, muitas páginas que ele contém são, hoje, tão íntimas à nossa vida jurídica que parecem lugares comuns. Quando surgiu, a sua missão foi corrigir excessos de duas correntes de interpretação. Conseguiu-o, na legislação e na jurisprudência. Livro de doutrina, que vence, é livro que perde originalidade, para se fazer fato da vida. A alegria que me são o ver que ele concorreu para que nunca se abolisse, no Brasil, o instituto e o serem as mesmas as minhas convicções de sempre, na supera. Teve ele dois méritos: ser o primeiro livro, no mundo, de direito comparado do hábeas-corpus; e não ter tido outro, que fosse o segundo, até hoje. (Prefácio de 1951).

Em 1917, publica a sua obra **“Direito de Família”**.

Em 1922, publica, em dois volumes, uma obra que lhe dará reconhecimento e projeção internacionais, o **“Sistema de Ciência Positiva do Direito”**. Trata-se de uma obra notável e singular na cultura jurídica brasileira. Tal obra foi publicada quando contava trinta anos de idade, por ocasião das comemorações do centenário da independência brasileira. Foi recebida com louvores que transcenderam as fronteiras nacionais, merecendo o elogio e o reconhecimento de importantes mestres do direito brasileiro e europeu:

A propósito de sua obra **“Sistema de Ciência Positiva do Direito”** escreveu Clóvis Beviláqua:

Constituístes a ciência do Direito. Devo insistir nesta afirmação, porque, se tivestes precursores, não tivestes modelos; apoiando-vos em trabalhos aparecidos antes do vosso, seguindo uma orientação, que se acentuava, desta forma nova ao pensamento

humano, criastes a ciência, que outros apenas entreviram. E daqui por diante, falarão na ciência brasileira do Direito, porque vós a fundastes. Fortes motivos são estes para que nos ufanemos com o fruto das vossas meditações. Juristas, admiramos e estimamos o que fizestes; como brasileiros, temos orgulho do que produziu.¹⁴

O filósofo Norte-americano Roscoe Pound, assim se refere a essa obra: “Não conheço até agora o que representa obra tão profunda ou sistema verdadeiramente científico como o que produzistes”.¹⁵

O jurista alemão Ernst Zitelmann reconhece qualidade da obra:

Recebi os meus agradecimentos, os mais de coração e os mais gratos, pela remessa da vossa grande obra sábia com a qual me alegrastes. Tenho o vosso presente como honra especial e distinção; e muito me agradou ver que esforços científicos alemães, como os meus, também encontram amigos autônomos e esclarecidos para além dos mares: por isto, seguramente, vos será profundamente grata a Alemanha.¹⁶

Pinçamos da mencionada obra os trechos a seguir reproduzidos:

O direito, fenômeno social, é processo de adaptação do homem à vida social.” (Sistema, V. 2, p. 51). Não é em princípios metafísicos, abstrata dos, que se deve fundar o direito; nas realidades é que ele vive, porque é fenômeno objetivo como a queda dos corpos, o vôo dos pássaros, o curso dos rios e assim por diante”. (Sistema, V. 2, p. 51). O direito está contido nos fenômenos do mundo; a cultura transforma-o, não o cria; como a vida, é propriedade da natureza e da natureza com suas leis eternas.” (Sistema, V. 2, p. 43). Na conciliação dos interesses coletivos com o dos indivíduos está a função do direito.(Sistema, V. 2, p. 50).O que se conclui é que o direito não é somente produto da cultura, do capricho ou da prepotência; não podemos saber-lhe a natureza última como também não conhecemos a do mercúrio e do ouro, a do rádio ou outro elemento. (Sistema, V. 2, p. 43). Cumpre evitar qualquer vaidosa ciência ou filosofia que considere definitivo ou pelo menos realizado todo o conhecimento científico, como se não fosse ele produzido, como se não tivesse gênese histórica, como se pudesse o homem libertar-se das leis que presidem à evolução do mundo e, portanto, à dele. (Sistema, V. 1, p. XVII). O direito é um dos principais elementos ou fatores da vida social e, quanto ao objeto,

14. Discurso de Clóvis Beviláqua, no banquete oferecido a Pontes de Miranda, em 26 de fevereiro de 1923

15. Carta a Pontes do Prof. Roscoe Pound, Universidade de Harvard.

16. Carta a Pontes do Prof. Ernst Zitelmann.

constitui seguramente uma das ciências sociais; porém, entre a ciência do direito e a social, existe diferença sensível, que é a do método: essa procede descrita e indutivamente; aquela, dogmática e dedutivamente.” (Sistema, V. 2, p. 292).

Para escrever essa obra, cuja 2ª edição foi ampliada para quatro volumes, dados à lume em 1972, Pontes de Miranda consultou, segundo informa, 1.618 outras obras.

Em 1955, quando a Faculdade de Direito do Recife abriu suas portas para, quarenta e quatro anos depois de sua formatura, homenagear o seu antigo aluno, por ela falou o seu Diretor, Prof. Soriano Neto, e externou a mesma admiração de toda a comunidade acadêmica:

Num país como o nosso, dominado pela improvisação e pela superficialidade, fantasiadas de ciência, pelo oportunismo aventureiro, pela preocupação constante e mórbida de enriquecer ilicitamente, porque não custa esforço, nem dá trabalho, pelo filhotismo político avassalador, que tenta arrebatar e arrebatava quase sempre, na verdade, ao verdadeiro merecimento intelectual as posições que lhe devem caber, num país assim hostil à cultura e ao saber, vossa extraordinária obra científica, para a qual não há qualificativos bastantes para exprimi-la e enaltecê-la, constitui acontecimento singular, milagre assombroso de circunstâncias excepcionais, que parece, até impossível de se terem conjugado num só homem para a produzir.¹⁷

A partir da década de 30, Pontes de Miranda inicia uma nova visada, agora em direção à teoria do Estado e ao direito constitucional. Assim, em 1932 surge o seu “Fundamentos Atuais do Direito Constitucional”. Em 1933, “Anarquismo, Comunismo, Socialismo. E, em 1945, surge Democracia, Liberdade, Igualdade – os Três Calminhos.

Torna-se o mais importante comentarista de nossas Constituições, sendo que a primeira obra dedicada a tal mister são seus comentários à Constituição de 1934. Comentou brilhantemente a Constituição de 1946, obra que se tornou referência e leitura obrigatória no âmbito do Direito Constitucional. Comentou, ainda, a Constituição de 1967.

Entre os anos de 1955 e 1970, publica a sua obra de maior fôlego, o **“Tratado de Direito Privado”**, em 60 volumes. Essa obra é o resultado

17. Discurso de saudação ao Embaixador Pontes de Miranda, de improviso, pelo Prof. Soriano Neto, Diretor da Faculdade de Direito do Recife, em sessão solene, às 20 horas do dia 5 de outubro de 1955

e a síntese de um trabalho ciclópico, hercúleo, sem paralelo no Brasil e no mundo. É o coroamento de seus mais profundos dotes intelectuais e culturais, só se tornando possível em razão de laboriosos anos de sua intensa e extensa vida dedicada a saber e ao saber.

O prestigiado processualista José Frederico Marques, uma das maiores figuras das letras jurídicas nacionais, escreveu sobre Pontes essas belas palavras:

E o que assombra àqueles que o lêem é verificar que todas essas ciências jurídicas, a estruturação intelectual das obras é impecavelmente uniforme, pois que em seus vários livros, o que se nota é a mesma profundidade de conhecimentos, e a exposição vigorosa e firme de que se encontra a par de todas as questões, controvérsias e diretrizes do tema abordado. Atualmente está editando um livro, em muitos volumes, que será o maior monumento de nosso pensamento jurídico, o “Tratado de Direito Privado”. É impressionante o que essa obra revela de grandiosidade intelectual nas suas páginas substanciosas e densas. Quando estiver terminado este ciclópico trabalho, a cultura brasileira terá dado a maior de suas contribuições à ciência jurídica da atualidade e o Direito Civil apresentara uma das obras mais completas, de todos os tempos e quadrantes, sobre o vasto conteúdo de seus domínios normativos.

E continua Frederico Marques: “Pontes de Miranda é, assim, o grande orgulho de nossa ciência jurídica e uma das figuras de maior realce do direito hodierno. Sua produção coloca o Brasil no concerto universal do pensamento jurídico, em posição destacada e culminante”.

Os seus comentários aos **Códigos de Processos Cíveis de 1939 e 1973** tornaram-se marcos do moderno direito processual brasileiro, renovando a ciência processualística brasileira. Foi dos primeiros a chamar-nos a atenção para a importância da doutrina alemã, divulgando entre nós seus principais expoentes.

Em 1971, publicou o trabalho que reputa mais importante em sua vasta obra: **“Tratado das Ações”**. Dessa obra vieram a lume sete volumes, ficando, no entanto, inacabada. Pontes dizia tê-la iniciado em 1910. Portanto, essa foi uma obra que o acompanhou durante toda a sua vida. Já em 1918, quando da publicação do livro de José Homem Corrêa Telles, anotado por ele a convite do Editor, deixou consignado o seguinte: “Há muito que me impus a feitura de um Tratado das Ações, em que possa desenvolver o assunto, como o exigem, em nossos dias, a importância da

matéria, a renovação do direito e a falta de qualquer tratado moderno. Não ultimarei em pouco tempo, e por isso acedi ao convite do editor para anotar a Doutrina das Ações do eminente Corrêa Telles.”

A propósito de aludida obra, transcrevemos as seguintes palavras de Clóvis do Couto e Silva:

Ninguém ignora que a teoria da ação é um dos temas mais complexos do processo civil. Esta complexidade cresce extraordinariamente de ponto, quando se cuida de estudá-la em Pontes de Miranda, em razão de seu método original de analisá-la. Acresce, ainda, a circunstância de não serem muitos os que compreendem a originalidade de sua teoria e o valor de sua contribuição para a teoria geral do processo. Para isso, seria necessário ter um conhecimento aprofundado da ciência processual da primeira metade deste século na Alemanha e na Itália. Não é necessário acrescentar que são raros os que possuem este conhecimento. Em sua matéria, os processualistas analisam apenas os aspectos dogmáticos atuais do direito processual, livres de toda e qualquer preocupação de aplicar elementos da teoria geral do direito ou de fazer uma história dos conceitos.

E, mais adiante completa: “A contribuição de Pontes de Miranda consistiu em inte-relacionar as diversas eficácias das ações segundo um critério de preponderância ou de hierarquia de efeitos que não é comum nas ciências do espírito especialmente no direito. Para isso, impunha-se uma tarefa preliminar. A análise de todos os tipos possíveis de efeitos das ações ou das sentenças, segundo um critério de preponderância. Nesse ponto reside a sua grande contribuição à teoria das ações, desenvolvida no seu magistral Tratado das Ações.”

4. AS ARTES

Poeta, escultor e pintor. Foi membro da Academia Brasileira de Artes e da ABL. Amante da música, devotou especial atenção a música erudita, dedicando aos seus mais notáveis representantes longos poemas colhidos em seu livro publicado em Francês “Musician Suit”. (*in*: Obras Literárias – Prosa e Poesia. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1960).

Do poema “**Tchaikovski**”, extrai esse trecho:

“Posso ver a tua miséria no próprio coração da tua grandeza,
Posso ver tua grandeza no seio mesmo da tua miséria.
Posso ver pulparem as forças ordinárias

desse tempo incompreendido, desse século volteante,
que abstrai dos abismos só para os não ver.”

Do poema “**Chopin**”, extrai esse trecho:

“Coração dilacerado e terno, com janelas de dedos,
Lágrimas vertidas que guardam os seus segredos,
Saudade doce das planícies polonesas,
Mãos escorrentes que sustêm um coração sincero e jovem”

“A Sabedoria dos Instintos” é obra de juventude, publicada em 1921, que já traz a marca do sábio, alçando o autor, prematuramente, a essa condição. Tal obra mereceu a atenção de um dos mais autorizados e argutos intelectuais brasileiros.

O Filólogo, Historiador e Crítico sergipano João Ribeiro, sobre o aludido livro, assentou essas palavras:

“Em sua concisão, achamo-lo admirável. Certamente, é um dos maiores livros que conhecemos na espécie e acreditamos sem hesitação no seu êxito absoluto”.

Colhemos nessa magistral obra de juventude esta pérola:

Viver para se enriquecer das bellezas da vida. Deixar que os factos passem, nesta logica superficial, mediocre, exterior, dos accidentes e dos dias bons ... Todo o refúgio de silêncio e de solidão é como um ensaio da alma para a Eternidade; e os momentos mais bellos, mais sabios, menos humanos, são aqueles que se desfazem aos poucos, voluptuosamente, na inconsciencia. O acaso é o nosso guia. Vela por nós, à nossa porta, como velho escravo. A cada instante nos beija a testa, ou nos grita aos ouvidos, em sobresalto. (A sabedoria dos Instintos. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1924, p. 4).

Em outro trecho do mesmo livro deixa-nos consignada a seguinte máxima, que a ele se aplica perfeitamente: “O verdadeiro sábio não se esconde: a árvore que pode dar frutos anuncia-se com flores”.

Ainda, em outras partes desse livro tão pródigo de mensagens alvissareiras, apanha-se o seguinte: “Refugiar-se no Olympo é ceder em oblatas o seu sangue por uma pouca de vida no futuro...”

E para isto urge livrar-se de todas as posses exteriores e tentar o maximo de dominio: possuir tudo. Paixões, artes, sciencia, angustias, esplendores, – tudo é alimento bom e puro e santo para o insaciável devorador de vida”. (ob. Cit., p. 6).

“Sede fortes, – e virá até vós a Sabedoria. Ella é mulher e as virtudes viris a dominam e seduzem. Fazei em vós o vosso refúgio divino. Crede em vós mesmos; e deixae ao mundo o crê, submisso, em vossas crenças. A esperança persuade a energia. Se a sciencia humilde desnerva a acção, illumina o espírito e as estradas a coragem sabia. O que a intelligencia alcança por entre alamedas, montanhas, bosques e cidadellas, podem tocar de um salto os vossos instinctos. O vosso mister é conhecer o universo e a vida, esta sbylla de matéria e de espaço. É preciso que a penetreis. Uma vez penetrada, dominae-a. A arte é uma escravidão ... ou de todo não sei o que seja a Arte.” (ob. Cit., p. 11).

“As grandes almas? Mergulham ellas na vida, como em immenso oceano de idéias. Acima, o sensível infinito das phantasias; em baixo, a aspereza vulgar das coisas reaes; e por toda a parte, – o inesgotável das formas, dos sonhos, das hypotheses. Artes, religiões, sciencia. Vivie o espírito superior a tesser e a destesser maravilhas. Reflecte-se nelle o universo; impregna-o, domina-o, encanta-o, – e elle domina, encanta e impregna o próprio universo”. (ob. Cit., p. 16)

5. A PAIXÃO CIENTÍFICA

Pontes de Miranda era um apóstolo da Ciência, cultuando uma fé inabalável em suas possibilidades. Exemplifica tal fato o seguinte trecho pinçado de seu livro “A sabedoria da inteligência”:

O método científico conciliará os homens, porque só a verdade concilia. Em vez de opiniões – a prática do estudo dos fatos, o zelo da objetividade, a verificação dos resultados, o espírito crítico que é outra expressão com que se diz o livre exame, a pesquisa científica, a moral no saber, a resignação da inteligência, a sinceridade da observação e a lealdade das afirmativas.¹⁸

Em outra passagem da mesma obra, colhe-se, no mesmo diapasão científico, o seguinte trecho:

Tudo no mundo real são relações. Os corpos interessam à Física, à Química, à Matemática. Mas os corpos são complexos de relações: juntai-lhes a vida, e tereis o objeto da Biologia; o pensamento, e estareis no domínio dos psicólogos. Extirpai-lhe aquelas relações a que chamais “matéria”, e restará o assunto da Geometria.

18. PONTES DE MIRANDA, Obras Literárias – Prosa e Poesia. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1960.

Subtrai o espaço, e ainda ficarão as relações de número. Da Aritmologia para a Lógica outro degrau descereis. E, no fim, estareis sozinho diante da coisa e podereis considerar a relação entre vós e ela. São os recantos da Epistemologia.

A autoridade e o prestígio de que gozavam, então, às ciências exatas, ditas positivas, bem assim como o esforço em dar nova qualificação ao direito, como ciência jurídica, fez com que Pontes buscasse apoio em grandes matemáticos, físicos, biólogos, químicos, do final do século XIX e primeiras décadas do século XX. Ele cita constantemente alguns dos maiores físicos, químicos, matemáticos, biólogos da época: Albert Einstein, Pierre Curie, Ernst Mach, e muitos outros, todos cientistas de renome.

Procura relacionar seus estudos com as teorias científicas mais atuais; exemplo disso são suas anotações acerca do fator tempo, na observação dos fenômenos do universo, as quais procurava compatibilizar com as descobertas de Einstein.

No seu livro *Introdução à Política Científica* (1924) deixou consignadas estas palavras:

No direito, se quisermos estudá-lo cientificamente, como ramo positivo do conhecimento, quase todas as ciências são convocadas pelo cientista. A extrema complexidade dos fenômenos implica a diversidade do saber. As matemáticas, a geometria, a física, a química, a biologia, a geologia, a zoologia e a botânica, a climatologia, a antropologia e a etnografia, a economia política e tantas outras constituem mananciais em que o sábio da ciência jurídica bebe o que lhe é mister. Nas portas das escolas de direito devia estar escrito: aqui não entrará quem não for sociólogo. E o sociólogo supõe o matemático, o físico, o biólogo. É flor da cultura.¹⁹

6. PONTES DE MIRANDA E EINSTEIN

A sua amizade com Einstein, consolidada à base de encontros pessoais e longa correspondência epistolar, parecem-nos fruto da imaginação. E quando sabemos que foi a alta matemática que aproximou esses gênios, mais estupefatos ficamos.

Em 1923 o grande Físico fez uma visita ao Brasil, na qual conheceu a Pontes de Miranda. Este fez então algumas correções e reparos à Teoria da Relatividade de Einstein. Este estranhou um jurista interessado

19. PONTES DE MIRANDA. *Introdução à Política Científica*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

e inteirado de tão complexo campo científico. Então, Einstein sugeriu a Pontes de Miranda que escrevesse um trabalho sobre a representação do espaço, para o Congresso Internacional de Filosofia que ocorreria no ano seguinte (1924), em Nápoles, na Itália. Pontes de Miranda não se intimidou, realizou o trabalho solicitado e o mesmo foi apresentado e aprovado naquele importante Congresso.

7. A SUA RELAÇÃO COM A BIOLOGIA

Foi sócio do Instituto de Manguinhos, no Rio de Janeiro. A ele deve-se a descoberta de bactérias que lhe levam o nome, Pontesia. Dedicou-se a experiências com caranguejos. Teve assento na cadeira nº4 do Instituto Brasileiro de Ciências, ao lado de cientistas como Carlos Chagas, Vital Brasil e Adolfo Lutz.

8. A FILOSOFIA

No campo da Filosofia, sua principal contribuição foi o livro “O Problema Fundamental do Conhecimento”, publicado em 1937, pela Livraria Globo.

Nessa obra investiga a distância existente entre sujeito cognocente e objeto cognoscível. Entre su-jectum e ob-jectum encontrou algo de comum, o “jectum”. Se não conseguiu resolver insofismavelmente o problema do “Conhecer”, ao menos vislumbrou problemas que serão mais tarde objeto da filosofia da linguagem.

Nesse instigante livro deixou consignado:

Há no conhecer uma relação entre seres, na qual se faz sujeito e ao outro objeto, de modo que o método de uma investigação gnoseológica, rigorosamente científica exige que se desça à relação entre dois seres (cognocente, conhecido) sem a prefixação (sub-objectus) que um dos termos juntou a si e ao outro. Difícil, a missão é, todavia, indispensável, porque só assim se poderá saber como o termo prefixante conseguiu afastar-se dos outros seres e chegar à consciência do outro ser.

9. A OBRA DE PONTES DE MIRANDA NO EXTERIOR

Pontes de Miranda é autor de diversos trabalhos escritos originalmente nas línguas alemã, francesa, espanhola, italiana e inglesa, além de em outros idiomas.

Em língua alemã, destacam-se as seguintes obras: As Leis Civil do Presente (Die Zivilgesetze der Geegenwart, Band III, Brasilen, 1929); Sentimento e Conceito do Direito (Rechtsgefuent um Begriff dès Rechts, 1929); Subjetivismo e Voluntarismo no Direito (Subjektivismus um Voluntarismus in Recht); Conceito do Valor e Adaptação Social (Begriff dès Wertes um Soziale Anpassung, 1922); Brasil (Brasilien, 1920) e Epikure der Weishei (Muenchen, Griff-Verlag, 2. Auflage, 1973).

Em língua espanhola, Los Princípios y Leis de Simetria em la Sociologia, 1925; Na Holanda publica, em 1932, La Conception du Droit International Prive d'après la Doctrine et la Pratique au Brésil; Na Grécia, publica, em 1939, La Création et la Presonnalité dès Personnes Juriques em Droit Internacional Prive; e, Na Itália, em 1953, Natura Giuridica del Decisione di Incostituzionalita.

10. AS ATIVIDADES JURÍDICO-DIPLOMÁTICAS EXERCIDAS

A pedido do Presidente Arthur Bernardes atuou com Consultor jurídico da Delegação Brasileira à V Conferência Pan-Americana do Chile, em 1924. O mesmo Presidente pretendeu faze-lo embaixador do Brasil na Theco-Eslováquia, só não podendo levar a cabo tal desiderato porque a idade mínima para tal função era de 35 anos, idade ainda não alcançada, àquela altura por Pontes de Miranda.

Foi Chefe da Delegação do Brasil, na Conferência Internacional de Navegação Aérea em Haya, em 1932.

Ministro Plenipotenciário da 1ª Classe, em 1939.

Chefe da Delegação do Governo Brasileiro à XXVI Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em Nova Iorque, em 25 de setembro de 1941.

Representou o Brasil no Conselho Administrativo da Repartição Internacional do Trabalho, em Montreal, de 1941 à 1943.

Durante a 2ª guerra mundial recusou convite do Presidente Getúlio Vargas para ser Embaixador junto à Alemanha, recusando esse convite por convicções anti-hitleristas.

Foi Embaixador do Brasil na Colômbia, realizando eficiente trabalho que chamou a atenção do Governo Norte-americano, que solicitou seu assessoramento pessoal, o qual foi prestado por dois anos e meio.

11. NO CAMPO DA FILOSOFIA

As suas obras mais importantes intitulam-se:

- a) Representação do Espaço (1925) escrito por sugestão de A. Einstein e apresentada neste mesmo ano no Congresso de Filosofia de Nápoles;
- b) O Problema Fundamental do Conhecimento (1937);
- c) Garra, Mão e Dedo (1953);

12. NO DOMÍNIO DA FILOSOFIA DO DIREITO

O seu monumental *“Sistema de Ciência Positiva do Direito”* (1922).

13. NO CAMPO DA SOCIOLOGIA

Destaca-se a sua Introdução à Sociologia Geral (1926), prêmio da ABL, sendo um trabalho pioneiro que marcou época e também seu Método de Análise Sócio-Psicológica (1925).

14. NA LITERATURA

Deixou também significativa contribuição, destacando-se os trabalhos:

- a) A Sabedoria dos Instintos (1921), 1º prêmio da ABL;
- b) A Sabedoria da Inteligência (1923);
- c) O Sábio e o Artista (1929);
- d) Penetrações, poemas (1930);
- e) Inscrições da Estela Interior, poemas (1930);
- f) Obras Literárias (1960);
- g) Poèmes et Chansons (1969);
- h) Epikure der Weisheit (1973).

15. NA SEARA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

- a) Novos Fundamentos Atuais do Direito Constitucional (1933);
- b) Comentários à Constituição de 1934 (2 tomos);
- c) Comentários à Constituição de 1937 (2 tomos);
- d) Comentários à Constituição de 1946 (4 tomos);
- e) Comentários à Constituição de 1967 (7 tomos);
- f) Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda de 1969 (7 tomos).

16. NO ÂMBITO DA CIÊNCIA POLÍTICA

Destacam-se as seguintes obras:

- a) Introdução à Política Científica (1924);
- b) Novos Direitos do Homem (1933);
- c) Anarquismo, Comunismo e Socialismo (1933);
- d) Democracia, Liberdade e Igualdade – Os três caminhos – (1945);

No terreno do Direito Internacional sobressai o seu *“Tratado de Direito Internacional Privado”* (1935, 2 tomos).

17. NO SETOR DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Legou-nos uma obra que nasceu clássica: *“História e Prática do Habeas Corpus”* (1916).

18. NO CAMPO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Sua atuação foi profícua e inovadora, destacando-se as seguintes obras:

- a) História e Prática do Arresto ou Embargo (1937);
- b) Embargos, Prejulgados e Revista no Direito Processual Brasileiro (1937);
- c) Comentários ao Código Civil de 1939 (15 volumes);
- d) Tratado da ação Rescisória contra as Sentenças (1964);
- e) Comentários ao Código Civil de 1973 (17 volumes);
- f) Tratado das Ações – 7 volumes – (1970-74).

19. GENIAL E SEM IGUAL FOI SUA CONTRIBUIÇÃO AO DIREITO CIVIL

Onde se destacam obras como:

- a) Dos Títulos ao Portador (1921);
- b) Da Promessa de Recompensa (1927);
- c) Das Obrigações por atos Ilícitos (1927);
- d) Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro (1928);
- e) Tratado dos Testamentos (1930 – 5 tomos);
- f) Tratado de Direito de Família (1947 – 3 tomos);
- g) Tratado de Direito Predial (1953 – 5 tomos);

- h) Tratado de Direito Cambiário (1954-55 – 4 tomos);
- i) Tratado de Direito Privado (1955-70 – 60 tomos).

20. CONTRIBUIÇÕES PARA A PRÁTICA JURÍDICA

- a) Questões Forenses (1953 – 8 tomos);
- b) Dez anos de Pareceres (1974-76 – 10 tomos).

3

A OBRIGAÇÃO MÉDICA E A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DE DICOTOMIAS ULTRAPASSADAS: INSEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÃO DE MEIOS /RESULTADO E A SUA NATUREZA CONTRATUAL/EXTRACONTRATUAL

Vinicius de Negreiros Calado¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. A natureza jurídica da obrigação médica: o responsabilidade pelo fato – 3. Obrigações de meios e obrigações de resultado: uma dicotomia juridicamente insegura – Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

A atuação do profissional médico por sua natureza obrigacional constitui-se numa obrigação de fazer, caracterizada por uma atividade intelectual e material, onde a parte obrigada (o médico, como sujeito passivo da obrigação) tem o dever de utilizar todo o conhecimento disponível (atividade intelectual) a fim de prestar a melhor assistência à outra parte (paciente, sujeito ativo ou credor obrigacional), empenhando-se para atingir o objetivo almejado (atividade material), sem que, contudo, haja um compromisso com o resultado a ser atingido (cura).

Induvidoso que quando o médico deixa de cumprir a prestação (ou a cumpre de modo defeituoso) exsurge sua responsabilidade civil, mas qual seria a sua natureza? Contratual ou delitual? Esta é uma primeira indagação que merece ser respondida.

1. Advogado e professor universitário. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. E-mail: professor@viniciuscalado.com.br.

Outrossim, os tribunais pátrios vem reconhecendo a aplicando a dicotomia entre obrigações de meio e obrigações de resultado, notadamente na responsabilidade civil médica, numa tendência à objetivação dessa responsabilidade, sem que, contudo, tenha-se um parâmetro seguro para divisar as obrigações entre de meios e de resultado.

A doutrina tradicional e mesmo os estudiosos do Direito Médico parecem não concordar com essa tendência à objetivação da responsabilidade médica, mas não refutam de modo categórico a dicotomia de Demogue.

Assim, objetiva-se com o presente estudo analisar as significantes mudanças trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC para a responsabilidade civil médica, tendo em vista que nos acidentes de consumo a apuração da responsabilidade civil do médico ocorre do mesmo modo para as relações contratuais e extracontratuais, bem como a repercussão jurídica desse fato para a distinção das obrigações entre de meios e de resultado.

2. A NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO MÉDICA: O RESPONSABILIDADE PELO FATO

Na lição de Aguiar Dias, “a obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução. Assim sendo, a responsabilidade contratual é também fonte de obrigações, como a responsabilidade delitual”², destacando o autor que “a obrigação preexistente é a verdadeira fonte da responsabilidade, e deriva, por sua vez, de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta”³, pelo que “estabelecido o primeiro elemento, temos o segundo, aquele intimamente ligado: é a violação do dever preexistente”⁴. Assim, teríamos a obrigação e a sua violação como pressupostos para o surgimento da responsabilidade civil.

Afirma Caio Mário Pereira⁵ que na prestação “é de vislumbrar-se a dualidade de aspectos, o débito e a responsabilidade, que na concepção moderna lhe são peculiares”, pelo que satisfeito o crédito através do adimplemento do débito não haveria responsabilidade, pois a obrigação

2. DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.133-134

3. Idem, ibidem. p. 96.

4. Idem, ibidem. p. 98.

5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituição de Direito Civil. V.2 Teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.07

fora satisfeita, surgindo apenas quando este não ocorra. Nas palavras de Clovis do Couto e Silva “a prestação primária corresponde ao débito; e a prestação secundária, a qual se relaciona com perdas e danos, constitui a responsabilidade”.⁶

Importa ao estudo, neste momento, delinear a responsabilidade civil e estabelecer a natureza jurídica daquela que nasce a partir da relação jurídica médico-paciente.

Ao tratar das ideias básicas do sistema geral e das coordenadas históricas da responsabilidade civil Menezes Cordeiro⁷ refere que na tradição de Gaio as obrigações nascem de um contrato ou de um delito, tendo sido acrescentadas outras fontes posteriormente, destacando que “estão em causa dois universos muito distintos”. Essa dicotomia permanece até os dias atuais, inclusive reconhecida pelos autores⁸ que se debruçam sobre a matéria no diálogo Brasil-Portugal, como também no Supremo Tribunal de Justiça de Portugal⁹ e no Superior Tribunal de Justiça do Brasil¹⁰.

Já ao tratar do alargamento da responsabilidade civil Menezes Cordeiro lembra que “por imperativo lógico, a responsabilidade ocorria quando alguém tivesse perpetrado um facto ilícito danoso ou delito” e que por “razões históricas e sociais”¹¹ o Direito foi levado a determinar que uma pessoa que não tenha praticado um delito indenizasse aquele

-
6. SILVA, Clovis V. do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.83
 7. CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português. – v. 2º v.: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010. p.285.
 8. FROTA, Mário. Estudo Contrastivo da Responsabilidade Civil nos Códigos Civis do Brasil e de Portugal. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, v. 53, jan./mar. 2005, p. 151-180. p.151.
 9. Veja-se os seguintes acórdão do STJ de Portugal: Revista n.º 1987/01 – 2.ª Secção – Ferreira de Almeida (Relator), Moura Cruz e Barata de 05.07.2001; Revista n.º 912/03 – 7.ª Secção – Neves Ribeiro (Relator), Araújo de Barros e Oliveira Barros Figueira de 22-05-2003; Revista n.º 4055/04 – 1.ª Secção – Pinto Monteiro (Relator), Lemos Triunfante e Reis Figueira de 22-02-2005; Revista n.º 3426/07 – 6.ª Secção – Rui Maurício (Relator), Azevedo Ramos e Silva Salazar de 27-11-2007.
 10. AgRg no AgRg no REsp 1057210/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 16/04/2009; AgRg no Ag 853.854/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 504; REsp 1104665/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 04/08/2009
 11. CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português. – v. 2º v.: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010. p.287.

que sofreu um dano, surgindo a responsabilidade objetiva ou pelo risco, sendo certo que estas mesmas razões conduziram a hipóteses de indenização mesmo que o dano causado tenha se originado de um ato lícito, no caso da responsabilidade pelo sacrifício (no direito brasileiro temos, por exemplo, os artigos 929 e 930 do CC). Em fecho, o autor aduz que a responsabilidade civil “apesar de ter surgido fora do universo contratual, acabou por se expandir, também, pelo território deste”, concluindo que esta possui um regime próprio “contaminado” pelo contrato de origem, mas as razões deste alargamento são pautadas pelo ressarcimento dos danos causados.

Já Pontes de Miranda em seu Tratado de Direito Privado¹², ao tratar da medicina no capítulo dedicado a responsabilidade extranegocial e danos causados por profissionais, distingue a responsabilidade contratual da extracontratual do médico, nos seguintes termos:

Tem-se de distinguir da responsabilidade contratual a responsabilidade extranegocial. Se o serviço médico provém de direito público, ou de prestação caridosa ou beneficente ao público, sem qualquer remuneração pela pessoa que recebe o serviço ou a obra, ou qualquer contribuição à entidade, tem-se de afastar a contractualidade da responsabilidade. Todavia, pode ocorrer gestão de negócios alheios sem outorga, se o profissional, in casu, não tinha dever. O dever do médico pode ser *ex lege*, ou de contrato com a entidade, seja essa de direito público, ou não no seja. Com isso, não se negocia a relação jurídica entre o médico e a pessoa que recebeu os serviços ou obra.

O médico, o cirurgião, o dentista, ou outro profissional que sirva a tratamento do corpo ou da psique, ou é figurante de contrato de locação de serviços, ou de obra, ou, menos frequentemente, de empreitada, ou se fez gestor de negócio sem outorga de poderes, ou pratica ato ou atos de caridade, diretamente, no que se há de ressaltar o elemento de gratuidade intencional, ou não se vinculou, nem se quis vincular. Na última espécie, o médico, o cirurgião, o dentista ou outro profissional emprega a sua atividade fora da sua função social, como faria o chaveiro que vai a alguma casa para abrir a porta, ou o cofre, e roubar, ou como o soldado, que está fardado e armado, e usa a arma para atingir alguma pessoa que está na janela do prédio que ele vê de longe, ou do qual passa perto.

12. PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 435.

Ao debruçar-se sobre a natureza jurídica da responsabilidade médica, sem rodeios, Pontes de Miranda afirma que é a mesma contratual, observando, contudo, que há casos em que se materializa a responsabilidade extracontratual:

A responsabilidade dos médicos e cirurgiões é contratual. Há a causa, que dá os limites da atividade; mas o ato ilícito ou mesmo o fato ilícito também pode ser irradiante de responsabilidade extranegocial. [...] Tanto aquela como essa podem resultar de *dever de medicação ou de operação*. O cirurgião que sabe que tem de operar imediatamente não pode retardar, a seu líbito, a atividade cirúrgica.

A indenização por ato ilícito dos médicos, inclusive cirurgiões, independe de haver contrato entre o doente e o profissional. Quem trabalha gratuitamente, ou presta serviços a quem os recebe de alguma instituição de caridade, sem pagamento, responde pelos danos. O conteúdo do conceito de dano evolui com a ciência, porque a lei não poderia precisar o que seria a culpa, [...] em decênios seguintes, ou em século seguinte, ou mesmo no ano próximo, ou no mês próximo (e. g., foi assente o perigo do remédio, que ontem se desconhecia).¹³

Desta feita, na opinião de Pontes de Miranda a responsabilidade civil médica é contratual, sendo possível responsabilizar o médico pela prática de ato ilícito quando inexistir contrato entre as partes. Ou seja, tanto haverá responsabilidade em decorrência do inadimplemento do contrato firmado entre o médico e o paciente quanto quando da ocorrência do ato ilícito, sendo esta também a opinião de Aguiar Dias quando afirma que “a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida”.¹⁴

Os autores contemporâneos que se debruçam sobre a relação médico paciente também têm entendido, de modo praticamente unânime, que a relação jurídica é contratual, pelo que afirma Leo Coutinho que o “atendimento médico é considerado como um contrato em que as partes são o paciente como contratante e o médico como contratado, sendo o pagamento em honorários ou salários”¹⁵, seguido por Couto Filho:

13. PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 439.

14. DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.254

15. COUTINHO, Leo Meyer. Responsabilidade ética, penal e civil do medico. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. p.12.

A relação instaurada entre o médico e o paciente é, em via de regra, conforme já visto exaustivamente, contratual. Há, pois, obrigação mútua das partes. De um lado, pagar o preço pelos serviços prestados. Trata-se, também, consoante pensamento majoritário, de relação de consumo, posto que o médico põe à disposição da sociedade o nobre serviço da medicina e, nessa qualidade, enquadra-se perfeitamente no dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, sendo um fornecedor de serviços.¹⁶

Já para Paulo de Tarso Sanverino

Encontra-se hoje superada a discussão em torno da natureza contratual da responsabilidade de determinados profissionais liberais como médicos, cirurgiões, farmacêuticos e dentistas, que decorria da inserção da regra do art. 951 do Código Civil de 2002 (art. 1.545 do CC/1916) entre, as modalidades de responsabilidade aquilina. O entendimento doutrinário dominante acerca da responsabilidade desses profissionais é, em regra, efetivamente, contratual.¹⁷

Christoph Fabian, também concorda com a opinião da doutrina majoritária:

Não obstante a responsabilidade dos médicos seja regulamentada no Código Civil no capítulo dos atos ilícitos (art. 1.545 do CC), predomina entre os doutrinadores a opinião de que a responsabilidade do médico seria de qualidade contratual. A prestação do serviço médico se realiza por meio de um contrato. Apenas em situações de emergência pode-se pensar em um tratamento sem contrato.¹⁸

Analisando o Código Civil de 1916 (cuja estrutura no particular foi mantida no CC/2002), Aguiar Dias leciona:

O Código Civil distinguiu entre a responsabilidade contratual e extracontratual, regulando-as em seções marcadamente diferentes do seu texto. Nisto, acompanha a generalidade das codificações mais antigas, contra as quais se manifesta a tendência das legislações modernas, inclinadas à unificação, tendo em vista o fundamento comum da falta de diligência em relação ao direito alheio.¹⁹

16. COUTO FILHO, Antonio Ferreira. A improcedência no suposto erro médico: Doutrina, jurisprudência, legislação, código de ética medica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.40

17. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2010. p.199.

18. FABIAN, Christoph. O dever de informar no direito civil. São Paulo: RT, 2002. p.133.

19. DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.130-131.

Discorrendo em especial sobre o contrato médico, o autor chama atenção para o fato de que o paciente não poderia renunciar a garantias mais amplas previstas na legislação pelo simples fato de ser a relação considerada contratual, posto que

a responsabilidade contratual e a extracontratual podem concorrer quando no mesmo fato se verificarem a um tempo a violação de direitos oriundos de contratos e a de direitos que ao ofendido assistam, independentemente desse contrato.²⁰

Essa unificação anunciada por Aguiar Dias veio a ocorrer no direito brasileiro com o CDC que passou a regular a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto e do serviço (art. 12 a 17).

Neste particular, os autores do anteprojeto do CDC reconhecem o avanço, quando afirmam que se

permite aludir à superação da velha dicotomia das responsabilidades contratual e extracontratual. Segundo a doutrina corrente, o tratamento dado à matéria pelo Código de Defesa do Consumidor afasta a bipartição derivada do contrato ou do fato ilícito, rendendo ensejo à unificação da *summa divisio*.²¹

Assim, este aparente dilema jurídico de delimitação entre a responsabilidade médica contratual ou extracontratual é solucionado pela sistemática do CDC, onde a responsabilidade pelo fato do serviço decorre do evento danoso (defeito), sendo irrelevante²² se na origem o fato jurídico fora contratual ou delitual. Ou seja, responde-se pelo fato, caso ele seja contrário ao direito.

Abordando justamente a teoria dos fatos jurídicos Paulo Lôbo²³, apoiando-se na doutrina de Pontes de Miranda, afirma que não são fontes das obrigações nem a lei, nem o contrato, nem mesmo os atos unilaterais, mas os fatos jurídicos, posto que “a obrigação é efeito do fato jurídico, que é antecedido de outro efeito, ou seja, o dever (dívida)”, pelo que

20. Idem, ibidem. p. 270-271.

21. GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.] Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.152.

22. SANSEVERINO. Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 207.

23. LÔBO, Paulo. Fontes das obrigações e a teoria dos fatos jurídicos. In PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de; MENZES, Iure Pedroza; CAMPELO, Nalva Cristina Baborsa. Direito das obrigações: reflexões no direito material e processual: obra em homenagem a “Jones Figueirêdo Alves”. São Paulo: Método, 2011. p. 425-431. p. 430.

Para que uma pessoa possa considerar-se obrigada juridicamente a prestar algo a outra pessoa, é mister que o direito preveja que determinado fato (ou conjunto de fatos) seja admitido como fato jurídico, a partir do qual surjam seus efeitos, dentre eles a obrigação ou as obrigações imputáveis ao devedor.

Assim, ao responder-se a indagação posta no início no item, podemos concluir que os fatos jurídicos é que se constituem como fontes das obrigações, e não o contrato ou o delito, sendo relevante a análise de seus efeitos, pelo que a responsabilidade civil pela “violação do dever de não causar dano a outrem” não encontra no “dano a fonte da obrigação, mas o fato jurídico que se constituiu com a violação do dever de não causar dano, do qual derivou a relação jurídica obrigacional”²⁴.

Apreciando caso em que houve discussão acerca da natureza jurídica da responsabilidade médica, o Supremo Tribunal de Justiça – STJ de Portugal, em data de 22-02-2005, apreciando a Revista n.º 4055/04 – 1.ª Secção – Pinto Monteiro (Relator), Lemos Triunfante e Reis Figueira, reconheceu que

II- Na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, podem ser causa de **responsabilidade contratual**, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também causa de **responsabilidade delitual**, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual.

III – Não sendo pacífica a questão de saber qual das responsabilidades prevalece nem a de saber se **o lesado** pode recorrer a qualquer uma delas, uma doutrina e jurisprudência maioritária têm entendido que, gozando o lesado da tutela extracontratual, **poderá o mesmo optar pelo regime que lhe for mais favorável**. (Excertos – negritos nossos)

Ou seja, a jurisprudência portuguesa, aliada a doutrina, adota a tese de que o regime a ser aplicado na responsabilidade civil médica é aquele que seja mais favorável ao paciente. Neste sentido, pode-se até mesmo afirmar que a legislação de proteção ao consumidor brasileira é mais avançada, pois rompeu com a dicotomia e estabeleceu a presunção legal de vulnerabilidade do consumidor, o que o torna sempre a parte mais fraca na relação jurídica. Assim, aquilo que além-mar encontra-se em discussão na doutrina e jurisprudência, no Brasil há legislação específica regulando a matéria. Contudo, as construções jurisprudenciais, nem sempre tem

24. Idem, ibidem. p. 425-431. p. 429.

agasalhado a interpretação que lhe dá a doutrina consumerista, preferindo-se, como se demonstrará, recorrer a distinções outras (obrigação de meios e de resultado) que não provêem a segurança jurídica necessária.

3. OBRIGAÇÕES DE MEIOS E OBRIGAÇÕES DE RESULTADO: UMA DICOTOMIA JURIDICAMENTE INSEGURA

Segundo a doutrina tradicional, a obrigação decorrente da prestação de serviços médicos, caracteriza-se como sendo uma obrigação de cautelas e de empenho²⁵, casuisticamente analisada, e de acordo com o avanço científico.

Essa visão decorre do fato de que o médico é um profissional que trabalha com um sistema aberto, onde nem todas as variáveis são conhecidas, estando o mesmo sujeito à labilidade do corpo humano. Sobre o tema, assim se posiciona a professora Hildegard Giostri:

O facultativo trabalha dentro de um contexto biológico – portanto, lábil – tratando, na maioria das vezes com casos patológicos cuja afecção tem seus próprios riscos de evolução, podendo levar tanto à melhora satisfatória, à cura, quanto à morte ou a sequelas de maior ou menor gravidade.²⁶

Aguiar Dias também adota a divisão entre da obrigação meio e da obrigação resultado, afirmando que “o fato de ser o contrato de tratamento médico uma obrigação de meio e não de resultado, decorre, como vimos, que ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa.”²⁷

Para Paulo de Tarso Sanseverino:

No caso da responsabilidade civil dos médicos, que é seguramente a modalidade que suscita maior debate, tem-se reconhecido que, em regra, eles assumem obrigação de meio. No desempenho de suas atividades, esses profissionais liberais somente serão responsabilizados pelos danos sofridos pelo consumidor quando o defeito na prestação do serviço decorrer de conduta culposa nos meios empregados.²⁸

25. SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade Médica: Civil, Criminal e Ética. Del Rey: Belo Horizonte, 2001. p. 90.

26. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada. Curitiba: Juruá, 2002. p. 72.

27. DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.258/259

28. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 201.

Já sobre o tema Cláudia Lima Marques aduz que

Nunca é demais repetir, que esta concentração feita do sistema do CDC no “serviço prestado” não significa que todas as obrigações de fazer passam a ser obrigações *de resultado*. Se a obrigação é de *meio* (por exemplo, um tratamento médico, uma cirurgia), só se pode exigir que o fornecedor preste um serviço adequado para os fins que *razoavelmente dele se espera* (salas de cirurgia com material necessário, limpas, preparadas para emergências, ou um tratamento médico com remédios e exames normais para aquele caso), mas não se pode exigir que o serviço alcance um determinado resultado (cura do paciente ou evitar a sua morte). Note-se, porém, se o serviço é considerado obrigação de resultado (como vacinação, transfusão de sangue, exames simples, segurança dos instrumentos que utiliza e visitas) basta demonstrar o descumprimento do contrato, o vício do serviço. Em outros casos trata-se da responsabilidade por perda de uma chance ou de deveres inerentes à internação hospitalar e de deveres de pós-eficácia do contrato. Nestes casos, os limites são do próprio tipo de contrato que vincula as partes não pertencendo à noção de vício do serviço instituída pelo CDC.²⁹

Genival França ao tratar da obrigação do médico afirma que:

Seu compromisso é utilizar todos os meios e esgotar as diligências ordinariamente exercidas. Em suma: usar de prudência e diligenciar normalmente a prestação do serviço. Haverá inadimplência, se a atividade for exercida de forma irregular, atípica ou imprudente, e se na prestação do serviço venha ocorrer um acidente de consumo, o médico terá sua responsabilidade civil apurada dentro dos limites da má prática.³⁰

Como se vê cada autor busca enquadrar as situações fáticas dentro de uma ou de outra modalidade, sem que, contudo, se tenha na essência o que qualificaria uma obrigação como sendo de meios e outra como sendo de resultado, na complexa obrigação médica.

Para o professor Paulo Lôbo³¹ é “irrelevante que a obrigação do profissional liberal classifique-se como de meios ou de resultado” utilizando como exemplo a atividade do advogado e a atividade do médico para fundamentar as suas explicações, concluindo o doutrinador que a única

29. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 1998. p. 594/596.

30. FRANÇA, Genival Veloso de. Flagrantes médico legais. Recife: EDUPE, 2000. p. 89 e 90.

31. LÔBO, Paulo. Direito Civil: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39-40; LÔBO, Paulo. Direito Civil: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil do advogado. Revista de Direito Privado, São Paulo, SP, v.3, n.10 p. 211-220, abr./jun. 2002. p. 219.

maneira de harmonizar-se a responsabilidade subjetiva do profissional liberal seria a sua presunção de culpa e a consequente automática inversão do ônus da prova, cuja abordagem será feita mais adiante e para quem a “dicotomia, obrigação de meios ou obrigação de resultado, não se sustenta.”³²

Destaca o autor que há confusão da doutrina entre resultado provável e resultado favorável, destacando que “ainda que o médico não possa assumir a obrigação da cura, assume a obrigação do melhor resultado para a cura”, pelo que a probabilidade do êxito é o próprio resultado “o que não significa, por exemplo, que o médico obterá necessariamente a cura desejada pelo paciente e que o advogado obterá a sentença judicial favorável a seu cliente.”³³

Sobre a distinção de obrigação de meio e de resultado dispara Ricardo Lorenzetti:

De todos modos, no es posible sostener estos denominados pares binarios. Se el médico promete en general una obligación de medios, celebra locación de servicios, pero si en el transcurso de la prestación debe desarrollar obligaciones de resultado, tendríamos una locación de obra. Todo este esquema resulta absolutamente intrincado e inútil.³⁴

Ricardo Lorenzetti³⁵ ao tratar da distinção da obrigação entre de meios e de resultado afirma que a miríade de critérios adotados pelos autores provoca “caos e inseguridad” e chega a “lesionar gravemente la utilidad del distingo”, concluindo que na situação atual o benefício para os médicos acabou por converter-se numa adversidade.

O autor se posiciona contra a distinção, afirmando estar a mesma superada, uma vez que ontologicamente não se pode afirmar quais são as obrigações de resultado e quais são as obrigações de meio, bem como porque o resultado não é algo extrínseco ao fazer médico, posto que toda a atividade médica caminha para a cura³⁶, na mesma linha de pensamento construída por Paulo Lôbo.

32. LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito Civil. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 361.

33. Idem, ibidem. p. 361.

34. LORENZETTI, Ricardo Luis. La responsabilidad civil de los médicos. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. p. 345-346.

35. LORENZETTI, Ricardo Luis. La responsabilidad civil de los médicos. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. p. 468-492.

36. Idem, ibidem. p. 485.

Ao tratar da questão no Brasil Ricardo Lorenzetti assevera que há ampla aceitação da teoria da divisão das obrigações entre de meio e de resultado, pois a jurisprudência é farta, inclusive no STJ, com algumas ressalvas na doutrina, em especial Paulo Lôbo³⁷ e Hildegard Giotri³⁸. E é tão farta quanto casuística/subjetiva sua aplicação, causando a insegurança jurídica relatada pelo autor.

Indo além, destaca Ricardo Lorenzetti que a teoria é usada no Brasil³⁹ para apenas para apontar que o médico não se compromete com a cura, mas com os meios para a cura, justamente recepcionando a tese da obrigação de meios para “corrigir” a inversão decorrente do reconhecimento da obrigação contratual médica, onde o descumprimento, como já trabalhado em linhas anteriores, importa em presunção de culpa do médico. Contudo, várias decisões judiciais passam a reconhecer algumas atividades médicas como sendo de resultado, sem um critério dogmático consistente, daí porque afirma o autor que o benefício passou a ser uma adversidade.

Assim, o estudo perfilha-se à opinião de Ricardo Lorenzetti e Paulo Lôbo, no sentido de que falta à distinção uma construção dogmática consistente, pelo que é de se aplicar as soluções legais que existem e são eficazes não dando azo a subjetivismos destemperados ao sabor de cada caso.

Retomando a discussão principal, Paulo de Tarso Sanseverino defende e teoria de Demogue:

Naturalmente, a teoria do resultado de Demogue continua a ter grande utilidade prática, devendo-se sempre estabelecer a distinção entre obrigações de meio e de resultado para se verificar a quem pertence o ônus da prova dos motivos ensejadores do insucesso do resultado pretendido.⁴⁰

37. LÔBO, Paulo. Direito Civil: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39-40; LÔBO, Paulo. Direito Civil: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil do advogado. Revista de Direito Privado, São Paulo, SP, v.3, n.10 p. 211-220, abr./jun. 2002. p. 219.

38. A proposta da autora é a criação de uma obrigação de meio complexa, cujo ônus da prova adotaria a teoria da carga probatória dinâmica. Vide: GIOTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá. 2004. p. 134 e 230.

39. O autor menciona e transcreve trecho de acórdão do TJSP – LORENZETTI, Ricardo Luis. La responsabilidad civil de los médicos. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. p. 487.

40. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 201-202

Contudo, linhas adiante na mesma obra, o próprio autor reconhece a dificuldade prática da utilização da classificação de Demogue:

Efetivamente, não se deve qualificar as obrigações assumidas por cada profissional liberal como de meio ou de resultado apenas com base na denominação da profissão ou de sua especialidade. Na realidade, nascem do contrato de prestação de serviços inúmeras obrigações distintas para ambas as partes. Algumas delas poderão se de meio, outras de resultado. Por exemplo, as obrigações assumidas pelos advogados, em regra, são de meio; porém, as obrigações de apresentar a contestação dentro do prazo ou de juntar documento relevante para o sucesso de seu cliente na demanda são eminentemente de resultado. De outro lado, os cirurgiões-dentistas, enquanto lidam com a parte estética, apresentam obrigações de resultado; todavia quando realizam tratamento clínico, as obrigações são de meio, a exemplo do que acontece com o médico-cirurgião.⁴¹

E conclui:

A principal novidade na responsabilidade dos profissionais liberais, assumam eles obrigações de meio ou de resultado, é o incremento do dever de informação. Conforme já analisado em paralelo com o defeito de informação, frequentemente o profissional liberal poderá ser responsabilizado, embora tenha atuado com a diligência esperada, por não ter informado de modo correto e adequado o seu cliente sobre os riscos que estava correndo com determinado procedimento.⁴²

É justamente com esse sentimento de inutilidade da já velha classificação da obrigação como sendo de meio ou de resultado na área médica que se realiza o presente estudo, para trazer alguma contribuição para a discussão dogmática, com bases juridicamente defensáveis, sem a necessidade de recursos a classificações inaplicáveis à complexidade cotidiana.

A crítica que se realiza a distinção entabulada por Demogue é relevante justamente porque não resolve a problemática, tendo o intérprete que recorrer ao contexto para situar os fatos e aplicar a norma. Ou seja, a dicotomia não é suficiente, justamente porque a realidade fática não contém um limite pré-estabelecido de meio/resultado, referindo Hildegard

41. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 203.

42. Idem, ibidem. p.203

Giostri⁴³ que “a dicotomia meio-resultado tem se mostrado insuficiente, no momento que tenta abranger uma totalidade e, especialmente esta última [...]”. Nesse particular já se chega a falar em obrigações mistas:

PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA DE NATUREZA MISTA – ESTÉTICA E REPARADORA. LIMITES. PETIÇÃO INICIAL.

PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES.

1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes.
2. Nas cirurgias de natureza mista – estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora.
3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes.
4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes.
5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes.
6. Recurso especial não provido. (REsp 1097955/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 03/10/2011)

Do julgado se percebe que há um esforço para sustentar a dicotomia pelo que se chegou a criar um novo tipo de “natureza mista”, incorrendo na já pré-falada (por Ricardo Lorenzetti) insegurança jurídica, o que apenas reforça a inutilidade da classificação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina tradicional e a jurisprudência têm aplicado velhas soluções para problemas contemporâneos sem atentar para a alteração da realidade social, e muitas vezes, para a inovação legislativa.

O Código de Defesa do Consumidor – CDC trouxe significativas mudanças para a responsabilidade civil médica, tendo em vista que nos

43. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá. 2004. p. 39-40.

acidentes de consumo (fato do serviço) a apuração da responsabilidade civil do médico ocorre do mesmo modo para as relações contratuais e extracontratuais, superando-se, pois, a velha dicotomia da responsabilidade contratual e extracontratual, com a consequente modificação da carga probatória.

Essas mudanças fizeram ruir, em solo pátrio, a teoria de Demogue que distingue as obrigações entre de meios e de resultado, vez que a base da teoria fora construída justamente para que a responsabilidade médica contratual fosse tratada da mesma forma que a responsabilidade médica extracontratual, fazendo recair o ônus da prova sobre a vítima (paciente), uma vez que na responsabilidade contratual haveria culpa presumida e na responsabilidade extracontratual haveria necessidade de prova da culpa pela vítima do evento danoso.

Contudo, em que pese a existência de legislação específica (CDC), a dogmática jurídica tradicional ainda continua agasalhando essa já ultrapassada solução, e ao fazê-lo deixa de exercer o seu papel (doutrinar), sendo suplantada pela jurisprudência que passa a trazer “novas” soluções sem suficiente construção dogmática, criando insegurança jurídica e revezes para a os prestadores em favor de quem originalmente fora criada a tese de Demogue.

Desta feita, espera-se com o presente estudar trazer ao debate questão que se considera de relevo, pois há a necessidade de superação dessas dicotomias ultrapassadas que trazem insegurança jurídica, pois a distinção entre obrigação de meios/resultado e a natureza contratual/extracontratual da responsabilidade médica não se sustentam mais com base no CDC.

REFERÊNCIAS

- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. – v. 2º v.: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010.
- COUTINHO, Leo Meyer. **Responsabilidade ética, penal e civil do medico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- COUTO FILHO, Antonio Ferreira. **A improcedência no suposto erro médico**: Doutrina, jurisprudência, legislação, código de ética medica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Flagrantes médico legais**. Recife: EDUPE, 2000.
- FROTA, Mário. Estudo Contrastivo da Responsabilidade Civil nos Códigos Civis do Brasil e de Portugal. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 53, jan./mar. 2005, p. 151-180.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada**. Curitiba: Juruá, 2002.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado**: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá. 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.] **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LÔBO, Paulo. Fontes das obrigações e a teoria dos fatos jurídicos. In PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de; MENZES, Iure Pedroza; CAMPELO, Nalva Cristina Baborsa. **Direito das obrigações**: reflexões no direito material e processual: obra em homenagem a “Jones Figueirêdo Alves”. São Paulo: Método, 2011. p. 425-431. p. 430.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil do advogado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, SP, v.3, n.10 p. 211-220, abr./jun. 2002.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **La responsabilidad civil de los médicos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil**. V.2 Teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica: Civil, Criminal e Ética**. Del Rey: Belo Horizonte, 2001.
- SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

PARTE II
ESCRITOS SOBRE
DIREITO PROCESSUAL

1

PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DA AÇÃO DECLARATÓRIA NO ÂMBITO DAS TEORIAS TERNÁRIA E QUINÁRIA: ANÁLISES ACERCA DA EXECUTORIEDADE E DA PRESCRIÇÃO

Alexandre Freire Pimentel¹

Bruna Maria Jacques Freire de Albuquerque²

SUMÁRIO – 1. Considerações iniciais: esboço histórico sobre a ação declaratória e o dualismo do sistema jurídico romano – 2. Taxonomia das classes de ações e a autonomia da ação declaratória – 3. A quebra do paradigma dualista do processo e sua repercussão na ação declaratória – 4. Da eficácia executiva: 4.1. Do reconhecimento jurisprudencial da eficácia executiva da sentença declaratória – 5. O problema da prescrição – 6. A ação declaratória frente à prescrição tributária – 7. Considerações finais – Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE A AÇÃO DECLARATÓRIA E O DUALISMO DO SIS- TEMA JURÍDICO ROMANO

As ações declaratórias existem desde o período formulário romano e remontam aos *praejudicia*, os quais não se limitavam apenas às demandas pertinentes aos *status civitatis* ou de *familiae*, mas se espraiavam para muitas outras hipóteses, nomeadamente naqueles casos cujos

-
1. Mestre e Doutor em Direito pela FDR-UFPE. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco (graduação, especialização e mestrado) e da Faculdade de Direito do Recife (FDR-UFPE). Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Vice-Diretor do Centro de Estudos Judiciários do TJPE. Ex-promotor de justiça. Juiz de direito. Assessor Especial da Corregedoria Geral da Justiça do TJPE.
 2. Mestre e doutora pela Universidade de Salamanca. Professora da Autarquia de Ensino Superior de Garanhuns – AESGA.

objetos recaíam sobre uma obrigação. Nesse período a maioria das fórmulas possuía a *demonstratio* e a *intentio*; a primeira consistia no propósito do requerente de provocar o magistrado no sentido da condenação ou da adjudicação. A *intentio*, por sua vez, traduzia-se num pedido de procedência que restava associado à *demonstratio*. Porém, nas ações prejudiciais a *intentio* não era associada nem à condenação e nem à adjudicação, mas se limitava a uma simples declaração, a qual abrangia tanto fatos quanto direitos.³

Os romanos procederam, ainda, à subdivisão das ações declaratórias em negativas e positivas, ainda hoje mantidas em vários ordenamentos processuais, por influência alemã, embora não tenham laborado sobre as declaratórias típicas e atípicas.⁴

Na fase da *cognitio extra ordine* romana, o escopo da *actio iudicati* era o de satisfazer a pretensão “declarada” na ação cognitiva, cuja motivação residia no descumprimento de uma regra de direito.⁵ Contudo, o exercício do direito à execução forçada não abrangia as sentenças meramente declaratórias e, ademais, ocorria através da *actio iudicati*, que, por seu turno, dependia da constituição da *res iudicati*. Nascia, portanto, em Roma, um sistema dual de direito processual civil, à medida que o exaurimento do acesso pleno à jurisdição requeria o exercício de duas ações: uma, com finalidade cognitivo-condenatória ou adjudicatória e que visava à formação do título executivo; outra executiva, que colimava a satisfação da pretensão anteriormente determinada. Note-se que no tocante aos *praejudicia* a prestação da jurisdição exauria-se mediante a mera declaração do direito, já que não ensejava execução.

Mas, ressalvada a exceção da tutela declaratória, bem como a dos *interdicta*, nos quais as ordens mandamentais se efetivavam na mesma relação processual por determinação do *praetor*,⁶ o sistema jurisdicional dual tornou-se a regra e só veio a sofrer alteração durante a idade média após a queda do império, quando se estabeleceu na Europa o regime da *executio per officium iudicis*, que consistiu num sistema unitário de processo civil no qual a execução passou a proceder-se enquanto mera fase

3. BARBI, Celso Agrícola. Ação declaratória principal e incidente. Rio de Janeiro: Forense, 6. ed, 1987, pp. 24/ 25.

4. CASTRO, Torquato de. Ação declaratória. Recife: UFPE, 1940, p. 11.

5. BAPTISTA DA SILVA. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. 1997, p. 181.

6. BAPTISTA DA SILVA, op. cit. p. 181.

do procedimento condenatório prévio, apesar de depender de requerimento do credor ao juiz⁷. A partir de então, a *actio iudicati* restou adstrita aos casos de sentenças ilíquidas e outras hipóteses excepcionais. Segundo Athos Gusmão Carneiro: “Nos casos de execução de sentença, a *actio iudicati* sobreviveu apenas em situações excepcionais, como nos casos de pedido de juros sucessivos à sentença”, bem como, acrescenta o autor, para as hipóteses de execução aparelhada com títulos de crédito.⁸

Entretanto, no tocante às ações de mera declaração, ainda durante o período *justinianeus* os *prejudicia* quedaram-se adstritos a pleitos pertinentes ao estado da pessoa. Mas, com a queda do império, caíram em desuso e em seu lugar surgiram os *provocatia*, os quais possuíam um procedimento diferenciado do da *actio* romana, porquanto não se iniciavam por um *libellus*, mas por meio de uma “súplica” ao juiz denominada *imploratio*, que consistia num remédio processual destinado a forçar a parte adversa a atuar, razão pela qual Adroaldo Furtado considera que não podem ser tidos como ações meramente declaratórias, ainda que em algumas situações pudessem proporcionar a mesma consequência prática dessa classe de ação.⁹

Nessa mesma linha, Torquato de Castro acresce que de fato durante o medievo, foram procedidas alterações na ação declaratória, sobretudo em razão da anomalia provocada no instituto em questão pelo direito germânico, o qual distanciou a ação declaratória dos *praejudicia* romanos através dos denominados juízos provocatórios ou de jactância. Com os glosadores instituiu-se uma amalgamação entre ações declaratórias e condenatórias, pela qual as primeiras restaram inseridas nas segundas, ideia essa que mais tarde foi reforçada pelo direito canônico, como se deu com a *provocatio ad agendum* e com a *querela nulitatis*, vertida para o direito de família e, também, para a anulação de documentos. Essas últimas, sem dúvida, representam a origem mais remota das ações declaratórias atípicas, atualmente positivadas no CPC, art. 4º, II.¹⁰

No século XIX, a partir da positivação das ideias iluministas liberais, que caracterizaram o fundamento do estado constitucional moderno,

7. LIEBMAN. Processo de execução. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 24-28.

8. CARNEIRO, Athos Gusmão. O princípio da sententia habet paratam executionem e a multa do art. 475-J do CPC. São Paulo: Revista de Processo. Ano 2008, nº 164, p. 138.

9. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Ação declaratória incidental. Rio de Janeiro: Forense, 1. ed., 1976, p. 32.

10. CASTRO, Torquato. Ação declaratória, p. 27.

em especial pelo influxo político do regime francês, adveio a era do cientificismo processual na qual surgiu a classificação tripartite das ações e sentenças.¹¹ A ideia de que o sistema processual era autônomo influenciou os processualistas da época, de modo mui especial a Adolf Wach, a conceberem uma teoria ternária da ação que classificasse as técnicas de exercício da tutela jurisdicional tomando-se em consideração, apenas, o próprio sistema processual. Observe-se, no entanto, que vários autores alemães também construíram classificações das ações, incluindo as declaratórias, considerando a ação material, como Degenkolb, que defendeu em seu “Einlassungszwang und Urteilsnorm”, que a ação declaratória representa espécie de pretensão cautelar material. Kienitz, igualmente, expressamente enxergava a ação declaratória como uma pretensão de declaração de direito material.¹² Mas, para Wach, que a propósito verberava tais teorias, “La acción declarativa es de carácter procesal, es una pretensión de protección del derecho de naturaleza pública...”¹³

Paripassu, em 1852 foi instituído na Inglaterra o *Chancery Procedure Act*, o qual regulamentou a ação declaratória no direito inglês, ao estabelecer que “nenhum processo deveria ser rejeitado sob o pretexto de que por ele se pretendia uma ordem ou decreto puramente declaratório”. A Corte de Londres, inclusive, chegou a condicionar a admissão de demandas declaratórias “... somente quando existisse uma pretensão de natureza executória, ainda que a parte preferisse não pedir a execução”. Depois, o *Judicature Act* de 1873, por sua vez, estatuiu que as ações declaratórias deveriam ser admitidas independentemente de postularem, ou não, pela repercussão de eficácia executiva:

"No action or proceeding shall be open to objection on the ground that a merely declaratory judgment or order is sought thereby, and the Court may make binding declarations of right whether any consequential relief is or could be claimed or not".¹⁴

Essa constatação é de grande importância para as nossas considerações finais, na medida em que prova que uma visão menos burocrática

11. MOTERO AROCA, Juan. El derecho procesal en el siglo XX. Madrid: Tirant lo Blanch, 2000, p. 30.

12. *Apud* WACH, Adolf. La pretensión de declaración. Un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Tradução de Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962, pp. 24-26.

13. *Idem*, p. 94.

14. *Apud* CASTRO, Torquato. Ação declaratória, p. 32. A literalidade do texto em inglês pode ser confirmada em: http://www.belizelaw.org/judgements/march_2003/11_of_1992-2.html.

acerca do sistema jurisdicional constitui-se em fator decisivo para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, ao mesmo tempo em que desburocratizar não importa em abdicar da segurança jurídica ou do formalismo.

Pois bem, será partindo do esboço histórico da ação declaratória que intentaremos analisar a sistemática ponteana sobre o tema, contraposta à realidade processual brasileira, sobretudo a partir da vigência da lei nº 11.232/2005, a qual passou a conferir à ação declaratória uma eficácia que a mesma, até então, não possuía no Brasil (eficácia executiva).

2. TAXONOMIA DAS CLASSES DE AÇÕES E A AUTONOMIA DA AÇÃO DECLARATÓRIA

Wach observou que o *derecho* de acionar nem se confundia com o direito material (objeto da discussão jurisdicional) nem com a pretensão: “La pretensión de protección del derecho, o, como suele decirse también, en forma demasiado limitada, el derecho de accionar judicialmente, no es el mismo derecho privado subjetivo, ni mucho menos la pretensión [Anspruch] del derecho civil”.¹⁵ O fundamento nuclear da distinção entre as classes de ações, portanto, quedava-se no âmbito do direito processual, daí o porquê de considerarmos a classificação ternária como uma teoria endógena. Aliás, mui percutientemente, Muritiba percebeu que a base dessa teoria era: “... estritamente processual, centrada na autonomia do direito processual diante do material”.¹⁶ Distintamente, a teoria de Pontes é exógena ao sistema processual, porquanto o seu fundamento nuclear situa-se no plano do direito material.

Wach concebeu a ação declaratória como classe autônoma e diferenciada, destacando-a das ações declaratórias impuras, ou seja, aquelas nas quais ocorre cumulação de pedidos condenatório ou constitutivo, caso em que a função declarativa resta absorvida por uma ou outra, ou por ambas. Quando não, isto é, quando a pretensão for exclusivamente declaratória, evidencia-se, no âmbito da teoria ternária, outra espécie distinta das demais. Torquato de Castro, inclusive, ratifica essa observação ao declarar que: “Deve-se esse grande impulso aos escritores alemães,

15. WACH, Adolf. La pretensión de declaración. Un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Tradução de Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962, p. 40.

16. MURITIBA, Sérgio. Ação executiva lato sensu e ação mandamental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 299.

sobretudo a Adolpho Wach, que chegou a esse conceito partindo da análise da função declaratória, como função autônoma do processo civil”.¹⁷

Os defensores da doutrina ternária das ações pressupõem que cada espécie ação possui, apenas, uma única eficácia, pois o que serve à consideração distintiva é a questão meritória, apartada dos efeitos anexos da sentença. Entretanto, para Pontes, isso denuncia um equívoco metodológico, porquanto as ações não devem, consoante ensina o mestre alagoano, ser ‘examinadas por dentro’, pois tal método ofusca a visão sobre as diferentes cargas de eficácia inerentes ao direito material respectivo e que cada ação possui, já que nenhuma ação é, para Pontes, pura. A ação declaratória logra na teoria ponteana status de categoria diferenciada das outras quatro espécies, restando as ações assim subdivididas: “... ou são declarativas (note-se que as relações jurídicas, de que são conteúdo direitos e pretensões, ou que de direitos ou pretensões derivam, antes de tudo existem); ou são constitutivas (positivas ou negativas; isto é, geradoras ou modificativas, ou extintivas); ou são condenatórias; ou são mandamentais; ou são executivas”.¹⁸

Mas, interessa observar que, do ponto de vista histórico, Pontes não foi o primeiro a aventar uma ideia quinária das ações, já que precedentemente Gaio idealizou uma pioneira sistematização quinária das técnicas de exercício da tutela jurisdicional no processo civil romano das *legis actiones*. Talvez, ainda que apenas intuitivamente, aventava apenas cinco modos nominados de demandas: “... lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per judicis postulationem, per conditionem, per manus iniectionem, per pignoris capionem”.¹⁹ Entretanto, em nada coincide a sistematização romana com a ponteana, pois tanto as premissas quanto as consequências processuais são rigorosamente distintas.²⁰

17. CASTRO, Torquato. Ação declaratória, p. 11.

18. MIRANDA, Pontes de. Tratado das ações, 1. v. Campinas: Bookseller, 1998, p. 131.

19. CASTRO, Torquato. Ação declaratória, p. 05.

20. Tanto que Pontes destacou: “Dizer-se que a ação é declarativa, ou constitutiva, ou condenatória, ou mandamental, ou executiva, é função do direito processual, mas é preciso atender-se ao fim do direito processual. O direito processual trata de qualquer delas, ou de classes delas, para lhes apontar o remédio jurídico processual, que pode ser usado pelos autores. As vezes, provê a possíveis cumulações subjetivas ou objetivas, simultâneas ou sucessivas, ou de cognição incompleta para adiantamento de executividade, ou de mandamentalidade, ou de constitutividade. O conceito de ação, a classificação das ações por sua eficácia, tudo isso consulta o direito material, porque o fim precípua do processo é a realização do direito objetivo. Na própria classificação das ações e das sentenças, o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material. A margem de

É preciso atentar para o fato de que nem todo direito pode ser objeto de ação declaratória, pois nem todo direito é subjetivado e, ademais, nem todos os direitos subjetivados são dotados de pretensão, ou de ação. Porém, “Se o direito subjetivo tende à prestação, a ação, que supõe haver-se transgredido a norma, constitui outro plus...”, que pode resumir-se à pretensão de declarar. No entanto, também não se deve confundir a ação material com os remédios processuais, os quais são, para Pontes, “... objeto de direito subjetivo público, porque criados pela lei processual, para substituir, na solução dos conflitos diante dos bens da vida, a luta material.”. Por isso, na teoria ponteana, é possível haver remédio processual carente de ação, inclusive da ação declaratória, porque enquanto esta reside no plano do direito material, o remédio processual é: “... intimamente ligado ao fóro do processo; ao passo que a ação é ligada ao poder que dá a legislação material”.²¹

Pontes oferece-nos um método pelo qual a diferenciação de cada ação decorre da preponderância de uma determinada eficácia que prevalece sobre as demais, a qual é ditada pelo direito material, e não pelo direito processual. Assim, a sua classificação quinária das ações erige-se a partir do direito material em contraposição ao exercício do poder jurisdicional. Mas confessa que, tal qual procediam os alemães, a irradiação eficaz das sentenças pressupõe a procedência do pedido meritório veiculado no processo através do remédio jurídico-processual adequado.²² Quanto a isto, observa-se que a classificação ternária de Adolf Wach parte do mesmo princípio, da procedência do pedido na demanda, apesar de o fundamento distintivo de cada classe de ação residir no direito processual.

A classificação ponteana supõe, também à semelhança da teoria de Wach, que a hipótese de improcedência do pedido estará a indicar que

liberdade que se lhe deixa é pequena mas existe”. MIRANDA, Pontes. Comentários ao código de processo civil. 1. v. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1976, pp. 206-207.

21. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito cambiário. Vol 01. Letra de câmbio. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, pp. 392-3.

22. Aliás, Wach concebia a existência do direito de acionar, que, por sua vez, nem se confundia com o direito material objeto de discussão nem com a pretensão: “La pretensión de protección del derecho, o, como suele decirse también, en forma demasiado limitada, el derecho de accionar judicialmente, no es el mismo derecho privado subjetivo, ni mucho menos la pretensión [Anspruch] del derecho civil”. WACH, Adolf. La pretensión de declaración. Un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Tradução de Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962, p. 40.

tal sentença será de natureza declaratório-negativa, independentemente da espécie de ação adotada. Mas Pontes, que tanto reiterou que a sua teoria evidencia-se a partir do direito material, não deixou de admitir que: “Dizer-se que a ação é declarativa, ou constitutiva, ou condenatória, ou mandamental, ou executiva, **é função do direito processual**, mas é preciso atender-se ao fim do direito processual”, o qual consiste em ofertar um remédio jurídico adequado e eficaz ao demandante para efetivação da proteção do direito material, já que, para ele “... o fim precípua do processo é a realização do direito objetivo”. O que se percebe, em verdade, é que na teoria ponteana o direito material é quem condiciona o processual, mas dele não prescinde, pois “... o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material”.²³ Nessa passagem da obra do autor homenageado percebe-se uma nítida confissão de que não se pode pensar o direito a partir de uma maneira exclusivista de um dos seus planos.

Quanto à questão de a improcedência do pedido caracterizar em concreto que a ação manejada fora declaratória negativa, tal assertiva só procede quando a ação for constitutiva ou condenatória, pois, nesses casos, o provimento judicial de mérito declara que não procede a pretensão. No entanto, não é isto que sucede quando a ação proposta é de índole exclusivamente declaratória. Nem Wach nem Pontes atentaram para o aspecto dúplice da ação declaratória nessa situação específica.

Ora, a função dúplice das ações espalha-se *paripassu* sobre os planos processual e material: no âmbito do primeiro, consiste na possibilidade de o réu poder formular pedido meritório contraposto ao autor, no bojo da própria contestação independentemente de reconvenção; no segundo, revela-se no fato de autor e réu ocuparem reciprocamente posições jurídico-materiais ativas e antagônicas. Assim, o réu, vencedor na demanda judicial, logra o direito subjetivo processual à proteção do direito material em questão, independentemente de postular pedido expresso nesse sentido.²⁴ É precisamente isto o que acontece com a ação declaratória, cujo pedido é julgado improcedente, já que não se discute que ela é inerentemente dúplice, logo, se na ação de declaração de inexistência de dívida o juiz julgar improcedente o pedido do autor, no mérito, obviamente que estará a declarar reversamente que a dívida existe. Nessa

23. MIRANDA, Pontes. Comentários ao código de processo civil. 1. v. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1976, pp. 206-207. Sem negrito no original.

24. CERA, Denise Cristina Mantovani. O que se entende por ação dúplice? www.jusbrasil.com.br.

situação, podemos desde já antecipar, o réu assume posição jurídico-processual ativa contraposta a do autor, sendo-lhe, consequentemente, lícito postular a execução do julgado em face do autor, como veremos adiante, mais amiúde.

Enfim, a ação declaratória brasileira positivada no artigo 2º do CPC de 1939 também sofreu influência direta do processo civil alemão, fato denunciado pela similitude desse dispositivo com o texto do artigo 256 da ZPO alemã que, desde sua versão primeva,²⁵ admitia a ação declaratória nas modalidades típica, atípica, positiva e negativa, orientação a qual se filiou, inclusive, o nosso atual CPC (art. 4º). A redação atual do artigo 256 da ZPO alemã, que segue a mesma orientação textual daquela da época do II Reich, extirpa qualquer dúvida sobre o assunto, ao prescrever que:

Puede ser interpuesta una demanda para la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, para el reconocimiento de un documento o para la declaración de su falsedad, siempre que el actor tenga un interés jurídico en que la relación jurídica, autenticidad o falsedad del documento sea declarada con prontitud mediante una resolución judicial.²⁶

3. A QUEBRA DO PARADIGMA DUALISTA DO PROCESSO E SUA REPERCUSSÃO NA AÇÃO DECLARATÓRIA

O sistema de processo civil instituído no Brasil pela lei nº 5.869/1973 foi fortemente influenciado por Liebman, que, por sua vez, adaptou-nos à ideia germânica de processo, construída, como já dito acima, nos prelúdios do estado liberal, pela qual a tutela de conhecimento destina-se a “declarar” a norma jurídica material a incidir no caso concreto. É importante esclarecer que a expressão “declarar”, ou “ação declarativa”, em

-
25. Que rezava: “Si el demandante tiene un interés jurídico en que se constate inmediatamente por medio de fallo judicial la relación jurídica o la legitimidad o ilegitimidad del documento, se puede entablar acción de comprobación de la existencia o no de una relación jurídica, de reconocimiento de un documento o de comprobación de su ilegitimidad”. EIRANOVA ENCINAS, Emilio & LOURIDO MÍGUEZ, Miguel. Código procesal civil alemán (del 30 de enero de 1877, hoja de la ley imperial 183). Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2001, p. 78.
 26. PEREZ RAGONE, Álvaro J. & ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. Código procesal civil alemán. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2006, p. 221. Obs: o parágrafo seguinte, que trata da possibilidade de ambas partes poderem, até a instrução, solicitar a declaração incidental acerca da litigiosidade de uma relação jurídica, não foi transcrito em razão da impertinência temática.

direito processual europeu, possui um espectro bem mais amplo do que aquele que costumeiramente se desenvolveu entre nós.

Em Portugal, por exemplo, o artigo 4º do código de processo civil subdivide as ações em duas principais categorias: ações declarativas e ações executivas.²⁷ Mas, as ações declarativas portuguesas, no sentido da subdivisão do dispositivo em questão, designa a sentença de mérito que decide o processo de conhecimento, abrangendo, portanto, não só as ações meramente declaratórias, mas também as constitutivas e as condenatórias. Nesse contexto, as ações declarativas opõem-se às ações executivas e às cautelares.

Nesse sentido, Remédio Marques esclarece que as ações declarativas lusitanas “... destinam-se a compor o conflito de interesses através da *declaração*, pelo tribunal, da solução concreta do litígio, da *situação real* que sustenta a pretensão do autor... As ações declarativas subdividem-se, por sua vez, em ações de simples apreciação (positiva e negativa), ações de condenação e ações constitutivas (artigo 4.º/2 do CPC)”.²⁸ Portanto, a congênere portuguesa da nossa ação declaratória, isto é, da ação de conhecimento definida no artigo 4º do nosso CPC, é designada entre eles como “ação declarativa de simples apreciação”.

E mais, no atual sistema processual português, que, aliás, preserva a dualidade jurisdicional, no sentido de que requer a instauração de uma relação processual para accertamento do direito e outra para executar a pretensão anteriormente decidida, essas ações declarativas de simples apreciação não irradiam eficácia executiva. A respeito, Remédio Marques anota que: “... somente as *ações de condenação* (e algumas *ações constitutivas* que importam condenações, ainda que implícitas) podem ser seguidas da propositura de *ações executivas* baseadas nas sentenças condenatórias nelas emitidas”.²⁹ A mesma posição é perfilhada por

27. Vejamos: “ARTIGO 4.º (Espécies de ações, consoante o seu fim) 1. As ações são declarativas ou executivas. 2. As ações declarativas podem ser de simples apreciação, de condenação ou constitutivas. Têm por fim: a) As de simples apreciação, obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto; b) As de condenação, exigir a prestação de uma coisa ou de um facto, pressupondo ou prevenindo a violação de um direito; c) As constitutivas, autorizar uma mudança na ordem jurídica existente. 3. Dizem-se ações executivas aquelas em que o autor requer as providências adequadas à reparação efectiva do direito violado”.

28. MARQUES, João Paulo Fernandes. *Ação declarativa à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 3. ed., 2011, pp. 120 e 125.

29. MARQUES, João Paulo Fernandes, op. cit. p 133.

Abílio Neto, para quem: “Na acção declarativa de simples apreciação, não se exige do réu prestação alguma, porque não se lhe imputa a falta de cumprimento de qualquer obrigação”.³⁰

Em Portugal, a doutrina chega a defender que as ações de simples apreciação sequer devem admitir a recorrência a medidas cautelares, sejam de índole conservativa ou antecipatória.³¹

O sistema processual civil espanhol também classifica a tutela jurisdicional em: cognitiva, cautelar e executiva. As ações de conhecimento, por seu turno, seguem a teoria ternária. A ação declaratória espanhola, à semelhança da nossa e da portuguesa, também é orientada pela doutrina alemã, notadamente quanto à subdivisão em positivas e negativas, típicas e atípicas. Prevalece na doutrina ibérica o entendimento pelo qual as sentenças declaratórias não ensejam processo de execução. A respeito, Gimeno Sendra conclui que: “Debido a la circunstancia de que las pretensiones declarativas puras tan sólo se dirigen a obtener el reconocimiento judicial de una relación jurídica, las Sentencias sobre las que ellas recaen, no son, por su propia naturaleza, ejecutables...”.³²

A análise do direito comparado comprova que a influência alemã repercutiu diretamente na legislação processual ibérica e que perdura até os dias atuais, prevalecendo a ideia de Wach, de seccionar a tutela de conhecimento de maneira tripartida em: meramente declaratória, declaratória (com efeito condenatório) e constitutiva.³³

A nossa tutela de conhecimento, sobretudo, até a vigência da lei nº 8.952/1994, servia, apenas, para resolver a lide, contudo sem satisfazer a pretensão da parte autora no plano ontológico do direito, edificando-se sobre um pilar de índole meramente declaratório, constitutivo ou condenatório-ressarcitório. Observe-se que, no pertinente à ação declaratória, desde a vigência do CPC de 1973 era possível que o autor vencedor

30. NETO, Abílio. Código de processo civil anotado. 14ª ed. Lisboa: Ediforum, 1997, p. 56.

31. “... parece-me que as acções de simples apreciação autónomas não suportam, em regra, a dedução de providências cautelares não tipificadas delas dependentes todas as providências cautelares tipificadas (artigo 393º e ss do CPC) supõem a pendência ou a iminência da propositura de acções de condenação e de acções constitutivas”. MARQUES, João Paulo Fernandes, op. cit. p 134.

32. GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho procesal civil. El proceso de declaración. 3. ed. Madrid: Colex, 2010, pp.214/215.

33. WACH, Adolf. La pretensión de declaración. Un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Tradução de Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962, p. 40.

lograsse satisfazer sua pretensão desde o trânsito em julgado da sentença, se não necessitasse nada mais do que a simples “dicção” jurisdicional sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou sobre a falsidade ou autenticidade de um documento. Porém, havia situações nas quais a declaração do direito não solucionava, por si só, a lide, na medida em que obrigava o demandante vencedor a ter de recorrer mais uma vez ao judiciário para obter eficácia condenatória, o que representava um resquício do excesso de burocracia judicante que contrariava os fins instrumentalizantes do formalismo processual.

Assim, o Brasil preservou uma concepção “dualista” de processo, pensada a partir da taxonomia ternária das ações de conhecimento, segundo a qual somente as sentenças “condenatórias” eram capazes de ensejar execução, sendo que estas, por seu turno, efetivavam-se através de outra relação processual. Acerca disso, Athos Gusmão acresceu que “... o credor insatisfeito era obrigado a bater duas vezes às portas da Justiça: na primeira vez, para que o Judiciário fizesse o acerto de seu direito; depois, vitorioso no processo de conhecimento, deveria voltar com nova demanda, com base na sentença e rogando a prática de atos executivos”.³⁴

Porém, o paradigma da técnica da declaração do direito numa relação processual e da subsequente satisfação da pretensão declarada pela recorrência a uma segunda demanda, a *actio iudicati*, o qual já havia sido substituído na idade média pelo regime da *executio per officium iudicis* e reintroduzido na era liberal, como visto algures, restou uma vez mais superado em razão da opção do legislador brasileiro por um standard processual mais célere e eficaz. É que, em 2002, a lei nº 10.444, reestruturou parcialmente a sistemática processual cognitiva de dual para unitária, mas tão somente no pertinente às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, estabelecendo que a execução, nesses casos, consistiria numa mera fase inserida no âmbito da mesma relação processual. Depois, em 2006, passou a vigorar a lei nº 11.232/2005, a qual laborou no mesmo sentido, só que desta feita complementou integralmente o ciclo do câmbio pela desnecessidade da recorrência ao processo executivo para satisfazer a pretensão do demandante vencedor, desta feita atingindo as obrigações de pagar quantia certa em dinheiro.³⁵ Desde então,

34. CARNEIRO, Athos Gusmão, op. cit. p. 138.

35. A respeito do assunto, Francisco Cavalcanti registrou que os pilares do código foram corroídos pelas reformas tópicas. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Inovações no processo civil em matéria recursal. Considerações sobre a Lei nº 10.352/01. www.jusnavigandi.com.br.

ressalvadas algumas exceções, como ainda acontece quando a fazenda pública é condenada,³⁶ o sistema de processo civil brasileiro tornou-se sincrético-unitário, isto é, as atividades de cognição e satisfação passaram a concretizar-se numa única relação processual.

Observe-se que a quebra do paradigma dualista (acerca da necessidade da recorrência à *actio iudicati*) também fez reemergir o debate sobre a classificação quinária das ações, pois passou a ser inevitável considerar as ações mandamentais e executivas *lato sensu* no âmbito do procedimento cognitivo comum. Além disso, em razão do disposto no inciso I, do artigo 475-N, introduzido pela lei nº 11.232/2005, proporcionou ainda que os espectros eficaciais da ação declaratória brasileira fossem revisitados pela doutrina, e que a jurisprudência, a partir de então, corrigisse o excesso de burocracia que exigia que o demandante vencedor nessa classe de ação tivesse de bater outra vez à porta do judiciário.

Pois bem, fato é que a superação do regime processual brasileiro dualista impôs a reelaboração da teorização do próprio sistema, tanto que Pádua Ribeiro julgou “... necessário repensar conceitos e princípios básicos do Direito Processual Civil, visando adequá-los às exigências dos tempos modernos”.³⁷ As mudanças promovidas pela lei nº 10.444/2002 e lei nº 11.232/2005 fizeram vicejar na doutrina posicionamentos no sentido de que as ações de obrigação de fazer, não-fazer e entrega de coisa teriam migrado da categoria de condenatórias para mandamentais ou executivas *lato sensu*, em razão da extinção do processo de execução até então destinado a efetivar as respectivas sentenças.³⁸

Restou inevitável que o sistema processual fosse adaptado à nova realidade. Sem poder imaginar que a sua teoria serviria a tal escopo,

36. Nesse caso, desde que a obrigação consista em pagamento de quantia certa em dinheiro, o artigo 730 c/c o artigo 741, do CPC, mantiveram a sistemática dual de processo, pelo que a fazenda só pode ser executada através da instauração de uma nova relação processual de execução. Observe-se, no entanto, que se a obrigação objeto da lide for de fazer, não-fazer ou entregar coisa, a fazenda não possui privilégio legal algum, devendo submeter-se à regra unitária do sistema jurisdicional dos artigos 461 e 461-A, ambos do CPC.

37. RIBEIRO, Antônio de Pádua. As novas tendências do direito processual civil. In Revista Eletrônica do Superior Tribunal de Justiça. Vide: www.cjf.org.br.

38. Nesse sentido, veja-se: FERREIRA, Willian Santos. Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 252; e ZAVASCKI. Liquidação e execução. Comentário às reformas do CPC. Jornal da Associação Nacional dos Procuradores Federais – ANPAF. Brasília: Março/2003, nº 35, p. 12. Este autor chegou a afirmar ser necessária a “...adaptação do Código ao novo sistema de tutela jurisdicional...”, pois, como complementou: “Constata-se, assim, a inversão do sistema original...”. Idem.

Pontes, a propósito, observava que a grande lei do mundo não vivo é, precisamente, sua capacidade de adaptação às mudanças fáticas.³⁹

4. DA EFICÁCIA EXECUTIVA

Como adiantamos acima, antes da vigência da lei nº 11.232/2005 apenas as sentenças “condenatórias” consistiam em títulos executivos hábeis a aparelhar a relação processual de execução subsequente, consoante dispunha o artigo 584, I, do CPC. Na verdade, isso representa em sentido metafórico um verdadeiro totem da tradição do processo civil brasileiro dual, pois o artigo 290 do CPC de 1939 já prescrevia que:

Na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito, mas a execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória. Parágrafo único. A sentença condenatória será pleiteada por meio de ação adequada à efetivação do direito declarado, sendo, porém, exequível desde logo a condenação nas custas.

Comentando o dispositivo, Pontes distanciava-se da doutrina germânica de Krücmann, que, em seu “Die Materielle Urteilstwirkung”, defendia que a sentença declaratória deveria ser dotada de um efeito executivo, ainda que anexo e alicerçal. Pontes, no entanto, foi peremptório ao afirmar que “A sentença, nas ações declaratórias, é desprovida de efeito executivo”.⁴⁰

O CPC atual, mesmo não tendo laborado nesse sentido, de forma tão restritiva, manteve o mesmo sistema em razão de o artigo 584, I, apenas mencionar a sentença condenatória como título executivo. Amaral Santos, por exemplo, seguia o dogma ao dizer que “Com a sentença (declaratória) se esgota a função jurisdicional. Se o autor, depois, quiser exigir o direito, tornado certo por meio dessa decisão, deverá propor nova ação, de natureza condenatória”.⁴¹

Nesse contexto, prevalecia a opinião de que a sentença declaratória não poderia impor ao devedor qualquer espécie de obrigação.⁴² A

39. MIRANDA, Pontes de. Fontes e evolução do direito civil brasileiro, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 03.

40. MIRANDA, Pontes. Comentários ao CPC de 1939. Vol 2. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 377.

41. SANTOS, Amaral. Ação declaratória. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol 2. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 282.

42. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O interesse de agir na ação declaratória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 167.

jurisprudência seguia uma interpretação literal do artigo 4º do CPC, a qual se sedimentou no sentido da impossibilidade de repercussão executiva da sentença declaratória, exceto quando restava associada à providência postulatória de viés condenatório (todavia, nesse caso, na verdade, a ação é condenatória porque a função declaratória resta anelada pela condenatória-explicita).⁴³ Torquato expressamente pugnava que somente num sentido muito amplo se poderia atribuir eficácia executiva à sentença declaratória, mas não em sentido estrito de execução forçada: “O conceito de execução forçada, como o emprego de meios determinados em lei, para a obtenção da prestação devida pelo executado, não abrange, decerto, aqueles efeitos práticos que eventualmente resultam das sentenças declaratórias e constitutivas”.⁴⁴

Na Alemanha, o entendimento não destoa, como observa Wach “Son ejecutables las sentencias finales dictadas por tribunales alemanes, con autoridad de cosa juzgada o ejecutables provisionalmente, las que pronuncian en forma incondicional la condena a una prestación, tolerancia u omisión”.⁴⁵

Contudo, com a produção de efeitos no Brasil da lei nº 11.232/2005, o artigo 584 foi revogado e os títulos executivos judiciais passaram a constar do artigo 475-N do CPC. Mais precisamente o inciso I, deste artigo, tratou da sentença cível, o qual procedeu a uma mudança substancial acerca da definição da espécie de sentença cível que constituiria título executivo. O câmbio não foi apenas tópico, mas teleológico-axiológico, porquanto foi da alteração da substância da sentença que seria título executivo, bem como de sua finalidade, do que cuidou o dispositivo.

O sistema atual passou a admitir que constitui título executivo a sentença proferida no processo civil que tão somente “reconheça a existência de obrigação” de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia. O elemento tipológico do artigo revogado (CPC, art. 584, I), que requeria tratar-se de sentença “condenatória”, para que o julgado pudesse aparelhar a execução, teve o seu espectro ampliado consideravelmente, de modo que desde então qualquer sentença que reconheça a existência de uma obrigação constitui título executivo.

43. ALVIM, Arruda & CAMARGO, Estela L. Monteiro Soares de. Ação declaratória. Ementário de doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 25.

44. CASTRO, Torquato. Ação declaratória, p. 17.

45. WACH, Adolf. Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana. Traducción de KROTSCHIN, Ernesto. Buenos Aires: EJE, 1958, p. 326.

O Brasil passou a possuir um sistema próprio e diferenciado para a ação declaratória. Essa nova sistemática, ademais, procedeu ao fenômeno da agregação do efeito constitutivo às sentenças declaratórias, ainda que não preponderantemente. Como percebeu Cyro Gonçalves Júnior “As sentenças declaratórias, com a recente alteração do Código de Processo Civil, passaram a ser dotadas de eficácia executiva, pois foi agregado o efeito constitutivo aos casos em que seja obtido título hábil à execução forçada”.⁴⁶

Quanto à legitimação para se postular a execução da sentença declaratória, é deveras importante observar que o CPC não exige que o titular do direito exequendo seja, apenas, o autor do processo de conhecimento. Aliás, o artigo 566 do CPC, quando versa sobre a legitimação do sujeito ativo da execução menciona o “credor”, não, porém, ou não necessariamente o credor-autor. Na mesma linha, o artigo 614 do mesmo código, ao cuidar do requerimento de execução, também apenas cita que “o credor” deve instruir o pedido com os requisitos ali constantes. Pois bem, como vimos alhures, a ação declaratória é de natureza dúplice, sobretudo quanto ao plano material do direito, assim, nada obsta a que o réu que vencer a demanda, possa executar o autor na mesma relação processual, mediante simples inversão de polaridades processuais.⁴⁷ Para tanto, basta que a sentença reconheça a seu favor a existência de uma obrigação e que reste comprovada a violação do direito declarado.

Há, ainda, uma importante observação a ser feita acerca da natureza dúplice da ação declaratória, é que se a duplicidade firma-se em especial no plano material, ainda que haja revelia no processo de conhecimento a improcedência do pedido, que é possível mesmo diante da ausência de defesa, uma vez declarada por sentença constitui título executivo em prol do réu, se houver violação do direito declarado perpetrada pelo autor.

Note-se que não se está aqui a tratar da execução invertida, então capitulada no revogado artigo 570 do CPC, já que a situação ali ventilada visava a que o réu sucumbente, para livrar-se da condenação, pudesse

46. GONÇALVES JÚNIOR, Cyro Roberto Rodrigues. Sentença declaratória e título executivo judicial. Programa de mestrado em função social do direito da Faculdade Autônoma de Direito-FADISP. São Paulo. 2007, p. 122.

47. Nesse sentido, veja-se: CASTRO, Torquato de. Escritos jurídicos. Teoria geral e filosofia do direito. Da tutela processual declaratória. Recife, 1955, pp. 65/67.

executar às avessas o autor, semelhantemente ao que ocorre com a consignação em pagamento (CPC, art. 890), ou seja, o réu era o devedor, não credor. Não é disto que se fala, mas sim do uso de alguns princípios processuais vertidos para a efetividade do processo e, sobretudo, à proteção ao direito material tempestivamente, como, por exemplo, o princípio da instrumentalidade das formas, da econômica processual, da duração razoável da demanda, dentre outros, para permitir que o réu, credor, que vencer a demanda declaratória possa executar o autor-devedor nos mesmos autos, mediante simples requerimento de cumprimento ou de liquidação de sentença, quando necessário.

Para sedimentar nossos argumentos no sentido da executoriedade da sentença na ação declaratória, e ao mesmo tempo levar em consideração o pensamento de Pontes de Miranda, parece importante destacar que apesar de ser fato que Pontes concebeu sua teoria sobre a ação no âmbito material do fenômeno jurídico, também é fato que quando cuidou da ação processual declaratória, observou que apesar de o CPC declarar que o seu exercício não pressupõe a prévia violação do direito (CPC, art. 4º, parágrafo único), que isso não induz à conclusão de que a *actio* respectiva (ação de direito material) também dispense dita violação, vejamos:

Na ‘ação’ declaratória, diz-se, não há o pressuposto da violação. Ocorre exercício da pretensão à tutela jurídica, ocorre ‘ação’ e ocorre uso de forma (remédio). **Mas há de haver violação, para haver a *actio*.** Lá não está apenas a pretensão de direito material (não confundir com pretensão à tutela jurídica), sem ação. Há a pretensão à tutela jurídica mais a pretensão e a ação criadas pelo texto de lei especial.⁴⁸

Quanto a isto se equivoca Pontes. Mesmo que se considere a pretensão do ponto de vista exclusivamente material, há de se admitir mecanismos processuais de proteção do direito à declaração, ainda quando a violação não tenha se perpetrado. Aliás, desde a primeira versão da ZPO alemã o problema já havia sido aceito: “Innegablemente existe la necesidad de admitir una acción para prevenir una violación inminente del derecho, siempre que las partes tengan un interés jurídico en la declaración de la relación jurídica cuya violación temen”.⁴⁹

48. MIRANDA, Pontes de. Relação jurídica processual. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, nº 48. Rio de Janeiro: Borsói, p. 93. A saliência não consta do original.

49. WACH. La pretensión de declaración. Un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho, pp. 22/23.

No entanto, *ad argumentandum* na trilha do raciocínio ponteano, se a violação do direito material há de ser observada, enquanto requisito para propositura da ação declaratória, a amplitude eficaz da sentença estará a depender da simetria representada pela eficaz proteção desse mesmo direito, a qual se extrai da essência da situação jurídica em questão, da natureza da obrigação, podendo inclusive exigir providências executivas destinadas a garantir a integridade do direito declarado. Do contrário, a sentença de procedência apenas se prestaria a declarar a existência de um direito violado, mas seria ineficaz para protegê-lo. Resultaria numa incongruência de obrigar o autor vitorioso a ter de novamente recorrer ao judiciário para pedir a condenação consoante o título já delimitado na sentença declaratória. Noutra ponta, o reconhecimento de que a sentença declaratória que admitir a existência de uma obrigação constitui título executivo, *ex vi legis* do artigo 475-N, I, do CPC, resolve a questão.

Não se pode negar, porém, que tudo depende de um exercício de retórica, pois antes mesmo da vigência das leis nº 10.444/2002 e nº 11.232/2005 a jurisprudência já admitia a execução de sentenças declaratórias quando especificavam a prestação a ser adimplida, sob o argumento que na verdade tais sentenças seriam implicitamente condenatórias. Na doutrina espanhola, por exemplo, assim se procede para admitir a produção de efeitos da sentença da ação meramente declaratória no mundo fático, pois como aventa Gimeno Sendra “... al producir efectos *erga omnes* por obra de la propia declaración judicial, algunas Sentencias declarativas son susceptibles de ser inscritas en los Registros...”⁵⁰

Nesse ponto, parece não menos importante consignar que a conotação acerca do que se deve entender por “violação do direito” há de ultrapassar os ramos lindes do artigo 189 do CC, para admitirmos, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que a pretensão nasce para o seu titular não apenas mediante a violação concreta à regra jurídica, sendo suficiente para caracterizá-la a ameaça de violação. Aliás a positivação do interdito proibitório possessório, regulado no CPC, art. 932, é a prova mais cabal desta afirmação. Em síntese, o uso da ação declaratória não depende da prévia violação do direito material; entretanto, a sentença declaratória somente poderá aparelhar uma execução após a violação do direito, pois a declaração contida no dispositivo quanto à existência de uma obrigação líquida e certa, só pode gerar direito à execução depois que se tornar exigível e tal exigibilidade advém da mora do devedor.

50. GIMENO SENDRA, Vicente, op. cit. p. 215.

Nesse sentido, é expresso o artigo 580 do CPC: “A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo”.

4.1. Do reconhecimento jurisprudencial da eficácia executiva da sentença declaratória

A força executiva da sentença declaratória atualmente é reconhecida inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, como se observa do informativo de nº 504, o qual admitiu que “Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz a definição integral da norma jurídica individualizada”.⁵¹ Na mesma linha desse tribunal de superposição, os pretórios estaduais vêm outorgando força executiva à sentença meramente declaratória, como se vê pelo julgamento do agravo de instrumento nº 807151520128260000, (TJSP), no qual o tribunal reconheceu que a ação declaratória de caráter negativo também detém eficácia executória:

Ementa: Agravo de instrumento Pretensão de execução de crédito nos próprios autos na forma do artigo 475-J – **Possibilidade de execução de sentença declaratória negativa que reconheça existência de dívida Inteligência dos artigos 475- I, 475-J e 475-N do CPC....**⁵²

A não admissão de eficácia executiva às ações declaratórias autônomas importa em atribuir-lhe caráter meramente acautelatório-preparatório, pois se o direito nela declarado vier a ser violado o autor restaria obrigado a promover outra ação, condenatória, para proteger o direito. Isto importaria em verberar à declaratória autônoma uma acessoriedade que é típica da tutela cautelar (CPC, artigo 796), portanto, incompatível com a essência da tutela de conhecimento, à qual a declaratória inegavelmente integra.

O TJPR, na mesma senda, considerou que a sentença declaratória que reconhece a existência de obrigação é título executivo e dá ensejo à instauração do procedimento de cumprimento de sentença, nos termos do artigo 475-N, do CPC.⁵³ A jurisprudência anda bem quando admite esse efeito da sentença declaratória, ainda quando de natureza negativa, porquanto é da natureza desta ação o caráter dúplice-material que

51. BRASIL: WWW.STJ.JUS.BR.

52. BRASIL: www.tjsp.jus.br. Salientamos.

53. BRASIL: WWW.TJPR.JUS.BR. Agravo de Instrumento nº 9395731 PR 939573-1 (Acórdão) (TJPR). Data de Publicação: 23 de Outubro de 2012.

legítima e autoriza a concreção fática do comando sentencial quando, obviamente, o mesmo certificar o dever de prestar a obrigação, delimitar o respectivo objeto e vir associado à violação do direito.

Se equivocam os que entendem que a admissão de eficácia executiva equipararia as ações declaratórias às condenatórias, pois é da natureza destas que o dano preexistia à propositura da demanda cognitiva. Diferentemente, como já vimos, a ação declaratória não pressupõe a prévia lesão a direito material. Note-se, também que a condenação não constitui elemento essencial à formação do título executivo. Se assim fosse, restaria sem explicação lógica a admissão dos títulos executivos extrajudiciais (CPC, artigo 585). Um cheque, por exemplo, nenhum preceito condenatório contém, mas, tão somente, atesta a existência de uma obrigação de pagar quantia e, uma vez constada a insuficiência de fundos, por exemplo, torna-se título executivo porque a obrigação nele atestada foi violada. Ora, admitir que um título de crédito extrajudicial possui força executiva em razão da necessidade da credibilidade que o mercado financeiro requer e não conferir o mesmo tratamento a uma sentença proferida por um juiz estatal, que melhormente certifica a existência de uma obrigação inclusive com outorga ao devedor do direito à contradição com todos os meios de defesa e de recursos ventilados pelo *due process of law*, no mínimo está isto a designar uma incongruência quanto à lógica do processo, ou um excessivo apego aos dogmas da nossa tradição jurídica, ou uma *cap-sis diminutio* da função jurisdicional, pois representa, mais que reduzir o juiz à figura do *iudex*, uma confissão de descrédito da atividade judicante.

5. O PROBLEMA DA PRESCRIÇÃO

Quanto à prescrição, sedimentou-se o entendimento pelo qual em razão de a ação declaratória não deter caráter executivo e que por si só exauriria a função jurisdicional, entendimento este edificado antes da vigência da lei nº 11.232/2005, a mesma seria imprescritível. Pontes, a respeito do assunto, era taxativo: "... a ação declarativa típica é imprescritível". Ele criticava os que entendiam que "... se prescreveu a ação, a ação declarativa é infundada, porque o que se tinha de proteger se extinguiu com o decurso do tempo. Ora, a prescrição não extingue direito; a prescrição encobre a eficácia da pretensão ou da ação".⁵⁴ Ocorre que, com a admissão legal (CPC, artigo 475-N, I) e pretoriana do caráter executivo

54. MIRANDA, Pontes de. Tratado das ações. São Paulo: Revista dos Tribunais. Tomo II, 1974, p. 80.

da sentença declaratória, a jurisprudência passou a considerar, acertadamente, que a imprescritibilidade somente deve subsistir quando a ação declaratória não certificar a existência de um direito líquido e certo o qual, se violado, possa vir a ser exigível.⁵⁵

Porém, se é certo que a prescrição, por si só, não extingue direito, é ainda mais certo que uma sentença declaratória que reconheça a existência de determinada obrigação não pode aparelhar execução, quando a prescrição já tiver se verificado antes da propositura da demanda cognitiva, pois a pretensão e a ação material não eram dotadas de eficácia.

O problema da prescrição civil atrelado ao uso da ação declaratória deve ser resolvido através do objeto litigioso da demanda. Assim, evita-se, por exemplo, que o credor de um título de crédito cuja prescrição já se operou no tempo, mutilou a pretensão cível ao decepar sua eficácia, possa tentar repristinar tal eficácia pois ela já não mais existe nem mesmo no plano material. Perceba-se, que em direito processual não é incorreto mencionar a existência de uma “pretensão executiva”. Logo, um direito atingido pela prescrição pode até conter uma pretensão-cognitiva acionável, a qual pode servir também para fins de defesa processual, não, porém, para uma pretensão-declaratório-executiva.

Do contrário, poderia o credor servir-se do processo para obter a declaração de existência da obrigação de dívida já prescrita e, em sucessivo, tentar executar a sentença, o que representaria uma teratologia tradutora de um inequívoco *venire contra factum proprium* (*supressio*), já que designaria violação dos artigos 205 e 206 do CC e das leis especiais que estabelecem prazos prescricionais diferenciados. Deve-se atentar para isto, ou seja, para que em pleitos de ações declaratórias positivas de dívidas prescritas seja igualmente declarado na sentença a impossibilidade de uso da sentença declaratória para ensejar futura execução de obrigação já atingida pela prescrição. É que admitir o contrário, além de caracterizar uma ultrapassagem da *supressio*, com violação da boa fé, representaria também uma subversão da ordem jurídica, pois se estaria a alterar regramento próprio do direito material (a prescrição) pelo uso indevido do processo para colimar um escopo ilegal.

Note-se, todavia, que na sistemática do código civil de 1916 a jurisprudência já considerou que não cabia ação rescisória para anular

55. BRASIL: WWW.STJ.JUS.BR. STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 646899 AL 2003/0215394-7.

sentença declaratória de procedência, manejada quando já havia se operado anteriormente a prescrição da ação de prestação correlata. Entendia-se que a prescrição era instituto renunciável e que não podia ser declarada de ofício, por isso, o réu da declaratória, proposta quando já prescrita a ação de prestação, tinha de prequestionar a matéria em sua defesa ou recurso.⁵⁶ Ocorre que no regime atual, não obstante a prescrição não extinguir o direito material representativo da obrigação, tanto que pode ser arguida como matéria de defesa, passou a poder ser pronunciada de ofício, em razão da alteração procedida pela lei nº 11.280/2006, no § 5º do artigo 219 do CPC. É claro que isto, por si só, não torna o instituto irrenunciável,⁵⁷ no entanto a regra processual em questão impõe um dever ao magistrado de declarar a prescrição, já que o artigo não vislumbra faculdade jurisdicional, mas dever, de modo que na sistemática atual é incabível o uso da ação declaratória para fins executivos quando, antes de sua propositura, já se vislumbrar prescrita a ação de execução (aparelhada com título extrajudicial) ou cognitivo-condenatória.

6. A AÇÃO DECLARATÓRIA FRENTE À PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA

No direito brasileiro, contudo, há que se fazer uma expressa referência ao regime jurídico tributário, no qual há disposição legal específica e diferenciada que considera que a prescrição é causa extintiva não apenas do direito de acionar em juízo o devedor, mas do próprio crédito tributário. É que nos termos dos artigos 173 e 174 do CTN, tanto a decadência quanto a prescrição extinguem o próprio crédito tributário, e não apenas o direito de persegui-lo em juízo, como acontece na esfera cível.

A diferença distintiva entre a decadência e a prescrição tributária consiste no fato de, através da primeira, ocorrer a extinção do direito em razão da não constituição do crédito tributário pelo lançamento no prazo de cinco anos contados do fato gerador; ao passo que na segunda, a extinção do direito decorre da inércia da fazenda pública pelo período de cinco anos, contados da data da constituição do crédito tributário. Ainda que se argumente que a decadência representa a perda do direito de

56. ALVIM & CAMARGO, op. cit. pp. 194/5.

57. Tanto que o artigo 191 do CC é expresso sobre o assunto ao permitir que: "A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição".

lançar, isto é, de constituir o crédito tributário; e a prescrição o direito de cobrar esse crédito, já constituído, em juízo, o que é certo, fato é que a prescrição tributária não apenas mutila a pretensão, mas extingue o direito. Isto é tão verdadeiro que o Superior Tribunal de Justiça possui firme jurisprudência no sentido que se houver o parcelamento de dívida tributária já prescrita, tal fato não restaura a exigibilidade do crédito, porque já extinto pela prescrição.⁵⁸ Assim, uma ação declaratória que intentar reconhecer a existência de um crédito tributário prescrito, sequer, deve ser admitida, porque o seu pedido é juridicamente impossível, no sentido material, e enseja a rejeição liminar da petição inicial.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, a sentença de procedência nas ações declaratórias típicas/positivas e a sentença de improcedência nas ações declaratórias típicas/negativas, em especial nas de inexistência de obrigação, proclamam, ambas, a existência do direito material, em favor do autor, no caso da primeira hipótese, e em prol do réu na segunda situação. Logo, uma vez, certificada a existência do direito e transitadas em julgado, podem as sentenças declaratórias ser executadas sempre que ocorrer a violação do direito declarado, desde que a obrigação de direito material seja susceptível de execução no plano processual, observando-se nessas hipóteses se houve, ou não, a consumação da prescrição prévia à propositura da ação declaratória, a qual não deve guiar-se em consideração ao título sentencial em si mesmo, mas pelo título jurídico representado pelo direito material do título judicial.

E como a violação do direito não é um pressuposto de admissibilidade da ação declaratória, sempre que a sentença declarar a existência de uma obrigação cujo sujeito passivo ainda não tenha incorrido em mora, seja em prol do autor no caso de declaratória positiva (procedente), ou em favor do réu, na hipótese de declaratória negativa (improcedente), tal sentença somente logrará eficácia executiva mediante a superveniência da mora, cujo ônus da prova de sua capitulação será do credor-exequente.

58. Vide: REsp 1.278.212/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10.11.2011; REsp 1.210.340/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.11.2010; AgRg no REsp 1.234.812/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 11.5.2011. BRASIL: www.stj.jus.br.

Perceba-se que a prescrição da execução da sentença declaratória deve ter como termo inicial o da data do trânsito em julgado, se o direito fora violado antes ou durante a propositura. Todavia, quando não houver violação ao direito material objeto da declaratória, o termo inicial da prescrição somente deve fluir a partir do momento em que se fizer exigível, pela via executiva, a sentença, noutras palavras, a partir da data em que o devedor incorrer em mora.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda & CAMARGO, Estela L. Monteiro Soares de. *Ação declaratória. Ementário de doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. Rio de Janeiro: Forense, 6. ed, 1987.
- BAPTISTA DA SILVA. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. 1997.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. O princípio da sententia habet paratam executionem e a multa do art. 475-J do CPC. São Paulo: Revista de Processo. Ano 2008, nº 164.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Inovações no processo civil em matéria recursal. Considerações sobre a Lei nº 10.352/01*. www.jusnavigandi.com.br.
- CASTRO, Torquato de. *Ação declaratória*. Recife: UFPE, 1940.
- _____. *Escritos jurídicos. Teoria geral e filosofia do direito. Da tutela processual declaratória*. Recife, 1955.
- CERA, Denise Cristina Mantovani. *O que se entende por ação dúplice?* www.jusbrasil.com.br.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O interesse de agir na ação declaratória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- EIRANOVA ENCINAS, Emilio & LOURIDO MÍGUEZ, Miguel. *Código procesal civil alemán* (del 30 de enero de 1877, hoja de la ley imperial 183). Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2001.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1. ed., 1976.
- FERREIRA, Willian Santos. Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. 3. ed. Madri: Colex, 2010.
- GONÇALVES JÚNIOR, Cyro Roberto Rodrigues. *Sentença declaratória e título executivo judicial*. Programa de mestrado em função social do direito da Faculdade Autônoma de Direito-FADISP. São Paulo. 2007.

- LIEBMAN. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 24-28.
- MARQUES, JOÃO PAULO FERNANDES. *Acção declarativa à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 3. ed., 2011.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Tomo II, 1974.
- _____. *Tratado de direito cambiário*. Vol 01. Letra de câmbio. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1954.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. 1. v. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Relação jurídica processual*. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, nº 48. Rio de Janeiro: Borsóï.
- _____. *Tratado das ações*, 1. v. Campinas: Bookseller, 1998.
- _____. *Comentários ao CPC de 1939*. Vol 2. Rio de Janeiro: Forense, 1947.
- MOTERO AROCA, Juan. *El derecho procesal en el siglo XX*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2000.
- MURITIBA, Sérgio. *Ação executiva lato sensu e ação mandamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NETO, Abílio. *Código de processo civil anotado*. 14^a ed. Lisboa: Ediforum, 1997.
- PEREZ RAGONE, Álvaro J. & ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Código procesal civil alemán*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2006.
- RIBEIRO, Antônio de Pádua. *As novas tendências do direito processual civil*. In Revista Eletrônica do Superior Tribunal de Justiça. Vide: www.cjf.org.br.
- SANTOS, Amaral. *Ação declaratória*. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol 2. São Paulo: Saraiva, 1977.
- WACH, Adolf. La pretensión de declaración. Un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Tradução de Juan M. Semon. Buenos Aires: EJEa, 1962.
- _____. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Traducción de KRO-TOSCHIN, Ernesto. Buenos Aires: EJEa, 1958.
- ZAVASCKI. Liquidação e execução. Comentário às reformas do CPC. *Jornal da Associação Nacional dos Procuradores Federais – ANPAF*. Brasília: Março/2003, nº 35.

2

A DECISÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE: UM DIÁLOGO ENTRE PONTES DE MIRANDA E MARCELO NEVES

Antonio Carlos Ferreira de Souza Júnior¹

SUMÁRIO – Introdução – 1. O ordenamento jurídico enquanto sistema – 2. Os planos do mundo jurídico: 2.1. Plano da pertinência (existência); 2.2. Plano da validade; 2.3. Plano da eficácia – 3. A presunção da constitucionalidade das leis – 4. Decretação de inconstitucionalidade das leis.: 4.1. Tese da nulidade do ato normativo inconstitucional; 4.2. Tese da anulabilidade do ato normativo inconstitucional; 4.3. Apreciação crítica: elementos para uma Teoria da invalidade da norma inconstitucional – 5. Eficácia constitutiva da decisão de inconstitucionalidade – Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a decisão de inconstitucionalidade no direito brasileiro, através de uma abordagem diferente daquela que vem sendo realizada pela ampla maioria da doutrina nacional.

Para tanto, utiliza-se, como referencial teórico, os estudos desenvolvidos por Pontes de Miranda e Marcelo Neves, juristas que, apesar de épocas diferentes, prestaram grande contribuição para o desenvolvimento do tema no Brasil.

Com isso, busca-se contextualizar alguns temas da teoria do direito (ordenamento jurídico, os planos do mundo jurídico, a presunção da constitucionalidade das leis) como elemento fundamental para o adequado estudo da inconstitucionalidade de uma norma jurídica.

Em seguida, faz-se uma revisão bibliográfica das teorias dominantes sobre a inconstitucionalidade das leis, abordando de forma crítica os aspectos positivos e negativos de cada teoria.

1. Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Direito Tributário pelo IBET-SP. Professor do curso de Especialização em Direito Tributário do IBET/IPET.

Na parte final, procura-se introduzir novos elementos para caracterização da inconstitucionalidade (reconhecimento e sanção) como uma inconsistência interna do ordenamento jurídico que deve ser afastada por um ato de expulsão (decisão de inconstitucionalidade) promovido por órgão competente.

Por fim, analisa-se a natureza jurídica da decisão que reconhece a incompatibilidade de uma lei com a Constituição e, conseqüentemente, aplica uma sanção prevista no ordenamento jurídico.

1. O ORDENAMENTO JURÍDICO ENQUANTO SISTEMA

Como dito, o objeto de estudo desenvolvido no presente artigo nos remete a uma contextualização de vários institutos jurídicos, locados no âmbito da estrutura interna do ordenamento jurídico brasileiro.

Essa busca por uma contextualização exige a abordagem, mesmo que de forma perfunctória, do direito positivo enquanto sistema empírico. Para tanto, faz-se necessária a delimitação de uma noção, ainda que desprovida de completude conceitual, do que vem a ser sistema. Tal compreensão servirá para subsidiar as explanações apresentadas no decorrer de todo o trabalho.

A definição do vocábulo “sistema”, dada a multiplicidade de sentidos que a palavra contém como também pela larga utilização da noção em outros ramos do conhecimento, tal como física, química, matemática etc., põe-nos o dever de traçar um padrão conceitual comum que será tratado na presente explanação.

Advirta-se, desde já, que, em função dos limites impostos no presente trabalho, não abordaremos os aspectos históricos e semânticos² do que vem a ser sistema e seu uso dentro da estrutura do direito, mas tão somente apresentaremos a opção escolhida para o tratamento da expressão.

Parece-nos adequado o significado extraído da obra de Marcelo Neves que, seguindo as formulações de Lourival Vilanova³, elabora um

2. Cf. LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito. Vol.1. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008. pp.1-140; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.140.

3. Cf. VILANOVA, Lourival. Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: Max

conceito sintético e objetivo de sistema como “um conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário”.⁴

Para o constitucionalista pernambucano, cada sistema é constituído de elementos (reais ou proposicionais), fundamentados em uma base unitária (proposicional) ou pelo modo das relações dos seus elementos entre si e pelos sujeitos cognoscentes (real ou empírico). A “coerência ou compatibilidade interpartes não se inclui entre as notas essenciais do conceito de sistema”. Logo, nos sistema proposicional prescritivo, a coerência é apenas um ideal racional, fundado na exigência de segurança.⁵

Com isso, afasta-se da ideia de que a coerência é condição essencial para que um conjunto de partes seja considerado como um sistema. Aliás, Lourival Vilanova, ao trabalhar a noção de sistema no direito positivo, já apontava a desnecessidade de construção de uma coerência interna como elemento fundamental para caracterização de um sistema:

Se o sistema de Direito positivo fosse *sistema científico*, necessariamente seguiria a lei lógica de não-contradição. Mas não é sistema científico. Sendo um sistema homogêneo de proposições prescritivas, não pode conter necessariamente a lei lógica, que é teórica, *ao lado das demais normas positivas*. Assim como um sistema teórico ou descritivo de objetos não pode abrigar proposição descritiva e proposições prescritivas, *juízos-de-ser e juízos-de-deve-ser*; assim o direito positivo não pode acolher normas e leis teóricas. Pode, sim, converter as leis lógicas em normas. Quer dizer, *mudando o estatuto dessas leis teóricas para a forma de prescrições de conduta*: o juiz, o legislador, o intérprete, que não é órgão de estado, devem suprimir a contradição entre normas do mesmo sistema positivo. (...) ⁶

Dentro da perspectiva de um sistema jurídico, tal formulação possui relevância, pois suas partes não raramente podem apresentar algumas inconsistências, haja vista sua interligação com dados empíricos.

Em sentido contrário, encontram-se as formulações de Norberto Bobbio que atribui à coerência uma condição essencial para existência de um ordenamento jurídico dotado de sistematicidade.⁷

Limonad, 1997. p.173.

4. NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988. p.2.

5. NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.3-4

6. VILANOVA, Lourival. Op. Cit. p.194-195.

7. BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. 3 ed. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.231.

Outro ponto que merece destaque é a questão da unidade do sistema jurídico. A questão é tormentosa e gera debates até os dias atuais, tanto no Brasil quanto na doutrina estrangeira. Canaris, em sua obra sobre o pensamento sistemático no direito, encontra na unidade um dos pilares fundamental para construção de um sistema de direito positivo.⁸

Tal concepção vem sendo rechaçada pela doutrina em diversos países, inclusive, na própria Alemanha tal doutrina encontrou opositores como Friedrich Müller que afasta o uso da unidade no ordenamento jurídico como fundamento para análise, negando sua existência dentro do ordenamento.⁹

Entende-se que a unidade do sistema pode ser considerada tão somente como uma busca, mas não pode servir como critério essencial para a caracterização dele.¹⁰

Delimitada a ideia, ainda que superficial, do que vem a ser sistema e suas características essenciais, passa-se a traçar a distinção entre os sistemas teóricos daqueles considerados como empíricos. Para tanto, mais uma vez tomamos a classificação construída por Lourival Vilanova e seguida por Marcelo Neves, que divide os sistemas em nomológicos e nomoempíricos.

Os sistemas nomológicos aperfeiçoam-se por um conjunto de proposições teóricas que se concatenam por meio de um processo interno de dedução, isto é, os dados empíricos, a experiência e a *interface* com o mundo da *práxis* são irrelevantes para construção dessa espécie de sistema. “São, portanto, compostos de proposições analíticas, ou seja, proposições cuja valência independe de qualquer constatação fática. O fechamento, completude e coerência constituem-lhes notas essenciais, uma vez que os seus enunciados se deduzem racionalmente do axioma

8. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3 ed. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.18-23

9. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4 ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.153-160.

10. Ademais, a própria busca de unidade também já foi objeto de crítica por parte da doutrina. Cf. MÜLLER, Friedrich. Op. cit. p.159. “Se a unidade não existe enquanto dado nem pode ser tornada plausível, ela também não existe como meta a ser atingida pela *práxis*. Do contrário, só substituiremos uma ilusão por outra, a ilusão positivista pela ilusão antipositivista. O que conduz mais longe, porém, é uma estruturação pós-positivista do campo de problemas.”

(conjunto finito de enunciados da base do sistema), no qual estão implicitamente contidos os enunciados deduzidos”.¹¹

Já os sistemas nomoempíricos são desenvolvidos de proposições derivadas de objetos reais e, por isso, possuem linguagem material aberta e condicionada a fatos ocorridos, isto é, a situações do mundo. “Daí porque são sistemas nos quais, além da dimensão sintática (formal), possuem relevância as dimensões semântica (material) e pragmática (teleológica ou ideológica).”¹²

O sistema nomoempírico, apresenta-se em dois níveis: o descritivo e o prescritivo. Os sistemas nomoempíricos descritivos possuem o escopo de representar os dados empíricos coletado no mundo real e suas maneiras e formas de se relacionarem, descrevendo as relações decorrentes de dados reais ou prescrições decorrentes de outros sistemas.¹³

No campo do direito, tal sistema se apresenta como um sistema sobre outro, isto é, descreve o conteúdo dos dados empíricos (normas jurídicas), todavia, tal sistema não está restrito à descrição dos dados empíricos formalizados dentro de um sistema prescritivo, mas pode tratar de fatos que possuem relevância, porém não está inserido dentro do direito do sistema prescritivo: exemplos: projetos de leis, direito comparado (normas de outros sistemas), etc.¹⁴

No segundo nível, encontram-se os sistemas nomoempíricos prescritivos ou normativos que possuem o objetivo de induzir, direcionar a conduta social para determinado sentido previsto anteriormente, situando-se dentro das condutas sociais. Ou seja, o sistema prescritivo, por meio das suas proposições, qualifica as condutas ocorridas na práxis e as transporta para dentro de si. Portanto, as suas construções, ao contrário dos demais sistemas, não possuem pretensão de serem verdadeiras ou falsas, mas sim válidas ou inválidas, o que “depende dos critérios de admissão e expulsão do sistema.”¹⁵

Lourival Vilanova, descrevendo a teoria do direito de Pontes de Miranda, afirma que o sistema não se apresenta em uma única função. Para

11. NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.4-5.

12. Idem.p.6

13. Idem.p.6

14. VILANOVA, Lourival. Op. Cit. p.169.

15. NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.7.

o jurista alagoano, o sistema, primeiramente, apresenta-se atrelado à logicidade, asseverando a sua função sintática, mas também suas partes se apresentam como proposições derivadas da realidade social, ou seja, está atrelado a uma função semântica e, por fim, o “sistema jurídico é sistema positivo porque assenta num conjunto de fatos, que os modela com a função pragmática de imprimir ordem e previsibilidade no suceder das ações recíprocas dos indivíduos”¹⁶.

Logo, “o ordenamento jurídico, enquanto dimensão da complexa ordem jurídica, não constitui, portanto, um objeto de conhecimento absolutamente autônomo em relação à demais dimensões da ordem que integra. Em verdade, através da perspectiva normativa, visa-se a conhecer a ordem jurídica (o Direito em sua complexidade fático-normativo-ideológica) por via da interpretação do ordenamento jurídico”.¹⁷

Desta feita, pode-se concluir que o sistema jurídico, na qualidade de sistema nomoempírico normativo, não pode ser caracterizado como fechado, sendo, ao contrário, um sistema aberto a interações da realidade social.

Isto é, “o sistema jurídico é *sistema aberto* em intercâmbio com os *subsistemas sociais* (econômicos, políticos, éticos), sacando seu conteúdo-de-referência desses subsistemas que entram no sistema-Direito através dos esquemas hipotéticos, os *descritores* de fatos típicos, e os esquemas e consequências, onde se dá a *função prescritora* da norma de Direito”.¹⁸

Tércio Sampaio Ferraz, ao tratar do sistema jurídico prescriptivo, no mesmo sentido, assinala que o “sistema jurídico é do tipo aberto, estando em relação de importação e exportação de informações com outros sistemas (o dos conflitos sociais, políticos, religiosos, etc.), sendo ele próprio parte do subsistema jurídico (que não se reduz a normas, mas incorpora todos os modos discursivos)”.¹⁹

Sendo assim, o ordenamento jurídico, enquanto dimensão essencial ao sistema jurídico, possui o aspecto formal-normativo e a função prescritiva, mas não pode, todavia, ser classificado como objeto de conhecimento autônomo e absoluto, visto que, pela óptica normativa, busca-se

16. VILANOVA, Lourival. Escritos jurídicos e filosóficos. Vol.1. São Paulo: IBET, 2003. p. 402.

17. NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.21.

18. VILANOVA, Lourival. Op. Cit. p.180.

19. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.141.

tão somente o conhecimento da ordem jurídica pela interpretação desse ordenamento, ou seja, busca-se o conhecimento do padrão das expectativas normativas posto pelo subsistema jurídico.

Por isso, não se pode afirmar que o ordenamento possui unidade e coerência da perspectiva material, a unidade, quando possível, pode ser vista apenas pelo aspecto formal e restritivo. Portanto, admite-se a existência de incoerências e inconsistências internas dentro do ordenamento, tal como acontece com as normas inconstitucionais (inválidas).

Apresentada a nossa opção terminológica sobre o sistema do direito positivo, busca-se delimitar as três categorias de conhecimento, denominada pela teoria ponteana de planos do mundo jurídico que são pertinência (existência), validade e eficácia, que estão relacionadas a situações da norma jurídica perante o sistema de direito.

2. OS PLANOS DO MUNDO JURÍDICO

2.1. Plano da pertinência (existência)

Conforme tratado no item anterior, a coerência interna não é elemento fundamental para que o ordenamento jurídico seja enquadrado como um sistema; sendo assim, ela passa a ser um critério dispensável, de modo que, em várias situações, constatar-se-ão incompatibilidades internas no ordenamento, *v.g.*, normas pertencentes a um mesmo sistema, mas incompatíveis entre si ou incompatíveis em relação às demais proposições integrantes do sistema²⁰.

Com isso, a validade das proposições pertencentes ao sistema é apenas uma pretensão e não uma condição de pertinência, revelando a possibilidade de determinada norma ser inválida tanto do ponto de vista formal quanto do material, mas pertencente a um determinado sistema jurídico. A permanência de tal norma inválida no sistema dependerá dos mecanismos de expulsão previstos no próprio sistema, como por exemplo, a retirada do sistema pela sanção de inconstitucionalidade ou revogação da norma inválida.²¹

Partindo-se dessa premissa, tem-se a categorização de que a norma jurídica passa por três planos, os quais possuem referência com o sistema prescritivo; são eles: o da pertinência, o da validade e o da eficácia.

20. NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.39.

21. NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.41.

Pontes de Miranda, introdutor da teoria dos três planos na dogmática nacional, sempre trabalhou, por opção metodológica de sua obra, com a teoria voltada para as normas individuais e concretas, denominada pelo autor como fato jurídico. Contudo, o jurista alagoano nunca negou a aplicabilidade da teoria para as normas gerais e abstratas, as quais ele denomina regras. Aliás, conforme; pode ser visto a seguir, o jurista, em alguns trechos de sua vasta obra, já trabalhava com a noção de existência, validade e eficácia, voltada para explicar a correspondência das regras para com o sistema prescritivo.

Porém, em virtude dos limites estabelecidos no presente artigo, trabalha-se com a análise dos três planos em relação às normas gerais, ressaltando a plena aplicabilidade da referida categorização para as normas individuais e concretas. Sendo assim, ainda que muitas vezes por analogia a teoria do fato jurídico, utiliza-se como referencial teórico o modelo desenvolvido por Pontes de Miranda²², posteriormente desenvolvido por Marcos Bernardes de Mello²³ e Marcelo Neves.²⁴

Reputa-se mais adequado o uso da terminologia pertinência em substituição de existência, utilizada pela doutrina ponteana, haja vista que as normas jurídicas inseridas em determinado ordenamento (de natureza nomoempírica normativa), apesar de condicionadas a situações fáticas-ideológicas, estão situadas no plano do “deve-ser”. Ou seja, mesmo se reportando a aspectos empíricos não possuem exigência no mundo fático, “mas sim autoconsistência significativa”.²⁵

Dessa feita, quando a norma se integra, ainda que irregularmente, a um ordenamento jurídico, ela passa a guardar uma relação de continência com aquele sistema, *v.g.*, ela passa a pertencer ao sistema e se relacionar com seus componentes internos.²⁶

22. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 8-35; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p.3-16; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti; Tratado de direito privado. Tomo V. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. p. 3-14.

23. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 101-111; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 8 ed.,. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1-19; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 6-65.

24. NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.39-52.

25. Idem, p.42.

26. NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.43.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar os pressupostos de pertinência para que a norma jurídica ingresse no sistema.

Para que uma norma jurídica ingresse em um determinado ordenamento jurídico e a ele pertença, ela deve obedecer a critérios formais ou a regras mínimas de recepção estabelecidas pelo sistema. Tais regras constituem o núcleo normativo mínimo exigido por proposições estabelecidas nas normas-base do sistema. No caso das leis (em sentido lato) o núcleo normativo mínimo está previsto na Constituição, que é norma-base do sistema nomoempírico normativo. Porém, pode haver no sistema núcleos normativos mínimos previstos em normas derivadas, como, por exemplo, nos casos de edição de normas infraconstitucionais, em que a previsão para ingresso no sistema está situada em proposições derivadas.

Em suma, para que a norma pertença ao ordenamento jurídico deve haver uma correspondência mínima com o núcleo normativo que prevê a sua entrada formal no sistema. A noção de núcleo mínimo normativo se assemelha à de suporte fático suficiente aplicado às normas individuais e concretas pela teoria ponteana, isto é, o ingresso da norma, na qualidade de ato complexo, prescinde de preenchimento de todos os requisitos para seu ingresso válido, mas tão somente dos elementos nucleares.²⁷

Logo, analisando a questão sob a óptica do ingresso das leis no sistema, na qualidade de normas gerais e abstratas, o núcleo mínimo para o ingresso é a promulgação como resultado de um processo legislativo na qualidade de mecanismo de introdução de normas por órgão que o sistema atribuiu competência. No nosso ordenamento, podem-se identificar como autoridades ou órgãos introdutores de normas: Presidente da República, Presidente e Vice do Senado Federal e as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Saliente-se que “ de regra, a sanção e a promulgação vêm juntas, o que só se pode dar nos atos legislativos vetáveis; mas há atos legislativos que podem ser promulgados sem poderem ser sancionados”,²⁸ mas isso não significa que a sanção é elemento nuclear para o ingresso da norma no sistema, pois, mesmo diante da natureza integrativa do processo legislativo, não é pressuposto de pertinência de uma norma no sistema.

27. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43-77.

28. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p. 177.

Contudo, o processamento regular não configura elemento nuclear para ingresso da norma. O professor Marcos Bernardes de Mello, nos raros momentos em que a teoria ponteana foi utilizada para explicar questões sobre normas gerais abstratas, assevera:

Em termos gerais, uma norma jurídica existe quando é promulgada pela autoridade competente, após realizados os trâmites prescritos para o processo legislativo, por exemplo.

Os defeitos verificados durante o procedimento que visa a edição da norma jurídica – desde a iniciativa até promulgação – via de regra têm conseqüências não no plano da existência, mas no plano da validade; quer dizer: a lei existe mas é nula.

Somente a ausência de promulgação parece afetar diretamente a existência mesma da norma jurídica, isto, naturalmente, nos sistemas de direito escrito.

A própria promulgação, quando feita por autoridade incompetente não conduz à inexistência, mas sim apenas à nulidade da norma jurídica.

A lei, entretanto, publicada sem promulgação é inexistente, porque promulgar significa proclamar a existência e, por isso, é ato essencial à existência mesma de lei.²⁹

Todavia, naqueles casos em que a produção da norma geral e abstrata não exige a promulgação, como por exemplo, medidas provisórias, decretos, instrução normativa, a relação de pertinência se dará a partir da sua publicação. Já nos casos de ingresso de tratado internacional dentro do ordenamento do Estado Nacional, o critério de pertinência será a ratificação da autoridade competente.³⁰

Daí porque a noção de pertinência da norma jurídica para com o sistema é vital para a compreensão da atuação e a produção de efeitos de normas irregulares dentro de determinado ordenamento jurídico, assim como a sua separação conceitual com o plano da validade e da eficácia.

A ausência da delimitação ou negação do plano da pertinência vem causando sérias dificuldades quando se analisam questões ou o problema da dogmática, sobretudo, quando se trata da validade e a sua relação com os defeitos do sistema normativo.

29. MELLO, Marcos Bernardes. A Lei Complementar sob a perspectiva da validade. In: *Direito Tributário Moderno*. BORGES, José Souto Maior. (Coord.). São Paulo: Bushatsky, 1977. p.64-65.

30. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17.

2.2. Plano da validade

A expressão validade comporta múltiplos significados e vem sendo utilizada de maneira diversa tanto pela sociologia que, por exemplo, conceitua validade como sinônimo de aceitação da norma por seus destinatários ou que seja efetivamente aplicada, quanto pela teoria do direito e pela filosofia.

Do ponto de vista da dogmática jurídica, pode-se encontrar o uso da validade como predicado das normas jurídicas. Porém, o dimensionamento da validade no ordenamento jurídico é objeto de posições divergente por parte da doutrina. Nesse contexto, a validade pode ser utilizada como relação de conformidade da norma com o sistema, equiparando-se ao conceito de pertinência anteriormente exposto ou pode ser enquadrada no sentido de “qualificação que se atribui a atos jurídicos, inclusive de natureza legislativa, que são conformes com o direito daquela comunidade, especificamente, não contendo qualquer mácula que os torne defeituosos”.³¹

Fundados na concepção de validade desenvolvida por Kelsen, muitos autores passaram a tratar o problema da validade como um problema relacional entre a proposição jurídica e o sistema, ou melhor, a validade é tomada como uma relação de pertencibilidade da norma para como o sistema.

Nesse sentido, é o pensamento de Paulo de Barros Carvalho:

A validade não deve ser tida como um predicado monádico, como propriedade ou como atributo que qualifica a norma jurídica. Tem *status* de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa, considerada em sua inteireza lógico-sintática e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que uma norma “n” é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema “S”. Ser norma é pertencer ao sistema, o “existir jurídico específico” a que alude Kelsen. Antes de sua admissibilidade pelo ordenamento, falemos de outra unidade, porque norma jurídica ainda não será. (...) ³²

Com isso, o problema das inconsistências internas de determinado sistema normativo é transferido para fora do sistema, sendo a norma

31. MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.2.

32. CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.57.

inválida considerada como um “nada” jurídico posto que nunca pertenceu a determinado sistema. Tese que, aliás, vem ganhando inúmeros adeptos na doutrina nacional. A exemplo disso visualiza-se a seguinte construção:

Nestes termos, a validade é tomada como um vínculo relacional de pertencibilidade entre um elemento e o sistema; e o válido como o existente neste sistema. O tempo, ou a data de validade indica o período em que o elemento existe em referência a dada classe de elementos. O vinho, por exemplo, tem uma data de validade porque presume-se que expedida tal data ele deixa de existir como vinho, passando a ser talvez um vinagre e, portanto, não mais pertencente à classe dos vinhos.

Em suma: valer é um valor atribuído a algo que pertence, que existe enquanto elemento de um conjunto e a validade é a relação de pertencibilidade entre elemento e o elemento e este conjunto.³³

Todavia, ao que parece, a teoria kelseniana não pretendia deslocar o campo das inconsistências intra-normativas para fora do sistema, mas sim como um problema interno do sistema normativo. Esta posição é claramente definida pelo autor de Viena quando ele examina o problema da inconstitucionalidade das normas, onde se visualiza como um problema interno do sistema. Tal afirmativa é, inclusive, comprovada em trabalho específico sobre a jurisdição constitucional, no qual o autor descreve o problema da inconstitucionalidade como um problema interno do sistema e assevera o caráter anulável da norma jurídica inconstitucional.³⁴

Ora, do ponto de vista lógico da teoria kelseniana, como é possível uma norma ser inválida (inconstitucional), igual a inexistente, e, ao mesmo tempo, ser considerada anulável, ou seja, pertencente a um sistema jurídico?

A resposta para a complicada pergunta somente foi desvendada pelo professor Lourival Vilanova, em estudo publicado no final de década de 1980.³⁵ Na referida obra, o autor retoma as lições de Kelsen para explicar que:

33. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009. p.667

34. Cf. KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

35. Cf. VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 4 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 299-313.

Os chamados “atos de produção de normas” são fatos (ou condutas) que se qualificam pelas normas objetivas que deles provêm e neles retroincidem, conferindo-lhes *sentido objetivo*, inserindo-os no interior do sistema. Se o *sentido subjetivo* de tais atos não objetivasse a normatividade, o sistema os eliminaria por nulidade, anulação ou método de invalidação. Assim ocorre com as normas materialmente inconstitucionais por conflitarem com normas formalmente rígidas, não emendáveis, ou por defeito no processo de emenda.³⁶

Dessa feita, o autor pernambucano demonstra que, na visão da teoria desenvolvida por Kelsen, a posição da validade como uma relação de pertencibilidade com o sistema somente se justifica como uma análise parcial observada apenas do ponto de vista lógico sintático, pois a análise da validade carece da verificação sobre a óptica subjetiva, analisando-se questões semânticas e pragmáticas que são investigadas à luz dos enunciados internos do sistema.

Logo, a noção de validade objetiva se assemelha àquela desenvolvida alhures quando da abordagem sobre o plano da pertinência, isto é, mesmo tratando a validade como pressuposto de existência, Lourival Vilanova reconhece a existência de dualidades dentro da estrutura interna do ordenamento, tais como válido e não-válido, lícito e ilícito, etc. Tal ocorrência pode se dar em virtude da contraposição interna das proposições do sistema e pela valoração delas em seus respectivos subdomínios.³⁷

Portanto, a validade, para os adeptos da concepção kelseniana, não pode ser tomada como um critério absoluto, haja vista a possibilidade de existência de uma norma válida “provisoriamente”, no sentido de integrante ao sistema e, após interações valorativas havidas dentro da estrutura interna do sistema, ser considerada subjetivamente inválida.

Somente a partir desse prisma, pode-se situar o problema da inconstitucionalidade na teoria de Kelsen que é seguida por boa parte da doutrina nacional.³⁸

Diferentemente da concepção kelseniana, a teoria desenvolvida por Pontes de Miranda³⁹, trabalha o conceito de validade como uma qualidade

36. VILANOVA, Lourival. Op. Cit. p.300.

37. Ibidem, p.303.

38. VILANOVA, Lourival. Op. Cit. p 306-307/308.

39. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo IV. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 3-49.

da norma jurídica, *v.g.*, é uma qualificação que deve ser atribuída à norma integrante do sistema nomoempírico prescritivo, a qual pode ser classificada como válida ou inválida.

Sendo assim, a teoria ponteana não aborda o plano da validade do ponto de vista relacional, aliás, como dito anteriormente, qualquer relação de pertencibilidade é deslocada para o plano da existência. A teoria do fato jurídico, não obstante considerar a existência de um caráter relacional do fato jurídico para com o sistema empírico, reputa inadequado trabalhar com tais noções dentro do plano da validade, o qual possui a função de qualificar a norma sob a óptica intra-sistemática.

A referida teoria, mais adiante aperfeiçoada pelo professor Marcos Bernardes de Mello, divide a estrutura da hipótese de incidência em dois elementos: os nucleares e os complementares. A norma individual e concreta somente pode ser considerada juridicamente se preencher o núcleo da hipótese de incidência, necessário para a jurisdicização do fato. Associando a noção exposta àquela trabalhada supra a respeito do núcleo mínimo normativo, verifica-se a aproximação conceitual, sendo a diferença apenas quanto ao objeto de estudo, pois, ao passo que uma trabalha com a norma individual e concreta a outra aborda a questão da norma geral e abstrata.⁴⁰

Verificado o preenchimento do elemento nuclear da hipótese, a análise é deslocada para o plano da validade a depender do elemento complementar estudado. Logo, caso a norma preencha o elemento nuclear, mas seja deficiente ou não preencha os elementos complementares, pode-se estar diante de uma norma inválida ou ineficaz.

Deslocando, novamente, a teoria para a análise da norma geral e abstrata, percebe-se que a sua aplicabilidade é integral. Traçando um paralelo com a descrição acima, os elementos nucleares e complementares das normas gerais estão determinado não normas fundantes do sistema. Portanto, os elementos nucleares podem ser equiparados àquele núcleo normativo mínimo exigido pelo sistema para que haja a admissão. Já os elementos complementares, podem se apresentar como a regularidade no procedimento de ingresso (ponto de vista formal) ou adequação da norma ingressante com as demais normas de hierarquia superior ou não situadas no sistema (ponto de vista material).

40. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.43-77.

Daí que a norma jurídica, para pertencer a um ordenamento jurídico, necessita se conformar com o núcleo mínimo normativo, porém, em razão de sua qualidade de ato complexo, a norma pode não se conformar com os demais elementos previstos pelo sistema para que haja o ingresso do ato com perfeição.

Nesse caso e a partir do conceito de validade tomado, os atos pertencentes ao sistema após o preenchimento do núcleo mínimo normativo podem ser qualificados como válidos ou inválidos. Os válidos serão aqueles que guardarem conformidade com os demais elementos complementares para perfeição. Aproveitando o mesmo exemplo citado para explicar o plano da pertinência, a lei seria válida desde que, mesmo promulgada, obedecesse a todas as regras do processo legislativo para ingresso no sistema (aspecto formal) e guardasse conformação com seu fundamento lastreado em norma interna do sistema, no caso, a Constituição Federal (aspecto material). Já a norma inválida seria aquela que, apesar de promulgada, não obedeceu ou obedeceu parcialmente às regras formais e/ou material para entrada regular no ordenamento.

Tal distinção, segundo Pontes de Miranda, é imprescindível para que se entenda a figura do ato nulo como uma das espécies do gênero invalidade:

(...). Logo de começo, em teoria geral do direito, e não só de direito privado, alguns juristas permitem que se identifique nada e nulo, inexistência e não-validade, que o mesmo é dizerem que o negócio jurídico nulo não existe. A súbitas, enfrentam o problema dos negócios jurídicos nulos, ou dos atos jurídicos *stricto sensu* nulos, que têm alguns ou algum efeito, e caem na contradição mais gritante: se o nulo não existe e se há nulo com efeitos, há efeito do que não existe e, pois, do nada. (...) ⁴¹

Portanto, apesar das divergências conceituais, entende-se que as teorias descritas acima acabam enxergando o problema da validade e da pertinência de maneira binária. Enquanto a teoria ponteana trabalha com a noção de pertinência (predicado relacional) e validade (predicado qualificador da norma), a teoria desenvolvida por Kelsen entende a validade sob dois ângulos: o objetivo (predicado relacional) e o subjetivo (qualificador da norma).

41. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo IV. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 8-9.

Nesse sentido, são as ponderações ofertadas por Tácio Lacerda Gama: “verificamos não existirem razões para optar por uma definição do conceito de validade em detrimento de outra, uma vez que, com os devidos ajustes e elucidações, não há qualquer contradição ou contrariedade entre elas”.⁴²

Sendo assim, a norma inválida pertencerá ao sistema jurídico mesmo quando inserida de forma defeituosa, produzindo seus efeitos até que o ato de rechaço seja editado por órgão designado internamente pelo ordenamento.⁴³

Dessa forma, conclui-se que os problemas ligados a nulidade ou anulabilidade de atos normativos estão sempre ligados a questões do plano da validade, não sendo certo equiparar irregularidades das normas como pressuposto para que elas existam juridicamente.

2.3. Plano da eficácia

Encontram-se na teoria jurídica, mais uma vez, dois significados distintos para o termo eficácia, sendo necessária delimitação do sentido que será utilizado no presente trabalho.

A teoria kelseniana trabalha a eficácia como relação entre a norma e seu destinatário em uma análise da ocorrência do seu cumprimento e aceitação no corpo social, *v.g.*, a eficácia em Kelsen significa o mesmo que efetividade no sentido do alcance da norma no aspecto sociológico.⁴⁴

Como visto, além de trabalhar a eficácia no sentido sociológico, Kelsen desloca a capacidade de a norma produzir efeitos para o plano da validade. Sobre a relação de eficácia e validade são pertinentes as lições de Marcelo Neves: “Também da eficácia distingue-se a validade. Esta refere-se à correção ou defeituosidade do ato de produção normativa, enquanto a eficácia diz respeito a efeitos fáticos irradiados de normas válidas ou inválida”.⁴⁵

Contudo, o conceito de eficácia utilizado no trabalho é no sentido jurídico e não pode ser confundido com aquele utilizado por Kelsen. A eficácia aqui tratada está ligada à capacidade de a norma jurídica produzir

42. GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2009. p.313.

43. NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.44.

44. KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução: Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.55.

45. NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.51.

efeitos. Se tais efeitos são efetivos ou não no campo sociológico, estar-se-á diante de um problema ligado à efetividade da norma.⁴⁶

Com efeito, a eficácia pode ser conceituada como potências ou categorias em que os efeitos das normas são revelados dentro do sistema jurídico. É a “aptidão para produzir efeitos jurídicos por parte da norma, independentemente da sua efetiva produção”.⁴⁷

Dessa feita, o plano da eficácia está situado na parte interna do sistema prescritivo empírico, onde as proposições estão aptas para produzir os seus efeitos, criando situações jurídicas e produzindo normas individuais e concretas.⁴⁸ Assim, é no plano da eficácia que se dá a verificabilidade se a proposição pertencente ao sistema nomoempírico prescritivo está apta a produzir todos os seus efeitos.

Retomando o exemplo trabalhado para explicar os planos da pertinência e da validade, pode-se ter uma norma que foi promulgada (pertinente ao sistema), mas também produzida em conformidade com os procedimentos formais e materiais (válida perante o sistema), só que ainda ineficaz por não estar apta a produzir os seus efeitos, seja por ausência de vigência ou por uma suspensão ocasionada por outro ato interno do sistema como, por exemplo, liminar em ação direta de inconstitucionalidade.

Daí por que a eficácia jurídica pode estar ligada tanto com a vigência da norma geral e abstrata quanto com a possibilidade das normas individuais e concretas produzirem seus efeitos.

3. A PRESUNÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

A lei ou ato normativo editado conforme o processo racional de formação previsto no sistema jurídico, em função da estrutura procedimental do Estado que legitima a sua produção, deve gozar da presunção de conformidade com a ordem jurídica vigente, haja vista que foi produzida, pelo menos *a priori*, através de processo legislativo legitimado pela vontade política (exercida pelo voto) e, por isso, deve ser obedecida por todos.⁴⁹ Ou seja, a presunção possui lastro no processo legislativo, visto

46. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26-27.

47. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.117.

48. MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. p.105.

49. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Revisando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p.150.

que há previsão de que o Congresso Nacional, através das suas Comissões de Constituição e Justiça, exerça o controle prévio da constitucionalidade dos projetos de leis. Em seguida esse controle também será exercido pelo Poder Executivo, pois na fase de sanção ou veto também haverá o exame, por parte do Presidente da República, em virtude da obrigatoriedade de veto para os projetos de lei contrários à Constituição Federal.

Dessa forma, a presunção da constitucionalidade das leis parte da premissa de que os Poderes Legislativo e Executivo desempenham o exame da compatibilidade da norma com a Constituição Federal, sendo necessário um procedimento específico previsto constitucionalmente, para que o Poder Judiciário possa invalidar a norma.⁵⁰

Em decorrência disso, são criados dois tradicionais cânones hermenêuticos para análise da constitucionalidade da norma jurídica: a) a inconstitucionalidade de uma norma deve ser evidente, devendo o julgador decretá-la com base em “uma clara e forte convicção – *‘a clear and strong conviction’* – da incompatibilidade” entre a norma e a Constituição⁵¹; b) na existência de duas interpretações possíveis, deve-se adotar aquela compatível com a Constituição, pois há presunção de que o legislador elaborou a norma jurídica no sentido compatível com a norma fundamental.⁵²

Ademais, “decorre também da presunção da constitucionalidade dos atos do Congresso, o *quorum* especial da maioria absoluta dos membros de um Tribunal [ou julgamento por Corte Especial] para a declaração de inconstitucionalidade” de uma norma jurídica.⁵³

Diante disso, o princípio da presunção da constitucionalidade da lei foi recepcionado pela doutrina⁵⁴ e jurisprudência nacional⁵⁵, sendo

50. POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Controle da Constitucionalidade das Leis. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.106.

51. NUNES, José de Castro. Teoria e Prática do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 590.

52. NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988. p.146.

53. Ibid., p. 107.

54. NUNES, op. cit., p.589-592; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do controle da Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 85; BITTENCOURT, Lúcio. Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 91-96; POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto, op. cit., p. 104-109. No direito português vide: MIRANDA, Jorge. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra, 2007.

55. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Representação nº 881-MG. Relator: Min. Djaci Falcão. DJ: 13/12/1972. Revista Trimestral de Jurisprudência. nº 66. p. 630-658; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 79.343. Relator: Min. Leitão Abreu. DJ: 02/09/1977. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 17 ago. 2010; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 93.356-5. Relator: Min. Leitão Abreu. DJ: 04/05/1981. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 17 ago. 2010.

incorporado, ainda que indiretamente, no ordenamento jurídico. Daí, em função desse princípio, as normas editadas no direito brasileiro permanecem válidas enquanto o órgão competente para decidir sobre a constitucionalidade ou não das leis não emitir a decisão no sentido da inconstitucionalidade.

Aliás, esse princípio também exerce uma função pragmática fundamental para a manutenção da imperatividade das normas jurídicas⁵⁶, pois, caso contrário, qualquer indivíduo poderia recusar a aplicação e/ou obediência à norma jurídica pertencente ao sistema, sob o argumento que a norma estaria, de alguma forma, violando a Constituição Federal. Deste modo, com base no princípio da presunção da constitucionalidade da lei, é conservada a imperatividade da norma incompatível com a Constituição até que haja o exame da compatibilidade, exercida por órgão com competência definida pelo direito positivo, mediante procedimentos de controle de validade da produção normativa.⁵⁷

Para Lúcio Bittencourt, “a lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei – não se presume lei – é para todos os efeitos. Submete ao seu império tôdas as relações jurídicas a que visa disciplinar e conserva plena e íntegra aquela força formal que a torna irrefratável”.⁵⁸

Ou seja, “sendo a lei obrigatória, por natureza e por definição, não seria possível facilitar a quem quer que fosse furtar-se a obedecer-lhes os preceitos sob o pretexto de que a considera contrária à Carta Política. A lei, enquanto não declarada inoperante, não se presume válida: ela é válida, eficaz e obrigatória”.⁵⁹

Por outro lado, a presunção de constitucionalidade das leis constitui uma regra de calibração do próprio sistema de função pragmática, sem a qual se eliminaria a imperatividade da lei. Já que a “inexistência de regra de calibração, implicando a eliminação a imperatividade da lei, impossibilitaria o funcionamento do sistema jurídico. Isso porque desapareceria o aspecto monológico ou o *certum* (a dogmaticidade), permanecendo exclusivamente o aspecto dialógico ou *dubium* (a interpretabilidade), na interação discursiva entre legislador e destinatários da lei.”⁶⁰

56. Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 127-139.

57. NEVES, op. cit., p.147.

58. BITTENCOURT, Lúcio, op. cit., p.95-96.

59. BITTENCOURT, Lúcio, op. cit., p.95-96.

60. NEVES, Marcelo, op. cit., p.147.

Portanto, o destinatário da norma jurídica não poderá recusar aplicação e/ou descumprir lei por considerá-la inconstitucional, sob pena de sofrer agravamento da sua situação jurídica em virtude das sanções previstas pelo descumprimento da norma.⁶¹

4. DECRETAÇÃO⁶² DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

A análise, ainda que superficial, das teses existentes na doutrina sobre a decisão da inconstitucionalidade das leis possui extrema importância para o enfrentamento da questão da eficácia da decisão e os efeitos decorrentes do seu desfazimento.⁶³

4.1. Tese da nulidade do ato normativo inconstitucional

A idéia de inconstitucionalidade, apesar de referências históricas anteriores⁶⁴, foi construída no direito norte-americano a partir de meados do século XVII, através de manifestações jurisprudenciais nas Cortes de diferentes Estados da federação, notadamente Virgínia, *New Jersey*, Carolina do Norte e *Massachuserrs*.⁶⁵ O então magistrado George Whythe, professor de John Marshall no Colégio de *William and Mary*, ainda que sem a coerência lógica posteriormente alcançada por Marshall, chegou a esboçar a tese sobre a inconstitucionalidade das leis. Em célebre julgamento da Corte Estadual da Virgínia, Whythe afirmou: “Se a legislatura tentar transpor os limites que o povo lhe traçou, eu, administrando a justiça pública de minha terra, afrontarei, da minha cadeira neste

61. Cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. A teoria das constituições rígidas. 2 ed., São Paulo: Bushatsky, 1980. pp.139-149; Kelsen, Hans. Jurisdição Constitucional. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.143.

62. Preferimos utilizar a terminologia decretação de inconstitucionalidade de Pontes de Miranda, haja vista o caráter desconstitutivo da decisão. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. Tomo 3, p. 572.

63. Para os fins deste trabalho, não adotaremos a divisão em três correntes sobre as teorias da decisão de inconstitucionalidade, defendida por alguns autores, haja vista não haver diferença substancial entre a tese da nulidade e da inexistência. Cf. AGRA, Walber de Moura. Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade. Salvador: Jus Podivm, 2008. p.27-31.

64. POLETTI, op. cit., p.1-21.

65. CAVALCANTI, op. cit., p.50.

Tribunal, todo o seu poder, e, apontando-lhe a Constituição, lhe direi: até aqui podeis ir, além não”.⁶⁶

Nessa linha, Alexander Hamilton, quinze anos antes da emblemática decisão de Marshall, já defendia a competência do Poder Judiciário para afastar aplicação das leis contrárias à Constituição. Porém, somente com o aresto de Marshall no famoso caso *Marbury v. Madison*, houve a consolidação jurisprudencial dos princípios do controle de constitucionalidade das leis.⁶⁷

No Brasil, a doutrina de Marshall foi sintetizada por Rui Barbosa:

Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo. Essa doutrina *está essencialmente ligada às Constituições escritas, e, portanto, deve-se se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade*.⁶⁸

Com base nessas lições, foi introduzida, no sistema brasileiro, a teoria da nulidade da norma inconstitucional a qual é aceita pela maioria da doutrina nacional, representada por notáveis juristas.⁶⁹ Ou seja, no Brasil, a doutrina posicionou-se em equiparar inconstitucionalidade e nulidade, sob o fundamento de que “o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição”.⁷⁰

66. BARBOSA, Rui. *Anistia Inversa, Caso de Teratologia Jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1986. p.51 *apud* POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto, op. cit, p.25.

67. POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto, op. cit, p.26-31.

68. BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. 3. ed. Campinas: Russell, 2010. p.40-41.

69. Cf. NUNES, José de Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do contrôlo da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966; POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

70. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.318.

Entretanto, a importação da teoria da nulidade norte-americana para o direito brasileiro, de certa forma, sustou o desenvolvimento de uma teoria própria sobre inconstitucionalidade das leis no direito brasileiro. A prova disso é a confusão existente entre os efeitos do reconhecimento da incompatibilidade da norma com a Constituição e a sanção decorrente deste reconhecimento.

Observa-se que a doutrina brasileira, influenciada pela doutrina norte-americana, defende a inexistência da lei inconstitucional, pois a violação da Constituição Federal impediria a sua existência perante o ordenamento jurídico. Para essa corrente, não existe distinção entre o ato nulo e o juridicamente inexistente, isto é, a norma incompatível com a Constituição não pertence ao ordenamento jurídico.⁷¹

Em função dessa premissa, tem-se caracterizado como declaratória a decisão de inconstitucionalidade da lei. Castro Nunes, por exemplo, assevera que é “impróprio dizer-se que o Judiciário *anula* a lei inconstitucional. Anular seria revogá-la, cassá-la, declará-la sem efeito, atribuição *privativa* da legislatura da qual tenha emanado. Sentenças não podem anular leis”⁷²

Poletti, resumindo a posição doutrinária dominante, descreve:

A doutrina afirma que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, nem jamais teve, nem terá. A doutrina da inconstitucionalidade repousa na oposição entre a lei e a Constituição, antinomia meramente aparente, pois a supremacia da Constituição a resolve. Não se poderá, por isso, atribuir à “lei inconstitucional” uma eficácia transitória, enquanto não fulminada pela presença judicial. Isso seria como negar, durante o tempo que não houve a declaração de inconstitucionalidade, a autoridade da Constituição”.⁷³

Outro ponto que merece destaque é a questão da vinculação da tese da nulidade aos efeitos produzidos pela norma atingida pela decisão de inconstitucionalidade. Como visto, para os adeptos dessa corrente, a norma “declarada” inconstitucional, por ser inexistente juridicamente, não produzirá quaisquer efeitos, sendo a eficácia do ato sempre *ex tunc*.

A adoção do “princípio” da nulidade da norma inconstitucional, por si só, não impede que o sistema de direito positivo desenvolva ou crie

71. NEVES, op. cit., p.77.

72. NUNES, op. cit., p. 588-589.

73. POLETTI, op. cit., p.120.

fórmulas ou gradações de sanções para a norma inconstitucional. Essa posição prestigia os princípios fundamentais do Estado de Direito, notadamente o da segurança jurídica.

Gilmar Ferreira Mendes assinala que “não se está a negar o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que sua aplicabilidade pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica)”.⁷⁴

Nada obstante, para os fins do presente trabalho, o objeto de análise será restrito à questão da natureza da decisão de inconstitucionalidade, à qual boa parte da doutrina brasileira atribui o caráter declaratório, fundamentando suas proposições na teoria da nulidade (= inexistência jurídica) da norma inconstitucional. Aliás, como verá mais adiante, essa concepção está situada na ausência de delimitação dos planos na qual está inserida a norma jurídica.

4.2. Tese da anulabilidade do ato normativo inconstitucional

A teoria da anulabilidade da norma inconstitucional foi desenvolvida por Hans Kelsen, provocando vários debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial, especialmente no Brasil que, predominantemente, por influência do direito norte-americano, adota a teoria da nulidade do ato inconstitucional. Contudo, antes de adentrarmos na discussão nuclear, destacam-se as premissas que norteiam essa teoria.

Kelsen, em sua teoria, parte da concepção de que o ordenamento jurídico possui unidade e coerência absoluta, rechaçando a possibilidade de haver incompatibilidades normativas ou contradições presentes no sistema interno, isto é, “A unidade da ordem jurídica nunca pode ser ameaçada por qualquer contradição entre uma norma superior e uma inferior na hierarquia do Direito.”⁷⁵

74. MENDES, op. cit., p.333.

75. KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.233.

Por isso, o autor nega a possibilidade de existir contrariedade entre a norma constitucional e a lei inconstitucional.⁷⁶ Para ele, é contraditório falar que uma lei válida é contrária à Constituição, haja vista que o fundamento de validade da lei é a Constituição. Dessa forma, uma lei inválida não é contrária a Constituição, pois, em função de não estar pertinente com a norma fundamental, sequer poderá ser considerada lei.⁷⁷

Destarte, o ato jurídico objetivamente irregular não possui o caráter jurídico, pois não preenche os parâmetros que a norma de hierarquia superior determina, *v.g.*, igualmente, há uma clara equiparação entre os planos da existência e da validade das normas jurídicas.

Com base nisso, esboça o seu conceito de nulidade e anulabilidade:

A nulidade significa que um ato que pretende ser um ato jurídico, especialmente um ato estatal, não o é objetivamente por ser irregular, isto é, por não preencher os requisitos que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. O ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico. Se, em vez disso, tal ato fosse necessário, não estaríamos diante de uma nulidade, mas de uma anulabilidade.⁷⁸

Todavia, ao tratar do problema da lei inconstitucional, o autor interpreta que a norma fundamental, à qual a lei viciada está diretamente subordinada, cria uma condição, ainda que temporária, de validade que somente poderá ser objeto de anulação pela autoridade que produziu o ato ou demais pessoas autorizadas pelo direito positivo. Portanto, em função dessa cláusula, o órgão ou autoridade, com competência para decidir sobre a validade do ato, terá a prerrogativa de decidir sobre a anulabilidade do ato e não declarar a inexistência dele, ou seja, “nunca há nada mais que a anulabilidade, nem que apenas no sentido de que é possível apresentar a nulidade como um caso-limite de anulabilidade – uma anulação com efeito retroativo”.⁷⁹

Deste modo, a decisão de inconstitucionalidade possui a natureza constitutiva, independentemente, dos efeitos atribuídos a essa anulação. Não obstante o sistema de controle de constitucionalidade austríaco de

76. NEVES, op. cit., p.74-76.

77. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 300.

78. KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.140-141.

79. Ibid., p. 143.

1920, criado com base nas ideias de Kelsen, adotar como regra a não retroatividade das decisões de inconstitucionalidade da Corte constitucional, Kelsen sempre defendeu a possibilidade de retroação dos efeitos da decisão, sem contudo, se contradizer com suas premissas teóricas, visto que sempre admitiu a possibilidade de anulação com efeito retroativo do ato normativo incompatível com a norma fundamental.⁸⁰

Esta tese não ganhou muitos adeptos no direito brasileiro e recebeu refutações de constitucionalistas de escol como Ronaldo Poletti.

Para o constitucionalista, “ não há como reconhecer que ela[lei inconstitucional] existe pelo fato mesmo da aparência de lei da norma inconstitucional. A inconstitucionalidade não nasce da declaração. Mas esta existe por causa da primeira. Do contrário, isto é, se considerasse que um ato inconstitucional da legislatura é lei ou pudesse ter existido, sequer um momento, como lei, conseqüências graves disso adviriam. Tais conseqüências, inadmissíveis e condenadas pelo nosso sistema.”⁸¹

Atualmente, essa teoria continua sendo rechaçada pela doutrina nacional.

4.3. Apreciação crítica: elementos para uma Teoria da invalidade da norma inconstitucional

Podemos identificar a inconstitucionalidade como conflito existente na relação entre as normas jurídicas e a Constituição Federal, tal relação deve ser examinada do ponto de vista interno do sistema jurídico positivo, ou seja, o problema da inconstitucionalidade é originário da incompatibilidade da norma jurídica com os requisitos de validade contidos na norma superior. “Assim sendo, há de reconhecer-se que a inconstitucionalidade é um problema de relação intra-sistemática das normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico estatal”.⁸²

Essa inconstitucionalidade importa no nascimento defeituoso da norma jurídica. Tal vício pode ser parcial ou total⁸³. Por isso, só podemos

80. CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p.115-124.

81. POLETTI, op. cit., p.127-128.

82. NEVES, op. cit., p.71.

83. Sobre as tipologias da inconstitucionalidade: MIRANDA, Jorge. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. In: Revista Interesse Público. Belo Horizonte, n.18, ano 5, Março 2003.

atribuir o adjetivo “inconstitucional” a uma norma existente, pois, “se não existem os elementos que compõem o ato legislativo, como se poderá examinar se preencheram ou não os requisitos de validade estipulados na Constituição?”⁸⁴ Assim, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico enquanto sistema permite⁸⁵ a incompatibilidade de proposições integrantes de um mesmo sistema, como entre leis e a Constituição, “como critério (fundamento) imediato de validade das leis, [que] também reconhece a pertinência [= existência] inválida (defeituosa) das normas legais, enquanto não haja o ato específico de expulsão”.⁸⁶

Portanto, o “vício da inconstitucionalidade corresponde a essa desconformidade estática (relativa ao conteúdo) ou dinâmica (relativa ao processo de formação), de caráter vertical (hierárquico), entre a lei e a Constituição, resolvida sempre em favor das normas de grau superior, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”.⁸⁷

Já a sanção de inconstitucionalidade “é consequência estabelecida pela Constituição para sua violação: a providência prescrita pelo ordenamento para a sua restauração, a evolução do vício rumo à saúde constitucional. Caso essa evolução não se verifique espontaneamente ou dependa de intervenção coativa, far-se-á uso dos remédios constitucionais, ou seja, dos instrumentos de garantia compreendidos no chamado controle de constitucionalidade”.⁸⁸

Do ponto de vista da teoria do direito, a inconstitucionalidade ou, melhor dizendo, o vício da inconstitucionalidade, situa-se no plano da validade da produção normativa, podendo irradiar ou não os efeitos no plano da eficácia. A negação desse pressuposto vem produzindo efeitos danosos para o estudo do tema, pois as construções teóricas desenvolvidas e repetidas pela nossa doutrina promovem uma verdadeira equiparação entre o plano da existência e da validade para os fins da natureza do vício da inconstitucionalidade.

Essa negação vem ganhando maior relevo para os adeptos da construção teórica denominada neste estudo de tese da nulidade do ato

84. RAMOS, Elival da Silva. A inconstitucionalidade das leis: vícios e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994, p.62.

85. Conforme já delineado nesse trabalho, entende-se que a unidade e coerência não é condição para construção do sistema de proposições da ciência do direito, podendo haver contradição interna dentro do sistema do direito positivo.

86. NEVES, Marcelo, op. cit., p.76.

87. RAMOS, Elival, op. cit, p.63-64.

88. RAMOS, Elival, op. cit, p.63-64.

normativo inconstitucional, fundada na doutrina anglo-americana, visto que, para essa doutrina, a lei contrária à Constituição sequer pode ser chamada de lei, sendo juridicamente inexistente.

Advirta-se que o problema não está em estabelecer *a priori* qual a sanção que deve ser aplicada para norma eivada do vício da inconstitucionalidade, visto que não discordamos da posição dominante no direito brasileiro, onde a regra geral para o caso da inconstitucionalidade da norma é a sanção de nulidade (= desconstituição da eficácia produzida pela norma inválida perante o sistema) com efeitos *ex tunc*, mas sim a equiparação entre lei nula e lei inexistente, comumente utilizada pelos adeptos da teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional.

A lei inconstitucional pertencente ao ordenamento jurídico, ainda que temporariamente, sendo norma jurídica enquanto não houver o ato de expulsão, pelo órgão competente, delimitado pelo ordenamento jurídico. “Isso porque o sistema jurídico funciona com base no princípio da autoridade, o que implica, do ponto de vista pragmático, a imperatividade de suas normas inválidas”⁸⁹. Aliás, esse é o corolário do princípio da presunção de constitucionalidade das leis já tratado nesse trabalho.

Elival da Silva Ramos⁹⁰, estudando a sanção de nulidade no nosso sistema, leciona que sanção de inconstitucionalidade é o preceito definido pelo ordenamento jurídico para remover o vício da norma jurídica perante o sistema. Por isso, a natureza e a forma da sanção varia de ordenamento para ordenamento.

Para o autor, a sanção de nulidade, admitida no ordenamento brasileiro, impede que o ato inconstitucional possua eficácia desde a sua origem, isto é, não há decretação de nulidade com efeitos retroativos, mas tão somente o accertamento da nulidade existente desde o nascedouro da norma viciada. Portanto, neste prisma, a norma inconstitucional nos países que adotam a sanção de nulidade como o caso do Brasil é existente, inválida e ineficaz desde o seu nascedouro.

Dessa forma, a decisão de inconstitucionalidade promove apenas o accertamento ou, melhor dizendo, o reconhecimento, mediante decretação, de ineficácia da norma estabelecida de pleno direito. Neste caso, “a sanção opera de pleno direito, automaticamente, mas, em sendo assim, participa da plurivocidade significativa do sistema normativo, a qual gera incerteza

89. NEVES, op. cit., p. 80.

90. Ibid., p.90.

quanto à ocorrência ou não do vício e da conseqüente sanção”⁹¹. A decisão judicial de reconhecimento da inconstitucionalidade “reduz bastante essa incerteza, ao menos no tocante às pessoas a ele sujeitas e tem precisamente essa finalidade. Os efeitos, portanto, consistem em tornar indiscutível ou menos discutível a ocorrência da sanção de invalidade”⁹²

O autor reconhece, todavia, que a aplicação da sanção da nulidade no sentido proposto “gera certa instabilidade nas relações jurídicas que é impossível de eliminar”. Destarte, “é compreensível a posição dos que sustentam inexistir no sistema de sanção de nulidade uma autêntica presunção de constitucionalidade das leis.”⁹³

Logo, para o autor paulista: “avaliados os resultados concretos de vários sistemas sancionatórios da inconstitucionalidade, parece-nos que, por meio da sanção de anulabilidade, se tem conseguido melhor equilibrar o princípio da supremacia constitucional com a exigência da segurança nas relações jurídicas”.⁹⁴

Não obstante, o professor da Universidade de São Paulo defende que aplicação da sanção de invalidade, com eficácia desconstitutiva, apenas seria possível no Brasil após reformulação do nosso modelo de controle de constitucionalidade. Entretanto, neste ponto, não assiste razão ao professor.

Como sabido, o atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade possui a natureza mista, com inspiração no modelo americano, no qual o controle se dá a partir do caso concreto, e no modelo austríaco, onde o controle pode ser efetivado diretamente a um Tribunal Constitucional. Logo, a aplicação das sanções de nulidade e anulabilidade não podem ser aplicadas de forma automática ao nosso ordenamento até porque não seria cabível, conforme se passa a demonstrar. Noutro giro, o estudo dessas sanções na doutrina nacional vem sendo marcado por profundos equívocos quanto à natureza e os efeitos delas.

Dessa forma, busca-se no presente trabalho rediscutir a eficácia e a natureza jurídica da sanção de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Pontes de Miranda, já na década de 40, advertia que a confusão na delimitação do conceito de nulidade e anulabilidade emanava da

91. Cf. RAMOS, op. cit. p.90.

92. RAMOS, loc. cit.

93. RAMOS, op.cit., p.130.

94. Ibid. p.131.

transportação, por parte da doutrina nacional, de conceitos de direito romano, mesmo após superados os paradigmas nos quais esses conceitos estavam fundados. Toma-se, desde já, como ponto de partida, as lições do autor a fim de afastar eventuais imprecisões terminológicas:

(...) referimo-nos ao conceito romano de *nullus* e ao conceito moderno de “nulo”. O *nec ullus* do romano “não existe”; o nulo do jurista contemporâneo existe, mas anormalmente existe, *nulamente* é. Daí poder haver o nulo com todos ou com algum efeito, e não haver o inexistente com efeito: o que não existe não tem qualquer efeito; o nada nada produz. (...) ⁹⁵

Pois bem, como dito, a lei quando ingressa no ordenamento jurídico, por meio do órgão de produção normativa previsto na Constituição, passa a pertencer ao ordenamento mesmo que inicialmente não se possa aferir se a norma obedeceu a todas regras de admissão, previstas no sistema. Dito de outra forma, a produção da norma pelo órgão competente constitui o suporte fático suficiente para existência do ato legislativo. Esse suporte fático, de início, será recepcionado pela “regra-princípio” da presunção da constitucionalidade das leis que possibilitará, ainda que limitadamente, a irradiação de efeitos jurídicos desse ato legislativo, isto é, o ato produzirá eficácia jurídica dentro do sistema, podendo ser retirado através de ato de revogação ou retirada em função da invalidade. ⁹⁶

Porém, caso esse ato legislativo não obedeça completamente às normas de admissão prevista no sistema constitucional, quer em função do desrespeito de procedimentos formais de edição do ato, quer por violação do conteúdo material do sistema constitucional. Neste caso, o ato, apesar de existente e produzir eficácia (ainda que limitada, pois esse ato possui imperatividade e deve ser obedecido), é inválido, devendo ser expurgado do ordenamento através dos procedimentos previsto pelo próprio sistema que é o controle de constitucionalidade.

Desta feita,

(...) a lei inconstitucional é inválida por não retrotrair perfeitamente ao plexo normativo originário, ou, em outra perspectiva, porque dele não deriva regularmente. No caso, a invalidade resulta da não-conformidade a todas as “regras de admissão” contidas na Constituição, sejam referentes ao procedimento de elaboração legislativa (aspecto formal), ou as concernentes (direta ou indiretamente, positiva

95. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. Tomo 5, p. 293.

96. NEVES, op. cit. p. 80.

ou negativamente) ao conteúdo das normas legais (aspecto material). Portanto, é inválida porque não deriva perfeitamente (regularmente) do seu fundamento imediato de validade, a Constituição em vigor. Há suporte fático deficiente (→ invalidade), embora suficiente (→ pertinência), do ato legislativo.⁹⁷

Logo, a lei inconstitucional pertence (existe juridicamente) ao sistema do direito positivo, ainda que defeituosamente (invalidamente), e é eficaz ou parcialmente eficaz até que ocorra a incidência da sanção de inconstitucionalidade, por meio da *deseeficacização* (parcial ou total) e eliminação de efeitos (também parcial ou total).⁹⁸

Por isso, a sanção de invalidade aplicada à norma jurídica contrária à Constituição deve guardar consonância com essa característica do sistema jurídico, merecendo uma nova reflexão.

Como visto, boa parte da doutrina e jurisprudência defende que a sanção cabível para a norma inconstitucional é a nulidade do ato, entretanto, para essa corrente clássica,⁹⁹ a nulidade se opera *ab initio*, isto é, uma norma contrária à Constituição sequer ingressa no ordenamento jurídico, motivo pelo qual a sanção de nulidade incidiria automaticamente, tendo a decisão no controle de constitucionalidade um efeito meramente declaratório. Doutro modo, Elival Ramos, apesar de defender que essa técnica não prestigia a segurança jurídica bem como nega o princípio da presunção de constitucionalidade, entende que a sanção de nulidade no Brasil atinge a eficácia da norma desde a sua produção, impedindo-a de produzir quaisquer efeitos, motivo pelo qual a decisão apenas produz o reconhecimento da sanção.

Não obstante concordar que a regra geral no Brasil é a sanção de nulidade, não podemos concordar com os contornos dados até então. Primeiro, porque só podemos anular ou declarar nulo aquilo que juridicamente existiu, motivo pelo qual afastamos de plano o argumento da doutrina clássica. “Para que a decisão positiva sobre inconstitucionalidade fosse declaratória, seria preciso que a lei eivada de tal vício, não existisse, de jeito que o juiz ou tribunal diria: “Não existe”¹⁰⁰

Segundo, caso a norma inconstitucional fosse ineficaz *ab initio*, ela não teria imperatividade perante os seus destinatários, como também

97. NEVES, op. cit. p 80.

98. NEVES, op. cit. p 80.

99. Cf. nota nº 19.

100. PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 296.

as relações reguladas por essa regra perderia a sua juridicidade, afigurando-se um verdadeiro caos jurídico, visto que qualquer destinatário poderia se negar a cumprir a norma sob o argumento de que ela é ineficaz desde a sua existência. Nesse sentido leciona Regina Maria Macedo Nery Ferrari¹⁰¹:

Se outro fosse o entendimento, teríamos, de maneira vertiginosa, instalado o caos na vida social e em suas respectivas relações. Como anteriormente ressaltado, a inconstitucionalidade pode ser argüida a qualquer tempo e, assim, não se teria nunca a certeza do direito, pois nunca estaríamos em condições de saber se um ato praticado validamente sob o império de uma lei seria assim considerado para todo o sempre. (...) ¹⁰²

Assim, a sanção de nulidade (invalidade), admitida no nosso ordenamento, atua com eficácia desconstitutiva do ato normativo que estava produzindo efeitos, expulsando-o do ordenamento jurídico. Isso não significa dizer que os efeitos pretéritos (ou melhor, a eficácia pretérita) da norma viciada não sejam também desconstituídos. Na verdade, a regra é que a sanção de nulidade (invalidade) aja com duplo efeito desconstituindo os efeitos pretéritos do ato viciado, impedindo a possibilidade de irradiar efeitos futuros.

Salienta-se que, atualmente, o nosso ordenamento jurídico, notadamente em virtude do artigo 27 da Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999, admite, por razão de segurança jurídica e excepcional interesse social, a aplicação da sanção de nulidade de forma parcial, possibilitando a modulação da eficácia da sanção desconstitutiva para o ato viciado e as relações jurídicas decorrentes dele.¹⁰³

Nota-se que já na década de 70, o Ministro do Supremo Tribunal Federal advertia a necessidade de reforma do posicionamento da doutrina

101. A autora, apesar de defender a teoria da anulabilidade, ratifica o entendimento de que a sanção aplicável ao direito brasileiro possui a eficácia desconstitutiva de natureza retroativa.

102. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.162.

103. Sobre o tema: ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009; MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005; SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (org.). O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 101-138.

clássica sobre a natureza da sanção de inconstitucionalidade: “acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, ao meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade.”¹⁰⁴

Contudo, não obstante o referido posicionamento, essa corrente jurisprudencial ainda não ganhou corpo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Talvez a falta de um *leader case* que demande um debate aprofundado da questão tenha prejudicado o exame do tema por parte da Corte Suprema.

5. EFICÁCIA CONSTITUTIVA DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Conforme o exposto alhures, a classificação atribuída à sanção de inconstitucionalidade influencia diretamente a atribuição da natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade.

A doutrina norte-americana da teoria da nulidade, conforme já explanado, com grande influência na doutrina nacional, proclama o entendimento de que a decisão de inconstitucionalidade possui a natureza declaratória, pois apenas certifica a existência ou inexistência da norma em razão da constituição. Em sentido diametralmente oposto, para os adeptos da teoria da anulabilidade, já devidamente explicada em tópico específico, prevalece o entendimento de que a sentença possui natureza constitutiva, haja vista que a norma é expulsa do sistema.

Na doutrina nacional, são raros os posicionamentos sobre a eficácia constitutiva da sanção de inconstitucionalidades, podendo-se destacar as lições de Pontes de Miranda¹⁰⁵ posteriormente seguidas por Marcos Bernardes de Mello e Regina Maria Macedo Nery Ferrari.¹⁰⁶

104. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 79.343. Relator: Min. Leito Abreu. DJ: 02/09/1977. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

105. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. Tomo 3, p. 572.

106. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 54-59 e FERRARI, op. cit., p.175.

Percebe-se, por isso, que os contornos dados à sanção de inconstitucionalidade influenciam diretamente a classificação da natureza da decisão. Como dito anteriormente, a sanção de inconstitucionalidade ataca norma inserida dentro do sistema normativo, que apesar de ser eficaz não preencheu o teste de validade perante a norma constitucional. Logo, esse enunciado não certifica a existência ou inexistência, mas desconstitui a eficácia da norma e, se for o caso, elimina os efeitos por ela produzidos.

Assim, com base nessas premissas, faz-se necessário modificar o entendimento tradicional sobre a natureza da decisão de inconstitucionalidade, visto que não se pode declarar a existência ou inexistência de uma norma jurídica que ingressa no sistema, em virtude da presunção de constitucionalidade, e produz seus efeitos até que ocorra a expulsão mediante a sanção de inconstitucionalidade.

Deste modo, a sanção de inconstitucionalidade é veiculada por enunciado com a carga eficaz preponderantemente constitutiva de modo que a natureza da decisão de inconstitucionalidade é constitutiva.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico, enquanto dimensão essencial ao sistema jurídico, possui o aspecto formal-normativo e a função prescritiva, mas não pode, todavia, ser classificado como objeto de conhecimento autônomo e absoluto, visto que, pela óptica normativa, busca-se tão somente o conhecimento da ordem jurídica pela interpretação desse ordenamento, ou seja, busca-se o conhecimento do padrão das expectativas normativas posto pelo subsistema jurídico.

Por isso, não se pode afirmar que o ordenamento possui unidade e coerência da perspectiva material; a unidade, quando possível, pode ser vista apenas pelo aspecto formal e restritivo. Portanto, admite-se a existência de incoerências e inconsistências internas dentro do ordenamento, tal como acontece com as normas inválidas.

Apresentada a nossa opção terminológica sobre o sistema do direito positivo, delimitaram-se as três categorias de conhecimento, denominada pela teoria ponteana de planos do mundo jurídico que são os da pertinência (existência), da validade e da eficácia, que estão relacionadas a situações da norma jurídica perante o sistema de direito.

Para que a norma pertença ao ordenamento jurídico deve haver uma correspondência mínima com o núcleo normativo que preveja a sua entrada formal no sistema. A noção de núcleo mínimo normativo se assemelha à de suporte fático suficiente aplicado às normas individuais e concretas pela teoria ponteana, isto é, o ingresso da norma, na qualidade de ato complexo, prescinde de preenchimento de todos os requisitos para que seja válido, mas tão-somente dos elementos nucleares.¹⁰⁷

Todavia, os atos pertencentes ao sistema após o preenchimento do núcleo mínimo normativos podem ser qualificados como válidos ou inválidos. Os válidos serão aqueles que guardarem conformidade com os demais elementos complementares para perfeição. Aproveitando o mesmo exemplo citado para explicar o plano da pertinência, a lei seria válida desde que, mesmo promulgada, obedecesse a todas as regras do processo legislativo para ingresso no sistema (aspecto formal) e guardasse conformação com seu fundamento lastreado em norma interna do sistema, no caso, a Constituição Federal (aspecto material). Já a norma inválida seria aquela que, apesar de promulgada, não obedeceu ou obedeceu parcialmente as regras formais e/ou material para entrada regular no ordenamento.

A lei ou ato normativo editado conforme o processo racional de formação previsto no sistema jurídico, em função da estrutura procedimental do Estado que legitima a sua produção, deve gozar da presunção de conformidade com a ordem jurídica vigente, haja vista que foi produzida, pelo menos *a priori*, através de processo legislativo legitimado pela vontade política (exercida pelo voto) e, por isso, deve ser obedecida por todos.

Em função desse princípio, as normas editadas no direito brasileiro permanecem válidas enquanto o órgão competente para decidir sobre a constitucionalidade ou não das leis não emitir a decisão no sentido da inconstitucionalidade.

Esse princípio também exerce uma função pragmática fundamental para a manutenção da imperatividade das normas jurídicas, pois, caso contrário, qualquer indivíduo poderia recusar a aplicação e/ou obediência à norma jurídica pertencente ao sistema, sob o argumento de que a

107. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43-77.

norma estaria, de alguma forma, violando a Constituição Federal. Desse modo, com base nesse princípio, é conservada a imperatividade da norma incompatível com a Constituição até que haja o exame da compatibilidade, exercida por órgão com competência definida pelo direito positivo, mediante procedimentos de controle de validade da produção normativa.

A inconstitucionalidade é o conflito existente na relação entre as normas jurídicas e a Constituição Federal, tal relação deve ser examinada do ponto de vista interno do sistema jurídico positivo, ou seja, o problema da inconstitucionalidade é originário da incompatibilidade da norma jurídica com os requisitos de validade contidos na norma superior.

Assim, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico enquanto sistema permite a incompatibilidade de proposições integrantes de um mesmo sistema, como entre leis e a Constituição, “como critério (fundamento) imediato de validade das leis, [que] também reconhece a pertinência [= existência] inválida (defeituosa) das normas legais, enquanto não haja o ato específico de expulsão”.

Portanto, a sanção de nulidade (invalidade), admitida no nosso ordenamento, atua com eficácia desconstitutiva do ato normativo que estava produzindo efeitos, expulsando-o do ordenamento jurídico.

Isso não significa dizer que os efeitos pretéritos (ou melhor a eficácia pretérita) da norma viciada não sejam também desconstituídos. Na verdade, a regra é que a sanção de nulidade (invalidade) haja com duplo efeito desconstituindo os efeitos pretéritos do ato viciado e impedindo a possibilidade irradiar efeitos futuros.

Conclui-se, com base no exposto, que a sanção de inconstitucionalidade é veiculada por enunciado com a carga eficaz preponderantemente constitutiva de modo que a natureza da decisão de inconstitucionalidade é constitutiva.

3

DA SENTENÇA AO CONTEÚDO MANDAMENTAL: PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DO REGIME JURÍDICO- PROCESSUAL PARA AS ORDENS JUDICIAIS

Antonio do Passo Cabral¹

SUMÁRIO – 1. **Introdução:** a classificação tradicional das sentenças no Brasil e a inovação de Pontes de Miranda – 2. O conceito de sentença mandamental de Pontes de Miranda e a classificação quinária das sentenças – 3. A pouca adesão ao conceito pontiano de sentença mandamental e sua possível utilidade na legislação atual – 4. Classificação baseada no “conteúdo predominante” das sentenças, seus erros e acertos, e sua relevância no processo contemporâneo – 5. Diferenças entre a sentença mandamental e a condenatória: proposta de sistematização: 5.1. A ordem judicial e as tentativas de identificar-lhe as particularidades; 5.2. Ordem e condenação: diferenças práticas: 5.2.1. A ordem é prospectiva, a condenação retrospectiva; 5.2.2. Meios executivos; 5.2.3. Flexibilização na correlação entre pedido e sentença. O dinamismo da tutela mandamental e a possibilidade de mutação do provimento no curso do processo; 5.2.4. Sanção criminal como consequência para o descumprimento – 6. Conclusão – **Bibliografia.**

1. **INTRODUÇÃO: A CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DAS SENTENÇAS NO BRASIL E A INOVAÇÃO DE PONTES DE MIRANDA**

Pontes de Miranda foi o grande idealizador de uma das categorias mais controversas, intrigantes– e sobretudo uma das mais importantes

1. Professor-Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual pela UERJ e pela Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorando pela Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Membro da *International Association of Procedural Law*, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Teuto-Brasileira de Juristas (*Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*). Procurador da República no Rio de Janeiro.

– da teoria da sentença no Brasil. Falamos aqui do conceito de “sentença mandamental”, que já povoava os seus *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939,² e que foi tema mais aprofundado no *Tratado das Ações*.³

Dentre as muitas classificações das sentenças, a mais propalada, no Brasil e no estrangeiro, é aquela que as separa em três categorias tradicionais: as sentenças declaratórias (ou meramente declaratórias), constitutivas ou condenatórias. Esta classificação é fundada na pretensão exercida, ou no critério do “elemento preponderante” no conteúdo das sentenças. É que, do debate entre monismo e dualismo no que se refere à criação de direito pela sentença, foi vitorioso o dualismo, que prega uma separação entre legislação e jurisdição, uma fratura entre sentença e ordenamento objetivo. Ou seja, a concepção dominante é aquela segundo a qual os direitos pré-existem à sentença, e esta se limita a declará-los. Assim, toda sentença tem um conteúdo declaratório, que pode ser acrescido de outros conteúdos diversos. Na sentença condenatória, p.ex., o elemento declaratório soma-se à condenação, esta predominante.

Portanto, as classificações das sentenças, na doutrina clássica, têm fulcro no conteúdo “predominante” da sentença. Então, para a caracterização de qualquer sentença (inclusive a mandamental), é o elemento que prepondera ou predomina que é o cerne da distinção.⁴

Em suma, este breve introito nos faz crer que não há sentença que seja “pura” ou que possua um único conteúdo: o que há é uma simbiose desses elementos. Observe-se que, em razão do dualismo e da constatação de que toda sentença teria um elemento declaratório, muitos autores utilizam a expressão “sentença meramente declaratória” para designar aqueles provimentos nos quais o conteúdo declaratório fosse o único. Todavia, é duvidoso o acerto no uso desta expressão porque, mesmo nas sentenças declaratórias, normalmente a prática mostra que há outro conteúdo, comumente encontradiço nas sentenças em geral, que é da condenação em honorários advocatícios, que reflete evidente elemento condenatório.

2. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, t.II, 1947, p.440 ss.

3. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Forense, 1976, t.IV, p.9, 36; t.VI, p.3, 9, 15.

4. Adiante veremos se esta obsessão pela classificação se justifica na atualidade. Sobre o tema, MALACHINI, Edson Ribas. “As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas”, in *Revista de Processo*, ano 30, n.125, jul, 2005, p.55-56.

Enfim, se o critério do “conteúdo predominante” é aquele utilizado para classificar as sentenças, vejamos rapidamente as definições mais comuns das três espécies de sentença tradicionalmente referidas na literatura processual. Segundo a doutrina clássica, sentença (meramente) declaratória é a que certifica a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Exemplos seriam as sentenças declaratórias de inexistência de débito tributário ou aquelas proferidas nas ações “negatórias” de paternidade (no caso, como o que se pretende é a declaração de inexistência de uma relação jurídica, chama-se a sentença de “declaratória negativa”).

As sentenças constitutivas seriam aquelas que criam, modificam ou extinguem relações jurídicas. Exemplo comum é a ação de investigação de paternidade. Frise-se que, pelo dualismo, os direitos subjetivos pré-existem ao processo, e então a sentença constitutiva não cria direitos; são as *relações jurídicas* que podem ser criadas, modificadas ou extintas. Quando o que se pretende é a extinção de uma relação jurídica, estas sentenças chamam-se “constitutivas negativas” ou “desconstitutivas”. Exemplos são as decisões em ação rescisória (sobretudo as de procedência no juízo da rescisão, primeira etapa do mérito da ação rescisória), as sentenças anulatórias em geral, etc.

Já as sentenças condenatórias sempre apresentaram grande dilema para a teoria da sentença porque nunca se conseguiu chegar a um conceito unívoco do que é uma condenação. A sentença condenatória sempre se definiu não pelo conteúdo da sentença, mas pelo que ele poderia gerar: na tradição latina, sentença condenatória seria aquela que porta uma *sanção* e sujeita o inadimplente à execução forçada, normalmente com mecanismos de subrogação.⁵ Portanto, a doutrina ortodoxa sempre relacionou a sentença condenatória com a sanção que poderia ser envergada pelo beneficiado contra o condenado. Trata-se de concepção difundida por Liebman,⁶ segundo a qual, diante do incumprimento da sentença, a condenação “reprimiria”, “sancionaria” o condenado, viabilizando o uso da execução, ao contrário das sentenças declaratória e constitutiva, nas quais a tutela de conhecimento se bastaria.

5. SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. “Apontamentos sobre o cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa no Código de Processo Civil”, in Revista de Processo, ano 35, n.186, ago, 2010, p.317 ss; DECOMAIN, Pedro Roberto. “Liquidação e cumprimento de sentença em ação popular”, in Revista Dialética de Direito Processual, n.79, out, 2009, p.102 ss.

6. LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado. São Paulo: Saraiva, 2ª Ed., 1968, p.103 ss. Difundida no Brasil, a tese ganhou muitos adeptos. Cf. ARRUDA ALVIM. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 14ª Ed., 2011, p.1097.

Contudo, como se vê rapidamente e foi bem pontuado por José Carlos Barbosa Moreira, definir as condenatórias a partir da sanção é equivocado pois a conceituação não é ontológica (pelo que ela é), mas pelo que ela gera ou produz.⁷ Então, a definição se foca em uma consequência da sentença, e não em características puramente ontológicas (não se usa nem mesmo o critério do seu “conteúdo predominante”).

Por outro lado, relacionar a condenação a uma sanção, ligando a sentença condenatória à execução, também é uma associação não mais adequada ao processo contemporâneo.⁸ Outra vez é Barbosa Moreira quem lembra, com perspicácia, que existem conteúdos condenatórios que não decorrem de comportamentos antijurídicos.⁹ Ressaltamos de nossa parte que, na atualidade, existem mecanismos executórios de coerção também para as sentenças declaratórias e constitutivas (que se submetem à chamada “execução imprópria”),¹⁰ além de vários autores defenderem que é natural conceber a execução também destas sentenças, e não apenas da sentença condenatória.¹¹

Bom, após breve resumo das principais definições da tríade clássica das sentenças, vejamos a introdução do conceito de sentença mandamental no Brasil.

2. O CONCEITO DE SENTENÇA MANDAMENTAL DE PONTES DE MIRANDA E A CLASSIFICAÇÃO QUINÁRIA DAS SENTENÇAS

Foi Pontes de Miranda que delineou os traços da sentença mandamental no Brasil, valendo-se do conceito de Georg Kuttner a respeito dos *Anordnungsurteile* na Alemanha. Segundo Pontes, a sentença mandamental é “aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda”.

-
7. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”, in *Temas de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.72, 77.
 8. Com razão, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 19ª Ed., 2009, p.425.
 9. Fala o mestre da condenação em custas e honorários nos sistemas que as fazem derivar do mero fato da sucumbência. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”, *Op.cit.*, p.74.
 10. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, vol.5, 2ª Ed., 2010, p.33.
 11. DIDIER JR., Fredie. “Sentenza costitutiva e esecuzione forzata nel diritto brasiliano”, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol.65, 2010, p.1129 ss.

A primeira característica desta categoria salta aos olhos: ao invés de ter como conteúdo uma declaração, constituição ou condenação, a sentença mandamental é aquela que contém uma *ordem*. Daí porque talvez Pontes de Miranda tenha ido se abeberar de uma ideia tedesca que poderia ser traduzida como “sentença ordenatória” ou sentença “de ordem”, que nomeou por aqui de “mandamental”.

Porém, como demonstrou Barbosa Moreira, em um outro texto importante nesta temática, deve ser salientado, de um lado, que a categoria da sentença ordenatória não ganhou adesão na Alemanha: a produção doutrinária tedesca continua com a repartição ternária das sentenças. De outro lado, é relevante destacar também que Pontes de Miranda distorceu o alcance do conceito de Kuttner a ponto de podermos afirmar que nossa sentença mandamental pouco tem de parecido com o *Anordnungsurteil*.¹²

Por exemplo, Kuttner limitava seu conceito às ordens destinadas a *órgãos públicos* e que fossem estranhos ao processo (terceiros). Aliás, este foi o principal foco de estudo de Kuttner porque esta situação do juiz do processo civil ter que dirigir uma ordem a órgãos públicos era algo realmente que chamava a atenção dos alemães. Isso porque a jurisdição civil é apartada da jurisdição administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*) naquele país, e, assim, os órgãos de Estado não litigam nas cortes civis, mas em juízos próprios. Nesse cenário, seria compreensível o questionamento acerca da natureza do provimento endereçado àquele sujeito público, estranho ao processo, toda vez que um magistrado da jurisdição comum tivesse que determinar uma providência a um órgão estatal até então não participante.¹³

Neste ponto, ao contrário da opção de Kuttner, Pontes de Miranda afirmava que a ordem poderia ser endereçada à parte ou a terceiro, público ou privado. Dizia que o mandado poderia ser dirigido “a outro órgão do Estado, ou a algum sub-órgão da justiça, ou a alguma pessoa física ou jurídica”.¹⁴

12. KUTTNER, Georg. *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*. Aalen (reimpressão da edição de 1914), 1971, p.21 ss, 31 ss,

13. KUTTNER, Georg. *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*. Op.cit., p.8-9.

14. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Op.cit., t.VI, p.9; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil”, in *Temas de Direito Processual – 7ª Série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.58.

Esta divergência mostra que a sentença mandamental brasileira não pode e nem deve ser comparada à sentença de ordem pensada por alguns autores alemães, até porque as principais ações mandamentais brasileiras (como o mandado de segurança, *habeas corpus*,¹⁵ *habeas data*, mandado de injunção) têm paralelos mais próximos, no estrangeiro, com os *writs* e *injunctions* dos sistemas anglo-americanos, bem assim no *juicio de amparo* do direito mexicano, que se espalhou para vários países latinoamericanos.¹⁶

Sem antecipar as linhas que se seguirão, pensamos que o conceito de Pontes é mais adequado à realidade brasileira. Então, nesse ponto, talvez mereça alguma crítica a elaboração pontiana apenas no possível equívoco de sua análise comparativa, na origem que foi buscar para o instituto que apresentava ao público nacional.

No tópico seguinte, veremos se existe alguma utilidade do estudo da tutela mandamental no Brasil, ou se, como afirmam alguns, a sentença mandamental poderia ser subsumida aos conceitos de sentença declaratória, constitutiva e condenatória.

3. A POUCA ADESAO AO CONCEITO PONTIANO DE SENTENÇA MANDAMENTAL E SUA POSSÍVEL UTILIDADE NA LEGISLAÇÃO ATUAL

A tese de Pontes não encontrou eco na doutrina brasileira, e até hoje são muitos os que criticam a utilidade prática da distinção da sentença

-
15. O mandado de segurança assemelha-se muito a outros writs como o *habeas corpus* e o *habeas data*, sendo inclusive residual em relação a estes. Cf. REDONDO, Bruno Garcia, OLIVEIRA, Guilherme Peres de, CRAMER, Ronaldo. Mandado de segurança. São Paulo: Método, 2009, p.45-46; BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 5ª Ed., 2009, p.18.19. Aliás, frise-se que o mandado de segurança brasileiro tem origem no *habeas corpus*. Ficou conhecida historicamente a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, cujo objetivo era ampliá-lo para qualquer lesão a direito por autoridade pública, mesmo que o direito não fosse a liberdade de locomoção. Sobre o tema, Cf. CASTRO NUNES. Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed., 2ª tiragem, 1949, p.14 ss, 42 ss; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Mandado de segurança – uma apresentação”, in Temas de Direito Processual – 6ª Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p.198; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Dialética, 10ª Ed., 2012, p.483-484.
 16. Com razão, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Mandado de segurança – uma apresentação”, Op.cit., p.197; REDONDO, Bruno Garcia, OLIVEIRA, Guilherme Peres de, CRAMER, Ronaldo. Mandado de segurança. Op.cit., p.23. Com a devida vênia, equivoca-se, no ponto, DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Manual do mandado de segurança. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª Ed., 1999, p.7 ss.

mandamental das demais espécies de sentença.¹⁷ Para os autores que rejeitam a categoria das sentenças mandamentais, deve-se manter a classificação ternária das sentenças porque as sentenças mandamentais poderiam ser incluídas em uma das três espécies clássicas.¹⁸ Não haveria ganho teórico ou prático em incluir a sentença mandamental como categoria autônoma. Diz-se ainda que, com as alterações no “cumprimento de sentença”, operadas pela Lei 11.232/05, passou a não haver mais diferença entre a tutela mandamental e a condenatória (ambas seriam executáveis no mesmo processo, *sine intervalo* e com meios coercitivos).¹⁹

De outra parte, embora entre os autores de sua geração não tenha sido visto grande apoio à tese de Pontes de Miranda, mais e mais, nas últimas décadas, cresce a quantidade de estudiosos que adotam uma classificação “quinária” das sentenças, acrescentando à tríade clássica as sentenças mandamentais e as chamadas “executivas *lato sensu*”.²⁰

Como veremos adiante, existem dificuldades teóricas em extremar a sentença mandamental de outras formas de sentença. Seria muito mais confortável evitar simplesmente o debate e usar as três categorias mais conhecidas. Todavia, esta opção mais cômoda e fácil só seria viável se não houvesse, na distinção, qualquer repercussão prática.

E a utilidade prática do conceito (e do estudo da sentença mandamental) parece-nos derivar de um dado do direito positivo. Após algumas reformas legislativas, a partir da década de 90 do séc. XX, as normas processuais brasileiras começaram a tratar diferentemente a tutela mandamental se comparada com as tutelas declaratória, constitutiva e condenatória.

17. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.517; LUNELLI, Carlos Alberto e MARIN, Jeferson. “A preservação da tutela jurisdicional a partir da interação das eficácias mandamental e condenatória”, in Revista de Processo, ano 36, n.195, mai, 2011, p.427.

18. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. Op.cit., p.526-527; ARRUDA ALVIM. Manual de Direito Processual Civil. Op.cit., p.1098.

19. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, vol.2, 5ª Ed., 2010, p.356-357; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Op.cit., p.427-428.

20. Não trataremos aqui das sentenças denominadas “executivas *lato sensu*”, categoria que temos por inadequada. Sobre a classificação quinária, por todos, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. São Paulo: RT, vol.2, 7ª Ed., 2008, p.432; NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre, CÂMARA, Bernardo Ribeiro, SOARES, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual Civil. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.242-243.

Com efeito, o adjetivo “mandamental” já podia ser visto no art.212 §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.²¹ Depois, observou-se aguda modificação na disciplina das obrigações de fazer, não fazer e dar, com mudança legal que começou no art.84 do Código de Defesa do Consumidor e se espalhou posteriormente ao art.461 e 461-A do CPC. Nestes casos, com ou sem ordem de imposição de providências ou medidas de apoio, a sentença é preponderantemente condenatória,²² o que nos mostra que, mesmo com “predominância” de um conteúdo ou elemento (p.ex., condenatório), uma mesma sentença pode conter uma “condenação” e uma “ordem” ao mesmo tempo.

Finalmente, as alterações no art.14, e parágrafo único, do CPC, mostraram que o legislador começou a prever pesadas sanções de litigância de má-fé para a inobservância de preceitos mandamentais.²³

Ademais, como mencionaremos adiante, a diferença entre ordem e condenação não é apenas na forma de execução. Há outros aspectos distintivos relevantes.

Então, e por tudo isso, não nos parece suficiente enquadrar as decisões mandamentais, ou mesmo uma parcela de seu conteúdo, dentro da tríade clássica das sentenças “declaratórias”, “constitutivas” e “condenatórias”. Se até se poderia imaginar que, no passado, o ordenamento processual poderia funcionar, na prática, ignorando qualquer diferenciação da sentença mandamental em relação às demais espécies de sentença, atualmente não se pode ter uma atitude tão passiva em relação a esta categoria.

4. CLASSIFICAÇÃO BASEADA NO “CONTEÚDO PREDOMINANTE” DAS SENTENÇAS, SEUS ERROS E ACERTOS, E SUA RELEVÂNCIA NO PROCESSO CONTEMPORÂNEO

Pois bem, fixada a premissa de que hoje é imperiosa a distinção da tutela mandamental das demais formas de tutela jurisdicional, neste

21. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças”, in *Temas de Direito Processual – 8ª Série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.125 ss.

22. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil”, *Op. cit.*, p.66.

23. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças”, *Op.cit.*, p.125 ss; BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.151.

tópico queremos brevemente propor que o tema da classificação das sentenças seja revisto.

Não queremos aqui discutir, por ora, as definições dos adjetivos “condenatório”, “mandamental” ou outros que se queiram atribuir às sentenças. Nosso propósito será muito mais modesto.

Desejamos apenas propor à reflexão da comunidade científica do direito processual que, ao invés de classificarmos *sentenças*, estejamos focados mais nos *conteúdos* dos provimentos que a decisão contenha.

Ora, esta proposta vem de uma constatação da classificação tradicional, que é admitida pela unanimidade da doutrina: a sentença pode ter, e efetivamente tem, vários conteúdos. Em primeiro lugar, partindo-se do dualismo do ordenamento, toda sentença tem um conteúdo declaratório. E, na maioria das sentenças, existe também um conteúdo condenatório (custas e honorários de advogado) que, embora acessório, chamará toda a sistemática da tutela condenatória (p.ex., execução subrogatória).

Pois bem, a literatura clássica, mesmo enfatizando a diversidade de conteúdos das sentenças, na ânsia pandetística de classificar os institutos, afirma que a divisão das sentenças é calcada no seu elemento ou conteúdo *predominante*. Esta tradição também influenciou o próprio Pontes de Miranda na sua teorização sobre a sentença mandamental.²⁴

Ora, perguntamos qual é a vantagem de, mesmo identificando uma sentença com diversos conteúdos (declaração, condenação, ordem), defini-la como sentença condenatória apenas para que assim possa ser rotulada?

Temos que o interesse científico em classificar sejam as pretensões (os antigos falavam em “ações”), seja a tutela jurisdicional requerida ou concedida, bem assim as espécies de sentença, é sempre em identificar qual *regime jurídico-processual* será aplicável a cada uma delas ou a cada um dos diversos conteúdos que elas contenham. Ora, de nada adianta classificar uma sentença apenas por deleite acadêmico, ou para regozijo

24. Pontes dizia que a sentença poderia ser imediata ou mediatamente mandamental. Na primeira, a ordem seria a eficácia principal da sentença, a própria providência postulada. Por outro lado, a eficácia mandamental seria mediata quando da decisão também decorre uma ordem, mas como um *posterius*, isto é, o mandado deveria ser pedido depois. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Forense, 1976, t.I, p.134.

pessoal: “ufa, viu só, trata-se de uma sentença constitutiva, não mandamental!” A classificação deve servir a alguma necessidade prática.

P.ex., é fácil notar que a execução de “sentenças” constitutivas não é a mesma de “sentenças” condenatórias. Mas se uma mesma sentença tem predominante o elemento constitutivo, e portanto pode ser classificada de “sentença constitutiva”, e ainda assim tem condenação em custas e honorários, perguntamos: naquela parte do conteúdo condenatório, aplicar-se-á o regime próprio das sentenças constitutivas? Claro que não.

E muitas sentenças nas quais o conteúdo predominante não seja mandamental podem, ainda assim, possuir uma ordem. É o que se vê nos debates sobre o art.461 do CPC. Para alguns, seguindo o conceito de Pontes de Miranda para “sentença cominatória” (como aquelas do tradicional art.287 do CPC), tratar-se-ia de sentença condenatória.²⁵ Mas a doutrina majoritária afirma que pode haver um conteúdo mandamental (ordem) nos casos do art.461 do CPC.²⁶ Outros propõem que a tutela condenatória ou constitutiva seja “reforçada” por conteúdos que ordenem ao pagamento, o que atribuiria maior eficiência ao processo pelo possível uso de mecanismos para cumprimento das sentenças mandamentais.²⁷

Por conseguinte, em nosso sentir, o debate sobre a classificação das sentenças deve ser mudado. Não nos podemos contentar em identificar o conteúdo “predominante” de uma sentença, como se os problemas práticos terminassem aí. Muito mais interessante para a *praxis* contemporânea é colher o rico material a respeito dos conceitos de tutela declaratória, constitutiva e mandamental, produzido nos debates sobre a

-
25. Justifica-se, aqui e ali, esta diferença, porque na cominação, assim como nas sentenças condenatórias em geral, haveria uma escolha para o condenado entre cumprir e não cumprir, o que não existiria na ordem judicial, que reduz e neutralizaria a discricionariedade do destinatário. Discordamos, com a devida vênia, desta concepção. No fundo, a decisão sobre cumprir ou não cumprir é sempre uma alternativa, mesmo quando o destinatário da ordem encontra-se em uma posição jurídica de desvantagem (p.ex., dever jurídico) e mesmo que o descumprimento acarrete a aplicação de uma sanção grave, tal como a pena para o crime de desobediência. Confira-se MALACHINI, Edson Ribas. “As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas”, Op.cit., p.29, 33, 52-53.
 26. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumária e de urgência. São Paulo: Malheiros, 3ª Ed., 2003, p.104 ss; MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. São Paulo: RT, 3ª Ed., 2003, p.392-400; TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer. São Paulo: RT, 2ª Ed., 2003, p.229 ss; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. Op.cit., p.433.
 27. LUNELLI, Carlos Alberto e MARIN, Jeferson. “A preservação da tutela jurisdicional a partir da interação das eficácias mandamental e condenatória”, Op.cit., p.429 ss.

classificação das sentenças, e focar na identificação dos diversos tipos de conteúdo que as sentenças possuem, e então aplicar a cada qual o regime processual que lhes é próprio.

5. DIFERENÇAS ENTRE A SENTENÇA MANDAMENTAL E A CONDENATÓRIA: PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO

No início do texto, vimos que Pontes de Miranda ampliou, no Brasil, o conceito de sentença mandamental originalmente cunhado na Alemanha. A sentença mandamental poderia ser direcionada a particulares (não apenas a órgãos públicos) e inclusive às partes do processo, e não apenas a terceiros.

Ficou assentado também que há uma utilidade prática em tentar extremar a tutela mandamental das demais formas de tutela jurisdicional em razão do diferente tratamento legislativo conferido pela lei processual brasileira à tutela mandamental. Por fim, pugnamos que a identificação das características da mandamentalidade seja útil a bem de qualificar os diversos conteúdos destas sentenças, e então aplicar-lhes o respectivo regime jurídico-processual, e não em nome de um mero fetiche taxinômico para classificar sentenças.

Nesse diapasão, e dentro do nosso restrito propósito de sistematização, ao visualizarmos a literatura nacional, pode-se dizer que não houve um inventário claro, no Brasil, das características do conteúdo mandamental de uma sentença.

Pensamos que a doutrina não conseguiu historicamente chegar a uma conclusão segura sobre as idiossincrasias da sentença mandamental, e isso por vários motivos. Primeiramente, porque previstas em regra constitucional e destinadas, no mais das vezes, a reprimir atos administrativos, as principais ações mandamentais (como o mandado de segurança e o *habeas data*), embora sejam, desde sua origem, ações civis,²⁸ sempre foram teorizadas por autores com as mais variadas formações acadêmicas (administrativistas,²⁹ constitucionalistas e processualistas).

28. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. Op.cit., p.492; BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de segurança. Op.cit., p.11-12; REDONDO, Bruno Garcia, OLIVEIRA, Guilherme Peres de, CRAMER, Ronaldo. Mandado de segurança. Op.cit., p.32-33.

29. Confira-se, por todos, MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data. São Paulo: RT, 20ª Ed., 1998; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de segurança. São Paulo: Malheiros, 1966; CRETELA JR., José.

Esta abordagem levou à publicação de uma diversidade de estudos de outras áreas do Direito que não se esmeraram em algumas questões mais afeta à processualística, sendo a sentença mandamental apenas uma delas.

Ademais, como salientou Barbosa Moreira, nota-se na literatura claramente uma tendência de ver o mandado de segurança como “uma entidade exótica, estranha, insuscetível de enquadramento nas categorias tradicionais do processo civil”.³⁰ E esta é uma observação encontrada inclusive entre processualistas.

Tentaremos aqui, dentro das limitações de aprofundamento e espaço que um estudo desta natureza impõe, traçar breves linhas que entendemos um bom ponto de partida para a consolidação das características básicas da tutela mandamental.

5.1. A ordem judicial e as tentativas de identificar-lhe as particularidades

A característica maior e que primeiramente se identifica na sentença mandamental é que esta contém uma “ordem” ao seu destinatário.³¹ De outro lado, a sentença condenatória impõe ao condenado uma “prestação”.

Se seguirmos à procura de uma diferença clara entre os conteúdos condenatório e mandamental da sentença, certamente esbarraremos numa questão de perspectiva, como já referimos acima.

Na Alemanha, p.ex., pela denominada *Befehlstheorie*, a condenação também é compreendida como uma “ordem de prestar”. A diferença ressaltada por Kuttner quando diferenciou a sentença condenatória (*Leistungsurteil*) da sentença ordenatória (*Anordnungsurteil*) era o destinatário da ordem: nas condenatórias, o destinatário é o próprio réu; nas

Comentários às leis do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 9ª Ed., 1998; FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos. São Paulo: Malheiros, 1992.

30. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Mandado de segurança – uma apresentação”, Op.cit., p.204. Algumas estranhezas encontram-se na doutrina clássica sobre o mandado de segurança. Confira-se, sobre a sentença mandamental, a perplexidade de CASTRO NUNES. Do mandado de segurança... Op.cit., p.61-63.

31. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. Op.cit., p.512.

mandamentais, um órgão estatal que é terceiro em relação ao processo.³² Ora, não haveria então diversidade ontológica entre a ordem e a condenação e tudo seria uma questão semântica...³³ De nossa parte, podemos tentar refletir sobre algumas diferenças entre a condenação e a ordem, o que faremos nos tópicos a seguir. No entanto, queremos repisar o que já propusemos anteriormente. Se as sentenças podem ter ambos os conteúdos, mais importante é que saibamos discerni-los.

Fixado o ponto nodal da tutela mandamental (a *ordem*), cabe refletirmos, ainda que rapidamente, sobre o que significa esta ordem e em que exatamente ela difere da prestação imposta pela sentença condenatória. Ademais, outras indagações relevantes são referentes ao destinatário da ordem, se esta ordem deve ser direcionada apenas ao réu ou pode ser endereçada a terceiros; e ainda se o destinatário da ordem deve ser um órgão estatal ou pode ser também um particular. Começemos pelas peculiaridades da ordem que a possam diferenciar da condenação.

Marinoni e Arenhart, ao descreverem a tutela mandamental, afirmam que a ordem refletiria o *imperium* e a *coertio* do Estado,³⁴ e seguem apontando como uma de suas características a possibilidade de execução indireta, com meios executivos de coerção, dizendo que a sentença mandamental destina-se a “convencer” o réu, pressionando-o a cumprir.³⁵ Com todas as vênias aos autores, estes não parecem ser dados que permitam divisar a tutela mandamental da condenatória. Com efeito, tanto em uma como na outra, o Judiciário exerce igualmente os poderes naturais da jurisdição, dentre eles o *imperium* e a *coertio*. Lembremos que a técnica executiva do cumprimento de sentença prevê aplicação de multa

32. KUTTNER, Georg. Urteilstwirkungen ausserhalb des Zivilprozesses. Op.cit., p.23 ss.

33. Esta referência tedesca a uma “ordem de prestar” para falar da condenação pode até ter tido alguma repercussão, no Brasil, pelo fato de que muitos autores afirmam que o conteúdo mandamental não é infenso à sentença condenatória. Embora não estejamos aderindo a esta concepção, se a analogia servir para esta salutar conclusão, tanto melhor. Sobre o ponto, Cf. ASSIS, Araken de. “Sentença condenatória como título executivo”, in WAMBIER, Teresa (Org.). Aspectos polêmicos da nova execução – vol.3. São Paulo: RT, 2006, p.11 ss; CARNEIRO, Athos Gusmão. “Natureza da sentença condenatória e contagem do prazo dos 15 dias – art.475-J do CPC”, in Revista Dialética de Direito Processual, n.83, fev, 2010, p.9-10; LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Inexequibilidade das sentenças declaratórias”, in Revista Dialética de Direito Processual, n.92, nov, 2010, p.113 ss.

34. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. Op.cit., p. 432.

35. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. Op.cit., p. 432.

coercitiva (art.475-J) para exercer pressão no réu mesmo para sentenças condenatórias de obrigação de pagar quantia em dinheiro.³⁶ Assim, é incorreto ligar a sentença mandamental a meios executivos de coerção.

Aliás, esta associação é recorrente também em outros autores para os quais a ordem da sentença mandamental seria característica de hipóteses em que o efeito jurídico pretendido pelo demandante não possa ser obtido pelo cumprimento espontâneo do direito material pelos sujeitos envolvidos. Porém, como razão afirma Bedaque que, nos casos em que normalmente se vê a impetração de mandado de segurança e *habeas corpus*, exemplos maiores de tutela mandamental clássica, há possibilidade de reversão espontânea do ato ilícito alegado em razão da autotutela administrativa.³⁷

No mais, o “convencimento” dos litigantes do desacerto de suas condutas é uma função reconhecida à jurisdição em geral, e exercida pela fundamentação das decisões judiciais em qualquer decisão, e não só na tutela mandamental.

Antes de entrarmos nas características da ordem que possam diferenciá-la da condenação, cabe redigir algumas linhas sobre o destinatário da ordem. No Brasil, respeitado setor doutrinário afirma que a ordem tem que ser direcionada ao réu para que se considere expressão de tutela mandamental. Se a ordem fosse endereçada a terceiro, como ao oficial de registro do cartório ou tabelião, a sentença não seria mandamental.³⁸

Neste ponto, estamos com a definição pontiana, que admite que a ordem seja emitida contra a parte e eventualmente (embora não seja o normal), possa ser dirigida a particulares. Em primeiro lugar, relembre-se o que já foi dito: mesmo tendo Pontes de Miranda ampliado o conceito alemão, o correto berço comparado para as sentenças mandamentais deveria estar no *common law* (nos *writs* e nas *injunctions*) e no *amparo* latinoamericano. E, nestes sistemas, a ordem pode ser endereçada às partes. Ademais, pensá-la apenas em relação a terceiros seria natural num país com jurisdição administrativa (como os europeus-continentais), e portanto esta distinção não faz sentido no Brasil, onde os órgãos públicos

36. Como lembra BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de segurança. Op.cit., p.141.

37. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. Op.cit., p.514.

38. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. Op.cit., p.432-433.

litigam com as mesmas regras do processo civil (com poucas derrogações) e nas mesmas cortes da jurisdição comum (ainda que com órgãos especializados).

Em suma, se Pontes errou ao importar o conceito de Kuttner com uma extensão que não se encontrava no original, por outro lado, consciente ou inconscientemente, ao ampliar a definição de sentença mandamental adequou-a à realidade brasileira, aproximando-a também dos mais importantes similares comparados.

Ainda no que se refere ao destinatário da ordem, e outra vez com Pontes de Miranda, entendemos que possa haver ordem direcionada a um terceiro. A esta conclusão se chega se pensarmos que o que importa, para o direito processual contemporâneo, não é identificar o elemento que “predomine” em uma sentença, mas identificar os diversos conteúdos que uma sentença possa conter, e aplicar as regras adequadas para aquela modalidade de tutela. Assim, nada impede que identifiquemos uma ordem na determinação do juiz ao escrivão do registro civil de pessoas, em consequência de ações constitutivas, para averbar o nome do pai (numa ação investigatória de paternidade) ou ainda o divórcio ou a interdição. Nestes casos, haverá um conteúdo constitutivo e outro mandamental, e a cada qual devemos aplicar um regime próprio.

5.2. Ordem e condenação: diferenças práticas

Ao contrário dos critérios que rechaçamos anteriormente, como aqueles que veem como peculiaridade da tutela mandamental o caráter coercitivo, ou educativo, a possibilidade de obtenção do efeito pretendido espontaneamente, ou ainda o destinatário da ordem, nos itens seguintes tentaremos sistematizar as principais características da ordem e seu regime jurídico-processual.

5.2.1. A ordem é prospectiva, a condenação retrospectiva

A principal diferença entre a tutela ordenatória e a tutela condenatória é que a primeira atua para o futuro, num viés prospectivo, enquanto a segunda incide num perfil retrospectivo.

Sem embargo, a condenação é retrospectiva porque remete a uma conduta (a prestação) que se coloca frente à violação cometida pelo réu

com referência ao passado: condena-se alguém a uma prestação que significa uma consequência natural de um ilícito (normalmente do inadimplemento) pretérito. Talvez por isso tenham alguns autores identificado a sentença condenatória com uma sanção, já que esta é logicamente posterior mas remete a um tempo de referência anterior.³⁹

Já a ordem incide de maneira prospectiva pois remete a uma conduta que o destinatário da norma terá que adotar dali para frente. Essa diferença tem evidente repercussão processual, pois é clássica a lição de que, nas relações jurídicas continuativas, a tutela mandamental não serve para a obtenção de valores pretéritos.⁴⁰ Assim, p.ex., o mandado de segurança é meio hábil para a declaração de inexistência de débito tributário ou para a anulação de um ato ilegal, impedindo a cobrança das parcelas da sentença em diante, mas não pode ser utilizado como ação de cobrança para devolução dos valores pagos anteriormente. Para esta finalidade, deve-se postular uma condenação pela ação de repetição de indébito. Esta diferença já é tradicional na jurisprudência, como se via nos enunciados 269 e 271 da Súmula da Jurisprudência do STF,⁴¹ e foi recentemente positivada no art.14 § 4º da Lei 12.016/09, que reforçou esta características da ordem ao revogar a Lei 5.021/66 que permitia a condenação a algumas prestações pretéritas.⁴²

Agora, é verdade que, contemporaneamente, com o aumento dos reclamos por uma tutela específica, e pela redução da importância da tutela condenatória, foi paulatinamente sendo imaginado o uso das ordens como adendo ou reforço à tutela condenatória tradicional.⁴³ A mesma

39. Sobre o conceito de “tempo de referência” e “tempo de eficácia”, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.485 ss.

40. MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular...Op.cit., p.91; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Manual do mandado de segurança. Op.cit., p.138.

41. Súmula 269 do STF: “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”; Súmula 271 do STF: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

42. REDONDO, Bruno Garcia, OLIVEIRA, Guilherme Peres de, CRAMER, Ronaldo. Mandado de segurança. Op.cit., p.124.

43. BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de segurança. Op.cit., p.181. Na execução em geral, Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Op.cit, vol.5, p.423 ss, 468 ss. Esta possibilidade visualizava-se aqui e ali na legislação brasileira, e já de algum tempo. Assim também BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Mandado de segurança – uma apresentação”, Op.cit., p.207; BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de segurança. Op.cit., p.180. Sem embargo, a

simbiose entre ordem e condenação se pode visualizar na tutela das obrigações de fazer e não fazer, onde por vezes a busca pela tutela específica exige que a estas demandas seja atribuído um necessário caráter prospectivo. Esta constatação fez com que se admitisse o uso da tutela mandamental combinado com a condenação (art.461 do CPC).

De qualquer maneira, ainda que sejam técnicas que se agregam e reforçam mutuamente, os regimes processuais de cada uma são diversos.

5.2.2. Meios executivos

Outra característica que permite diferenciar o conteúdo condenatório do conteúdo mandamental é o tipo de execução a ser atuado para concreção e atuação prática de uns e outros. Este parece ser o ponto mais pacífico no que tange às peculiaridades da tutela mandamental. Afirma-se que a diferença da tutela mandamental reside na *forma*, nos *meios* de que se poderá valer para solucionar o caso e para dar concreção ao comando da sentença.⁴⁴

Com efeito, a tutela condenatória sempre foi imaginada como a sede própria para a execução subrogatória tradicional, ajuizada num outro processo autônomo (*ex intervallo*), com meios executivos pelos quais o Estado se substituiria à vontade do executado (que seria prescindível), ingressando no patrimônio do devedor à força, efetuando afetação de bens (penhora), excussão e pagamento.⁴⁵

De outro lado, a doutrina é praticamente unânime em afirmar que a ordem judicial concede ao impetrante uma proteção *in natura* que não admite substituição e deve ser atuada através do que se convencionou denominar de *execução indireta*, fora do clássico conceito de título executivo

própria Lei 5.021/66 (hoje revogada) previa a possibilidade de que a sentença condenasse o réu a ressarcir valores atrasados a contar da citação. Tradicionalmente rechaçada na doutrina e na jurisprudência, parece-nos que se tratava claramente de uma providência condenatória inserta na sentença mandamental, hoje não mais admitida por expressa revogação da Lei 5.021/66 pela Lei 12.016/09. Por isso, não podemos concordar com a conclusão de Leonardo Cunha neste ponto, onde invoca jurisprudência do STJ sob a égide da Lei 1.533/51. Cf. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. Op.cit., p.561.

44. ARRUDA ALVIM. Manual de Direito Processual Civil. Op.cit., p.1098; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. Op.cit., p.518-519, 530-533.

45. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. Op.cit., p.432.

e dos mecanismos tradicionais de subrogação, próprios da execução das sentenças condenatórias.⁴⁶ A ordem executar-se-ia por meios executivos outros, nos mesmos autos (sem necessidade de processo apartado), com o próprio magistrado podendo tomar providências práticas para o cumprimento (expedição de ofícios, medidas de apoio),⁴⁷ em outras oportunidades valendo-se de meios de coerção para pressionar o executado a cumprir, senão espontanea, pelo menos voluntariamente.

5.2.3. Flexibilização na correlação entre pedido e sentença. O dinamismo da tutela mandamental e a possibilidade de mutação do provimento no curso do processo

Outro dado que nos parece indicativo de uma diferenciação entre as duas formas de tutela é a necessidade de pedido para que um ou outro conteúdo seja pronunciado na sentença.

A sentença com conteúdos condenatórios, de regra, depende de pedido dos litigantes, ressalvadas as hipóteses em que a lei excepciona esta necessidade, como no caso da correção monetária (art.1º da Lei 6.899/81), das prestações vincendas (art.290 do CPC), dos juros legais (art.293 do CPC), e as verbas de litigância de má-fé, custas, despesas e honorários de advogado (arts.18-20 do CPC). Caso não haja pedido, o juiz não pode incluir este conteúdo na sentença sob pena de violar o princípio da correlação, adstrição ou congruência entre libelo e decisão.

Já a inserção de uma ordem na sentença independe de pedido do autor, sendo uma questão de técnica legislativa, o que equivale a dizer que,

46. CASTRO NUNES. Do mandado de segurança... Op.cit., p.55, 59-60, 371-376; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil", Op.cit., p.67; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. Op.cit., p.559; BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de segurança. Op.cit., p.141; BUZAID, Alfredo. "Do mandado de segurança", in Revista Forense, vol.164, mar-abr, 1956, p.74; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Manual do mandado de segurança. Op.cit., p.139; GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: RT, 1998. Na jurisprudência, a lição é antiga. Confira-se, no STJ: RMS n.4463-RJ, Rel.Min.Milton Luiz Pereira, DJ 12.09.94; RMS n.2058-PB, Rel.Min.Garcia Vieira, DJ 12.09.94.

47. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. Op.cit., p.559; BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. Op.cit., p.75; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Sentença mandamental", in Revista do Advogado, ano 24, n.78, set, 2004, p.41; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. Op.cit., p.515.

neste ponto, o juiz pode atuar de ofício.⁴⁸ Trata-se de uma característica da tutela mandamental reconhecida na doutrina e na jurisprudência, que é expressamente prevista pelo art.461 § 5º do CPC.⁴⁹ Por este motivo, diz-se que é possível que a ordem conste de qualquer sentença, inclusive aquelas que respondam a pedidos de natureza diversa, condenatórios, p.ex., o que reforça nossa conclusão de que devemos abandonar os tipos de sentença e focarmos mais nos diversos conteúdos que uma mesma decisão possa incorporar.

Uma consequência desta independência da ordem judicial em relação ao pedido é a abertura e flexibilidade que a tutela mandamental possui para transformar-se de acordo com alterações dinâmicas da situação jurídica, o que é identificado pela doutrina na possibilidade de comutação do mandado de segurança “preventivo” em “repressivo”.⁵⁰ Havendo modificação relevante da situação posta para julgamento, por questões de fato ou de direito, se um pedido declaratório, p.ex., revelar-se inoperante ou ineficiente no curso do processo, mesmo assim a tutela mandamental pode ser prestada. No caso, admitir-se-ia uma proteção ao pedido mediato (o bem da vida postulado), independentemente da literalidade do pedido inicial. Um exemplo pode esclarecer: ajuizado mandado de segurança para declarar a inexistência de relação jurídica tributária, sobrevém, no curso do processo, o lançamento tributário; neste caso, independentemente de pedido, admite-se que o juiz conceda a segurança para anular o lançamento (o que corresponderia, numa acepção tradicional, a uma pretensão constitutiva).⁵¹ Ou seja, pode haver flexibilização de um provimento que seria inicialmente declaratório negativo, para uma sentença constitutiva negativa.

Esta flexibilização do princípio da correlação entre sentença e pedido nas ações mandamentais ocorre porque a tutela mandamental (pela

48. MALACHINI, Edson Ribas. “As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas”, *Op.cit.*, p.27.

49. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil”, *Op. cit.*, p.69.

50. REDONDO, Bruno Garcia, OLIVEIRA, Guilherme Peres de, CRAMER, Ronaldo. Mandado de segurança. *Op.cit.*, p.41; MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016/2009. São Paulo: RT, 2009, p.41-42.

51. STJ – ROMS n.10.487-MG, Rel.Min.Humberto Gomes de Barros, DJ 21.02.2000. Na doutrina, veja-se ainda LOPES, Mauro Luís Rocha. Execução fiscal e ações tributárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª Ed., 2003, p.258.

natureza da ordem) possui uma abordagem prospectiva, assumindo um caráter mais dinâmico que autoriza a adaptação da decisão para a proteção da pretensão. A mesma possibilidade, numa ação judicial não mandamental, esbarraria num problema de causa de pedir, de preclusão das possibilidades de alteração da demanda (art.264 e parágrafo único, e art. 294, ambos do CPC), ou dependeria do preenchimento dos pressupostos do art. 462 do CPC (o “fato superveniente”, e somente para as situações fáticas).

Outro exemplo do aspecto flexível da ordem (e consequentemente da tutela mandamental), é a alterabilidade e adaptabilidade *ex officio* das medidas de apoio (art.461 §5º) implementadas para o cumprimento da determinação da sentença.⁵²

5.2.4. Sanção criminal como consequência para o descumprimento

A sentença condenatória, como se viu à exaustão, caso descumprida, autoriza apenas uma possível execução a ser ajuizada contra o condenado inadimplente da prestação nela imposta.⁵³ Como se viu anteriormente, a execução dos provimentos mandamentais é diversa. Mas não é isso que queremos destacar neste item.

Na tutela mandamental, o descumprimento da ordem não apenas traz consequências cíveis e processuais no campo executivo (a execução indireta). O não cumprimento de ordens judiciais atrai também a incidência de *sanções penais* pois configura crime de desobediência (art.330 do CP) ou prevaricação (art.319 do CP).⁵⁴ Embora a Lei 12.016/09 tenha, em seu art.26, remetido apenas ao crime de desobediência, cabe lembrar que são descrições típicas diversas: a distinção mais importante entre os dois tipos penais, para os fins deste estudo, é que o crime de desobediência é praticado por particular contra a administração, enquanto o crime de prevaricação é aquele em que o agente a desrespeitar a ordem do juízo é servidor público. Em se tratando de particular no exercício de

52. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. Op.cit., p.559-561.

53. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. Op.cit., p.432.

54. Em sentido similar, esquecendo-se, porém, do art.319 do CP, BUZAID, Alfredo. “Do mandado de segurança”, Op.cit., p.274; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Manual do mandado de segurança. Op.cit., p.138.

função pública, o art.327 do CP, ao definir o “funcionário público” (*rec-tius*: “servidor público”) para fins penais, atrai igualmente a incidência do tipo do art.319 do CP.⁵⁵

6. CONCLUSÃO

Nosso intento, neste breve estudo, foi somente relacionar alguns aspectos que entendemos relevantes para rascunhar as principais características do conteúdo ordenatório de uma sentença, e com isso desenhar o regime jurídico a ser aplicado para a tutela mandamental.

Com estas linhas introdutórias deste mero esboço, certamente ainda incompleto, desejamos que outros colegas levem adiante a árdua tarefa de desenvolver, com maior profundidade, o relevante tema do conteúdo mandamental da sentença. Pontes de Miranda decerto agradecerá, e o processo brasileiro teria muito a ganhar em técnica e eficiência.

BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken de. “Sentença condenatória como título executivo”, in WAMBIER, Teresa (Org.). *Aspectos polêmicos da nova execução – vol.3*. São Paulo: RT, 2006.
- ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 14^a Ed., 2011.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Mandado de segurança – uma apresentação”, in *Temas de Direito Processual – 6^a Série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. “Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças”, in *Temas de Direito Processual – 8^a Série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. “Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”, in *Temas de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- _____. “Sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil”, in *Temas de Direito Processual – 7^a Série*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

55. Confunde os tipos penais BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de segurança. Op.cit., p.141-142. Já em texto mais recente, vemos argumentação mais sólida. Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. Op.cit., p.152-154. Contudo, a distinção entre os tipos penais independe da lei do mandado de segurança, até porque o raciocínio tipológico não funciona com técnicas interpretativas, mas com o preenchimento do tipo por uma conduta concreta (da realidade da vida, e por isso independente de intervenções legislativas fora do próprio tipo) que se amolde à descrição típica do padrão normativo.

- _____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumária e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 3ª Ed., 2003.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 5ª Ed., 2009.
- BUZAID, Alfredo. "Do mandado de segurança", in *Revista Forense*, vol.164, mar-abr, 1956.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol.1, 19ª Ed., 2009.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. "Natureza da sentença condenatória e contagem do prazo dos 15 dias – art.475-J do CPC", in *Revista Dialética de Direito Processual*, n.83, fev, 2010.
- CASTRO NUNES. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed., 2ª tiragem, 1949.
- CRETELA JR., José. *Comentários às leis do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 9ª Ed., 1998.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 10ª Ed., 2012.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. "Liquidação e cumprimento de sentença em ação popular", in *Revista Dialética de Direito Processual*, n.79, out, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. "Sentenza costitutiva e esecuzione forzata nel diritto brasiliano", in *Rivista di Diritto Processuale*, vol.65, 2010.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, vol.2, 5ª Ed., 2010.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, vol.5, 2ª Ed., 2010.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1966.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998.
- KUTTNER, Georg. *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*. Aalen (reimpressão da edição de 1914), 1971.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 2ª Ed., 1968.
- LOPES, Mauro Luís Rocha. *Execução fiscal e ações tributárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª Ed., 2003.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. "Inexequibilidade das sentenças declaratórias", in *Revista Dialética de Direito Processual*, n.92, nov, 2010.
- LUNELLI, Carlos Alberto e MARIN, Jeferson. "A preservação da tutela jurisdicional a partir da interação das eficácias mandamental e condenatória", in *Revista de Processo*, ano 36, n.195, mai, 2011.
- MALACHINI, Edson Ribas. "As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas", in *Revista de Processo*, ano 30, n.125, jul, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. São Paulo: RT, vol.2, 7ª Ed., 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 3ª Ed., 2003.
- MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: RT, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. São Paulo: RT, 20ª Ed., 1998.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Sentença mandamental", in *Revista do Advogado*, ano 24, n.78, set, 2004.
- NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre, CÂMARA, Bernardo Ribeiro, SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Forum, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, t.II, 1947.
- _____. *Tratado das Ações*. São Paulo: Forense, 1976.
- REDONDO, Bruno Garcia, OLIVEIRA, Guilherme Peres de, CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança*. São Paulo: Método, 2009.
- SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. "Apontamentos sobre o cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa no Código de Processo Civil", in *Revista de Processo*, ano 35, n.186, ago, 2010.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: RT, 2ª Ed., 2003.

4

TEORIA DA PROVA: UM DIÁLOGO COM PONTES DE MIRANDA

Beclaute Oliveira Silva¹

SUMÁRIO – Introdução – 1. Prova como modelo demonstrativo – 2. Concepção declaratória da prova: 2.1. Prova como situação no mundo fenomênico; 2.2. Prova como argumento – 3. Concepção constitutiva da prova – 4. Prova em Pontes de Miranda: 4.1. Notas sintéticas sobre a perspectiva do mundo jurídico em Pontes de Miranda; 4.2. Finalidade da prova; 4.3. Prova como argumento em Pontes de Miranda; 4.4. Concepção pontiana no contexto da doutrina da prova – 5. Notas conclusivas – **Referências.**

A verdade de nosso entendimento é mutável. Não porque ela está submetida à mutação, senão porque nosso entendimento passa da verdade à falsidade. Assim, pode-se dizer que as formas são mutáveis.² (Santo Tomás de Aquino)

INTRODUÇÃO

Mais uma vez a ANNEP abre seu espaço para que escritores do Brasil, em especial do Norte e do Nordeste, possam se debruçar sobre a contribuição de processualistas norte-nordestinos já falecidos. Nesta coletânea, os olhares se voltaram para a obra do maior jurista brasileiro do século XX e talvez o maior jurista brasileiro de todos os tempos até o momento, Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, nativo de Alagoas, herdeiro da Escola de Recife, jurista de formação universal.

Este trabalho se volta para um dos aspectos da obra de Pontes de Miranda, a saber, a sua visão sobre a prova. No entanto, antes de adentrar no aspecto pontiano do tema, faz-se mister traçar o caminho percorrido pela doutrina para enfrentar a matéria, para só então mostrar em

-
1. Professor Adjunto da UFAL. Doutor em Direito (UFPE). Mestre em Direito (UFAL). Sócio fundador da ANNEP. Membro do IBDP e da ABDPC.
 2. AQUINO, Santo Tomás. Suma de Teologia. 2ª ed. Trad. José Martorell et al. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994, T. I, parte I, p. 231.

que situação se pode enquadrar o pensamento de Pontes de Miranda. No primeiro capítulo se descreverá o caráter demonstrativo da prova. Logo após, dentro do contexto demonstrativo, verificar-se-á a prova como fenômeno do mundo real e como argumento.

No terceiro capítulo a abordagem terá por foco o caráter constitutivo da prova. Por fim, será analisada a contribuição de Pontes de Miranda ao debate. Quer-se com isso contribuir para a difusão do pensamento do autor justamente homenageado, demonstrando sua originalidade e, principalmente, sua atualidade.

1. PROVA COMO MODELO DEMONSTRATIVO

No modelo demonstrativo, a prova e o fato a ser provado são analisados como fenômenos distintos, mas com vínculo de referibilidade.

Há correntes teóricas que vislumbram na prova a função de demonstrar a verdade do fato, logo a prova é estranha ao fato.

Outra corrente vislumbra na prova a função de constituir o fato, porém mantendo a relação de distinção, como ocorre na teoria que toma o ‘fato prova’ como um tipo de fato qualificado pelo direito que tem por função constituir o ‘fato jurídico alegado’.³ Na aludida concepção, o estranhamento entre o fato e prova também ocorre.

A função demonstrativa se manifesta de duas formas: uma declaratória e outra constitutiva. Passa-se a explanar as referidas concepções.

2. CONCEPÇÃO DECLARATÓRIA DA PROVA

A prova pode ser veiculada como imersa em uma concepção declaratória. Nesta versão, a prova terá a função de tornar clara uma determinada situação e pode ser tomada de duas formas:

- a) como uma situação no mundo fenomênico, ontologizada;
- b) como um argumento.

São perspectivas distintas, mas que utilizam a prova como critério apto a declarar a existência ou não de um evento. Expõem-se as duas formas.

3. TOMÉ, Fabiana del Padre. A prova no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2005, p. 71-72.

2.1. Prova como situação no mundo fenomênico

A prova pode ser tomada como uma situação existencial no mundo fenomênico. Esta maneira de ver a prova não aparece de forma uníssona na doutrina, isso porque a prova tinha por função chegar à verdade, definida, nos moldes clássicos, como *adequatio intellectus et rei*.

Na aludida concepção de verdade, há uma relação direta entre o pensamento e o real, em um vínculo que implica identidade mediada pela objetividade da prova. Essa objetividade da prova decorre do fato de ser ela distinta do sujeito cognoscente, já que dele é exterior. Neste ponto, a prova tem papel essencial na objetivação da assertiva produzida pelo julgador, pois esta é, segundo Malatesta, “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”.⁴

Constata-se na obra de Malatesta a já clássica gradação entre ignorância – ausência de conhecimento sobre o fato –; credulidade – existência de motivos que autorizam atestar a existência do fato, bem como sua inexistência em igual medida –; probabilidade – prevalência de motivos que autorizam atestar a existência dos fatos –; e certeza – conhecimento afirmativo sobre o fato.⁵

O aludido autor faz, entretanto, a ressalva de que a certeza, como as demais situações, é uma crença, de natureza subjetiva, que pode ser distinta da verdade real.⁶ Neste ponto a verdade é algo que está fora do sujeito, possuindo um caráter eminentemente objetivo. Já a certeza possui um aspecto subjetivo.

Entretanto, Malatesta não abandona o conceito clássico de verdade como conformidade entre a ideia e a realidade, já que a correspondência ocorre, e a certeza se ampara na verdade.⁷ Assevera:

A certeza é, por natureza, subjetiva, mas pode considerar-se do ponto de vista de suas relações objetivas. Do ponto de vista objetivo, confunde-se com a verdade; é a verdade seguramente percebida. Por isso, com objetividade, única, em si, da certeza, não se revela a nosso espírito senão através de uma *conformidade simples e sem contraste* entre a noção ideológica e a realidade

-
4. MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 15.
 5. MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Op. cit., p. 16.
 6. MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Op. cit., p. 17.
 7. MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Op. cit., p. 19.

ontológica a que dá lugar, sob o primeiro aspecto, com verdades instituídas, sejam contingentes ou necessárias e, portanto, como certezas instituídas.⁸ (Destaques no original)

Percebe-se que o tratadista italiano repudia o uso da probabilidade na decisão judicial penal apta a condenar, já que nela o magistrado não conseguiu descartar o divergente. Para Malatesta, o verossímil ingressa como o primeiro grau de probabilidade. Depois, faz uma gradação que se inicia no verossímil, passa pelo provável, até chegar ao probabilíssimo.

Como salientado, a prova é o dado determinante da produção daquilo que Malatesta denominou certeza, bem como probabilidade. De certa forma, Mittermaier tem posição similar, já que partindo da ideia de verdade, considera o ato de provar como “querer, em substância, demonstrar a verdade e convencer o juiz, o qual para decidir há mister de adquirir plena certeza”.⁹

Idêntica premissa é utilizada por Eduardo J. Couture. Nele a prova é um método de verificação, averiguação e convicção.¹⁰ Acrescente-se que o termo verificar possui em seu radical a expressão “veri”, que é também radical da expressão latina *veritas* (verdade).

Na perspectiva de Malatesta, encontra-se também o pensamento de Jeremías Bentham, que vê na prova um fato que leva à conclusão de outro fato.¹¹ A relação entre um fato e outro toma como marca a identidade que irá implicar verdade. No mesmo contexto, o pensamento exposto por Antonio Dellepiane, quando assevera: “acabamos de dizer que a verdade, no tocante aos fatos, existe sempre que a ideia que deles forma o juiz coincide exatamente com a realidade”.¹² Outro argentino irá afirmar que “*probar es establecer la existencia de la verdad*.”¹³

Boa parte dos estudiosos da prova, no direito pátrio, desde o século XIX, tomou o caminho trilhado pelos autores acima mencionados, no

-
8. MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Op. cit., p. 53-54.
 9. MITTERMAIER, C. J. A. Tratado da prova em matéria criminal. Trad. Hebert Wüntzel Heinrich. 2ª tir. Campinas: Bookseller, 2007, p. 59.
 10. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de derecho procesal civil. 4ª ed. Montevideo/Buenos Aires, 2002, p. 177-178.
 11. BENTHAM, Jeremías. Tratado de las pruebas judiciales. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2003, p. 23.
 12. DELLEPIANE, Antonio. Nova teoria da prova. Trad. Érico Maciel. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958, p. 42.
 13. SILVA, Carlos Martinez. Tratado de pruebas judiciales. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947, p. 21,

sentido de ter na prova um instrumento demonstrativo apto a declarar uma verdade. Toma-se, por exemplo, um dos primeiros trabalhos versando sobre a temática, veiculado no Brasil em meados do século XIX:

Segundo estes princípios, podemos definir as provas no seu sentido lato: – o meio pelo qual a inteligência chega á descoberta da verdade. No seu sentido jurídico, porém, define-as a nossa lei civil – a demonstração da verdade dos factos allegados em juízo.¹⁴

Percebe-se no excerto transcrito que há uma vinculação entre a prova, a cognição e a verdade acerca dos fatos. Assim, a prova ingressa como elemento objetivo, distinta do sujeito cognoscente, apta a revelar uma verdade que irá colocar no sujeito cognoscente uma certeza. Saliente-se que o termo que Francisco Augusto das Neves Castro utiliza é descoberta. A função da prova é ser um meio para revelar ao espírito a verdade, que é imanente e se encontra no real.

No século XX e até mesmo no atual, a forma de trabalhar a prova ainda deita raízes nas premissas anteriormente lançadas, havendo mudança, muitas vezes, no enfoque conferido à verdade, já que esta pode ser vista, hodiernamente, como correspondência, coerência, consenso etc. Não constitui objetivo deste artigo analisar as inúmeras concepções de verdade, senão demarcar que a concepção de prova está a ela ligada, seja qual for o conceito que lhe for atribuído. Ademais, a prova ingressa como fator fundamental da produção da decisão judicial sobre o fato.

Pode-se perceber essa forma oitocentista ainda vigente em diversos autores que influenciam a doutrina pátria no que tange à matéria da prova, como se expõe. Na mais volumosa obra escrita sobre prova, no Brasil, Moacyr Amaral Santos, com forte base em Malatesta, irá afirmar que provar é “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade”.¹⁵ Já se mostra a função retórica da prova, que é voltada à verdade como correspondência entre a ideia e a realidade.¹⁶ Noutra passagem, irá pontuar: “a questão de fato se decide pelas provas”.¹⁷

14. CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Theoria das provas*. Atualizada por Pontes de Miranda. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 14.

15. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial: parte geral*. 2ª ed., correta e atual. São Paulo, Max Limonad, 1952, vol. I, p. 12.

16. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. Op. cit., p. 12.

17. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. Op. cit., p. 15.

Esta forma de trabalhar a aludida categoria se repete em outros autores, até mesmo nos atuais, como Ana Maria Campo Torres,¹⁸ André Almeida Garcia,¹⁹ Andrea Proto Pisani,²⁰ Arruda Alvim,²¹ Eduardo Cambi,²² Flávio Luiz Yarshell,²³ Gildo dos Santos,²⁴ Graciela Iurk Marins,²⁵ Humberto Theodoro Jr.,²⁶ Jaime Guasp,²⁷ João Batista Lopes,²⁸ Ovídio Araújo Baptista da Silva,²⁹ Paulo Celso B. Bonilha,³⁰ Rossana Teresa Curioni Mergulhão,³¹ Rui Portanova,³² Vicente Higinio Neto³³ etc.

2.2. Prova como argumento

Ainda sob o prisma declarativo, encontra-se uma perspectiva que vem ganhando força no Brasil. Ela enfoca a prova como meio destinado a demonstrar os argumentos sobre os fatos, e não os fatos propriamente

-
18. TORRES, Anamaria Campos. Devido processo legal e natureza da prova. In BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; Adeodato, João Maurício (Coord.). Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 423. TORRE, Anamaria Campos. 56-64. Natureza da prova: da verdade, da certeza, da convicção, da probabilidade. Do convencimento judicial – o atual sistema do livre convencimento. In SILVA, Ivan Luiz da; CARDOZO, Teodomiro Noronha; HIRECHE, Gamil Föppel el. Ciências criminais no século XXI: Estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito de Recife. Recife: Editora Universitária UFPE, 2007, p. 56-64.
 19. GARCIA, André Almeida. Prova civil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.
 20. PISANI, Andrea Proto. Lezioni di diritto processuale civile. Op. cit., p. 432.
 21. ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil: processo de conhecimento. 9ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 381.
 22. CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 19.
 23. YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 249-250.
 24. SANTOS, Gildo dos. A prova no processo civil. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 25.
 25. MARINS, Graciela Iurk. Produção antecipada de provas. São Paulo: RT, 2004, p. 38.
 26. THEODORO JR. Humberto. Curso de direito processual civil. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 414-415.
 27. GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. Derecho procesal civil. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2003, T. I, p. 349-350.
 28. LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 3ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 25.
 29. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de direito processual civil: processo de conhecimento. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2002, p. 336.
 30. BONILHA, Paulo Celso B. Da prova no processo administrativo tributário. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 1997, p. 68-69.
 31. MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. A produção da prova no direito processual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 34-36.
 32. PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 198.
 33. HIGINIO NETO, Vicente. Ônus da prova. Curitiba: Juruá, 2010, p. 83.

ditos, já que estes não podem ser apreendidos, pois se exaurem no tempo e no espaço, são efêmeros.

Neste contexto, os fatos existem ou não existem. Sua existência ou inexistência não tem que ver com a verdade. O que pode ser verdadeiro ou falso são os argumentos sobre os fatos. Tal assertiva já encontra ressonância na obra de Sentis Molendo, que afirma ser a prova destinada a verificar as afirmações sobre fatos.³⁴ No pensamento de Michele Taruffo, o fato é visto como algo externo e objetivamente posto,³⁵ entretanto, no processo, o magistrado constrói a narrativa do fato, competindo à prova confirmar a verdade da aludida descrição.³⁶ Essa narrativa possui nítida função demonstrativa, rechaçando o autor italiano a tese que vê na construção da narrativa do fato uma função persuasiva.³⁷

Ainda com relação à narrativa, no entanto, entende que possui relação com a verdade dos fatos, já que o acerto do fato é requisito essencial para uma decisão fundamentada e condição para o que denomina processo justo.³⁸ A narrativa construída não deixa de possuir relação de correspondência com o fato, o que leva a reputar a construção de Michele Taruffo como uma concepção que está entre a visão clássica da prova, presente em Malatesta, e a visão que vislumbra no argumento a aferição do valor verdade.

Autores, como Juan Montero Aroca, admitem o fato ora como acontecimento, ora como argumento. Isso se dá da seguinte forma: se o que se quer provar é o antecedente da norma jurídica, a prova se dirige ao fato; caso o que se deseja demonstrar é o tema da prova, tem-se que o objeto é o argumento e não o fato.³⁹

Usando a linha que toma o fato como argumento, tem-se a concepção desenvolvida por Alessandro Giuliani,⁴⁰ Luiz Guilherme Marinoni

34. MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires, 1979, p. 16.

35. TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, p. 197 e 205. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffè, 1992, p. 96.

36. TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Op. cit., p. 245. TARUFFO, Michele. *Il fatto e l'interpretazione*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 26, n. 2: 195-208, jul./dez. 2010, p. 202.

37. TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Op. cit., p. 205. TARUFFO, Michele. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 327-328.

38. TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Op. cit., p. 116.

39. AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2007, p. 71.

40. GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova (contributo alla logica giuridica)*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 253.

e Sérgio Cruz Arenhart,⁴¹ Cândido Rangel Dinamarco,⁴² Ronaldo Porto Macedo,⁴³ Antonio Carratta⁴⁴ etc. Esta forma de pensar – provam-se argumentos – encontra-se positivada no *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil vigente.⁴⁵

Percebe-se desta feita que esta concepção repercute no campo legislativo, já que se vê no campo dogmático positivo o reconhecimento de uma nova técnica que vai reputar o fato como argumento e não como acontecimento que se dá no plano fenomênico.

A análise feita por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart tem uma peculiaridade que merece destaque. Eles agregam à prova uma característica persuasiva, diferente de Michele Taruffo, já que a define como “todo meio retórico, regulado pela lei e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.⁴⁶

Embora Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart utilizem outras premissas, já que colocam a prova como argumento, o tema verdade, que é rechaçado pelos processualistas paranaenses, é substituído por validade das proposições.⁴⁷ Usam para embasar o respectivo rechaço a chancela de Michel Foucault.⁴⁸ Percebe-se que o termo validade não foi colocado pelos autores ora analisados como sendo valência deôntica, ao modo kelseniano, mas como sentido de verdade, malgrado dele os autores tentem fugir. A tentativa de efetivar o corte se mostra frustrada, já que usam Michel Foucault para fundamentar a mudança de perspectiva.

41. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: RT, 2009, p. 52-53.

42. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. III, p. 46. No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação de tutela. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 44.

43. MACEDO, Ronaldo Porto. Prova dos atos jurídicos. Revista de Processo, nº 16, ano 4, outubro de 1979. São Paulo: RT, 1979, p. 61.

44. CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fato nel processo e sistema probatorio). Rivista di Diritto Processuale. Ano LVI, n. 1 (gennaio-marzo 2001). Milani: Cedam, 2001, p. 73-74.

45. “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (...)”

46. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. Op. cit., p. 57.

47. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. Op. cit., p. 54.

48. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. Op. cit., p. 54.

Tal tentativa é problemática e indica um retorno à questão da verdade no que se refere à prova, uma vez que o filósofo francês utilizado para dar lastro à sua conclusão não abandona a verdade, apenas a vê como uma instância de poder.⁴⁹

Ou seja, o tema verdade, embora negado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, permanece subentendido, na contradição entre o que restou afirmado e a concepção teórica adotada. Ademais, no final do capítulo, quando Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart se propõem a definir prova, asseveram que “a busca pela certeza e pela verdade ideal sempre será a meta do juiz na perquirição dos argumentos probatórios encartados no processo”.⁵⁰ O tema verdade retoma, sob o prisma de verdade real, visto como meta. Nesse contexto, o fim da cognição e da prova é buscar realizar no processo a verdade real, mediante a prova.

A definição de prova veiculada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt também padece de outro problema, que é a restrição da prova aos fatos controvertidos, pois ficam de fora as provas que são veiculadas no processo, mas que não são impugnadas pela outra parte. A referida restrição é corrente em diversos autores, possivelmente influenciada pela estipulação contida no art. 334 do vigente CPC.⁵¹

A análise do dispositivo, entretanto, não autoriza a restrição, já que sua prescrição tem por função não exigir prova daquilo que fora reputado como já provado. Tomando por exemplo o fato confessado, este realmente independe de prova, porque já fora provado, pelo meio de prova confissão. No caso da presunção, a prova é necessária, mesmo que seja para provar a sua existência ou o indício que lhe serve de lastro.

Ainda tratando a prova como argumento, há o trabalho de Luis Alberto Reichelt, que afirma:

A prova se constitui em um argumento que exerce a função de persuadir o magistrado de maneira que este acabe por concluir

49. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Graal, 2008, p. 12-14.

50. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. Op. cit., p. 59.

51. Art. 334. Não dependem de prova os fatos:
I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontrovertidos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

no sentido de que está diante da situação necessária para a produção da consequência jurídica que constitui o objeto do pedido de tutela jurisdicional.⁵²

Verifica-se também, do trecho transcrito que a prova exerce um papel persuasivo específico, já que tem por fim tornar necessária uma decisão que lhe seja compatível. Neste caso, a prova surge como argumento com pretensão de irrefutabilidade, não possuindo propensão ao diálogo.

Além disso, deixa de fora a função dissuasiva e aquela tendente não à certeza, mas a suscitar a dúvida. Isto ocorre nas defesas de mérito veiculadas pelo réu, no processo, com o intuito de rechaçar o pedido do autor ou de aduzir fatos que extingam, modifiquem ou impeçam o pleito autoral, como o uso da já mencionada contraprova. A prova assim persuade e também dissuade, já que é um enunciado à espera de uma resposta.

Até aqui a doutrina utiliza a prova como meio apto a declarar a verdade, com o fim de convencer o destinatário ou simplesmente demonstrar o alegado ou o próprio fato.

Percebem-se nitidamente duas correntes declaratórias. A primeira, que tem por objeto a demonstração do fato alegado nos autos, e a segunda, que tem por objeto a demonstração da alegação sobre o fato – ambas com pretensão de verdade, que não deixa de ser correspondência.

Outro modelo que se mostra é o que toma a prova como constitutiva do fato. Este modo de análise será objeto do próximo tópico.

3. CONCEPÇÃO CONSTITUTIVA DA PROVA

Outra perspectiva sobre a prova pode ser percebida a partir da obra de Francesco Carnelutti, que elabora uma visão constitutiva da prova. Ele não despreza a função de constatação, mas ela terá por finalidade fixar, estipular o fato. No processualista italiano acima destacado, o objeto da prova seriam, em regra, os fatos controvertidos.⁵³ É pertinente a ele, neste ponto, a mesma crítica feita a Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt.

52. REICHELTL, Luis Alberto. A prova no direito processual civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 119.

53. CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. Trad. Lisa Pary Scarpa. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 44.

No pensamento carneluttiano, a denominada verdade formal ou convencional, aquela produzida segundo os preceitos jurídicos positivos,⁵⁴ é tida como uma metáfora, já que ou corresponde à verdade material, logo verdade, ou dela discrepa, logo falsidade. Assim, irá identificar a verdade formal como verdade material.⁵⁵ Após, acrescenta:

(...) o processo de busca submetido às normas jurídicas que obrigam e deformam sua pureza lógica não pode ser considerado como um meio para o conhecimento da verdade dos fatos, senão para uma *fixação ou determinação dos próprios fatos*, que pode coincidir ou não com a verdade dos mesmos e que permanece por completo independente deles.⁵⁶

Assevera que “as provas (*probare*) são fatos presentes sobre os quais se constrói a probabilidade da existência ou da inexistência de um fato passado”.⁵⁷ Por ser a prova um fato presente, (re)presenta, tornando presente o passado.⁵⁸ A isso, Michel Foucault denominou de constituição do flagrante delito.⁵⁹ Por ter função representativa, a prova aparece como um signo. A representação não deixa de ser, no aludido autor, uma repetição de algo que ocorreu no passado, numa relação de identidade. Noutra passagem, após definir prova como “demonstração da verdade legal de um fato”,⁶⁰ assevera:

Dizer, portanto, que prova em sentido jurídico é a demonstração da verdade formal ou judicial, ou dizer, entretanto, que é a determinação dos fatos discutidos, é, no fundo, a mesma coisa: aquela é somente uma expressão figurada, e esta uma expressão direta de um conceito essencialmente idêntico.⁶¹

Carnelutti já deixa antever que a prova se dirige ao alegado sobre o fato.⁶² Em obra posterior, essa questão fica evidente, quando vaticina que “a prova serve para comprovar um juízo por meio da lei”.⁶³ No Brasil,

54. CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. Op. cit., p. 47.

55. CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. Op. cit., p. 72-73.

56. CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Op. cit., p. 48.

57. CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Lider, 2002, p. 50.

58. CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. Op. cit., p. 51.

59. FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Op. cit., p. 68-69.

60. CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. Op. cit., p. 72.

61. CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. Op. cit., p. 73.

62. CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. Op. cit., pp. 61, 67-68 e 71.

63. CARNELUTTI, Francesco. Direito processual civil e penal. Trad. Júlia Jimenes Amador. São Paulo: Péritas Editora, 2001, p. 165.

trabalhos como o de Daisson Flach adotam a postura desenvolvida pelo jurista italiano.⁶⁴

A função constitutiva da prova sofre críticas de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, já que, segundo esses autores, a reconstrução do fato não seria possível, pois este se perderia no tempo e no espaço,⁶⁵ isso porque eles identificam o fato não como evento linguístico, mas como acontecimento do mundo fenomênico.

A perspectiva constitutiva aparece no engenho kelseniano, ao afirmar “o reconhecimento de que também a averiguação do fato delitual é uma função do tribunal plenamente constitutiva”.⁶⁶ Noutro momento irá aduzir que “o fato que condiciona a sanção é produzido no processo judicial”.⁶⁷ Tratar-se-ia de um ato decisório. A aludida constituição pressupõe procedimento previamente estabelecido e autoridade competente, mediada pela verificação.⁶⁸

Ao comentar a postura kelseniana, Jordi Ferrer Beltrán aduz que os efeitos jurídicos da decisão independem da verdade dos enunciados, aqui vista como correspondência,⁶⁹ isso porque a decisão tomada pode pautar-se em fato constituído com base em situação que efetivamente não aconteceu; mesmo assim a decisão terá caráter vinculativo, até que outra decisão venha retirá-la do sistema. Malgrado a construção de Jordi Ferrer Beltrán, Hans Kelsen encontra certo paralelismo entre o processo de produção de conhecimento e o processo de produção judicial.⁷⁰ A questão da verdade fica, mesmo como papel secundário, latente no processo de constituição do fato.

Outra vertente, mas com lastro na filosofia da linguagem, irá conferir nova roupagem à discussão. No Brasil, uma das referências neste modo de pensar é Paulo de Barros Carvalho.⁷¹ Nele, a prova ingressa

64. FLACH, Daisson. A verossimilhança no processo civil. São Paulo: RT, 50-51.

65. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. Op. cit., p. 57.

66. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 265.

67. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Op. cit., p. 269.

68. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Op. cit., p. 266.

69. BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prueba y verdad en el derecho. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 21.

70. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Op. cit., p. 268.

71. A forma de analisar o fenômeno jurídico veiculada por Paulo de Barros Carvalho tem feito surgir inúmeros trabalhos sobre prova, como o de Susy Gomes Hoffmann, Maria Rita Ferragut, Fabiana del Padre Tomé, Márcio Prestana etc.

como um enunciado linguístico apto a constituir o fato. Tal qual Hans Kelsen, a prova se insere no processo de posituação do direito.⁷²

Esta elaboração já se encontra, de forma embrionária, em Carnelutti,⁷³ mas não com a radicalidade proposta por Paulo de Barros Carvalho, já que este toma o fato como relato linguístico do evento, e por isso deve ser vertido em linguagem competente, sendo esta aquela estipulada pela ordem jurídica.⁷⁴

Sua função é constituir o fato, que deixa de ser um elemento do mundo fenomênico e passa a ser uma categoria da linguagem. Estipula-se uma dicotomia entre evento e fato. O primeiro é irrepetível e efêmero, pois se dá no mundo fenomênico. Consome-se na cadeia temporal dos acontecimentos. Já o segundo é um relato daquilo que foi percebido pelo sujeito cognoscente. Assim, o fato não é o evento, mas o que dele se diz.⁷⁵ Cabe ao magistrado, na cognição, estabelecer a relação entre ‘prova relato’ e ‘fato relato’. Acaba a dicotomia fato (evento do mundo fenomênico) e alegação sobre o fato, instaurando-se outra, como já salientado.

A distinção entre fato e evento deita raízes na lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que afirma: “fato não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade”.⁷⁶ Mais. Sobre a premissa habermasiana, que Paulo de Barros Carvalho utiliza como fundamento, o fato é visto como enunciado com pretensão de verdade,⁷⁷ e a existência do fato depende da prova, enquanto linguagem admitida pelo sistema como linguagem competente.⁷⁸

A linguagem é capaz de constituir fatos para o futuro (situações fantásticas), mas no processo judicial volta-se para o passado. Tal assertiva pode ser constatada em nossos dicionários, como já assinalado, que põem como sinônimo de fato a expressão feito, realizado.⁷⁹

72. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 824.

73. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Op. cit., p. 30. CARNELUTTI, Francesco. *Direito e processual civil e penal*. Op. cit., p. 165-167.

74. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos da incidência*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 106.

75. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Fundamentos da Incidência*. Op. cit., p. 93-94

76. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 278.

77. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos da incidência*. Op. cit., p. 105.

78. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos da incidência*. Op. cit., p. 106.

79. HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª ed., rev. e ampl. 36ª reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 761.

Nas sendas de Paulo de Barros Carvalho, Fabiana del Padre Tomé irá afirmar que “provado o fato, tem-se o reconhecimento de sua veracidade”.⁸⁰ Verdade, em última análise, aparece nesta perspectiva como categoria inerente ao fato. Noutros termos: fato provado = fato verdadeiro = fato. Conclui-se que o fato não provado é um não fato, uma contradição. Mais. A expressão fato provado é uma redundância.

4. PROVA EM PONTES DE MIRANDA

4.1. Notas sintéticas sobre a perspectiva do mundo jurídico em Pontes de Miranda

A proposta pontiana de prova leva em consideração como ele pensa o mundo jurídico, porquanto, para o homenageado, o mundo é a totalidade dos fatos, e o mundo jurídico a totalidade dos fatos jurídicos. Percebe-se que a questão do fato ingressa como ponto central na obra de Pontes de Miranda, sendo a prova uma categoria que se refere ao fato. Por isso o tema não deixa de ser objeto de sua preocupação.

A juridicização do mundo acaba sendo um processo decorrente da incidência (automática e infalível) da regra jurídica sobre o suporte fático (parte do fato que suporta a incidência da regra jurídica). A relação entre regra e suporte fático é real, já que a incidência se dá, segundo seu pensamento, no mundo fenomênico, independente da atuação humana (automaticidade).⁸¹ Da mesma forma não falha, já que a falibilidade depende da interferência humana. Daí se afirmar que a falha pode estar no ato de atender à regra e de aplicá-la, já que há nítida interferência do ato humano.⁸²

Outro aspecto da obra de Pontes de Miranda que deve ser levado em consideração, ainda nesta quadra, é o modo como ele qualifica as regras jurídicas e, por consequência, os fatos jurídicos delas decorrentes. A divisão é feita como sendo: regras de direito material, regras de direito pré-processual e regras de direito processual. Em apertada síntese, as regras de direito material seriam aquelas que conferem a alguém um bem da vida; já as regras de direito processual regulam o modo como o

80. TOMÉ, Fabiana del Padre. A prova no direito tributário. Op. cit., p. 35.

81. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Incidência e Aplicação da lei. Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco, ano 1, nº 1, Recife, 1956, p. 53.

82. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, tomo I. 2ª ed. Revista, 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1973, p. 384.

direito será aplicado na esfera jurisdicional; enquanto as regras pré-processuais antecedem ao processo, mas com eles possuem uma relação de referibilidade. Enquadrar-se-ia nesta última categoria o direito de ação constitucional ou pretensão à tutela jurídica, como prefere denominar, bem como o ônus da prova, que preexiste à demanda.⁸³

Outra questão interessante que deve ser destacada é que o modo fisicalista como Pontes de Miranda enxerga o mundo jurídico não o encaminha a uma visão mecanicista da prova, isso porque nele se insere o componente humano necessário à demonstração. Por isso, Pontes de Miranda se afasta dos autores clássicos da prova, como se esclarecerá.

4.2. Finalidade da prova

Em primeiro lugar, Pontes de Miranda rechaça a ideia de que a prova só se dá em juízo, embora reconheça a relevância dela na esfera judicial.⁸⁴ Não se afasta o autor analisado da vinculação da prova com a verdade, tanto que afirma: “as provas destinam-se a convencer da verdade, tal o fim”.⁸⁵ Mantém, igualmente, o vínculo entre a prova e o fato, em um vínculo de referibilidade ou referência, quando assevera que “a prova refere-se a fatos”.⁸⁶

Entretanto, Pontes de Miranda introduz no contexto da prova um importante elemento, que distingue sua concepção de prova do modelo que a vê como fato do mundo fenomênico. Trata-se da inserção da categoria enunciado de fato. É para este tipo de enunciado que na realidade se dirige a prova (tema probatório).⁸⁷

Os enunciados de fatos, assertivas sobre os fatos, é que são valorados como verdadeiros ou como falsos. Eles aparecem, por exemplo, no ato jurídico, como a declaração do vendedor acerca das características

83. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, T. III, p. 410-415.

84. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. T. III, op. cit., p. 404.

85. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. T. III, op. cit., p. 404. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários ao Código de Processo Civil. Atualizada por Sérgio Bermudes. 3ª ed., revista e aumentada. São Paulo: Forense, 1997, T. IV, p. 246.

86. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários ao Código de Processo Civil. T. IV, op. cit., p. 245.

87. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. T. III, op. cit., p. 404.

do bem objeto do negócio. Tais enunciados podem ser explícitos ou implícitos e sempre aparecem nos atos jurídicos.⁸⁸ Como afirma Pontes de Miranda: “não se vende alguma coisa sem se dizer o que é que se vende, qualidade e quantidade”.⁸⁹

Assim, a prova visa demonstrar que há uma relação de identidade entre o que fora enunciado (explícita ou implicitamente) e a realidade.

Percebe-se então que é a alegação que se prova (enunciado). Isso não está implícito na obra do autor analisado, mas de forma explícita: “o que alega tem de provar a alegação”.⁹⁰ Isso abre a discussão para o próximo tópico, prova como argumento, em Pontes de Miranda.

4.3. Prova como argumento em Pontes de Miranda

Percebe-se no contexto da prova que Pontes de Miranda não tem um conteúdo eminentemente objetivo, já que para ele a certeza ou a incerteza é subjetiva,⁹¹ tal qual o pensamento de Malatesta, e por esta razão, passível de falibilidade.

Neste contexto, Pontes de Miranda insere um conceito extremamente interessante, que é a coincidência intersubjetiva de enunciados. Observa que “entre interessados, se um alega e outro admite (= não contesta, cf. Código de Processo Civil, art. 209), a prova resulta da coincidência intersubjetiva de enunciados; salvo se do contrário não resulta de *provas* (art. 209, 2ª parte)”.⁹² (Destaques no original)

A intersubjetividade é algo que merece destaque, já que põe na prova um caráter que transcende o sujeito, gerando um vínculo entre dois sujeitos que alegam. É na coincidência que reside a prova. A inexistência de coincidência irá fazer nascer o ônus de provar. Mais uma vez fala o autor analisado: “as regras sobre ônus de provar supõem não-coincidência de alegações”.⁹³

88. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. T. III, op. cit., p. 406-407.

89. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. T. III, op. cit., p. 407.

90. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários ao código de processo civil. T. IV, op. cit., p. 248. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. T. III, op. cit., p. 422.

91. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. T. III, op. cit., p. 423.

92. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. T. III, op. cit., p. 423.

93. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. T. III, op. cit., p. 423.

Isso é reforçado com sua ideia de convencimento, pois “quando o juiz, ou alguém, perante quem se prova julga provado o fato, em verdade enunciou, a seu turno, o mesmo que o interessado enunciará (= *con-venceu-se*)”.⁹⁴

Assim o convencimento implica uma relação intersubjetiva de coincidência. Há fato provado quando o enunciado prova coincide com o enunciado de fato. Esta coincidência é intersubjetiva, pois se dá na concordância entre sujeitos. Não é intertextualidade, mas intersubjetividade. Isso porque a certeza e a incerteza são subjetivas, como assinalou Pontes de Miranda.⁹⁵ Sua obra é coerente. Sendo a certeza subjetiva, não lhe cabem as regras da infalibilidade, que são objetivas.

Neste contexto, a prova deixa de ser um fenômeno fático para ingressar como um fenômeno linguístico. Um argumento.

Ressalte-se ainda que a prova, enquanto argumento, tem de ser aquela que o sistema jurídico permite. Prova é enquanto vinculado ao sistema jurídico. É um fenômeno juridicizado. A prova obtida por meio ilícito é uma não prova. Por isso, o enunciado prova obtido de forma ilícita não se presta como enunciado, logo não presta como prova apta a possibilitar a coincidência intersubjetiva.

Por essa razão, é possível a quem julga, mesmo sabendo que o enunciado de fato não aconteceu ou que aconteceu, emitir juízo distinto, já que a coincidência não se deu pelos modos estabelecidos pelo direito posto. É um fenômeno do mundo jurídico e não puramente fático.

4.4. Concepção pontiana no contexto da doutrina da prova

A doutrina sobre a prova, descrita no início deste artigo, teve por função expor o que se tem produzido a respeito e verificar em que contexto se insere a contribuição de Pontes de Miranda. A análise se inicia pela prova como constitutiva do fato.

Percebe-se do que fora exposto que a prova, em Pontes de Miranda, não constitui o fato, como pensam Hans Kelsen e Francesco Carnelutti. O fato preexiste. Cabe à prova a função de verificar a verdade sobre

94. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. T. III, op. cit., p. 404.

95. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. T. III, op. cit., p. 422.

enunciados de fatos alegados em um processo, por exemplo. Deve-se atentar para a questão de que a prova não só aparece no processo, mas nele tem sua maior atuação.

Não se pode enquadrar a doutrina de Pontes de Miranda na concepção demonstrativa que vislumbra na prova um fato. Isso porque a prova se manifesta no que se denominou coincidência intersubjetiva de enunciados. Ou seja, a coincidência não se dá de forma objetiva, mas intersubjetiva, entre os sujeitos. Isto é muito interessante e inovador no pensamento de Pontes de Miranda.

Pelo que restou até agora exposto, percebe-se que a concepção do autor homenageado acaba por se inserir numa das facetas da prova como argumento. Isto é, a prova com pretensão de coincidência intersubjetiva visa imprimir uma certeza em quem decide. Certeza essa, como demarcada, subjetiva. É distinta do fato, ou melhor, do enunciado de prova que se quer provar, mas com ela busca estabelecer um elo que implique identidade. A prova não incide, pois falível, mas (co)incide mediante um vínculo consensual.

O ônus da prova surge quando não há prova da alegação. Trata-se, como assevera Pontes de Miranda, de regra de caráter objetivo que tem por função regular as consequências da ausência de prova.⁹⁶ Noutros termos, imputa-se a alguém objetivamente o ônus de provar. Nas palavras do homenageado, “ônus da prova é o ônus que tem alguém de dar a prova de algum enunciado de fato.”⁹⁷

Fica evidenciada assim a visão atual do pensamento de Pontes de Miranda acerca da prova. Ele até mesmo lança em seu trabalho indicativos interessantes que podem ser explorados em uma teoria dialógica da prova, já que vislumbra esta categoria como intersubjetividade.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

O presente ensaio não tem por função exaurir o tema na obra de Pontes de Miranda, mas apenas apontar algumas considerações feitas por um observador que encontra no homenageado um autor digno de respeito e que merece estudo mais detido, sendo inadmissível utilizá-lo apenas

96. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. T. III, op. cit., p. 414-415.

97. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. T. III, op. cit., p. 411.

como obra de consulta ou para funcionar como fonte de argumento de autoridade. Deve-se analisar sua obra e verificar a autoridade do argumento, descrevendo e, inclusive, refutando suas conclusões.

Alerte-se que este articulista prefere outra visão da prova, defendida em sua tese de doutoramento. Tem-se neste trabalho uma apreciação eminentemente descritiva. Malgrado isso, deve-se destacar que a análise da obra de Pontes de Miranda sobre o tema trouxe felizes surpresas, principalmente aquela que mostra como o homenageado já indicava novas perspectivas para o fenômeno prova, mantendo uma certa coerência com suas premissas metodológicas, máxime o caráter intersubjetivo da prova.

Com base no exposto, lançam-se algumas notas à guisa de conclusão:

- a) O modelo declaratório pode ver a prova como um categoria ontologizada apartada do fato, mas com ele faz referência e tem por função demonstrar uma relação de verdade.
- b) A prova, no modelo declaratório, pode aparecer como um argumento apto a demonstrar a verdade ou não de um fato ou de um enunciado de fato.
- c) No modelo teórico constitutivo, a prova irá constituir o fato.
- d) A concepção de prova desenvolvida por Pontes de Miranda tem por premissa a subjetividade da certeza.
- e) As regras sobre ônus da prova têm caráter objetivo e possuem natureza pré-processual.
- f) No modelo pontiano, a prova decorre da coincidência da intersubjetividade dos enunciados.
- g) Não se provam fatos, mas enunciados de fatos.
- h) O ônus da prova serve para estabelecer consequências para a ausência de prova.
- i) A perspectiva pontiana para a prova insere-a no contexto da concepção prova como argumento.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 9ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.
- AQUINO, Santo Tomás. **Suma de Teologia**. 2ª ed. Trad. José Martorell *et al.* Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994, T. I, parte I.

- AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2007.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad em el derecho**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2003.
- BONILHA, Paulo Celso B. **Da prova no processo administrativo tributário**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 1997.
- CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad. Lisa Pary Scarpa. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- _____. **Como se faz um processo**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Lider, 2002.
- _____. **Direito processual civil e penal**. Trad. Júlia Jimenes Amador. São Paulo: Péritas Editora, 2001.
- CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fato nel processo e sistema probatório). **Rivista di Diritto Processuale**. Ano LVI, nº 1 (gennaio-marzo 2001). Milani: Cedam, 2001.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos da incidência. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Direito tributário**: Linguagem e Método. São Paulo: Noeses, 2008.
- CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. **Theoria das provas**. Atualizada por Pontes de Miranda. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1917.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de derecho procesal civil**. 4ª ed. Montevideo/Buenos Aires, 2002.
- DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Trad. Érico Maciel. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação de tutela. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. III.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: RT, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Machado e Eduardo Moraes. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

- _____. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Graal, 2008.
- GARCIA, André Almeida. **Prova civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova** (contributo alla logica giuridica). Milano: Giuffrè, 1971.
- GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. **Derecho procesal civil**. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2003, T. I.
- HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2010.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª ed., rev. e ampl. 36ª reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- MACEDO, Ronaldo Porto. Prova dos atos jurídicos. **Revista de Processo**. Nº 16, ano 4, out-dez de 1979. São Paulo: RT, 1979.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009.
- MARINS, Graciela Iurk. **Produção antecipada de provas**. São Paulo: RT, 2004.
- MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba: los grandes temas del derecho probatório**. Buenos Aires, 1979.
- MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Trad. Hebert Wüntzel Heirich. 2ª tir. Campinas: Bookseller, 2007.
- PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3ª ed. Napoli: Jovene Editores, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Atualizada por Sérgio Bermudes. 3ª ed., revista e aumentada. São Paulo: Forense, 1997, T. IV.
- _____. **Tratado de direito privado**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, T. III.
- _____. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº I, de 1969**, tomo I. 2ª ed. Revista, 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1973.
- _____. **Incidência e Aplicação da lei**. Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco, ano 1, nº 1, Recife, 1956.

- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial: parte geral**. 2ª ed., correta e atual. São Paulo, Max Limonad, 1952, vol. I.
- SILVA, Carlos Martinez. **Tratado de pruebas judiciales**. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil: processo de conhecimento**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.
- TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 26, nº 2: 195-208, jul./dez. 2010.
- _____. **La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti**. Bari: Laterza, 2009.
- _____. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffè, 1992.
- _____. **Sui confini: scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002.
- THEODORO JR. Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.
- TORRE, Anamaria Campos. **Natureza da prova: da verdade, da certeza, da convicção, da probabilidade. Do convencimento judicial – o atual sistema do livre convencimento**. In SILVA, Ivan Luiz da; CARDOZO, Teodomiro Noronha; HIRECHE, Gamil Föppel el. **Ciências criminais no século XXI: Estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito de Recife**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2007.
- YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

5

OBJEÇÃO E EXCEÇÃO DE NÃO EXECUTIVIDADE

Bruno Garcia Redondo¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Histórico – 3. Nomenclatura e natureza jurídica – 4. Previsão legal – 5. Forma – 6. Legitimidade para apresentação: 6.1. Dívida (Schuld) e responsabilidade (Haftung); 6.2. Legitimidade dos responsáveis primários; 6.3. Legitimidade dos indicados no art. 568 do CPC (responsáveis primários e secundários); 6.4. Legitimidade dos responsáveis secundários; 6.5. Legitimidade do curador especial; 6.6. Ilegitimidade do exequente – 7. Legitimidade “passiva” – 8. Competência – 9. Prazo para apresentação – 10. Efeitos – 11. Pressuposto de cabimento: prova pré-constituída da alegação – 12. Matérias alegáveis: 12.1. Cognição ampla ou limitada, variando conforme a natureza do título executivo; 12.2. Matérias cabíveis em objeção ou exceção – 13. Preclusão da matéria defensiva (inclusive à relacionada ao interesse público) – 14. Procedimento – 15. Natureza jurídica da decisão, recurso cabível e sucumbência – 16. Compatibilidade do instituto com as execuções de títulos judiciais e extrajudiciais – [Referências bibliográficas](#).

1. INTRODUÇÃO

A objeção ou exceção de não executividade é importantíssimo instituto, consistente em defesa atípica do devedor na execução civil. Apesar de não ser regulada expressamente no Código de Processo Civil, essa defesa executiva decorre do sistema processual, razão pela qual deve ser

1. Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Pós-graduado em Advocacia Pública pela ESAP (PGERJ/UERJ-CEPED). Pós-graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ (TJRJ/UNESA). Professor de Direito Processual Civil, Direito Processual Coletivo e Direito Processual Tributário na Graduação da PUC-Rio e nos Cursos de Pós-Graduação da PUC- Rio, UFF, UERJ, ESA (OAB-RJ), CEPAD, CEDJ, ABADI e nas Escolas da Magistratura (EMERJ), do Ministério Público (AMPERJ) e da Defensoria Pública (FESUDEPERJ). Professor convidado na EPD. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC) e do Instituto *Iberoamericano de Derecho Procesal* (IIDP). Conselheiro da OAB-RJ. Presidente da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB-RJ. Procurador da OAB-RJ. Procurador da UERJ. Advogado. bruno@garcia-redondo.com.

objeto de profundo e atento estudo, para que seja admitida sempre que cabível e, do mesmo modo, rejeitada quando descabida.

Passemos, pois, à análise dos aspectos mais relevantes desse instituto.

2. HISTÓRICO

No Direito luso-brasileiro, a técnica executiva tinha, como regra geral, a necessidade de prévia garantia do juízo, por meio da penhora de bens do executado, para que pudesse ser apresentada a defesa típica da execução, então denominada embargos.

Os embargos do executado exigiam prévia segurança do juízo, salvo as seguintes exceções: embargos de restituição de menor; de retenção de benfeitorias, sendo líquidas ou juradas; de compensação; e de líquido a líquido já julgado (atualmente denominados de créditos com execução aparelhada). De modo semelhante, um Assento da Casa de Suplicação, de 1690, também admitiu embargos nos próprios autos, sem prévia garantia do juízo, nos casos de nulidade patente ou de pagamento provado com quitações e documentos legais.

No Direito brasileiro, a defesa do executado sem necessidade de penhora prévia, oferecida nos autos da própria execução civil, veio a ser prevista pela primeira vez, de forma expressa, nos arts. 10 e 31 do Decreto Imperial 9.885/1888². Esses dispositivos admitiam a alegação de pagamento ou o pedido de anulação da obrigação, no processo de execução fiscal, por meio de simples petição, sem necessidade de prévia garantia do juízo.

Dois anos após, os arts. 199 e 201 do Decreto 848/1890³, que organizava a Justiça Federal, veio a reproduzir regra semelhante, modificando apenas a redação dos dispositivos.

2. Decreto n. 9.885, de 1988:

"Art. 10 – Comparecendo o reo para se defender, antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o Juízo, salva a hypotese do art. 31. (...) "

Art. 31 – Considerar-se-há extinta a execução, sem mais necessidade de quitação nos autos, ou de sentença ou termo de extinção, juntando-se em qualquer tempo no feito: 1º Documento autentico de haver sido paga a respectiva importância na Repartição fiscal arrecadadora; 2º Certidão de anulação da dívida, passada pela Repartição fiscal arrecadadora, na forma do art. 12, parágrafo único; 3º Requerimento do Procurador da Fazenda, pedindo archívamento do processo, em virtude de ordem transmitida pelo Thesouro."

3. Decreto n. 848, de 11.10.1890:

Quarenta anos depois, o Decreto 5.225, de 31.12.1932, do Estado do Rio Grande do Sul, admitiu que a parte citada para a execução opusesse, de imediato, exceções de suspeição e de incompetência (inciso XXIII do art. 7º), bem como a chamada *exceção de impropriedade do meio executivo* (art. 1º), antes da realização da penhora.

Apesar dessas previsões legislativas pontuais, a possibilidade de defesa na execução sem prévia garantia do juízo ainda era rara, excepcional, e não a regra geral.

Atribui-se a Pontes de Miranda a primeira *sugestão* no sentido da utilização da “exceção de pré-executividade” nos moldes em que é atualmente utilizada. A referência à defesa nos próprios autos, sem necessidade de penhora, aparece, pela primeira vez, em seu Parecer n. 95⁴, de 30.07.1966.

O caso analisado no Parecer n. 95 de Pontes de Miranda consistia na propositura de inúmeras demandas nas comarcas do Rio de Janeiro, São Paulo e Belo Horizonte, em face da Companhia Siderúrgica Mannesmann, todas indevidas porquanto baseadas em títulos falsos⁵.

Enquanto alguns “credores” apresentavam *requerimentos de falência*, outros distribuíam *ações executivas* contra a Siderúrgica. No primeiro caso, a Companhia era obrigada a efetuar, previamente, o *depósito elisivo* da falência, para que pudesse defender-se opondo *embargos* (arts. 1º e 2º; §2º do art. 11 e §1º do art. 12 do Decreto-Lei 7.661/1945⁶, vigente

“Art. 199. Comparecendo o réu para se defender antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo si exhibir documento authenticico de pagamento da divida, ou annullação desta. (...)”

Art. 201. A materia da defesa, estabelecida a identidade do réu, consistirá na prova de quitação, nulidade do feito e prescrição da divida.”.

4. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Parecer n. 95. Dez anos de pareceres. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. v. 4, p. 125-139.

5. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 125-126.

6. Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945 (revogado pela Lei n. 11.101/2005):

Art. 1º Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva. (...).

Art. 2º Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante:

I – executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens à penhora, dentro do prazo legal; (...)

Art. 11. Para requerer a falência do devedor com fundamento no art. 1º, as pessoas mencionadas no art. 9º devem instruir o pedido com a prova da sua qualidade e com a certidão do protesto que caracteriza a impontualidade do devedor. (...)

§2º Citado, poderá o devedor, dentro do prazo para defesa, depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado, para discussão da sua legitimidade ou importância, elidindo a falência. (...)

na ocasião). Na segunda situação, a demandada também era obrigada a obrigada a ter seu patrimônio constrito, a fim de que pudesse defender-se mediante *contestação*, que somente podia ser apresentada após garantido o juízo pela penhora (art. 301 do CPC de 1939⁷, em vigor na época).

A distribuição de diversas demandas indevidas, com a realização de depósitos e penhoras sobre os bens daquela Companhia, foi sendo reiterada com intensa frequência até que, em certo ponto, a Mannesmann deixou de ter patrimônio livre e suficiente para garantir os juízos.

Naquele momento, viu-se aquela Siderúrgica em grave situação: sem dispor de bens livres para oferecer como garantia do juízo, não lhe seria dada a oportunidade de defesa (mediante *embargos* ou *contestação*, variando conforme a demanda ajuizada), razão pela qual seria decretada sua falência e seu patrimônio seria expropriado. Indagou-se, então, qual seria o meio jurídico próprio para a apresentação de defesa contra *requerimentos de falência e ações executivas* baseadas em títulos manifestamente falsos.

No mencionado Parecer, Pontes de Miranda sustentou o cabimento de defesa nos próprios autos da ação executiva, mediante simples petição, sem a necessidade de prévia garantia do juízo, para invocação de matérias “decretáveis de ofício” (usualmente ligadas aos pressupostos processuais e às “condições da ação”)⁸. Adaptando suas lições gerais ao caso concreto, Pontes afirmou a possibilidade de a Siderúrgica alegar os vícios ligados aos títulos executivos antes da realização da penhora de bens⁹.

Art. 12. Para a falência ser declarada nos casos do art. 2º, o requerente especificará na petição os fatos que a caracterizam, juntando as provas que tiver e indicando as que pretenda aduzir.

§1º O devedor será citado para defender-se devendo apresentar em cartório, no prazo de vinte e quatro horas, os seus embargos, instruindo-os com as provas que tiver e indicando outras que entenda necessárias à defesa. (...)”

7. Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, revogado pela Lei n. 5.869/73):

“Art. 301. Feita a penhora, o réu terá dez (10) dias para *contestar* a ação [*executiva*], que prosseguirá com o rito ordinário.”

8. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 134-135: “(...) O que é declarável de ofício ou decretável de ofício é suscetível entre o despacho do juiz e o cumprimento do mandado de citação ou de penhora. Também o seria, se o citando tivesse sabido da remessa da petição ou do ato de distribuição e – antes do despacho – fizesse ao juiz a comunicação de que a petição poderia levá-lo a despachar injustamente. Assim, se a sentença é inexistente ou nula ipso iure, e não precisa de prova que dela mesma não conste, ou de certidão exibida imediatamente, pode o juiz – no intervalo entre o despacho e a citação – revogar o despacho, porque fora contra direito, sem qualquer dúvida. Também é de revogar-se o despacho, se o citando mostra que não é a pessoa que se teria que citar.”.

Com o acolhimento do Parecer, a Siderúrgica conseguiu apresentar defesa por simples petição, já no início nas demandas, provando que os títulos já haviam sido declarados falsos em processos anteriores. Assim, os pedidos de falência da Siderúrgica Mannesmann foram indeferidos e as ações executivas igualmente rejeitadas.⁹

O sucesso proporcionado por esta modalidade de defesa nos próprios autos, anterior à penhora, contribuiu para a rápida difusão de sua utilização, passando a ser amplamente utilizada a então chamada “exceção de pré-executividade”.

No início dos anos 80, Alcides de Mendonça Lima¹⁰ e Galeno Lacerda¹¹ subscreveram Pareceres também analisando a possibilidade de defesa com natureza de “exceção de pré-executividade”. Enquanto o primeiro autor considerava-a inadmissível *de lege lata*, admitindo-a somente *de lege ferenda*, o segundo processualista, do mesmo modo que Pontes de Miranda, a reconhecia como possível à luz do Direito positivo.

Pontes de Miranda é considerado, por muitos, como o primeiro jurista brasileiro, de que se tem notícia, a *formular*, em um caso concreto, essa veiculação de defesa nos autos da execução *antes* da garantia do juízo. Ainda que essa assertiva seja corrente, cabe destacar que, 07 (sete) anos antes de seu afamado Parecer n. 95, outro processualista, José da Silva Pacheco¹², afirmou, em 1959, de modo geral e sem grandes detalhes, que “a defesa do executado não se esgota nos embargos”, sendo possível, além das exceções (de suspeição, de incompetência, de litispendência e de coisa julgada) e dos embargos (suspensivos e não suspensivos), uma

-
9. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 137-138: “(...) Se o demandado, nas vinte e quatro horas, alega e prova que não é a pessoa vinculada, contra a qual se poderia propor a ação executiva, tem de haver decisão do juiz antes de se expedir mandado de penhora. (...) Sim. A respeito da própria execução das sentenças, a alegação de inexistência, da invalidade ou da ineficácia da sentença é alegável antes da expedição do mandado de penhora, isto é, no prazo legalmente fixado conforme o estilo do Reino de Portugal, do Reg. nº 737, de 25 de novembro de 1950, arts. 310 e 510, e do Código de Processo Civil, arts. 918, 992 e 998 (cf. Comentários ao Código de Processo Civil, IV, 66-77). (...) Uma vez que houve alegação que importa em oposição de exceção pré-processual ou processual, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva.”
 10. LIMA, Alcides de Mendonça. Ação executiva: necessidade da penhora para discutir a exigibilidade dos títulos. Processo de conhecimento e processo de execução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 273-290.
 11. LACERDA, Galeno. Execução do título judicial e segurança do juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Estudos em homenagem ao Prof. José Frederico Marques no seu 70º aniversário. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 167-176.
 12. PACHECO, José da Silva. Tratado das execuções. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 3, p. 224.

“defesa imediata com demonstração cabal da impossibilidade do ato executivo, antes de sua concretização”. Vê-se, assim, que outro autor brasileiro, anos antes do Parecer de Pontes, já defendia o cabimento de defesa nos autos da execução por simples petição e antes da penhora. Curioso observar, contudo, que, nessas suas lições de 1959, José da Silva Pacheco invocava outro estudo de Pontes de Miranda (no caso, seus *Comentários ao código de processo civil* de 1939)¹³.

3. NOMENCLATURA E NATUREZA JURÍDICA

Apesar de comumente atribuir-se a Pontes de Miranda a regulamentação da “exceção de pré-executividade”, essa expressão não foi por ele cunhada, já que inexistente no Parecer n. 95. Tampouco foi a mesma utilizada no Parecer que se seguiu, de autoria de Alcides de Mendonça Lima¹⁴, datado do início dos anos 80.

Somente no Parecer de Galeno Lacerda, inserido em obra de 1982, é que irá encontrar-se, pela primeira vez, a expressão “exceção de pré-executividade”, quando este autor comenta as lições de Pontes de Miranda¹⁵.

A partir do início dos anos 90, a utilização da “exceção de pré-executividade” foi sendo cada vez mais difundida e, da mesma forma, sua nomenclatura. Apesar de amplamente divulgada e objeto de respeitáveis e densos trabalhos doutrinários, essa expressão sofre amplas críticas por parte dos processualistas da atualidade.

Os autores divergem sobre qual seria a melhor denominação para esse instituto, sendo possível encontrar as seguintes expressões: *exceção de pré-executividade*¹⁶, *incidente de pré-executividade*¹⁷, *exceção de*

13. Ibid., p. 224-226.

14. LIMA, Alcides de Mendonça. Op. cit., p. 273-290.

15. LACERDA, Galeno. Op. cit., p. 171-174: “Nesse parecer, mostra Pontes como os embargos do executado não lhe esgotam todas as possibilidades de defesa. Há defesas fundadas em exceções de pré-executividade do título, que o Juiz deve considerar antes de qualquer cogitação de penhora. (...) Isto significa que, como bem salientou Pontes de Miranda no parecer acima transcrito, pode o executado opor-se legitimamente, à ação executória, com exceções de pré-executividade do título, exceções prévias, portanto, à penhora, que é medida já executiva.”.

16. MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 34; NOLASCO, Rita Dias. Exceção de pré-executividade. 2. ed. São Paulo: Método, 2004, p. 193-194; e ; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2, p. 441.

17. OLIVEIRA NETO, Olavo de. A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada. São Paulo: RT, 2000, p. 118.

*não executividade*¹⁸, *objeção de executividade*¹⁹, *objeção do executado*²⁰, *objeção de pré-executividade*²¹, *objeção na execução*²² e *objeção de não executividade*²³, entre tantas outras.

Dentre as existentes, as que consideramos mais adequadas são as expressões *objeção* e *exceção de não executividade*²⁴, variando a palavra inicial conforme a natureza jurídica da defesa, a qual, por seu turno, é revelada por seu conteúdo.

Imperioso, neste ponto, um alerta essencial: o conceito de *objeção* e *exceção* é objeto de intensa divergência doutrinária, por se tratar de classificação não positivada em texto legal. Diversos são os posicionamentos, cujo aprofundamento foge, inteiramente, ao âmbito do presente ensaio. Apenas a título exemplificativo, há quem considere *objeção* como fato jurídico que tem aptidão para extinguir ou modificar situações jurídicas ou impedir a produção de efeitos de outros fatos jurídicos, e *exceção* como situação jurídica subjetiva ativa (contradireito que o réu pode exercer em face do autor)²⁵; há quem defenda ser *objeção* a defesa relacionada a questão de interesse público e, *exceção*, a invocação de tema de interesse privado²⁶. De nossa parte, e para fins do presente trabalho, parece mais apropriado este último entendimento.

-
18. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 5, p. 395.
 19. ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1069; PAULO, José Ysnaldo Alves. Pré-executividade contagiante no processo civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 108; e NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 180-181: "A expressão é imprópria porque 'exceção' traz ínsita a idéia de disponibilidade do direito, razão porque não oposta a exceção ocorre a preclusão. É inadequado ainda, falar-se em 'pré-executividade'. O correto seria denominar esse expediente de objeção de executividade, porque seu objeto é matéria de ordem pública decretável ex officio pelo juiz, por isso mesmo, insuscetível de preclusão, bem como se refere à própria executividade do título e não à sua 'pré-executividade'".
 20. DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 450.
 21. SHIMURA, Sérgio. Título executivo. 2. ed. São Paulo: Método, 2005, p. 94; e GRECO, Leonardo. O processo de execução. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2, p. 625.
 22. TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do código de processo civil. Revista de Processo, São Paulo: RT, a. 32, n. 153, nov. 2007, p. 26.
 23. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. In: Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 119-121; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2, p. 438; e HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. A execução civil. Niterói: Impetus, 2010, p. 79.
 24. Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 67.
 25. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 47-49.

Tem natureza de *objeção* a defesa que invoca matérias ligadas ao interesse público (“matérias de ordem pública”, *v.g.*, pressupostos processuais e “condições da ação”) ou que, apesar de relacionadas ao interesse privado, a lei permite seu reconhecimento *ex officio* pelo magistrado (*e.g.*, prescrição). Assim, quando a defesa na execução veicular apenas essas espécies de matérias, terá natureza de *objeção de não executividade*.

Por seu turno, *exceção* é termo utilizado, tradicionalmente, para casos de *disponibilidade* de direito, exigindo alegação por parte do interessado. Assim, tem natureza de *exceção* a defesa que veicula matéria ligada ao interesse privado, que não pode ser conhecida de ofício pelo juiz, seja ligada ao direito material (*v.g.*, exceção de contrato não cumprido²⁷), seja relacionada ao direito processual (*e.g.*, exceção de incompetência relativa do juízo²⁸). Quando apresentada na execução, ter-se-á a *exceção de não executividade*.

Quando o executado invocar diversas matérias, tanto ligadas ao interesse público, quanto relacionadas ao interesse privado, sua defesa terá natureza dupla, de *objeção* e *exceção de não executividade*, o que não é vedado pelo ordenamento. É o que ocorre, por exemplo, com a *contestação*, que pode veicular matérias tanto “de ordem pública” (alguns dos incisos do art. 301), quanto ligadas ao interesse privado (art. 300 do CPC).

26. NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 180-181.

27. Assim ensina Helio Tornaghi: “A palavra exceção é empregada em vários sentidos: 1.º) em acepção estrita é a alegação de defesa baseada em direito ou fato que paralisa a pretensão. (...) As exceções em sentido próprio, por vezes, paralisam definitivamente a pretensão do autor e são, por isso, chamadas peremptórias. É o caso, p. ex., da prescrição. De outras vezes a obstruem temporariamente e então se denominam dilatórias. As exceções processuais, como se mostrará adiante, são sempre dilatórias. (...) As verdadeiras exceções são razões do devedor (1. s.) que se contrapõem às razões do credor (1. s.). À pretensão deste opõe aquela a própria pretensão. (...) A exceção é razão do réu que paralisa a razão do autor, permitindo ao primeiro recusar a prestação, apesar de fundada em direito do pretendente. O que portanto a exceção ataca é o mérito, não a ação. (E muito menos o processo).” (TORNAGHI, Helio. Da exceção. Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, Rio de Janeiro: FND, v. 13-14, 1955-1956, p. 66, 77, 79-80).

28. TORNAGHI, Helio. Op. cit., p. 86-87: “Como se viu, o Direito intermediário alargou o significado da palavra exceção. Um dos característicos desta era o de ter de ser alegada pelo réu. O juiz não podia conhecê-la de ofício. Isto que era consequência da natureza da exceção, foi tomado como sua essência, como sua determinante. Daí, toda vez que um defeito de forma, de rito, só podia ser arguido pelo réu, em sua defesa, a alegação era chamada exceção. (...) Verificou-se que as exceções processuais não eram de molde a prejudicar o julgamento do mérito, não se opunham às razões do pedido e por isso mesmo não faziam perecer a pretensão do autor. (...) Isto, que também era uma consequência, foi por sua vez tomado como fundamento de um tipo de exceções. Daí chamarem-se exceções dilatórias ou simplesmente exceções todas aquelas circunstâncias que, levadas em conta pelo juiz, de modo próprio ou mercê de provocação, tendam a procrastinar a decisão do mérito.”.

Imprecisa, portanto, a famosa expressão “exceção de pré-executividade”. No que tange à sua primeira parte, viu-se que a defesa pode ter natureza não apenas de *exceção*, mas também de *objeção*. Quanto à parte final da expressão, o equívoco se revela pelo fato de a defesa não ser “pré” executiva, já que realizada nos autos de uma execução já em curso. Na realidade, por meio dessa defesa o executado busca evitar o prosseguimento do procedimento e, usualmente, impedir a penhora. Seu objetivo, portanto, é provar que *não* poderia haver execução, razão pela qual a expressão *não executividade* parece mais apropriada, como destacado por Barbosa Moreira²⁹.

A objeção ou exceção de não executividade, sob o prisma do executado, possui inegável natureza jurídica de *defesa intraprocessual*³⁰⁻³¹, já que consiste em meio pelo qual o demandado resiste à pretensão executiva do exequente.

Entretanto, mais do que simples defesa, guarda natureza jurídica de *incidente processual*³², já que não se esgota na mera apresentação pelo executado, sendo necessária uma dilação processual (ainda que mínima) subsequente: recebimento da objeção ou exceção pelo juiz; abertura de prazo para contraditório pelo exequente; protocolo ou não da resposta do demandante; conclusão dos autos ao magistrado; e, finalmente, prolação da decisão sobre o incidente.

4. PREVISÃO LEGAL

O procedimento da objeção ou exceção de não executividade não está regulamentado no Código de Processo Civil de 1973, mas seu cabimento decorre do sistema processual.

-
29. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 120: “Melhor seria, então, falar em ‘não executividade’ que em ‘pré-executividade’ – locução desprovida de força negativa e impregnada de uma conotação temporal capaz de induzir em falsa pista o comum dos mortais. O problema não é de ‘antes’ ou ‘depois’: é de ‘sim’ ou ‘não’, e é essa alternativa, não a outra, que tem de refletir-se na nomenclatura.”
 30. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 2, p. 187: “(...) na defesa não se contém nenhuma pretensão, mas resistência à pretensão e ao pedido do autor. Defendendo-se, o réu não pretende nada de quem aciona, mas apenas resiste à sujeição processual a que o submete o órgão jurisdicional, ou à pretensão do autor, afirmando que não está sujeito ao seu poder jurídico.”
 31. CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 437; GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 626; e BATISTA JR., Geraldo da Silva. Exceção de pré-executividade: alcances e limites. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 21.
 32. Nesse sentido, OLIVEIRA NETO, Olavo de. Op. cit., p. 119; e NOLASCO, Rita Dias. Op. cit., p. 195.

A defesa com natureza de objeção é admissível pelo fato de o magistrado ter o dever-poder de conhecer, *ex officio*, de questões ligadas ao interesse público (“matérias de ordem pública”, *v.g.*, as referentes à admissibilidade da relação processual). Essa hipótese encontra-se positivada, quanto à fase de conhecimento, no §3º do art. 267 e, no que tange à fase recursal, nos §§1º e 2º do art. 515 e no art. 516 do CPC.

Já a defesa com natureza de exceção é tranquilamente aceita nos planos doutrinário e jurisprudencial sempre que a alegação for constatável de plano, satisfatoriamente comprovada por meio de prova pré-constituída, sem necessidade de dilação probatória. Por ser muito curto esse incidente defensivo (alegação-contraditório-decisão), não há razão jurídica para inadmiti-lo, ainda que inexistente previsão legal expressa a regulá-lo.

5. FORMA

Por se tratar de meio de defesa com natureza de *incidente processual*, não há formação de nova relação jurídico-processual, sendo a objeção ou exceção veiculada por meio de *simples petição*, apresentada nos próprios autos originais da execução, e não de petição inicial, inauguradora de demanda autônoma. Não é necessária, portanto, a observância dos requisitos dos arts. 39, inciso I, 282 e 283 do CPC, essenciais para a regularidade de qualquer petição inicial.

A forma *escrita* é, evidentemente, a mais usual de apresentação da objeção ou exceção de não executividade. É possível, porém, que as matérias de ordem pública sejam alegadas *oralmente* pelo executado, principalmente durante audiência, a qual pode ser designada também durante o curso da execução (inciso I do art. 599 e inciso IV do art. 125 do CPC). Neste caso, deverá a alegação oral ser transcrita, para devido registro nos autos, mediante documentação na Ata de Audiência³³.

6. LEGITIMIDADE PARA APRESENTAÇÃO

A questão da legitimidade ativa na objeção ou exceção de não executividade é tema que merece estudo cuidadoso, por se tratar de defesa

33. Dessa forma, ROSA, Marcos Valls Feu. Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução. 4. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 49-51; e SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Exceção de pré-executividade. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 68.

não prevista em lei, oferecida nos próprios autos originais, no âmbito da mesma relação processual.

Como se verá, têm legitimidade para apresentar objeção ou exceção de não executividade todas as pessoas que tenham interesse em excluir seu patrimônio do desiderato executivo.

6.1. Dívida (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*)

É importante lembrar que, a partir das lições de Brinz, tem-se a nítida distinção entre *Schuld* (débito) e *Haftung* (responsabilidade).

Quando na *responsabilidade patrimonial* coincidem, na mesma pessoa, as figuras do *devedor* e do *responsável*, tem-se a denominada responsabilidade patrimonial *primária* (ou *originária*).

O art. 591 do CPC, da mesma forma que o art. 391 do CC, consagra a regra da *responsabilidade patrimonial*, segundo a qual o devedor responde com seus bens *presentes* e *futuros* pelas obrigações que contrair. Não realizando o devedor pagamento espontâneo, seu patrimônio fica sujeito à sanção estatal, cabendo ao Estado realizar atos de constrição e de expropriação daqueles bens necessários à realização do direito do credor.

O sistema estabelecido pelo art. 591 do CPC é complementado pelo art. 592, que elenca diversas situações nas quais terceiros, apesar de não serem trazidos à condição de “devedores” ou de “partes” da demanda, ficam *submetidos* aos efeitos da execução, uma vez que seus bens ficam sujeitos à execução.

Trata-se da responsabilidade patrimonial *secundária* (ou, ainda, *derivada* ou *superveniente*), por força da qual podem ser executados “bens que não são do devedor, mas de terceiro, que não se obrigou e, mesmo assim, respondem pelo cumprimento das obrigações daquele”³⁴ (*v.g.*, no caso de sócio solidário, ou adquirente de bem alienado em fraude de execução, ou de objeto de sentença em ação real).

6.2. Legitimidade dos responsáveis primários

É evidente a legitimidade, para a objeção ou exceção de não executividade, do *responsável primário* (art. 591 do CPC), isto é, aquele que

34. LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 6, t. 2, p. 471.

possui a responsabilidade executiva principal. Como o patrimônio do devedor está sujeito à prática dos atos executivos, o *responsável primário* tem legitimidade para apresentar a objeção ou exceção, a fim de ver afastada a possibilidade de constrição judicial de seus bens.

6.3. Legitimidade dos indicados no art. 568 do CPC (responsáveis primários e secundários)

Também podem apresentar objeção ou exceção de não executividade aqueles que, nos termos do art. 568 do CPC, são legítimos para figurar no pólo passivo da execução: (i) o “devedor” ou os “devedores” que figurarem no título executivo, judicial ou extrajudicial; (ii) o espólio, os herdeiros ou os sucessores do “devedor” indicado no título executivo; (iii) o novo “devedor”, que assumiu, com o consentimento do “credor”, a obrigação resultante do título executivo; (iv) o fiador judicial; e (v) o responsável tributário.

Vê-se que os incisos I e III do art. 568 contemplam a hipótese de responsabilidade patrimonial *primária*, ao passo que os incisos II, IV e V refletem responsabilidade patrimonial *secundária*, daqueles que, apesar de não terem assumido a dívida propriamente dita, são *responsáveis* pelo adimplemento.

6.4. Legitimidade dos responsáveis secundários

Além dos sujeitos elencados nos incisos II, IV e V do art. 568 *supra* analisado, também tem responsabilidade patrimonial *secundária* as pessoas indicadas no art. 592 do CPC: (i) o sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; (ii) o sócio; e (iii) o cônjuge, quando seus bens próprios, reservados ou de sua meação, responderem pela dívida.

Relativamente ao *cônjuge*, para que sua legitimidade para objeção ou impugnação possa ser analisada de forma correta, o inciso do art. 592 deve ser interpretado conjuntamente com o §2º do art. 655 do CPC. Dessa forma, se o bem constrito for imóvel e o executado for casado, seu cônjuge também deverá ser intimado da penhora e da avaliação, *independentemente* do regime de bens do casamento³⁵⁻³⁶. Apesar da omissão legal,

35. Da mesma forma, entendendo que a exigência legal de intimação do conjugue é sempre necessária, qualquer que seja o regime de bens do casamento, BARBOSA MOREIRA, José

a interpretação constitucional (§3º do art. 226 da CRFB) e sistemática desse dispositivo impõe que também o *companheiro* do executado, que com ele conviva em união *estável* ou em união *homoafetiva*³⁷ reconhecida, deva ser intimado da penhora do imóvel³⁸. Nessas situações de penhora de imóvel, o *cônjuge* ou o *companheiro* do executado poderá apresentar tanto *objeção* ou *exceção de não executividade*, quanto as defesas típicas – *impugnação* (§º1 do art. 475-J,) ou *embargos* (art. 736 do CPC).

Caso a penhora recaia sobre bens do sucessor, do sócio ou do *cônjuge*, a eles é garantido o direito de opor *embargos de terceiro* (art. 1.046), para verem os seus bens ou direitos excluídos da constrição judicial³⁹.

Carlos. O novo processo civil brasileiro. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 245; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 324; SCARPINELLA BUENO, Cassio. A nova etapa da reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 112; GARCIA REDONDO, Bruno; LOJO, Mário Vitor Suarez. Penhora. São Paulo: Método, 2007, p. 67; SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 136; ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 338; PARIZATTO, João Roberto. Alterações do processo de execução pela Lei nº 11.382. São Paulo: Edipa, 2007, p. 55; ARAÚJO, Luciano Vianna. A nova execução por título extrajudicial – análise dos arts. 585 a 684 do cpc. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al (coord.). Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: RT, 2007, p. 884; e STJ, 4. T., REsp 252.854/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 29.06.2000, DJ 11.09.2000, p. 258.

36. Em sentido contrário, sustentando ser desnecessária a intimação do conjugue no caso do regime de separação absoluta de bens, WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil. São Paulo: RT, 2007. v. 3, p. 116; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 608; ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 687.
37. Reconhecendo tanto a união *estável*, quanto a união *homoafetiva* como entidades integrantes do conceito de “família” referido no art. 226 da CRFB e, assim, dignos de tutelas jurídica e jurisdicional, STF, T. P. ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Brito, j. 05.05.2011, Dje 14.10.2011; STF, T. P., ADI 4.277/DF, rel. Min. Ayres Brito, j. 05.05.2011, Dje 14.10.2011; STJ, 2. S., REsp 1.085.646/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.05.2011, Dje 26.09.2011; STJ, 4. T., REsp 1.183.378/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011, Dje 01.02.2012; STJ, 6. T., REsp 932.653/RS, rel. Min. Celso Limongi, j. 16.08.2011, Dje 03.11.2011; STJ, 4. T., AgRg no REsp 805.582/MG, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 21.06.2011, Dje 08.08.2011; e STJ, 4. T., REsp 827.962/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 21.06.2011, Dje 08.08.2011.
38. Nesse sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 324; SCARPINELLA BUENO, Cassio. Op. cit., p. 112; e GARCIA REDONDO, Bruno; LOJO, Mário Vitor Suarez. Op. cit., p. 67-68.
39. Dessa forma, LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 75, 86-88. Em sentido contrário, entendendo que autorização legal para a constrição do patrimônio do responsável secundário lhe retiraria a legitimidade para oposição dos embargos de terceiro, pelo fato de esses visarem o levantamento da penhora de um bem indevidamente constrito (não haveria “constrição indevida” pelo fato de haver autorização legal para tanto), NOTARIANO JR., Antonio. Impugnação ao cumprimento da sentença. São Paulo: Método, 2008, p. 70; e ARMELIN, Donaldo: “[...] São terceiros, apenas em relação ao processo. Mas no que tange à satisfação do direito do credor, são os que diretamente suportam a atuação jurisdicional desenvolvida nesse sentido. Portanto,

Entretanto, os embargos de terceiro têm, por objeto, a alegação de que os bens penhorados estariam fora do âmbito da responsabilidade patrimonial, caso em que a constrição seria indevida.

Por essa razão, caso fosse negada aos responsáveis *secundários* a possibilidade de apresentação de objeção ou exceção de não executividade, eles ficariam sem defesa para combater, já no início, uma execução eventualmente indevida, restando-lhes apenas aguardar a oportunidade para a oposição dos embargos de terceiro. Os responsáveis, estariam, então, “à mercê de embargos interpostos pelo devedor (o qual, não tendo seus bens atingidos, nem sempre se disporia a ajuizá-lo)”⁴⁰.

Assim, tanto para evitar prejuízo para o responsável secundário, quanto pelo fato de ser possível a alegação de matérias relacionadas ao interesse público em sede de objeção de não executividade, deve-se reconhecer a legitimidade daqueles que detêm a responsabilidade patrimonial *secundária* para a apresentação de objeção ou exceção de não executividade.

No que tange ao *fiador contratual* ou *convencional*, sabe-se que sua responsabilidade somente decorrerá de (i) contrato garantido por *caução* (inciso III do art. 585); (ii) contrato de *locação* ou de *renda* de imóvel (inciso V do art. 585); ou (iii) *sentença civil* que reconheça a existência de obrigação certa, líquida e exigível (inciso I do art. 475-N), proferida nos autos de relação processual cujo pólo passivo o fiador tenha integrado.

Desse modo, a execução em face do fiador *contratual*, baseada em título executivo judicial, somente será possível caso o processo de conhecimento tenha sido proposto em face dele, ou caso tenha passado a integrar seu pólo passivo por meio de alguma espécie de *intervenção* (voluntária ou forçada). Em outras palavras, a sentença somente será eficaz

enquanto indiscutível a sua qualificação em uma daquelas categorias estatuídas no artigo 592 do Código de Processo Civil, não têm, esses terceiros legitimidade para embargar de terceiro, exatamente porque a lei lhes veda a subtração de seu patrimônio da constrição judicial. Por isso mesmo causa espécie que o próprio Liebman, após ter firmado que o responsável patrimonial não pode subtrair o bem do destino que lhe aguarda, entenda que a sua defesa far-se-á através de embargos de terceiro. Para que estes embargos possam ser admitidos é fundamental que o embargante prove não estar enquadrado em nenhuma das hipóteses do referido artigo 592 do Código de Processo Civil, por que só então ele será terceiro legitimado para a propositura dessa ação.” (Embargos de terceiro. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 1981, p. 307-308).

40. TALAMINI, Eduardo. Embargos do executado. Carta jurídica – Revista de Informação e debates, ESTADO: Ed. Jurídica brasileira, n. 1/139, 1999, p. 147.

e oponível ao fiador convencional caso ele tenha integrado a *fase de conhecimento* do processo.

A solução é semelhante no que tange especificamente ao contrato de locação, já que também é essencial que o fiador tenha integrado o pólo passivo da relação processual da ação de despejo, ou que ele tenha anuído, expressamente, ao aditamento do contrato. Nesse sentido, é expressa a orientação das Súmulas 214⁴¹ e 268⁴² do STJ.

Em relação ao *responsável tributário*, é importante observar que somente a *lei* pode atribuir, a terceiro, a responsabilidade tributária. No Código Tributário Nacional, os responsáveis tributários vêm indicados nos arts. 134 e 135 do CTN. Por suportarem a responsabilidade tributária, também os responsáveis tributários poderão apresentar objeção ou exceção de não executividade⁴³.

6.5. Legitimidade do curador especial

Caso o demandado, durante a *fase de conhecimento* do processo, tenha sido *revel* e citado com *hora certa* (arts. 227 a 229) ou por *edital* (arts. 231 a 233), ser-lhe-á nomeado *curador especial* (inciso II do art. 9º), a quem competirá a defesa dos interesses do réu revel ao longo do processo.

Como se sabe, a Lei 11.232/2005 procedeu à reunião, no mesmo processo formal, das atividades de *conhecimento*, de *liquidação* e de *execução*, dando origem ao que se costuma denominar de “processo sincrético”. Independentemente da nomenclatura que se dê a essa nova estrutura formal de processo, é inegável que se trata de uma única e mesma relação processual.

Desse modo, parece possível que o *curador especial* permaneça a atuar, durante a fase de execução, como substituto processual em favor do réu-executado (substituído), já que se trata do mesmo processo formal⁴⁴. Por essa razão, deve-se reconhecer legitimidade ao *curador*

41. Súmula 214 do STJ: “o fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.”.

42. Súmula 268 do STJ: “o fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado.”.

43. Nesse sentido, ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 1.073; NOLASCO, Rita Dias. Op. cit., p. 204-205; e MOREIRA, Alberto Camiña. Op. cit., p. 67-71. Igualmente, TRF, 5. R., 1. T., AI 50047, rel. Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro, j. 05.02.2004, DJ 19.03.2004, p. 593.

44. Desse modo, SANTOS, Ernane Fidélis dos. Op. cit., p. 58; e NOTARIANO JR., Antonio. Op. cit., p. 136.

especial para apresentar, em favor do executado, objeção ou exceção de não executividade.

6.6. Ilegitimidade do exequente

No que tange ao *exequente*, é evidente que ele não possui legitimidade para oferecer objeção ou exceção de não executividade, já que sua natureza, como visto, é de *defesa*⁴⁵. Caso o exequente deseje extinguir a execução que iniciou, deverá formular pedido de *desistência* por meio de simples petição (art. 569 do CPC), que, evidentemente, possui natureza jurídica diversa da objeção ou exceção.

7. LEGITIMIDADE “PASSIVA”

A objeção ou exceção de não executividade, como *defesa intraprocessual*, tem por objetivo a resistência contra a pretensão executiva formulada pelo demandante. Desse modo, a defesa por meio de objeção ou exceção é dirigida contra o exequente.

8. COMPETÊNCIA

A objeção e a exceção de não executividade, como visto, são *defesas intraprocessuais* na forma de *incidente processual*, razão pela qual a petição deve ser apresentada ao juízo perante o qual tramita a execução, devendo ser juntada aos próprios autos originais.

9. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO

Já se acentuou que o procedimento da objeção e da exceção de não executividade não está regulado no Código de Processo Civil, devendo o mesmo observar as garantias e os princípios gerais que norteiam o Direito Processual e, sempre que cabível (isto é, de acordo com a natureza jurídica da objeção e da exceção), as regras que regulam as defesas típicas do executado, mediante o emprego da analogia.

Em seu Parecer n. 95, Pontes de Miranda sugeriu que a “exceção de pré-executividade” se submetesse aos prazos que o Código de Processo Civil de 1939 fixava para as *exceções*. A doutrina atual diverge sobre qual

45. Dessa forma, ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 1.073; e NOLASCO, Rita Dias. Op. cit., p. 201. De modo contrário, ROSA, Marcos Valls Feu. Op. cit., p. 48-49.

seria o prazo, do anterior Código, ao qual Pontes de Miranda se referia, isto é, se de 03 (três)⁴⁶ ou de 05 (cinco)⁴⁷ dias, sendo este último o prazo que parece ter sido defendido por aquele jurista⁴⁸. De qualquer modo, adaptando-se o rito da lei anterior para o procedimento do Código de Processo Civil de 1973, tem-se, atualmente, o prazo de 15 (quinze) dias⁴⁹ para as defesas típicas do executado (§1º do art. 475-J e art. 738 do CPC).

Percebe-se que Pontes de Miranda, ao prever um prazo delimitado, considerava a “exceção de pré-executividade” como defesa destinada apenas a atacar a *decisão liminar positiva* para evitar a subsequente *penhora*. Em que pese este clássico entendimento, não é esse o posicionamento que predomina atualmente.

Nos dias atuais, entende-se que a defesa atípica, por simples petição nos próprios autos da execução, poderá ou não ter prazo máximo delimitado (preclusivo), variando conforme sua natureza jurídica.

Quando a defesa tiver natureza de *objeção*, destinando-se à invocação de matéria ligada ao interesse público (“matérias de ordem pública”, *v.g.*, relacionadas à admissibilidade da relação processual), ela poderá ser apresentada *a qualquer tempo* – à semelhança do §3º do art. 267 e do inciso III do art. 303 do CPC, ainda que relativos à fase processual de conhecimento –, isto é, desde o início da execução, até a prolação da sentença de sua extinção (art. 794 ou 795)⁵⁰.

Afinal, se a matéria pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, ela pode ser alegada pelo executado por qualquer meio, em qualquer grau e a qualquer tempo. Significa dizer que a objeção de não executividade pode ser apresentada mesmo após esgotado o prazo para apresentação

46. LACERDA, Galeno. Execução de título judicial e segurança do juízo. Revista da associação dos juizes do rio grande do sul – AJURIS, Porto Alegre: AJURIS, n. 23, nov. 1981, p. 14; e BATISTA JR., Geraldo da Silva. Op. cit., p. 81.

47. SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Op. cit., p. 62.

48. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 132.

49. Dessa forma, SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Op. cit., p. 62. De modo diverso, sustentando que a adaptação para o CPC vigente resultaria no prazo de 05 (cinco) dias, ROSA, Marcos Valls Feu. Op. cit., p. 45.

50. Nesse sentido: LACERDA, Galeno. Op. cit., p. 14; CASTRO, José Antônio de. Execução no código de processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 1992, p. 129-130; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 450; SHIMURA, Sergio. Op. cit., p. 100-101; SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Op. cit., p. 64-65; BATISTA JR., Geraldo da Silva. Op. cit., p. 83-84; ROSA, Marcos Valls Feu. Op. cit., p. 46; MOREIRA, Alberto Camiña. Op. cit., p. 55; e NOLASCO, Rita Dias. Op. cit., p. 199; HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Op. cit., p. 80.

da defesa típica – seja a de primeira fase (impugnação ou embargos), seja a de segunda fase (impugnação ou embargos à adjudicação, à alienação ou à arrematação)⁵¹⁻⁵².

Observe-se, contudo, que a regra geral da inexistência de prazo para apresentação da objeção não pode burlar eventual preclusão ou coisa julgada material contrária ao exequente. Caso a matéria invocada na objeção já tenha sido objeto de decisão anterior contrária ao executado, existirá preclusão (se a questão já tiver sido alegada no âmbito da própria execução) ou coisa julgada material (se a defesa já tiver sido veiculada por meio de ação autônoma ou defesa heterotópica).

Apesar de ser possível a apresentação da *objeção* até a sentença extintiva da execução, a prática forense revela que sua utilização mais frequente se dá antes da realização da *penhora*⁵³, por permitir a vantagem de, se acolhida, extinguir a execução (ou reduzir o seu objeto) antes da efetivação da constrição patrimonial⁵⁴.

-
51. Do mesmo modo, CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 439-440; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 400; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Os embargos à execução de título extrajudicial na nova Lei n. 11.382/2006. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Consulex, v. 63, n. 245, mar. 2007, p. 59; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 443; MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2, p. 532-535; TESHEINER, José Maria Rosa. Execução fundada em título extrajudicial. Revista júris plenum, Caxias do Sul: Plenum, a. 4, n. 19, jan. 2008, p. 68; NOTARIANO JR., Antonio. Op. cit., p. 48; BASTOS, Antonio Adonias. A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 169; e HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Op. cit., p. 80. Igualmente, STJ, 3. T., REsp 442.448/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 25.03.2003, DJ 07.04.2003, p. 282; e STJ, 4. T., REsp 509.831/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23.11.2004, DJ 07.03.2005, p. 260: “Processual Civil. Execução embargada. Tema diverso, sobre o incabimento de execução embasada em contrato de abertura de crédito suscitado, após, em exceção de pré-executividade. Possibilidade. Preclusão inocorrente, no grau ordinário. Condição da ação. CPC, arts. 585, II e 267, IV. (...)”.
 52. Em sentido contrário, considerando existir interesse de agir na apresentação da exceção de pré-executividade somente até o momento que antecede a realização da penhora: ARMELIN, Donaldo. Palestra proferida na OAB de Ribeirão Preto – SP, em agosto de 1999 (*apud* NOLASCO, Rita Dias. Op. cit., p. 197); RODRIGUES NETTO, Nelson. Exceção de pré-executividade. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 95., jul.-set. 1999, p. 29-33; e PAULA, Adriano Perácio de. Apontamentos sobre os embargos e devedor em execuções de títulos extrajudiciais (Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006). Revista IOB de direito civil e processual civil, São Paulo: IOB Thomson, a. 8, n. 46, mar.-abr. 2007, p. 96.
 53. Para estudo aprofundado sobre a penhora e as impenhorabilidades de acordo com a recente reforma do Código de Processo Civil, confira-se nossa obra Penhora. São Paulo: Método, 2007, escrita em co-autoria com Mário Vitor Suarez Lojo.
 54. SHIMURA, Sergio. Op. cit., p. 97: “nas situações em que se mostram evidentes a ilegalidade e a impetência da demanda executiva, não é justo permitir-se a invasão ao patrimônio

Por seu turno, caso a defesa tenha natureza de *exceção*, prestando-se a invocar matéria ligada ao interesse privado, ela terá prazo máximo para ser apresentada, devendo seguir regime semelhante ao das defesas executivas típicas. Assim, a exceção de não executividade pode ser oferecida até o esgotamento do prazo para oferecimento da defesa típica prevista em lei – impugnação (§1º do art. 475-J do CPC), embargos (art. 738 do CPC) e impugnação ou embargos de segunda fase (art. 746). Com o decurso *in albis* desse prazo, inexistindo manifestação defensiva por parte do executado – seja por meio de defesa típica, seja mediante exceção – ocorrerá a *preclusão temporal*, perdendo o devedor o direito de invocar essas matérias relacionadas exclusivamente ao interesse privado.

Finalmente, se a defesa atípica tiver natureza jurídica mista, tanto de *objeção*, quanto de *exceção*, o magistrado deverá verificar se a petição foi protocolada antes ou não do esgotamento do prazo para a defesa típica. Se apresentada dentro do prazo típico, o juiz poderá conhecer de todas as matérias, tanto as de objeção, quanto as de exceção. Quando oferecida após o advento do termo final do prazo para a defesa típica, o magistrado deve receber a petição, juntando-a aos autos, cabendo-lhe, contudo, restringir seu exame às questões ligadas ao interesse público (matérias de objeção), ignorando as alegações concernentes ao interesse exclusivamente privado.

10. EFEITOS

Outro ponto objeto de divergência diz respeito aos efeitos da objeção ou exceção de não executividade, mais especificamente, se sua apresentação é ou não capaz de suspender o curso da execução.

Em que pese haver parcela minoritária da doutrina que admite o efeito suspensivo automático (*ope legis*) da objeção ou exceção⁵⁵, decorrente de sua mera apresentação, este não se revela o melhor posicionamento. A objeção ou exceção de não executividade é incapaz de suspender, por si só, seja a eficácia da decisão judicial que acolheu o pedido de início da execução e determinou a intimação do executado e a penhora de seus bens, seja o curso da execução.

do devedor, para somente então se abrir a possibilidade do contraditório e à ampla defesa do executado.”.

55. ROSA, Marcos Valls Feu. Op. cit., p. 76; SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Op. cit., p. 78; e BATISTA JR., Geraldo da Silva. Op. cit., p. 60.

Este posicionamento se justifica à luz da *mens legis* que orientou as reformas empreendidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, que retiraram o efeito suspensivo automático das defesas típicas do executado. Atualmente, para atribuição de efeito suspensivo seja à impugnação (art. 475-M), seja aos embargos (§1º do art. 739-A), é necessária a prolação de decisão judicial nesse sentido. O efeito suspensivo das defesas típicas deixou de ser *ope legis* (decorrente automaticamente da lei), tornando-se *ope judicis* (resultante de decisão judicial).

Como já explicado, a objeção ou exceção de não executividade deve adequar-se à técnica processual executiva em vigor. Assim como as defesas típicas não tem efeito suspensivo automático, também a objeção e a exceção de não executividade são desprovidas de suspensividade *ope legis*, sendo dependentes de decisão judicial que expressamente o atribua (*ope judicis*)⁵⁶.

O pedido de atribuição de efeito suspensivo pode ser formulado nos próprios autos da execução e no âmbito da própria petição de objeção ou exceção de não executividade. Caso se adote o entendimento mais conservador, se faz igualmente possível a distribuição de demanda cautelar incidental para tal finalidade, dirigida ao mesmo juízo onde tramita a execução (art. 800), sendo seus autos apensados aos daquela (art. 809 do CPC). Independentemente do meio pelo qual a parte formule o pedido de suspensão da execução – simples petição ou “ação cautelar” – sempre que o juiz verificar a existência de aparência do direito e de risco de dano grave e imediato, deverá atribuir efeito suspensivo à objeção ou exceção e impedir a prática de atos expropriatórios.

Esse efeito suspensivo pode ser deferido inclusive de ofício pelo juiz, sendo dispensável requerimento expresso e formal do executado, no âmbito da objeção ou exceção, para a suspensão da execução.

Em que pese o §1º do art. 739-A aparentemente exigir “requerimento do exequente” como requisito aparentemente insuperável para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do executado, trata-se de exigência totalmente equivocada⁵⁷. Afinal, a atribuição de efeito suspensivo

56. Igualmente, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 399-400; e HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Op. cit., p. 80.

57. Para melhor compreensão do tema, sugerimos leitura de outro trabalho de nossa autoria, especificamente sobre o efeito suspensivo dos embargos do executado: GARCIA REDONDO, Bruno. Efeito suspensivo dos embargos do executado: aspectos relevantes. Revista

à defesa do executado tem natureza de medida de urgência cautelar, razão pela qual deve seguir o regime jurídico estabelecido para as tutelas cautelares (arts. 796 e seguintes do CPC), no qual impera o dever-poder geral de cautela do magistrado, que lhe permite atuar, inclusive de ofício, no sentido da preservação da utilidade de determinada tutela jurisdicional. Por essa razão, inclusive, que o art. 475-M, em redação mais técnica, não exige, expressamente, pedido do executado para atribuição de efeito suspensivo à impugnação.

Assim é que, verificando o juiz a relevância dos fundamentos da objeção ou exceção e a presença de risco de dano grave, seu dever-poder geral de cautela lhe impõe a atuação de ofício, no sentido da atribuição de efeito suspensivo à defesa do executado.

Não obstante a objeção ou exceção não ter efeito suspensivo automático, como visto, é possível perceber, na prática forense, uma suspensão – não expressa e imprópria – do procedimento assim que apresentada a defesa. Provavelmente para evitar a realização da penhora ante a possibilidade de a execução ser indevida, descabida ou excessiva, assim que apresentada a objeção ou exceção, os juízes deixam de dar prosseguimento aos atos concretizadores da penhora – apesar de não prolatarem decisão suspendendo, expressamente, a execução – e passam a processar somente esse incidente defensivo, intimando o exequente para o contraditório e proferindo, em seguida, decisão a esse respeito. Apenas após a decisão do incidente, caso a objeção ou exceção seja rejeitada, é que costuma ser realizada a penhora.

11. PRESSUPOSTO DE CABIMENTO: PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA ALEGAÇÃO

Pressuposto inafastável para o cabimento da objeção ou exceção de não executividade é a viabilidade de comprovação, de plano, das alegações defensivas do executado. Exige-se prova pré-constituída (usualmente documental) para a admissão desse incidente, já que, sendo o procedimento da objeção ou exceção muito abreviado (alegação-contraditório-decisão), revela-se descabido o desenvolvimento de fase de instrução probatória no âmbito desse estreito incidente⁵⁸.

Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, n. 87, jun. 2010, p. 18-34.

58. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 442; e DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 396,

Caso o executado necessite de dilação probatória (v.g., prova pericial, testemunhal, depoimento pessoal) para comprovar suas alegações, não será cabível a objeção ou exceção para tal finalidade. Nesse caso, deverá o juiz rejeitar a defesa atípica, porquanto inadequada (ausência de interesse-adequação), resguardando-se ao executado o direito de, no momento cabível, apresentar a defesa típica (impugnação ou embargos), no âmbito da qual será possível a produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, já que, para as defesas típicas, inexistente limitação à instrução probatória.

12. MATÉRIAS ALEGÁVEIS

As matérias argúveis em sede de objeção ou exceção de não executividade podem se referir tanto ao direito material, quanto ao direito processual, tanto à “admissibilidade” da demanda, quanto ao “mérito” da execução.

12.1. Cognição ampla ou limitada, variando conforme a natureza do título executivo

A objeção ou exceção de não executividade é incidente que pode ser de cognição ampla ou de cognição limitada, variando conforme a natureza do título executivo, já que a defesa atípica deve seguir regramento semelhante ao das defesas típicas.

Se apresentada no bojo de execução de título extrajudicial, a objeção ou exceção se revela como incidente defensivo de cognição ampla, sendo permitido ao executado alegar toda e qualquer matéria defensiva (prévia ou principal; processual, prejudicial ou material), ligada aos interesses público e privado, por analogia ao art. 745 do CPC, que regula os embargos.

Caso apresentada em execução de título judicial, a objeção ou exceção de não executividade apresenta característica de incidente de cognição limitada. Ainda que o executado possa alegar qualquer matéria relacionada ao interesse público, o mesmo não ocorre com as questões ligadas ao interesse privado: apenas os temas objeto do restrito rol do art. 475-L, que regula a impugnação, poderão ser veiculados nessa defesa atípica. Afinal, deverá ser respeitada a coisa julgada material e sua eficácia preclusiva (art. 474 do CPC), referente à fase de conhecimento já decidida e ultrapassada.

Independentemente da natureza do título executivo, lembramos ser essencial, para o cabimento da objeção ou exceção de não executividade, a possibilidade de demonstração das alegações defensivas de plano, com base exclusivamente em prova pré-constituída, porquanto inviável a instrução probatória no âmbito desse incidente.

12.2. Matérias cabíveis em objeção ou exceção

Como já explicado, é possível a invocação, em objeção ou exceção de não executividade, de diversas matérias defensivas.

Podem ser veiculadas, em objeção de não executividade, matérias ligadas ao interesse público ou aquelas que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz (questões “de ordem pública”)⁵⁹, sejam processuais – *v.g.*, referentes à admissibilidade da execução⁶⁰, tais como pressupostos processuais, “condições da ação” ou vício do título executivo ou dos atributos da obrigação nele contida (certeza, liquidez e exigibilidade)⁶¹ – sejam ligadas ao próprio direito material – *e.g.*, decadência legal ou prescrição, consideradas, por muitos, como questões “preliminares de mérito” – desde que comprováveis de plano.

Por seu turno, é possível a invocação, em exceção de não executividade, de matérias ligadas ao interesse privado que, apesar de não serem cognoscíveis *ex officio*, não exijam a realização de instrução probatória⁶², tais como causas impeditivas, modificativas ou extintivas do

59. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 396; SCARPINELLA BUENO, Cassio. Curso sistematizado de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 625-626.

60. Nesse sentido são as lições de DINAMARCO, Cândido Rangel: “(...) a inépcia da petição inicial executiva ou a presença de qualquer óbice ao regular exercício da jurisdição in executivis constituem matéria a ser apreciada pelo juiz na execução, de-ofício ou mediante simples objeção do executado, a qualquer momento e em qualquer fase do procedimento.” (Op. cit., p. 450). Igualmente, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 442-443; e HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Op. cit., p. 79.

61. Dessa forma: STJ, 4. T., REsp 312.520/AL, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 09.04.2002, DJ 24.03.2003, p. 224; STJ, 3. T., REsp 160.107/ES, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.03.1999, DJ 03.05.1999, p. 145; STJ, 4. T., REsp 220.100/RJ, rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. 02.09.1999, DJ 25.10.1999, p. 93; STJ, 3. T., REsp 124.364/PR, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 05.12.1997, DJ 26.10.1998, p. 113; e STJ, 3. T., REsp 3.264/PR, rel. Min. Nilson Naves, rel. p. ac. Min. Eduardo Ribeiro, j. 28.06.1990, DJ 18.02.1991, p. 1.033: “Execução. A nulidade do título em que se embasa a execução pode ser argüida por simples petição, uma vez que suscetível de exame, ex officio, pelo juiz. (...)”.

62. GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 627; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 397 e 401; SCARPINELLA BUENO, Cassio.

direito do exequente – *v.g.* decadência convencional, pagamento, dação em pagamento, novação, compensação, confusão ou remissão da dívida – ou excesso de execução comprovável de plano, caso em que o executado fica obrigado a declarar o valor que entende devido, sob pena de rejeição liminar da defesa atípica (analogia aos arts. 475-L, §2º e 739-A, §5º, CPC).

13. PRECLUSÃO DA MATÉRIA DEFENSIVA (INCLUSIVE À RELACIONADA AO INTERESSE PÚBLICO)

É corrente o entendimento de que as matérias “de ordem pública” podem ser alegadas a qualquer tempo. Essa afirmativa, contudo, não é tão simples quanto parece, sendo importante examinar se há ou não *preclusão* relativamente às matérias invocadas na objeção ou exceção de não executividade.

De acordo com o posicionamento predominante, as matérias ligadas ao interesse público não estariam sujeitas a preclusão. Assim, a despeito de serem apreciadas por decisão interlocutória, seria possível a repetição da alegação da questão, e a sua reapreciação pelo magistrado, até que, algum dia, a matéria viesse a ser decidida por sentença, quando, então, finalmente se tornaria imutável por força da coisa julgada⁶³.

Op. cit., p. 626; e HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Op. cit., p. 79.

63. Sustentando a inexistência de preclusão quanto às matérias de ordem pública apreciadas em sede de decisão interlocutória: LACERDA, Galeno. Despacho saneador. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985, p. 161; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Código de processo civil anotado. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 239; FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 435-436; ALVIM, José Manoel Arruda. Manual de direito processual civil. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 2, p. 393; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1, p. 399-400; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 183; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Preclusão (processo civil). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 173-174; ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1979, p. 155; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Preclusões para o juiz. São Paulo: Método, 2004, p. 233-255; TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 275-290; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 242; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Despacho saneador irrecorrido – possibilidade de o juiz decidir contrariamente na sentença. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 67, 1992, p. 227-231; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 2, p. 667;

Com a devida vênia, compartilhamos do entendimento que, a despeito de ainda parecer minoritário, revela-se como o mais adequado à segurança jurídica, ao devido processo legal e ao princípio da preclusão, previsto no art. 473 do CPC. Realmente matérias ligadas ao interesse público podem ser alegadas a qualquer tempo na relação processual: sempre que ainda não invocadas, podem ser tranquilamente alegadas pelo interessado, sem limitação temporal⁶⁴. Entretanto, uma vez decidida a questão – ligada ao interesse público ou ao interesse privado – a mesma passa a sujeitar-se à preclusão, não podendo ser admitida a reiteração de matérias que já foram decididas pelo magistrado, seja por meio de decisão interlocutória (em razão da *preclusão*, prevista no art. 473), seja mediante sentença (devido à *coisa julgada*, conforme art. 474)⁶⁵.

Em outras palavras, sendo alegada questão, ainda que “de ordem pública”, e vindo ela a ser decidida pelo magistrado, cabe à parte buscar a reforma do *decisum* em grau recursal, estando preclusa, aquela questão, para o órgão *a quo*, prolator da decisão.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O pedido de reconsideração e suas hipóteses de cabimento. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, n. 4, 2003, p. 104-105; TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 86, 1997, p. 102-104; SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 405-406; MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1, p. 246; e GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 248-249. Defendendo existir preclusão somente para as partes, e não para o magistrado, assim se manifesta Sergio Bermudes: “Concluirei dizendo que o saneador só gera preclusão para as partes; não para o juiz, que poderá modificar a decisão nele contida, enquanto não proferir a sentença de mérito.” (BERMUEDES, Sergio. Direito processual civil: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 36).

64. Desse modo: STJ, 3. T., REsp 705.352/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2006, DJ 11.12.2006, p. 353: “[...] – Admissível o questionamento sobre as condições da ação mediante exceção de pré-executividade, se o tema não foi objeto de discussão nos embargos do devedor já opostos. [...]”.

65. Nesse sentido, reconhecendo a eficácia preclusiva da decisão inclusive sobre questão de admissibilidade do processo, LIEBMAN, Enrico Tullio. Notas à edição brasileira de CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. bras. J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1, p. 378; MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 2, p. 167; COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. Direito processual civil brasileiro. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. v. 3, p. 109-111; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., O novo processo civil brasileiro. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 53; PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao código de processo civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 500; e TUCCI, Rogério Lauria. Do julgamento conforme o estado do processo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 292-293. Igualmente considerando descabida a objeção ou exceção quando a tese defensiva já tiver sido alegada – e rejeitada – em defesa típica, SCARPINELLA BUENO, Cassio. Op. cit., p. 630.

14. PROCEDIMENTO

Viu-se que a objeção de não executividade pode ser apresentada pelo executado a qualquer tempo, desde o início da execução, até seu encerramento. Por seu turno, a exceção de não executividade deve ser oferecida até o prazo máximo previsto para a defesa típica (impugnação ou embargos).

Para que seja devidamente observada a garantia do contraditório e da ampla defesa, uma vez apresentada a objeção ou exceção de não executividade, deve o exequente ser intimado para manifestar-se sobre ela, no prazo fixado pelo juiz (art. 177) ou, no silêncio deste, no quinquídio legal (art. 185 do CPC)⁶⁶.

Uma vez esgotado o prazo para contraditório do exequente, devem os autos ser encaminhados imediatamente à conclusão, para que o magistrado decida a objeção ou exceção de não executividade, já que descabida dilação probatória nesse incidente.

15. NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO, RECURSO CABÍVEL E SUCUMBÊNCIA

Para a identificação da natureza jurídica do pronunciamento judicial que decide a objeção ou exceção, é necessário verificar o conteúdo do *decisum* prolatado.

Caso a decisão tenha conteúdo do art. 267, 269, 794 ou 795 do CPC, sua natureza jurídica será de sentença. Caso seu conteúdo seja diverso, *v.g.*, rejeitando a alegação defensiva do executado, terá natureza de decisão interlocutória.

O aspecto recursal, contudo, deve seguir a técnica processual prevista para as defesas típicas, em especial, para a impugnação do executado, que tem natureza jurídica semelhante à da objeção ou exceção. Aplicável à objeção ou exceção, assim, a regra prevista no §3º do art. 475-M: quando a decisão acolher a objeção ou exceção e extinguir a execução, será recorrível mediante apelação; quando rejeitar a defesa ou, ainda

66. Igualmente, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 398. Em sentido contrário, entendendo desnecessária a intimação do exequente para que exerça seu contraditório à objeção ou exceção de não-executividade, HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Op. cit., p. 80.

que a acolha, deixar de encerrar totalmente o processo, será recorrível por meio de agravo de instrumento⁶⁷.

Quando o acolhimento da objeção ou exceção de não executividade gerar o encerramento da execução, deverá o exequente ser condenado ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios de sucumbência⁶⁸.

16. COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO COM AS EXECUÇÕES DE TÍTULOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS

Antes da reforma empreendida, no Código de 1973, pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, a defesa típica do demandado na execução, qualquer que fosse a natureza do título executivo (judicial ou extrajudicial), era sempre por meio de embargos do executado, que tem natureza de ação autônoma e correm em apenso à execução. Para a oposição dos embargos, era necessária a prévia garantia do juízo, concretizada pela penhora de bens.

A doutrina da época já alertava para a necessidade de admissão de defesa na execução mesmo da penhora, já que muitas das matérias que eram invocadas nos embargos se relacionavam ao interesse público ou podiam ser conhecidas de ofício pelo juiz⁶⁹.

Com as reformas de 2005 e 2006, a defesa típica do executado passou a variar conforme a natureza do título executivo: na execução de títulos judiciais, tem-se a impugnação do executado (arts. art. 475-J, §1º, 475-L e 475-M), enquanto, na execução de títulos extrajudiciais, permanecem os embargos do executado (arts. 736 a 740 do CPC).

Na execução de título judicial, o §1º do art. 475-J parece continuar exigindo a prévia garantia do juízo para a apresentação da impugnação, já que o prazo para seu protocolo começa a correr somente da realização

67. Dessa forma, CÂMARA, Alexandre Freitas. Op.cit., p. 439; e DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 398.

68. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 398.

69. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 451: "preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos (art. 741 do CPC), muito poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução."

da penhora e da avaliação de bens, ensejando o decurso de tempo significativo entre a instauração da fase executiva e o momento para apresentação da defesa típica⁷⁰.

Por essa razão, continuam evidentes a vantagem e a utilidade práticas resultantes da apresentação de objeção ou exceção de não executividade *antes* da realização da penhora, já que poderá ensejar a redução da execução, ou sua extinção, antes da constrição do patrimônio do executado. Inegável, pois, a compatibilidade plena da objeção ou exceção de não executividade com a nova sistemática da execução de títulos judiciais.⁷¹⁻⁷²

-
70. Em sentido semelhante, ASSIS, Araken de: "A esperança de que, ensejada a defesa do executado através de impugnação incidental, se eliminaria automaticamente o campo propício à exceção de pré-executividade, desvanece-se à primeira vista." (Op. cit., p. 307).
71. Igualmente sustentando a compatibilidade da objeção ou exceção de não executividade com o novo sistema para execução de títulos judiciais, WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3, p. 194; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2, p. 439; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 400; ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 307; SCARPINELLA BUENO, Cassio. Op. cit., p. 627-628; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 443; SHIMURA, Sérgio. A execução de sentença na reforma de 2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2006. v. 3, p. 569-570; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Nova execução de títulos judiciais e sua impugnação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2006. v. 3, p. 451-452; NEGRÃO, Theotonio; Gouvêa, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 546; ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *As novas reformas do processo civil*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 60; AURELLI, Arlete Inês. As principais alterações no regime da execução por quantia certa contra devedor solvente referente a título judicial, trazidas pela Lei 11.232, de 22.12.2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2006. v. 3, p. 41; MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente: o cumprimento da sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2006. v. 3, p. 212-213; HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Op. cit., p. 80-81; e MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Execução de títulos judiciais que reconhecem obrigação de pagar quantia. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, a. 32, v. 151, set. 2007, p. 38-40. Do mesmo modo, Conceção 04 do Aviso TJRJ 33, de 07.07.2006: "É cabível a exceção de pré-executividade no regime da Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005." (aprovada no Encontro de Desembargadores de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realizado em Angra dos Reis nos dias 30 de junho a 02 de julho de 2006).
72. Em sentido contrário, entendendo não ter mais cabimento a objeção ou exceção de não executividade, TESHEINER, José Maria Rosa: "A impugnação, que não tem efeito suspensivo, pode anteceder a penhora, diferentemente dos antigos embargos, que a supunham, tendo desaparecido, assim, as razões que justificavam o oferecimento de objeção ou exceção de pré-executividade." (Execução de sentença: regime introduzido pela Lei 11.232/2005. In: *Revista jurídica*, Porto Alegre, a. 54, n. 343, p. 17-24, mai. 2006).

Quanto à execução de título extrajudicial, uma análise menos profunda da Reforma de 2006 poderia levar à equivocada conclusão de que, tendo a garantia do juízo deixado de ser requisito para oposição dos embargos do executado (art. 738 do CPC), a apresentação da objeção ou exceção de não executividade não mais teria utilidade, interesse ou cabimento.

Na realidade, a objeção ou exceção de não executividade presta-se à arguição de matérias defensivas – ligadas ao interesse público, cognoscíveis de ofício ou relacionadas ao interesse privado, desde que baseadas em prova pré-constituída – que têm por objetivo extinguir a execução ou reduzir o valor executado. Pode o executado, portanto, optar por apresentar objeção ou exceção antes mesmo de opor a defesa típica (embargos). Também é possível a apresentação de objeção de não executividade após esgotado o prazo para embargos, para alegação de matéria defensiva não sujeita a preclusão, desde que ainda não tenha sido objeto de alegação e decisão⁷³.

Apesar de a objeção ou exceção de não executividade ter perdido parte da vantagem prática que proporcionava ao executado (que era a de permitir a apresentação de defesa sem necessidade de prévia garantia do juízo), não se pode negar que ainda permanece cabível a sua apresentação em sede de execução de título extrajudicial⁷⁴⁻⁷⁵, inclusive no

-
73. STJ, 4. T., REsp 373.835/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 07.08.2007, DJ 08.10.2007, p. 285; STJ, 3. T., REsp 705.352/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2006, DJ 11.12.2006, p. 353; STJ, 4. T., REsp 509.831/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23.11.2004, DJ 07.03.2005, p. 260; e STJ, 3. T., REsp 442.448/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 25.03.2003, DJ 07.04.2003, p. 282.
74. Nesse sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. Op.cit., p. 439; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 400; SCARPI-
NELLA BUENO, Cassio. Op. cit., p. 628-630; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 443;
WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia.
Breves comentários à nova sistemática processual civil. São Paulo: RT, 2007. v. 3, p. 193-
194; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 181; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER,
Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Os embargos à execução de título ex-
trajudicial na nova Lei n. 11.382/2006. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, v. 63,
n. 245, p. 59, mar. 2007; BASTOS, Antonio Adonias. Op. cit., p. 169; e HARTMANN, Rodolfo
Kronenberg. Op. cit., p. 80-81. Em posicionamento intermediário, defendendo haver inte-
resse na objeção de não executividade apenas posteriormente à impugnação ou aos em-
bargos, para alegação de fato posterior que possa ser alegado sem necessidade de dilação
probatória, GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. A objeção de pré-executividade após as refor-
mas do processo de execução. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues;
NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). Execução civil: estudos em
homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: RT, 2007, p. 697.
75. Em sentido contrário, entendendo não mais haver cabimento na apresentação de objeção
ou exceção de não executividade nos autos de execução de título extrajudicial, CARNEIRO,

procedimento especial da execução fiscal, regulado pela Lei 6.830/1980, como reconhecido pela Súmula 393 do STJ⁷⁶.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 2.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Preclusão (processo civil). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- ARAÚJO, Luciano Vianna. A nova execução por título extrajudicial – análise dos arts. 585 a 684 do cpc. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007.
- ARMELIN, Donald. *Embargos de terceiro*. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 1981.
- _____. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.
- AURELLI, Arlete Inês. As principais alterações no regime da execução por quantia certa contra devedor solvente referente a título judicial, trazidas pela Lei 11.232, de 22.12.2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2006. v. 3.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *As novas reformas do processo civil*. Curitiba: Juruá, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. In: *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Antonio Adonias. *A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução*. Salvador: JusPodivm, 2008.

Athos Gusmão. A “nova” execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito? Revista de Processo, São Paulo: RT, a. 32, n. 143, jan. 2007, p. 125; NUNES, Dierle José Coelho. Alguns elementos da Lei nº 11.382, de 07.12.2006, que alteram a sistemática da execução de títulos executivos extrajudiciais e dispõe sobre as regras da penhora e da alienação de bens. Revista IOB de direito civil e processual civil, São Paulo: IOB Thomson, a. 8, n. 45, p. 13, jan./fev. 2007.

76. Súmula 393 do STJ: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.”.

- BATISTA JR., Geraldo da Silva. *Exceção de pré-executividade: alcances e limites*. 2. _____. *O novo processo civil brasileiro*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BERMUDES, Sergio. *Direito processual civil: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1.
- _____. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. A “nova” execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, a. 32, v. 143, jan. 2007.
- COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. v. 3.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O pedido de reconsideração e suas hipóteses de cabimento. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 4, 2003.
- DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 5.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GARCIA REDONDO, Bruno. Efeito suspensivo dos embargos do executado: aspectos relevantes. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 87, jun. 2010.
- _____; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007.
- GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.
- GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. A objeção de pré-executividade após as reformas do processo de execução. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007.
- HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *A execução civil*. Niterói: Impetus, 2010.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

- _____. Execução do título judicial e segurança do juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Estudos em homenagem ao Prof. José Frederico Marques no seu 70º aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- LIMA, Alcides de Mendonça. Ação executiva: necessidade da penhora para discutir a exigibilidade dos títulos. *Processo de conhecimento e processo de execução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 6, t. 2.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Nova execução de títulos judiciais e sua impugnação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2006. v. 3.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 2.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 2.
- MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente: o cumprimento da sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2006. v. 3.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Execução de títulos judiciais que reconhecem obrigação de pagar quantia. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, a. 32, v. 151, set. 2007.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.
- _____. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2.
- MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NEGRÃO, Theotonio; Gouvêa, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004.
- NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.
- NOTARIANO JR., Antonio. *Impugnação ao cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. Alguns elementos da Lei nº 11.382, de 07.12.2006, que alteram a sistemática da execução de títulos executivos extrajudiciais e dispõe

- sobre as regras da penhora e da alienação de bens. *Revista IOB de direito civil e processual civil*, São Paulo: IOB Thomson, a. 8, n. 45, jan.-fev. 2007.
- OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: JusPodivm, 2012.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000.
- PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 3.
- PARIZATTO, João Roberto. *Alterações do processo de execução pela Lei nº 11.382*. São Paulo: Edipa, 2007.
- PAULA, Adriano Perácio de. Apontamentos sobre os embargos e devedor em execuções de títulos extrajudiciais (Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006). *Revista IOB de direito civil e processual civil*, São Paulo: IOB Thomson, a. 8, n. 46, mar.-abr. 2007.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PAULO, José Ysnaldo Alves. *Pré-executividade contagiante no processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Parecer n. 95. *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. v. 4.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. Exceção de pré-executividade. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 95, jul.-set. 1999.
- ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução*. 4. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 2.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.
- SHIMURA, Sérgio. A execução de sentença na reforma de 2005. In: WAMBIER, Teresa Aruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2006. v. 3.
- _____. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.
- SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Exceção de pré-executividade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

- TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, a. 32, v. 153, nov. 2007.
- _____. Embargos do executado. *Carta jurídica – Revista de Informação e debates*, ESTADO: Ed. Jurídica brasileira, n. 1/139, 1999.
- _____. Saneamento do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 86, 1997.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de processo civil anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- TESHEINER, José Maria Rosa. Execução fundada em título extrajudicial. *Revista Júris Plenum*, Caxias do Sul: Plenum, a. 4, n. 19, jan. 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2.
- TORNAGHI, Helio. Da exceção. *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil*, Rio de Janeiro: FND, v. 13-14, 1955-1956.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Despacho saneador irrecorrido – possibilidade de o juiz decidir contrariamente na sentença. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 67, 1992.
- _____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3.
- _____; _____. Os embargos à execução de título extrajudicial na nova Lei n. 11.382/2006. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: Consulex, v. 63, n. 245, mar. 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

6

A SENTENÇA E SUA EXECUÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA

Cristiano Simão Miller¹

SUMÁRIO – 1. Considerações introdutórias – 2. O problema das execuções contra a fazenda pública: 2.1. A execução contra a Fazenda Pública no Projeto do novo Código de Processo Civil – 3. O julgamento do mandado de segurança e o processo sincrético: crítica à autonomia da natureza mandamental da sentença – 4. O cumprimento da ordem no mandado de segurança: 4.1. A execução forçada; 4.2. A possibilidade de utilização, no mandado de segurança, das regras do art. 461, §4º e §5º, do Código de Processo Civil; 4.3. Os reflexos pecuniários da sentença concessiva da segurança – 5. A criminalização do ato de descumprir a ordem no mandado de segurança – 6. A suspensão da segurança – 7. Conclusões – [Bibliografia](#).

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O trabalho ora apresentado tem como foco central a análise da execução no mandado de segurança, com ênfase nas medidas e procedimentos que devem ser utilizados no bojo do *writ*, para fazer com que se tenha a efetiva proteção do direito líquido e certo do impetrante.

Como se sabe, a origem do mandado de segurança reside na necessidade de se ter uma medida judicial capaz de colocar o particular em igualdade de condições diante do Estado.

Assim é que, como o Estado possui atos auto-executórios e que se presumem legítimos, e que, portanto, podem interferir na vida do particular com extrema rapidez e violência, é razoável que o particular tenha à sua disposição uma ação, com a qual possa contrastar, com igual agilidade, uma eventual ilegalidade, abusividade ou arbitrariedade da administração pública.

1. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito. Professor de Direito Processual Civil no Uniflu – Direito de Campos, nos cursos de graduação e pós-graduação (*lato sensu*), e de Teoria Geral do Processo na Famesc. Advogado.

Em outras palavras, presta-se o mandado de segurança exatamente a exercer o controle da atividade estatal, com idêntica proporção ao controle exercido pelo poder público sobre o particular.

Dessa forma, sendo o mandado de segurança uma ação judicial em que via de regra se coloca de um lado o particular em confronto com a prática de atos por parte da administração pública, conclui-se que, havendo êxito do impetrante quanto ao reconhecimento do direito líquido e certo discutido no *mandamus*, deverá ser, em seguida, promovida a execução do julgado contra a Fazenda Pública.

E exatamente aqui reside o principal problema a ser enfrentado no presente estudo, consistente em se saber se ao mandado de segurança são aplicadas as regras gerais da execução contra a Fazenda Pública, ou se ao caso, considerando ser o *mandamus* um direito fundamental, devem ser aplicadas regras mais adequadas à satisfação do direito do impetrante.

Todavia, para que se aborde a executividade do mandado de segurança, importante se mostra a prévia análise da sentença prolatada em tal ação constitucional, constatando não apenas a natureza do ato (em especial, com o enfrentamento da existência ou não de uma classe autônoma de sentença mandamental), mas também investigando se a gama de efeitos que dela podem surgir são capazes de interferir na forma e nos meios executivos a serem utilizados dentro do *mandamus*.

Destarte, analisar-se-á inicialmente o tema da execução contra a Fazenda Pública, não apenas com base nas regras infraconstitucionais e constitucionais atualmente previstas no ordenamento jurídico pátrio, mas também sendo destacadas as normas referentes ao assunto previstas no Projeto de Lei nº 8.046/2010 (Projeto do novo Código de Processo Civil).

Em seguida, aborda-se-á o mecanismo sincrético de execução em sede de mandado de segurança, com uma breve abordagem crítica da classificação quinária das ações (dentre nós primeiramente desenvolvida por Pontes de Miranda) – e, por conseguinte, da previsão da sentença mandamental como uma classe autônoma –, passando-se adiante à análise específica das regras aplicáveis ao cumprimento da ordem concessiva da segurança, tanto enfrentando a execução provisória do julgado como a sua execução definitiva, sendo, ao final, destacada a criminalização do ato de descumprir a decisão judicial no *mandamus*, bem como analisada a questão relativa à suspensão da segurança.

2. O PROBLEMA DAS EXECUÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

A execução das decisões judiciais vem, há algum tempo, sendo apontada como um dos grandes problemas a serem enfrentados no direito processual brasileiro, sempre com os olhos voltados para a efetividade dos resultados alcançados em uma determinada ação judicial.

Com efeito, é frequente a preocupação de se disponibilizar medidas judiciais capazes de proporcionar àqueles que sofram lesões ou ameaças aos seus direitos um justo² deslinde do conflito posto sob a apreciação do judiciário³.

E, por evidente, a execução encontra-se diretamente ligada ao objetivo de conferir maior efetividade aos processos judiciais.

Nada ou pouco adianta existirem processos e procedimentos voltados para a afirmação de um direito, sem que existam, concomitantemente, regras que sejam capazes de garantir uma satisfação adequada desse direito reconhecido no bojo de uma determinada ação.

No direito brasileiro, a execução dos julgados vem passando por sucessivas modificações – mormente a partir de 1994, como a Lei nº 8.952 –, todas com o intuito de conferir à parte vencedora a verdadeira satisfação do direito reconhecido nas decisões judiciais.

Todavia, paralelamente ao anseio de trazer ao processo maior efetividade, há também a preocupação, bastante arraigada em nosso sistema, de se assegurar à Fazenda Pública um tratamento diferenciado, disponibilizando-lhe a utilização de prerrogativas processuais, o que, para a maioria da doutrina, tem por fim fortalecer o princípio da isonomia⁴. E muitas dessas prerrogativas são vistas na execução contra a Fazenda Pública.

2. Como observa Augusto Morello, processo justo é aquele que se realiza de modo a dar ao conflito de interesses uma solução tempestiva, ou seja, dentro de um espaço temporal tido como razoável (MORELLO, Augusto Mario. El proceso justo. La Plata: Libreria Editora Platense S.R.L., 1994, p. 225 e ss.)

3. Salienta Humberto Theodoro Júnior que “tem-se observado, desde as origens do direito, uma tensão entre duas forças atuantes sobre o processo: de um lado a exigência da pronta erradicação das injustiças, que leva a exigir celeridade e presteza na solução das causas em juízo; e de outro, a necessidade de apurar-se adequadamente a verdade e de permitir a ampla defesa aos contentores, de modo a que as decisões judiciais se caracterizem pela fidelidade à lei, aos fatos e possam cumprir, efetivamente, o anseio de justiça” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Teoria geral dos recursos cíveis. Revista Autônoma de Processo, nº 2, jan./mar. 2007, pp. 257-258).

Nesse sentido, não obstante todas as modificações inseridas no Código de Processo Civil, voltadas para o aperfeiçoamento do processo de execução, a Fazenda Pública, por outro lado, em algumas situações, continua a receber tratamento diferenciado relativamente ao cumprimento das ordens judiciais que lhes são desfavoráveis.

Assim é que, quanto à execução, há previsão expressa no Código de Processo Civil das regras dos arts. 730 e 731, que indicam a necessidade de que os pagamentos a serem feitos pela Fazenda Pública venham a ocorrer por meio da requisição de precatório (art. 100, da Constituição Federal), salvo nas hipóteses que envolvam valores pequenos, quando, então, se terá a expedição da chamada Requisição de Pequeno Valor (RPV), nos termos do art. 100, §3º, da Carta Constitucional.

Em outras palavras, a execução pecuniária contra a Fazenda Pública não sofreu qualquer modificação, nem mesmo com as regras introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.232/05, de modo que persiste, quanto a tal modalidade de obrigação, a necessidade de mover a ação de execução para o fim de satisfazer a sentença que venha a condenar a Fazenda Pública ao pagamento de determinada quantia em dinheiro⁵.

Dessa forma, sendo a obrigação de pagar quantia em dinheiro – e pouco importando tratar-se de execução de título extrajudicial ou judicial – deve ser seguido o procedimento previsto nos artigos 730 e 731, do Código de Processo Civil, que exige o respeito ao regime do precatório, a não ser que se esteja diante de execução de pequena monta, hipótese que ensejará a utilização da Requisição de Pequeno Valor (RPV).

Todavia, não deve ser esquecido que tais regras diferenciadas referem-se exclusivamente às execuções por quantia certa, sendo certo que nas execuções envolvendo obrigação de fazer, não fazer, entrega de coisa ou ainda objetivando a ação uma declaração de vontade, a Fazenda Pública não goza de prerrogativas, sendo-lhe aplicadas as regras “comuns”

-
4. Confira-se, a respeito, Nelson Nery Júnior, para quem o benefício do prazo, antes de caracterizar ofensa ao princípio constitucional da igualdade de partes, “vem constituir-se como afirmação e efetivação do princípio, traduzindo-se como medida de equidade, pois trata partes desiguais (Fazenda Pública e Ministério Público) desigualmente, atuando em prol da igualdade substancial de que já falamos” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48).
 5. Salienta José Henrique Mouta Araújo que “é razoável aduzir que a própria autonomia da execução de quantia foi mantida, não cabendo falar em sincretismo entre fases de conhecimento e execução” (ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de segurança*. 2ª ed. Salvador: Editora Podivm, 2010, p. 226).

previstas no Código de Processo Civil, mostrando-se indiferente, portanto, quem esteja no pólo passivo da relação processual.

Destarte, tratando-se de obrigação de fazer ou não fazer, será a execução regida pela norma do art. 461, do Código de Processo Civil, ao passo que se decisão judicial tiver como resultado a transferência de determinada coisa para o patrimônio do autor da ação, reger-se-á a execução pela regra do art. 461-A, do mesmo diploma legal. Por seu turno, caso a pretensão diga respeito à prestação de declaração de vontade, a execução seguirá nos termos do art. 466-A e art. 466-C, do Código de Processo Civil⁶.

Mas, considerando o foco principal do presente estudo, resta saber como se procederá nas execuções contra a Fazenda Pública que decorram de ordem concedida no mandado de segurança. Deve ser investigado, enfim, se as prerrogativas processuais de que usufrui a Fazenda Pública também lhe estarão à disposição em sede de mandado de segurança, mormente no tocante às regras relativas à execução de quantia certa.

Contudo, antes de adentrar no ponto, cabe uma breve abordagem do tratamento conferido ao tema (execução contra a Fazenda Pública) no Projeto do novo Código de Processo Civil.

2.1. A execução contra a Fazenda Pública no Projeto do novo Código de Processo Civil

Como foi possível notar pela breve exposição acima, pela sistemática atualmente vigente no Código de Processo Civil, a execução de quantia certa contra a Fazenda Pública, seja fundada em título judicial ou extrajudicial, sempre será promovida por meio de ação autônoma, sem que seja possível ao credor se valer do sincretismo processual existente para as execuções movidas contra os particulares.

Tal mecanismo, porém, sofrerá consideráveis alterações caso se tenha a aprovação do Projeto do novo Código de Processo Civil⁷.

6. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 689.

7. Projeto de Lei nº 8.046/2010.

Pelo aludido Projeto de Lei, tal como já ocorre no atual Código de Processo Civil para as execuções envolvendo particulares, passará a haver um processo sincrético, quando se estiver diante de título executivo judicial constituído contra a Fazenda Pública, dispensando, por conseguinte, a necessidade de se promover a ação de execução após o trânsito em julgado da fase de conhecimento.

Nesses termos, o art. 548, do Projeto de Lei nº 8.046/2010, inova ao prever que, na execução da sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito⁸.

Após iniciada a fase executiva, a Fazenda Pública, uma vez intimada, poderá – dentro do prazo de 30 dias e por meio de impugnação, nos próprios autos – demonstrar a falta ou nulidade da citação (se o processo correu à revelia), a ilegitimidade de parte, a inexigibilidade da obrigação, o excesso de execução, a cumulação indevida de execuções, a incompetência do juízo da execução, a suspeição ou o impedimento do juiz, e a existência de causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação superveniente à sentença (como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição).

Caso não seja impugnada a execução ou na eventualidade de serem rejeitadas as alegações da Fazenda Pública, expedir-se-á o precatório em favor do credor, observando-se, para tanto, o disposto no art. 100, da Constituição Federal.

Reiterando o que já vigora atualmente, mas agora o fazendo de forma expressa na própria legislação processual civil, prevê o projeto de lei em comento que, sendo a obrigação de pequeno valor, o pagamento será realizado no prazo de sessenta dias e independentemente de precatório.

As regras vistas acima são aplicáveis às execuções de títulos executivos judiciais contra a Fazenda Pública, sendo certo que, relativamente às execuções de títulos extrajudiciais, o Projeto do novo Código de Processo Civil praticamente não altera a legislação atual, “pois se trata de assunto disciplinado pela Constituição Federal, de sorte que as mudanças somente podem ser feitas por Emenda Constitucional”.⁹

8. Lamentavelmente, o projeto de lei em referência exclui a possibilidade da incidência de multa (hoje prevista no art. 475-J, do Código de Processo Civil, e constante do §1º, do art. 537, do projeto do novo CPC) para o caso de a Fazenda Pública deixar de pagar o débito.

3. O JULGAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA E O PROCESSO SINCRÉTICO: CRÍTICA À AUTONOMIA DA NATUREZA MANDAMENTAL DA SENTENÇA

Sabe-se que nem todas as sentenças, mesmo aquelas que possuam a qualidade da coisa julgada, proporcionam ao vencedor a ampla satisfação de sua pretensão.

Noutros termos, em muitos casos, após ter sido resolvido o mérito, com a definição da parte que efetivamente possui o direito alegado e discutido durante o processo de conhecimento, ainda assim necessitará o vencedor promover atos processuais, com o propósito de executar a sentença, ou seja, com o intuito de realizar o seu direito.

Nesse ponto, o sistema processual civil brasileiro, mormente considerando a vigência do atual Código de Processo Civil, datado de 1973, teve como uma de suas características a necessidade de se ter, após o trânsito em julgado do processo de conhecimento, a propositura de uma ação autônoma de execução.

Com efeito, caso se estivesse diante de uma ação de natureza condenatória, pelo procedimento comum, a sentença de procedência exigia do vencedor a propositura de uma ação de execução, para que, com isso, fosse alcançada a plena satisfação do julgado.

Tal sistemática somente não se via nos procedimentos especiais, pouco importando estarem ou não inseridos no Código de Processo Civil, podendo ser citado, apenas a título de exemplo, o mandado de segurança e as ações possessórias, em que o cumprimento da ordem judicial ocorria (com ainda ocorre) dentro do mesmo processo.

Em verdade, esse cenário, mesmo diante da vigência do Código de Processo Civil de 1939, já fazia surgir na doutrina a necessidade de se alterar a classificação das ações, tradicionalmente vista de forma ternária em declaratórias, constitutivas e condenatórias.

Nesse propósito, Pontes de Miranda, partindo de estudo prévio realizado por Kuttner¹⁰, desenvolveu no Brasil a classificação quinária

9. Trecho extraído do relatório final do Projeto de Lei nº 8.046/2010.

10. Assim consta da obra do próprio Pontes de Miranda: "Desde 1914, com o trabalho de Georg Kuttner (*Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, 21 s., 31 s.), alguns juristas se preocuparam, não todos, nem mesmo muitos, com a ação mandamental. Mas faltava a investigação

das ações, com a conhecida *teoria da constante quinze*, por meio da qual as ações deveriam ser classificadas de acordo com a carga de eficácia preponderante. E, assim, Pontes de Miranda avançou para a existência das ações mandamentais e executivas (e, conseqüente, para as sentenças mandamentais e executivas, acaso fossem os pedidos julgados procedentes), além das já tradicionais ações declaratórias, constitutivas e condenatórias¹¹, de modo que, no mandado de segurança, na visão do autor, sempre prevaleceria a carga mandamental, consistente na ordem judicial capaz de impor à autoridade coatora ou ao réu a prática (ou abstenção) de certo ato.

Destarte, pela teoria defendida por Pontes de Miranda, “a ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juiz *manda*”¹², de modo que, na sentença mandamental, o ato do juiz “não é mediato, como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude (anuncia); nem é incluso, como o ato do juiz na sentença constitutiva”¹³.

A teoria ponteana da classificação quinária das ações, muito embora jamais tenha sido predominante no direito brasileiro, encontrou diversos adeptos. Nesse caminho – embora com posicionamentos, de certo modo, discrepantes da doutrina de Pontes Miranda, mas tendo como traço característico comum a satisfatividade do julgado na mesma relação processual de conhecimento – seguiram, a título de exemplo, Ovídio Baptista¹⁴ e, mais recentemente, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁵.

lógico-matemática da classificação científica das ações e das sentenças, onde, no estrangeiro e no Brasil, principalmente por influência dos livros italianos, há balbúrdia, e até absurdos na enumeração das classes das ações” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações. Tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 9).

11. Segundo Pontes de Miranda, “Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhum é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva (...) A ação somente é mandamental porque preponderantemente o é. Não há ação mandamental pura. A sentença, que ela pede, é sentença que mais mande do que declare, do que constitua, do que condene, do que execute” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 210).
12. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tomo VI, cit., p. 3.
13. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tomo I, cit., p. 211.
14. Que defendia ser da essência da ação mandamental “que a sentença que lhe reconheça a procedência, contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação da sentença mandamental. Neste tipo de sentença, o juiz ordena e não simplesmente condena. E nisto reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças

Contudo, a aludida classificação quinária, não obstante a sua inegável sofisticação, sempre encontrou forte resistência na maior parte da doutrina, que não vislumbrava diferença capaz de justificar a subdivisão da sentença condenatória em mandamental e executiva. Nesse sentido, dentre outros, Moacyr Amaral Santos¹⁶ e Humberto Theodoro Júnior¹⁷.

Na verdade, como bem destacou Barbosa Moreira, em excelente artigo sobre o tema, a própria doutrina das ações mandamentais (*Anordnungsurteile*) do processualista alemão Kuttner (que, repita-se, inspirou Pontes de Miranda em sua classificação quinária das ações) teve vida curta, sendo certo que, “na moderna literatura alemã, praticamente menção alguma se encontra à categoria. Os processualistas de nosso tempo não lhe dedicam atenção sequer para refutá-la: o tema caiu no esquecimento puro e simples”.¹⁸⁻¹⁹

No Brasil, em que pese ainda haja certa admiração por parte de alguns doutrinadores, certo é que a contrariedade à classificação quinária – e, conseqüentemente, à possibilidade de se ter a autonomia de ações (e sentenças) mandamentais e executivas – ganhou ainda mais força nos

próprias do Processo de Conhecimento. Tal como acontece com as ações executivas, também as mandamentais contêm atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência. Na mesma relação processual de conhecimento” (DA SILVA, Ovídio Baptista. Curso de processo civil. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 247).

15. Para quem a “sentença mandamental é caracterizada por dirigir uma ordem para coagir o réu”, não se confundindo com a sentença condenatória, que, por sua vez, “parte do pressuposto de que o juiz não pode interferir na esfera jurídica do indivíduo, e assim ordenar para constrangê-lo a cumprir a sentença” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 461-462).
16. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 1º Vol. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 172.
17. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. I. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 60.
18. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil. In: Temas de direito processual – Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57.
19. Em outro artigo envolvendo o tema, Barbosa Moreira desfere crítica sutil à existência de uma classe autônoma da sentença mandamental. Nas palavras do aludido mestre, “não há por que objetar, em princípio, a que se componha com determinadas sentenças classe assim intitulada e autônoma em relação à das condenatórias. Entretanto, para legitimar a atitude, põe-se como conditio sine qua non: a indicação exata do traço distintivo. Essa indicação pressupõe, por sua vez, um conceito preciso de sentença mandamental. As referências a esta, encontradas em trabalhos recentes, nem sempre vêm tendo o cuidado de enunciá-lo” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. In: Temas de direito processual – Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 136).

dias atuais, em especial após todas as modificações implementadas no sistema processual civil brasileiro.

De fato, segundo sempre nos pareceu, o que parte da doutrina classifica como sendo outras espécies de ações (mandamentais e executivas), não passa de mera ação condenatória, que apenas pode sofrer alguma variação quanto ao seu modo de cumprimento²⁰. E esse olhar crítico à classificação quinaria das ações (e das sentenças), ficou ainda mais nítido atualmente, diante do quase absoluto desaparecimento, no sistema pátrio, da necessidade de uma posterior ação de execução de título executivo judicial²¹.

Com efeito, diante das inúmeras reformas promovidas no âmbito do Código de Processo Civil, a necessidade de se promover a ação de execução posteriormente ao trânsito em julgado do processo de conhecimento foi sendo gradativamente eliminada do nosso sistema.

Como é cediço, a Lei nº 8.952/94 alterou a forma de se executar um título executivo judicial relativamente às obrigações de fazer e não fazer, de modo que a redação dada ao art. 461 passou a determinar que tal “execução” deveria ocorrer nos próprios autos, como mera continuidade do processo de conhecimento, sendo iniciada tão somente uma nova fase processual.

Com a aludida norma, foi inserido no Código de Processo Civil, como regra para as ações que envolvessem as obrigações de fazer e não fazer, o chamado “processo sincrético”, capaz de concentrar num único instrumento atos de conhecimento e de execução, dispensando-se, com isso, a necessidade de uma ação de execução em tais hipóteses.

Frise-se que tal sincretismo não foi exatamente uma novidade, até porque, como se disse acima, de forma semelhante (embora sem os meios

20. Em sentido semelhante, posiciona-se Leonardo Greco, que, ao tratar das ações mandamentais e executivas, assim sustenta: “Como já afirmei, a doutrina clássica, à qual me filio, não as aceita como espécies autônomas de ações de conhecimento, porque, na verdade, são ações condenatórias, que diferem das demais apenas no seu modo de cumprimento” (GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 217).

21. Fredie Didier Júnior – para quem as ações de conhecimento possuem três classes, quais sejam, condenatórias (“ações de prestação”), meramente declaratórias e constitutivas – após fazer referência às “ações mandamentais” e “executivas em sentido lato”, sustenta que “a distinção perdeu um pouco da sua importância. É que, com a edição da Lei Federal n. 11.232/2005, todas as ações de prestação tornaram-se sincréticas; ou seja, não há mais necessidade de instauração de um processo de execução de sentença, que se efetivará em fase no mesmo processo em que foi proferida” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 13ª ed. Salvador: Editora Podivm, 2011, p. 223).

de apoio previstos no art. 461, do CPC) já se via nas ações de rito especial. Ademais, mesmo quanto às obrigações de fazer e não fazer – em que pese restrita às relações consumeristas –, também já havia no ordenamento jurídico pátrio norma que afastava a necessidade de ação de execução para que se chegasse à satisfação do julgado, qual seja, o art. 84, do Código de Defesa do Consumidor.

Posteriormente, no ano de 2002, por meio de Lei nº 10.444, a dispensa da ação de execução foi ampliada, para também atingir as obrigações de entrega de coisa, conforme passou a dispor o então novato art. 461-A e seus parágrafos, do Código de Processo Civil.

E, por fim, mais recentemente, através da Lei nº 11.232, de 2005, o sincretismo passou também a ser regra nas ações envolvendo obrigações de pagar quantia certa, a teor do que dispõe o art. 475-J, do Código de Processo Civil.

Percebe-se, portanto, que o sistema processual brasileiro passou a seguir um caminho muito mais preocupado com a efetividade processual, visando um processo célere, com uma concentração dos atos de conhecimento e de execução dentro de um único instrumento.

Salvo raríssimas exceções²², atualmente a ação de execução se destina basicamente a atender aos títulos executivos extrajudiciais, vez que os títulos judiciais devem ser executados simplesmente com o início de uma nova fase dentro do mesmo processo, da mesma ação inicialmente proposta.

Todavia, repita-se que, relativamente ao mandado de segurança, ponto central do presente estudo, a junção de atos cognitivos e executivos num mesmo processo já existia.

Em outras palavras, a execução da sentença no mandado de segurança, independente de qualquer reforma promovida no Código de Processo Civil, já se operava como mera continuidade da fase de conhecimento, sem a propositura de uma ação autônoma de execução – o que, no particular, sempre nos pareceu ser incapaz de criar uma espécie autônoma de ação, a mandamental.

22. Como se observa, por exemplo, na execução de sentença penal condenatória (art. 475-N, II) e na sentença arbitral (art. 475-N, IV), que ainda exigem, por questões puramente de ordem prática, a propositura de uma ação de execução para a satisfação de tais títulos executivos.

Desse modo, tanto o Lei nº 1.533/51, como a atual Lei nº 12.016/2009, não deixam dúvidas de que a execução da sentença concessiva da ordem ocorrerá como mera continuidade da fase de conhecimento previamente desenvolvida, sem que se possa cogitar da propositura de uma nova ação (agora de execução) para tal fim.

Nessa linha de raciocínio, havendo uma ordem a ser cumprida pelo réu (ou mesmo, no mandado de segurança, também pela autoridade coatora) em decorrência de uma sentença judicial, estar-se-á diante de uma sentença condenatória, que, como será a seguir abordado, não impede a livre utilização de meios de coerção ou sub-rogação, para que se alcance o resultado pretendido com a ação judicial proposta.

4. O CUMPRIMENTO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA

Como foi destacado acima, adotamos a classificação ternária das ações – entendimento que se apresenta contrário àquele defendido por Pontes de Miranda, que sustentava a classificação quinária das ações (e, conseqüentemente, das sentenças de procedência do pedido).

Assim, a sentença no mandado de segurança, além de poder ser de conteúdo declaratório ou constitutivo, pode também e principalmente ser de natureza condenatória, tanto para o fim de impor à autoridade coatora (atingindo, por conseguinte, a pessoa jurídica a ela vinculada) uma ordem relativa à obrigação de fazer ou não fazer, como podendo envolver uma obrigação de pagar, com a determinação de se efetuar pagamento ao impetrante (embora, nos termos da Súmula 269 do STF, não possa o mandado de segurança substituir a ação de cobrança)²³.

E, como o reexame necessário²⁴ e os recursos em sede de mandado de segurança são desprovidos em regra de efeito suspensivo²⁵, certo é

23. Destaca Eduardo Arruda Alvim, de forma acertada, que, como o critério que divide as sentenças em declaratórias, constitutivas e condenatórias baseia-se no pedido formulado, e sendo a mandamentalidade “é técnica de efetivação da decisão”, é possível que a sentença concessiva da ordem pode ser condenatória, constitutiva ou ainda declaratória, “efetivando-se por meio de técnicas de execução indireta”. (ALVIM, Eduardo Arruda. Mandado de segurança. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, pp. 291-292).

24. Como observa Cretella Júnior, “dizer que a sentença concessiva da ordem pode ser executada provisoriamente é o mesmo que preceituar que a sujeição obrigatória do duplo grau de jurisdição não suspende, provisoriamente, a execução da sentença” (CRETELLA JÚNIOR, José. Do mandado de segurança. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 341).

25. No caso do agravo de instrumento, em virtude das regras previstas no Código de Processo Civil acerca de tal recurso, que se aplicam também ao mandado de segurança, nos termos

que a decisão liminar e a sentença que conceder a ordem pleiteada devem ser cumpridas imediatamente²⁶.

Nesse sentido, estabelece o art. 7º, III, da nova Lei do Mandado de Segurança que, havendo fundamento relevante e podendo o ato impugnado resultar na ineficácia da medida, deverá o juiz suspender liminarmente o ato que ensejou a impetração do *mandamus*. Além disso, o art. 14, §3º, da legislação em apreço, determina que a sentença que conceder a segurança poderá ser executada provisoriamente.

Mas, embora as decisões devam ser respeitadas imediatamente, é possível se indagar quais os atos devem ser praticados para que se tenha o cumprimento da ordem judicial no *writ*. Noutros termos, é de se perguntar, afinal, como ocorre a execução no mandado de segurança.

A resposta é simples, e se encontra estampada no art. 13, da Lei nº 12.016/2009: a execução é promovida pela expedição de ofícios, contendo o inteiro teor da sentença, endereçados à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada – regra que tanto se aplica para os casos de execução provisória como àqueles de execução definitiva.

Ademais, não se pode olvidar que a tutela pretendida em todo e qualquer mandado de segurança é *específica*, devendo o seu cumprimento ocorrer *in natura*. Com isso, não se pode admitir a aplicação, no caso, da via subsidiária reparatória ou equivalentemente satisfativa²⁷.

Destarte, independente de ter sido interposto recurso contra o ato judicial concessivo da segurança (e mesmo diante da exigência do reexame necessário, nos casos de sentença que venha a conceder a segurança), a decisão precisa ser cumprida imediatamente e de forma *específica*, bastando, para tanto, a notificação por meio de ofícios.

É preciso aqui, porém, atentar para a possibilidade de se ter no mandado de segurança (assim como ocorre em toda e qualquer ação)

do art. 7º, §1º, da Lei nº 12.106/2009; e, no caso da apelação, por força do que dispõe o art. 14, §3º, da mesma lei.

26. Lúcia Valle Figueiredo destacou que “é da essência da ação de mandado de segurança sua execução imediata” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de segurança. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 183).

27. Como observa Arnoldo Wald, “a solução que o mandado de segurança oferece para tal violação de direito por parte da autoridade pública é uma ordem que implica numa execução específica ou *in natura* contra o poder público, constituindo tal característica o aspecto inovador e até revolucionário do mandado de segurança” (WALD, Arnoldo. Do mandado de segurança na prática judiciária. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 108).

sentenças com conteúdos diversos, e mesmo sentenças com mais de um capítulo, hipótese em que cada um deles poderá ter também um conteúdo diverso do outro.

Como acabamos de dizer, a legislação estabelece a execução provisória da sentença como regra, excepcionando-a, todavia, nas hipóteses em que não seja admitida a concessão da liminar. A lei não faz, portanto, qualquer distinção relativamente à espécie de pedido formulado pelo impetrante (que, repita-se, pode ter natureza declaratória, constitutiva ou condenatória), não distinguindo, por conseguinte, o conteúdo da ordem que venha a ser imposta pela decisão judicial. Desse modo, diante de uma simples análise do texto legal, poderia se concluir que a execução da ordem concessiva da segurança seria provisória e imediata na maioria dos casos, mas exigiria o trânsito em julgado (sendo, portanto, definitiva) quando envolvesse as hipóteses da parte final do art. 7º, §2º, da Lei nº 12.016/2009.

Todavia, a doutrina²⁸, como forma de sistematizar a execução da ordem no *writ*, vem procurando diferenciar os tipos de sentenças prolatadas em mandados de segurança, no intuito de identificar as hipóteses de execução provisória e as situações em que esta não seria admitida, quando, então, ficaria a execução condicionada ao trânsito em julgado (execução definitiva)²⁹.

Assim é que, partindo-se da legislação em vigor – e considerando-se as decisões de naturezas condenatórias –, tem sido defendida a realização de um tratamento diferenciado na execução do *writ*, dependendo se a obrigação discutida no mandado de segurança envolve obrigação de fazer ou não fazer, quando a execução poderá ser baseada em uma decisão provisória (liminar ou sentença), ou, ainda, obrigação de pagar, hipótese em que a execução somente poderá ser iniciada diante de um julgamento definitivo.

No entanto, não obstante o posicionamento antes exposto, parece-nos necessário pensar o mandado de segurança como um direito fundamental que é, não sendo legítima, assim, a imposição de restrições

28. Vide, dentre outros, ARAÚJO, José Henrique Mouta. Mandado de segurança, cit., p. 234.

29. Com ênfase, a matéria é tratada por Leonardo José Carneiro da Cunha, para quem, após a Emenda Constitucional nº 30/2000 e, em especial, a partir da Emenda Constitucional nº 62/2009, não mais é possível se falar em execução provisória de créditos contra a Fazenda Pública (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 333-337).

indevidas à sua executividade imediata. Conforme observa Hely Lopes Meirelles, “sem esta prestação na execução ficaria invalidada a garantia constitucional da segurança”³⁰.

Não se nega a possibilidade de que em um mandado de segurança se tenha diversos pedidos cumulados, sendo que cada um venha a representar um capítulo com natureza diferente na sentença a ser prolatada.

Todavia, para fins de se ter o efetivo cumprimento da ordem judicial – seja ela provisória ou definitiva – não importa o tipo de pedido que se faça no *writ*, assim como não importa a natureza da sentença a ser prolatada no mandado de segurança.

É certo que a parte final do art. 14, §3º, da Lei nº 12.016/2009, excepciona a regra segundo a qual a sentença pode ser executada provisoriamente, deixando de fora de tal possibilidade aqueles casos “em que for vedada a concessão da medida liminar”. Ademais, no art. 7º, §2º, da mesma legislação, estão expostas as situações em que se veda a concessão de liminar, dentre elas se encontrando a hipótese que envolva o “pagamento de qualquer natureza”.

Sucede que o aludido §2º, do art. 7º, ao proibir a concessão de liminar em certos casos, mostra-se flagrantemente inconstitucional³¹, na medida em que pretende, por legislação infraconstitucional, impor limites a um direito fundamental garantido pela Constituição Federal. Ademais, a inconstitucionalidade do aludido dispositivo evidencia-se em razão da afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (que expõe o princípio da inafastabilidade da jurisdição), vez que retira a possibilidade de o Judiciário apreciar determinadas questões em sede de liminar³².

E tal inconstitucionalidade, por evidente, acaba por refletir também na restrição prevista no art. 14, §3º, *in fine*, antes mencionado.

30. MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 71.

31. Como bem destaca Cassio Scarpinella Bueno, é “impensável, pela grandeza constitucional do mandado de segurança e sua aptidão para assegurar a fruição integral e in natura de bem da vida (o que decorre imediatamente do art. 5º, XXXV e LXIX, da Constituição Federal) sejam obstaculizadas, frustradas ou, quando menos, minimizadas por qualquer disposição infraconstitucional” (BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45).

32. Todavia, cabe registrar que o STF, ao julgar a ADC nº 4 (por 10 votos a 1, tendo ficado vencido o Ministro Marco Aurélio), considerou constitucional o art. 1º, da Lei nº 9.494/97 – que, da mesma forma, trazia hipóteses em que se restringia a concessão de liminar (no caso, tutela antecipada).

Em resumo, havendo um ato ilegal ou arbitrário por parte da Administração Pública, não pode haver limitação ao direito de o impetrante obter uma liminar. E, por conseguinte, deixando de haver restrição à concessão da liminar – por flagrante inconstitucionalidade³³ –cai por terra a exceção estabelecida no art. 14, §3º, parte final, que sinaliza para a impossibilidade (nos casos em que for vedada a liminar) de se ter a execução provisória do julgado.

Desse modo, tanto a liminar como a sentença prolatada em um mandado de segurança – frise-se, qualquer que seja o seu conteúdo, mesmo que envolva a obrigação de pagar – devem ser cumpridas de imediato³⁴, em razão da ausência de efeito suspensivo, seja no reexame necessário, seja nos recursos (agravo de instrumento ou apelação) que eventualmente venham a ser interpostos contra tais atos judiciais.

Por outro lado, ao se falar da executividade imediata das decisões judiciais em sede de mandado de segurança, surge a necessidade de se abordar a questão relativa à fixação de caução no bojo da execução provisória do *writ*.

É certo que a atual Lei do Mandado de Segurança, em seu art. 7º, III, permite ao juiz condicionar o deferimento da liminar ao oferecimento de caução. É de se ressaltar, todavia, que a constitucionalidade de tal dispositivo legal é, no mínimo, discutível, pelas mesmas razões acima expostas.

Mas, afora a possível inconstitucionalidade, não nos restam dúvidas de que, em se tratando de obrigação de fazer e não fazer, a exigência de caução é de todo descabida e injustificável, seja para o cumprimento da liminar, seja, em especial, para a execução provisória da sentença, vez que, quanto a esta, a norma do art. 14, §3º, nada dispõe a respeito.

Ficaria a caução, então, limitada aos casos em que se tivesse uma execução provisória relativa ao pagamento de quantia em dinheiro.

33. Registre-se que, em setembro de 2009, o Conselho Federal da OAB propôs a ADIN nº 4296, visando exatamente a declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, §2º, da Lei nº 12.016/2009.

34. Nesse ponto, José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo também defendem a possibilidade de se ter a execução provisória contra a Fazenda Pública, mesmo que seja para o recebimento de determinada quantia em dinheiro. (MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 171).

É inegável que tanto a doutrina como a jurisprudência, de forma dominante, não admitem a execução provisória de pagamento de quantia certa contra a Fazenda Pública, o que deixaria sem qualquer utilização a caução.

No entanto, a se admitir o posicionamento defendido no presente estudo, que envolve a possibilidade de se ter a execução provisória contra a Fazenda Pública também nas obrigações de pagar, pode parecer a princípio defensável a exigência de caução em tal hipótese.

Mas, por absoluta coerência com a tese aqui sustentada, não há como se aceitar a imposição de quaisquer limites à efetiva satisfação do direito perseguido por meio do mandado de segurança, o que também alcança a absoluta impossibilidade de se condicionar a executividade do *mandamus* ao oferecimento de caução.

Ademais, em especial quanto aos reflexos pecuniários decorrentes do julgamento do mandado de segurança, não deve ser olvidado que via regra se está diante de um crédito de natureza alimentar, que, diante de uma ponderação adequada, deve prevalecer sobre o interesse público que em tese justificaria o afastamento da execução provisória em tal hipótese.

Dessa forma, é de se concluir que a executividade imediata da decisão (liminar ou final) deve ser a mais ampla possível, independente do conteúdo constante do ato judicial e sem que haja qualquer necessidade de oferecimento de caução por parte do impetrante.

4.1. A execução forçada

Ponto que tradicionalmente sempre gerou bastante discussão diz respeito a saber se é ou não possível haver a execução forçada em sede de mandado de segurança.

É bem verdade que, normalmente, uma vez concedida a segurança e recebido o ofício pela autoridade coatora e pela pessoa jurídica interessada (art. 13, da Lei nº 12.016/2009), a ordem judicial tende a ser normalmente cumprida, sem a necessidade de se ter propriamente que partir para uma execução forçada.

Todavia, é preciso ser pensado exatamente naquelas situações (que, lamentavelmente, não são raras) em que a ordem judicial é simplesmente ignorada por quem deve cumpri-la. O que deve ser feito em tais situações? É possível, no mandado de segurança, a utilização das regras relativas à execução forçada?

Ao que nos parece, não há a menor dúvida de que todos os meios existentes no direito pátrio para fazer com que se cumpra uma determinada ordem judicial – qualquer que seja ela – também podem e devem ser utilizados no mandado de segurança.

Em outras palavras, objetivando assegurar o efetivo cumprimento da ordem judicial, deve a execução forçada ser utilizada em todos os casos em que seja necessária, inclusive no mandado de segurança e, como se verá adiante, com o auxílio das medidas de apoio previstas no art. 461, do Código de Processo Civil.

Sérgio Sahione Fadel sempre sustentou a possibilidade de se fazer a execução forçada no mandado de segurança, defendendo, ainda, que tal medida devesse se realizar de acordo com as regras estatuídas no Código de Processo Civil sobre a execução contra a Fazenda Pública³⁵.

Em sentido oposto, porém, seguia Seabra Fagundes, que defendia a impossibilidade de se ter execução forçada contra a administração pública, pois “esta norma assenta na inalienabilidade dos bens públicos, inalienabilidade que lhe é peculiar segundo o Código Civil, só admitindo as exceções prescritas pela lei”³⁶.

No entanto, ao que nos parece, a doutrina que afasta a possibilidade de se ter a “execução forçada” no mandado de segurança, define ou restringe tal modalidade de execução àquela em que se busca a expropriação dos bens do executado para a satisfação do crédito existente.

Verifica-se aí, em nosso sentir, uma confusão, que acabou por gerar uma discussão acerca de um falso problema. Com efeito, para que a execução seja forçada não é imprescindível que se tenha a prática de atos que visem a expropriação dos bens do executado.

Noutros termos, a execução será forçada sempre que, uma vez não cumprida a ordem “espontaneamente”, seja necessária a utilização de medidas de apoio capazes de fazer com que aquele que tenha o dever de cumprir com determinada obrigação, a cumpra “compulsoriamente”³⁷.

35. FADEL, Sérgio Sahione. Teoria e prática do mandado de segurança. Rio de Janeiro: José Confino Editor, 1966, p. 192.

36. SEABRA FAGUNDES, M. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 192.

37. Como bem observa Castro Nunes, a execução no mandado de segurança é compulsória, pois “não importa que sob sanções de direito público, únicas acessíveis ao processo das

E, de forma indiscutível, a execução forçada não só é possível, como muitas vezes é necessária no mandado de segurança.

Com muita propriedade, afirma Sergio Ferraz que “só se pode falar seriamente em Estado Democrático de Direito se vivermos numa ordem jurídica em que as sentenças sejam suscetíveis de operar *efetivos resultados práticos* entre os interessados no litígio”³⁸.

Não se pode esquecer que o mandado de segurança é um direito fundamental, garantido expressamente na Constituição Federal, sendo imprescindível, por conta disso, assegurar-se ao impetrante um tratamento diferenciado durante todo o decorrer do processo, até a efetiva satisfação do seu direito líquido e certo.

Assim é que, mostra-se legítimo defender a utilização de regras mais vantajosas ao impetrante em sede de mandado de segurança, até para que se consiga controlar a atividade estatal com a mesma força com que se tem o controle exercido pelo poder público sobre o particular³⁹.

4.2. A possibilidade de utilização, no mandado de segurança, das regras do art. 461, §4º e §5º, do Código de Processo Civil

Como visto anteriormente, objetivando a efetividade ao mandado de segurança, imperiosa se mostra a utilização de todas as medidas de apoio previstas no ordenamento jurídico brasileiro, para que, com isso, se consiga a satisfação da tutela pretendida.

Nesse propósito, prevendo o §5º, do art. 461, do Código de Processo Civil, uma série de meios capazes de proporcionar o cumprimento de uma determinada obrigação de fazer ou de não fazer, inexistente razão para

execuções nas causas contra o Estado. Não está na opção do Poder Público cumprir a decisão ou apontar ao direito amparado as vias reparatórias. Nem oferecer o interesse em substituição à prestação assegurada, se isso não anui o titular do direito. A garantia repousa na obediência da autoridade. É executória, porque, de outro modo, seria ilusória.” (NUNES, José de Castro. Do mandado de segurança. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 319)

38. FERRAZ, Sergio. Mandado de segurança. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 358.

39. Salienta Érico Andrade que “ação de mandado de segurança adquire vigor especial, de centralizar a proteção do cidadão, impedindo o desequilíbrio em prol da autoridade, como acontecia no direito administrativo clássico” (ANDRADE, Érico. O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade – proposta de releitura à luz da efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.454).

que tais regras não sejam também aplicadas no mandado de segurança, mormente naqueles que tenham por objetivo as mesmas espécies de obrigação (fazer e não fazer).

Não se deve, olvidar, ademais, que os meios coercitivos previstos no aludido dispositivo legal são meramente exemplificativos, de modo que poderá o juiz se valer de qualquer outro meio legítimo que seja capaz de fazer com que a ordem judicial alcance o seu efetivo cumprimento⁴⁰.

Especificamente quanto às *astreintes*, medida de apoio disposta no art. 461, §4º e no §5º, do Código de Processo Civil, deve ainda ser destacado que a sua incidência não apenas é possível no mandado de segurança, como a sua cobrança, caso seja imposta, não se sujeitará ao regime de precatório⁴¹.

Assim é que, tratando-se de multa que visa assegurar o cumprimento de uma ordem judicial concedida em um mandado de segurança, não deve a execução dela decorrente submeter-se ao regime burocrático e ineficaz do precatório⁴². Pensar de forma diversa é retirar da *astreinte* toda a justificativa para a sua existência.

Ainda quanto à multa, merece ser observado um ponto relativo ao seu destinatário. Em outras palavras, é preciso definir quem sofrerá a incidência da multa que venha a ser fixada pelo juízo. Somente poderá ela atingir a pessoa jurídica interessada, ou também poderá direcionar-se contra a autoridade coatora?

40. Nesse sentido tem se posicionado de forma tranquila a jurisprudência, podendo ser mencionado a título de exemplo o AgRg no REsp 1046283/RS, 2ª Turma do STJ, relator Ministro Castro Meira, julgado em 19.06.2008, DJe 06.08.2008, com a seguinte ementa: "DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE REMÉDIOS. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE. ART. 461, CAPUT E § 5º, DO CPC. 1. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão "tais como", o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizem com as peculiaridades de cada caso concreto. 2. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (*astreintes*) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461-A do CPC. 3. Agravo regimental não provido."

41. No mesmo pensamento segue Sergio Ferraz (FERRAZ, Sergio. Mandado de segurança, cit., p. 359.). A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua vez, tem se manifestado em sentido oposto, como pode ser observado pelo julgamento do ao argumento de

42. Assim não entendeu, todavia, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, ao julgar o Mandado de Segurança nº 0028168-47.1999.8.19.0000 (relator Des. J. C. Murta Ribeiro, julgamento dia 17/04/2008, D.O. de 07/05/2008), defendeu que a cobrança da multa deve observar o regime do art. 730 do CPC, com o pagamento mediante precatório.

José Henrique Mouta Araújo defende que a multa, para que se tenha uma melhor prestação da tutela jurisdicional, seja dirigida contra a autoridade coatora, e não à pessoa jurídica de direito público⁴³.

Posição semelhante é defendida por Mantovanni Colares Cavalcante, que, apoiando-se no entendimento de Marcelo Lima Guerra, sustenta que se deva aplicar a multa diária contra o próprio responsável pelo cumprimento da obrigação⁴⁴⁻⁴⁵.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em certa oportunidade, posicionou-se no sentido de ser imprescindível que a multa atingisse a autoridade coatora, utilizando-se, para tanto, o argumento de que a fixação de *astreintes* contra a Fazenda Pública seria ineficaz, tendo em vista que, na visão dos julgadores, teria que se submeter ao regimento do precatório⁴⁶.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, todavia, vem se mantendo firme no entendimento de que a multa somente pode ser aplicada e executada contra a Fazenda Pública, não podendo atingir a autoridade coatora, pois esta atuaria no mandado de segurança como substituto processual, não sendo parte na execução, a qual se dirige à pessoa jurídica de direito público interno⁴⁷.

43. ARAÚJO, José Henrique Mouta. Mandado de segurança, cit., p. 235.

44. CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Mandado de segurança. São Paulo: Dialética, 2002, p. 236.

45. Mantovanni, aliás, defende ainda a aplicação da multa prevista no art. 14, do CPC, por ato atentatório ao exercício da jurisdição, contra a autoridade coatora que descumpra a ordem no mandado de segurança (Idem, p. 237).

46. Ag 9702290660, 3ª Turma do TRF da 2ª Região, relator Des. Fed. Ricardo Perlingeiro, julgamento em 22/05/2001, DJU de 21/08/2001. Ementa: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTEMPT OF COURT E FAZENDA PÚBLICA. 1. A decisão que em sede de mandado de segurança impõe obrigação de fazer é essencialmente mandamental, sendo subsidiariamente substituída por perdas e danos, no caso de real impossibilidade de cumprimento, diante da interpretação analógica do art. 461 do CPC. 2. O contempt of court civil do direito anglo saxão, como meio de coerção psicológica do devedor, decorre da concepção de que a autoridade do Poder Judiciário é intrínseco à sua própria existência. 3. Provido o agravo para que o juiz adote todos os meios capazes de dar efetividade à jurisdição, registrando que a aplicação de astreintes à Fazenda Pública é ineficaz como meio de coerção psicológica, já que sujeitas ao regime do precatório. 4. Nas causas envolvendo o erário público, a coerção somente será eficaz se incidir sobre o agente que detiver responsabilidade direta pelo cumprimento da ordem, reiterada e imotivadamente desrespeitada."

47. REsp nº 747371, 5ª Turma do STJ, relator Min. Jorge Mussi, julgamento em 06/04/2010, DJe de 26/04/2010. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de

A despeito do posicionamento da mais alta Corte infraconstitucional, parece-nos que deve a fixação de *astreintes* ter como destinatária a autoridade coatora, pois, dessa forma, a medida teria uma força coercitiva muito mais incisiva, aumentando, por conseguinte, a possibilidade de se ter a satisfação da ordem judicial. Como bem observa Juvêncio Vasconcelos Viana, é importante ver o agente recalcitrante, verdadeiro descumpridor da ordem judicial, “sentir no bolso” o valor ficado a título de multa⁴⁸.

4.3. Os reflexos pecuniários da sentença concessiva da segurança

Como visto acima, a sentença prolatada em um mandado de segurança, quando acolhe a pretensão do impetrante, via de regra tem o conteúdo declaratório, constitutivo ou envolve a imposição de uma ordem consistente na necessidade de cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer – e, mesmo em menor número, uma ordem que imponha a satisfação de uma obrigação de entrega de coisa.

Em tais situações, conforme se destacou, o cumprimento da ordem judicial deve ser imediato, na medida em que o reexame necessário e os recursos eventualmente interpostos (seja contra a decisão concessiva da liminar seja contra a sentença) não possuem efeito suspensivo, permitindo, portanto, a sua execução (ainda que provisória).

Sucedendo que, em alguns casos, é possível que a ordem expedida no *mandamus* consista no pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Assim é que, nos moldes previstos na nova Lei do Mandado de Segurança, “o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público

multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes. 2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade. 3. As autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno. 4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Código Instrumental. 5. Recurso especial provido.”

48. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Efetividade do processo em face da fazenda pública. São Paulo: Dialética, 2003, p. 268.

da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial” (art. 14, §4º).

Diante da aludida previsão legal, surgem, então, algumas dúvidas, cujo enfrentamento se faz necessário, ainda que o presente estudo não tenha a pretensão de esgotar o tema.

Cumpre observar, inicialmente, que o §4º, do art. 14, cuidou de um aspecto que não era previsto na antiga Lei nº 1.533/51, mas se encontrava disposto no *caput* do art. 1º, da Lei nº 5.021/66.

No entanto, deve ser destacado que o legislador atual tratou da matéria de forma mais restritiva, sendo nitidamente influenciado pelas Súmulas 269⁴⁹ e 271⁵⁰ do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, considerando-se os termos legais, os efeitos patrimoniais da sentença concessiva da ordem somente atingirão as prestações cujo vencimento vier a ocorrer após o ajuizamento da ação, o que indica a impossibilidade de o *writ* gerar efeitos relativamente às prestações que se vencerem antes de ser impetrado o mandado de segurança. As prestações pretéritas, nos moldes estabelecidos na nova Lei do Mandado de Segurança, bem como na aludida Súmula 271 do STF, terão que ser cobradas pela via administrativa ou pela via judicial própria.

No entanto, como destaca Cassio Scarpinella Bueno, diante da frustração provocada pela aludida previsão legislativa e pelo entendimento jurisprudencial – que impedem seja a lesão ao direito reparada de modo integral – seria razoável pensar na aplicação subsidiária do art. 475-N, inciso I, do Código de Processo Civil, para que fosse possível ao impetrante valer-se da sentença que lhe concedera a ordem como título executivo relativamente às prestações pretéritas⁵¹.

De fato, parece-nos indiscutível que o referido art. 475-N, inciso I, passou a conferir a possibilidade de uma sentença declaratória vir a formar um título executivo judicial, desde que “reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”.

49. Súmula 269 do STF: “O mandado de segurança não é substituto de ação de cobrança”.

50. Súmula 271 do STF: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

51. BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança, cit., p. 89.

Com efeito, pela redação do art. 475-N, inciso I, Código de Processo Civil, se a sentença foi declaratória, mas deu origem a alguma obrigação que precisa ser satisfeita, não resta dúvida: ela formou título executivo. E esse entendimento, por evidente, não pode deixar de ser aplicado ao mandado de segurança.

Caso, por exemplo, haja a prática de um ato ilegal, que culminou com a retirada de uma determinada gratificação pecuniária a que o servidor público fazia jus, parece-nos claro que o impetrante, via *mandamus*, não poderá ver restringida a satisfação do seu direito apenas à lesão que lhe será causada após o ajuizamento da ação. Assim, na eventualidade de a sentença vir a reconhecer a ilegalidade ou abusividade do administrativo (determinando, por conseguinte, o restabelecimento da gratificação a que teria direito), é imprescindível que se permita ao impetrante “executar” a ordem do juízo, com base no título executivo formado em virtude da “declaração” contida no comando judicial – não sendo razoável que lhe seja exigida a propositura de uma nova ação de conhecimento para tal fim.

Em outras palavras, é inaceitável que uma sentença que reconheça a ilegalidade de um ato administrativo não tenha nenhuma interferência nos danos causados ao impetrante – exatamente pelo ato “desconstituído” via *writ* – no período anterior ao ajuizamento da ação, obrigando-o a mover uma nova ação de conhecimento (ou seguir pela via administrativa) para que obtenha a satisfação integral de sua pretensão.

Desse modo, relativamente aos valores anteriores à impetração do *mandamus*, deve ser assegurado ao impetrante (desde que a sentença lhe seja favorável, evidentemente) executar o seu crédito nos próprios autos do mandado de segurança, valendo-se previamente da liquidação do valor devido (nos moldes do art. 475-A, do Código de Processo Civil).

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao procedimento que se deve adotar para a satisfação do crédito efetivamente reconhecido na sentença do mandado de segurança (ainda que se considere, diante da limitação legal, apenas as parcelas vencidas após o ajuizamento da ação). Noutros termos, cumpre indagar se a execução de quantia certa em sede de mandado de segurança também se submete às normas das execuções contra a Fazenda Pública, com a incidência das regras dos art. 100, da Constituição Federal e dos arts. 730 e seguintes, do Código de Processo Civil.

É sabido que as normas antes referidas, aplicadas às execuções contra a Fazenda Pública, tradicionalmente também são aplicadas aos mandados de segurança que culminem com a obrigação de se pagar quantia certa.

No entanto, sendo o mandado de segurança um direito fundamental, deve-se garantir ao impetrante, desde o início do processo até o seu encerramento, a incidência de regras que lhe sejam mais vantajosas, como forma de equilibrar as forças diante da arbitrariedade praticada pela Administração e que acabou por ensejar a impetração do *mandamus*.

Destarte, ao contrário da utilização das regras tradicionais e pouco efetivas da execução contra a Fazenda Pública (arts. 730 e seguintes do Código de Processo Civil, com o respeito ao art. 100, da Constituição Federal), naqueles casos em que a ordem consista no pagamento de determinada quantia em dinheiro pela Administração Pública em favor do impetrante, deve ser garantido a este utilizar-se das regras de execução que lhe sejam mais favoráveis, não lhe sendo aplicado, dessa forma, o regime do precatório⁵².

Com efeito, a origem do mandado de segurança reside na necessidade de se ter um meio judicial capaz de proporcionar um equilíbrio de forças entre o particular e o Estado, como forma de coibir a arbitrariedade por parte da Administração Pública.

Dessa forma, repise-se que qualquer estudo que se pretenda fazer acerca do *mandamus* deve estar devidamente comprometido com o fato de ser o mandado de segurança um direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal.

E tal direito fundamental garante ao impetrante um tratamento especial, com a prática de atos que sejam capazes de lhe assegurar a efetiva e rápida proteção de um direito subjetivo que, em razão de um ato ilegal ou arbitrário, foi violado pela Administração Pública.

Por evidente, dentro desse “tratamento diferenciado” a ser conferido ao impetrante inclui-se a prática de atos que venham propiciar uma execução rápida e eficaz, sem os abusos e lentidão do regime do precatório⁵³.

52. Nesse sentido, ainda sob a vigência da Lei nº 5.021/66, já se posicionava Celso Ribeiro Bastos, quando afirmou que “por força, entretanto, do caput do art. 1º da Lei nº 5.021, as verbas decorrentes da condenação, mas relativas às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial, deverão ser pagas independentemente de precatório (BASTOS, Celso Ribeiro. Do mandado de segurança. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 19).

53. Sergio Ferraz, nesse ponto, não se posiciona favorável à desnecessidade do precatório, embora posicione-se em prol de tal dispensa na hipótese do recebimento das astreintes que eventualmente venham a ser impostas pelo juízo, no intuito de forçar o cumprimento de uma decisão no mandado de segurança. (FERRAZ, Sergio. Mandado de segurança, cit., p. 359).

A doutrina e a jurisprudência^{54, 55} já se posicionaram pela possibilidade de se dispensar o precatório relativamente ao período decorrido entre a sentença e o efetivo cumprimento da ordem judicial. Defende-se, assim, que, havendo “atraso no cumprimento da ordem judicial relativa à conduta de fazer/não fazer, o reflexo pecuniário desse período deve ser satisfeito *in natura* e sem precatório”⁵⁶.

Todavia, não obstante o avanço de tal entendimento sobre aquele que veda qualquer possibilidade de afastamento das regras do precatório

-
54. EDcl no REsp nº 801192, 5ª Turma do STJ, relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 04/12/2008, DJe de 02/02/2009. Ementa: “DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PAGAMENTO DE ATRASADOS. EXECUÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS. POSSIBILIDADE. PAGAMENTO. SISTEMA DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. 1. Os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual apto a suprir omissão do julgado ou dele excluir qualquer obscuridade, contradição ou erro material. A concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração somente pode ocorrer em hipóteses excepcionais, em casos de equívoco evidente. 2. Constata a existência de contradição entre o acórdão publicado e o resultado do julgamento efetivamente proclamado na respectiva sessão de julgamento, é de rigor a correção do voto condutor do acórdão embargado, que conheceu e deu provimento ao recurso especial. 3. A apuração do débito reconhecido em sede de mandado de segurança deve ser realizada por meio de liquidação por cálculos e executada nos próprios autos, nos termos do art. 1º, caput e § 3º, da Lei 5.021/66 c/c 475-A e seguintes do CPC, não se submetendo seu pagamento ao regime de precatório previsto no art. 100 da Constituição Federal. 4. Embargos declaratórios acolhidos.”
55. REsp nº 862482, 5ª Turma do STJ, relatora Min. Laurita Vaz, julgamento em 17/03/2009, DJe de 13/04/2009. Ementa: REsp nº 862482 – ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA CONCESSIVA. RESTABELECIMENTO DE VANTAGEM. CUMPRIMENTO IMEDIATO. PARCELAS DEVIDAS ENTRE A CONCESSÃO E O EFETIVO PAGAMENTO. INCLUSÃO EM FOLHA SUPLEMENTAR. RITO DO PRECATÓRIO. DESNECESSIDADE. 1. Em regra, a autoridade impetrada tem o dever de cumprir imediatamente a sentença concessiva da segurança, ressalvando-se os casos de concessão de aumento ou extensão de vantagens a Fazenda Pública, a qual somente pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Lei n.º 4.348/64 c.c o art. 2º-B da Lei n.º 9.494/97. 2. À regra contida no art. 2º-B da Lei n.º 9.494/97 deve ser dada exegese restritiva, no sentido de que a vedação de execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública deve se ater às hipóteses expressamente elencadas no referido dispositivo, não sendo aplicável nos casos em que o Impetrante busca o restabelecimento de vantagem anteriormente percebida. Precedentes. 3. O Administrado, que teve seu direito reconhecido na via mandamental, não pode ser prejudicado pela inércia do Administrador em cumprir a sentença concessiva, de modo que as parcelas vencidas após a referida sentença somente possam ser buscadas no demorado rito do precatório previsto no art. 730 do Código de Processo Civil. 4. Em face do caráter mandamental da sentença concessiva da ordem, as parcelas relativas ao período de setembro de 2001 – data da prolação da sentença concessiva – a setembro de 2002 – data do efetivo restabelecimento da vantagem – devem ser pagas por meio da inclusão em folha suplementar de pagamento, ressaltando-se que a execução poderá ser promovida nos próprios autos do mandamus independentemente de citação. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.”
56. ARAÚJO, José Henrique Mouta. Mandado de segurança, cit., p. 240.

para a execução do crédito oriundo do mandado de segurança, parece-nos que é preciso avançar.

É necessário que o regime do precatório tenha a sua incidência afastada por completo do mandado de segurança.

E, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a QO no RMS nº 26244⁵⁷, posicionou-se no sentido defendido no presente estudo, deixando de submeter o crédito oriundo de *mandamus* às regras do precatório, pois, conforme foi acertadamente destacado no acórdão em apreço, “se assim não fosse, estar-se-ia ordinarizando o rito especial e peculiar desse remédio constitucional, posto à disposição dos cidadãos para a proteção de direitos líquidos e certos”.

Desse modo, é possível concluir que, diante da auto-executividade das decisões concessivas da ordem, não pode uma execução de crédito oriundo de mandado de segurança ficar vinculada ao procedimento do art. 730, do Código de Processo Civil, c/c o art. 100, da Constituição Federal.

5. A CRIMINALIZAÇÃO DO ATO DE DESCUMPRIR A ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA

Durante muito tempo, uma das fortes discussões envolvendo o cumprimento das decisões em sede de mandado de segurança consistia em

57. 5ª Turma do STJ, relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em 01/10/2009, DJe de 03/05/2010. Ementa: QO no RMS 26244: QUESTÃO DE ORDEM EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DE RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA, QUE CONCEDEU A SEGURANÇA, PARA ANULAR ATO DE DESLIGAMENTO E, POR CONSEQUENTE, DETERMINAR A REINTEGRAÇÃO DO RECORRENTE COM AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-MATERIAIS DAÍ ADVINDAS. PAGAMENTO IMEDIATO, INDEPENDENTEMENTE DE PRECATÓRIO, DOS VALORES RELATIVOS AO PERÍODO DE AFASTAMENTO INDEVIDO. 1. Na hipótese como a dos presentes autos, em que foi reconhecida a ilegalidade do ato de dispensa praticado pela autoridade impetrada, e, por conseguinte, foi determinada a reintegração do recorrente com as consequências jurídico-materiais daí advindas, entende-se que os valores relativos ao período em que o recorrente manteve-se indevidamente afastado de suas funções devem ser pagos imediatamente, não se submetendo à regra dos precatórios, em virtude do caráter mandamental inerente ao decurso concessivo de segurança. 2. Se assim não fosse, estar-se-ia ordinarizando o rito especial e peculiar desse remédio constitucional, posto à disposição dos cidadãos para a proteção de direitos líquidos e certos, não amparados por Habeas Corpus ou Habeas Data, nos moldes do art. 5º, LXIX da Magna Carta. Daí porque as decisões concessivas de Mandado de Segurança são auto-executáveis, não estando, por isso, adstritas ao rito do art. 730 do CPC c/c 100 da CF. 3. Questão de ordem que se submete à apreciação da egrégia Quinta Turma, a fim de determinar que o pagamento, desde a data do desligamento, da importância relativa ao período em que o servidor reintegrado permanecera ilegalmente afastado do exercício das funções do cargo seja efetuado com a dispensa do regime de precatório a que aludem o art. 100 da Constituição Federal e o art. 730 do CPC.”

saber se o não atendimento à ordem judicial poderia ou não configurar a prática de algum crime, principalmente por se estar diante de ilícito praticado pela Administração Pública.

Na realidade, a doutrina e a jurisprudência tanto divergiam a respeito da efetiva possibilidade de o descumprimento de uma ordem no mandado de segurança vir a configurar algum crime⁵⁸, como também (para aqueles que defendiam a existência de crime) para saber que tipo de crime estaria sendo praticado, se o de prevaricação (art. 319, do Código Penal) ou o de desobediência (art. 330, do Código Penal)⁵⁹.

A redação do art. 26, da atual Lei do Mandado de Segurança (que não contava com correspondente na legislação anterior), eliminou a controvérsia e passou a prever, de forma expressa, a configuração de crime de desobediência para a eventualidade de não serem cumpridas as decisões proferidas em sede de mandado de segurança.

Destaque-se, ademais, que o descumprimento de uma ordem judicial – inclusive, em sede de mandado de segurança –, a depender de quem seja a autoridade coatora, pode ainda caracterizar um dos crimes de responsabilidade⁶⁰, nos termos da Lei nº 1.079/50.

6. A SUSPENSÃO DA SEGURANÇA

Por fim, merece registro – ainda que de forma não aprofundada, em virtude dos limites impostos ao presente estudo – o fato de que a efetividade do mandado de segurança, mormente o ponto relativo à sua executividade imediata, pode ficar extremamente comprometida com a

58. Othon Sidou, embora reconhecesse a necessidade de se ter a aplicação de sanções penais contra aqueles que descumprissem uma ordem judicial (inclusive defendendo que, em alguns casos específicos, haveria a configuração do crime de responsabilidade), afastava a possibilidade de, no caso do mandado de segurança, haver a configuração do crime de desobediência, pois, para tal tipo penal, haveria a necessidade de o crime ser praticado por um “particular”, o que, na visão do aludido autor, não poderia ocorrer no writ, visto que “o destinatário do mandado de segurança não é pessoa particular”. O mesmo Sidou também rechaçava a caracterização do crime de prevaricação, pois, um dos elementos do tipo é o “interesse pessoal”, e, em sua ótica, “interesse pessoal é interesse privado”. (SIDOU, J. M. Sidou. Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 208).

59. Alfredo Buzaid, dentro outros, defendia que, “no mandado de segurança, a ordem é expedida de ofício pelo órgão judiciário sob as penas legais, pois o seu descumprimento caracteriza o crime previsto no art. 330 do Código Penal” (BUZOID, Alfredo. Do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 274.)

60. Posição defendida, dentre outros, por Othon Sidou (Idem, p. 208).

existência do instituto da *suspensão da segurança*, previsto no art. 15, da Lei nº 12.016/2009.

A suspensão de segurança, atualmente, apresenta-se como uma “figura altamente esdrúxula e criticável”⁶¹, cujas origens remontam à Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, com o que se observa que o seu surgimento se deu de modo praticamente simultâneo ao do próprio mandado de segurança – que, pela primeira vez, veio expressamente previsto na Constituição Federal de 1934.

Trata-se, nos precisos termos defendidos por Marcelo Abelha Rodrigues, de um *incidente processual* – não sendo, portanto, nem ação nem recurso –, utilizado para se obter a sustação da eficácia da decisão, não em virtude do conteúdo jurídico ou antijurídico da decisão concessiva da segurança, mas em razão da sua potencialidade de lesão ao interesse público⁶².

Nesse contexto, tanto a pessoa jurídica de direito público interessada como o Ministério Público, com o objetivo de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, podem requerer ao presidente do tribunal (ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso) que suspenda a execução da liminar ou da sentença que tenha concedido a segurança⁶³.

Portanto, repise-se que a medida aqui versada não se trata de um recurso, sendo, em verdade, algo excepcional, dirigido ao presidente do mesmo tribunal que seria o competente para o julgamento dos recursos eventualmente interpostos (agravo ou apelação, dependendo do caso), com a finalidade específica de sustar a eficácia da ordem judicial.

O presidente do tribunal, ao receber o pedido, poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, desde que constate, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida, hipótese em que o contraditório será postergado.

61. Palavras de Sergio Ferraz, com as quais concordamos inteiramente (FERRAZ, Sergio. Mandado de segurança, cit., p. 359).

62. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspensão da segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

63. Na opinião de Cassio Scarpinella Bueno, a medida é inconstitucional, vez que, ao ser disponibilizada apenas à pessoa jurídica de direito público interessada (e ao Ministério Público), deixando de fora o impetrante, estaria a ferir o princípio da isonomia. (BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança, cit., p. 93)

Deferido ou não o efeito suspensivo liminarmente, será a parte contrária ouvida a respeito do pedido de suspensão, sendo a seguir julgado efetivamente o pedido de suspensão da segurança formulado.

Caso o presidente do tribunal, ao final, venha a conceder a suspensão da segurança (e somente nessa hipótese), caberá o recurso de agravo interno, no prazo de 5 dias, contra a aludida decisão.

Sendo indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo interno antes referido, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário, respectivamente, Superior Tribunal de Justiça (caso o pedido envolva questão infraconstitucional) e Supremo Tribunal Federal (na eventualidade de a matéria ser constitucional).

Registre-se que, o pedido de suspensão aqui tratado é medida que pode ser utilizada, concomitantemente, com o agravo de instrumento eventualmente interposto contra a liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes.

Ademais, deve ser salientado que, caso inicialmente apenas tenha sido interposto o agravo de instrumento, nada impede que, após o julgamento deste recurso (na hipótese de ser negado provimento ao agravo), seja agora proposta a suspensão da segurança. Nesse caso, o incidente processual será proposto diretamente perante o presidente do Superior Tribunal de Justiça (sendo a matéria infraconstitucional) ou o presidente do Supremo Tribunal Federal (caso envolva questão constitucional).

E, para encerrar o tema relativo à suspensão da segurança, deve ser salientado que o instituto pode ser utilizado para atender a demandas repetitivas, de modo que, as “liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal ampliar os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original” (art. 15, § 5º, da Lei nº 12.016/2009).

7. CONCLUSÕES

Dos temas enfrentados no presente trabalho, foi-nos possível chegar às seguintes conclusões:

- 1) O ordenamento jurídico brasileiro disponibiliza em prol da Fazenda Pública diversas prerrogativas, dentre elas sendo inseridas as regras relativas à executividade dos julgados, em especial quanto à execução para pagamento de quantia certa.

- 2) Tanto a antiga Lei nº 1.533/51, como a atual Lei nº 12.016/2009, não deixam dúvidas de que, no mandado de segurança, a execução da sentença concessiva da ordem ocorrerá como mera continuação da fase de conhecimento previamente desenvolvida, não havendo que se falar em executividade por meio de ação autônoma.
- 3) O sincretismo existente entre a fase de conhecimento e a fase de execução no mandado de segurança não autoriza a existência da classe autônoma sentença mandamental, pois, quando impõe o cumprimento de determinada ordem, trata-se, em verdade, de sentença de natureza condenatória, com alguma variação quando ao meio de cumprimento.
- 4) A execução da decisão concessiva da ordem será promovida pela expedição de ofícios, contendo o inteiro teor da sentença, endereçados à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.
- 5) Tanto a liminar como a sentença prolatada em um mandado de segurança – qualquer que seja o seu conteúdo, mesmo que envolva a obrigação de pagar – devem ser cumpridas de imediato, inclusive, se for o caso, com a utilização da execução forçada.
- 6) Todas as medidas de apoio previstas no art. 461, do Código de Processo Civil, devem ser também aplicadas em sede de mandado de segurança, mormente a fixação de multa diária (*astreintes*), que deve ser aplicada contra a autoridade coatora.
- 7) Independente de quem seja atingido pela fixação de *astreintes* – podendo ser a autoridade coatora, como se defende, ou mesmo a pessoa jurídica de direito público, com tem entendido a jurisprudência atual – o crédito por ela gerado deve sempre ser executado nos próprios autos e independente de precatório.
- 8) Apesar da regra constante no art. 14, §4º, da Lei nº 12.016/2009, relativamente aos reflexos pecuniários da sentença concessiva da ordem, deve ser assegurado ao impetrante executar, nos mesmos autos, inclusive os valores anteriores à impetração do *mandamus*, com a incidência da norma contida no art. 475-N, I, do Código de Processo Civil, valendo-se previamente da liquidação do valor devido (art. 475-A, do Código de Processo Civil).
- 9) Ao contrário da utilização das regras tradicionais e pouco efetivas da execução contra a Fazenda Pública (arts. 730 e seguintes

do Código de Processo Civil, com o respeito ao art. 100, da Constituição Federal), naqueles casos em que a ordem consista no pagamento de determinada quantia em dinheiro pela Administração Pública, deve ser garantido ao impetrante a utilização das regras de execução que lhe sejam mais favoráveis, não lhe sendo aplicado, dessa forma, o regime do precatório.

- 10) O descumprimento da ordem concessiva da segurança pode ter consequências criminais, com a configuração do crime de desobediência (art. 26, da Lei nº 12.016/2009) e mesmo, em alguns casos específicos (a depender de quem seja a autoridade coatora), podendo caracterizar um dos crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079/50).
- 11) A suspensão da segurança é medida capaz de frustrar toda a efetividade do mandado de segurança, mormente quanto à sua executividade imediata, devendo, por isso, ser utilizada apenas em casos excepcionais.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.
- ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade – proposta de releitura à luz da efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de segurança*. 2ª ed. Salvador: Editora Podium, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Do mandado de segurança*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil. In: *Temas de direito processual – Sétima Série*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. In: *Temas de direito processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de segurança*. São Paulo: Dialética, 2002.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

- DA SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de processo civil*. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1990.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 13ª ed. Salvador: Editora Podivm, 2011.
- FADEL, Sergio Sahione. *Teoria e prática do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: José Confinio Editor, 1966.
- FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MORELLO, Augusto Mario. *El proceso justo*. La Plata: Libreria Editora Platense S.R.L., 1994.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- _____. *Tratado das ações*. Tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão da segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 1ª Vol. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- SEABRA FAGUNDES, M. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- SIDOU, J. M. Othon. *"Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data", ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Revista Autônoma de Processo, n. 2, jan./mar. 2007.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

WALD, Arnoldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

7

A CAUSA DE PEDIR À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Daniela Bomfim¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. O fenômeno jurídico à luz da teoria do fato jurídico – 3. As diversas vestes do fenômeno jurídico substancial no processo – 4. O fenômeno jurídico substancial afirmado como conteúdo da causa de pedir – 5. A causa de pedir como afirmação do fato jurídico e da situação jurídica (em sentido lato): 5.1. Generalidades; 5.2. A afirmação do fato jurídico; 5.3. A afirmação da situação jurídica – 6. O ônus da alegação dos elementos da causa de pedir – Conclusões – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito processual somente pode ser bem compreendido se analisado a partir de, no mínimo, três vetores: (i) a relação entre processo e direito material; (ii) a relação entre a ciência (dogmática) do processo e a teoria geral do direito; (iii) a relação entre a ciência do processo e a ciência do direito constitucional.² Os dois primeiros são vetores elementares no presente trabalho.

Primeiro. Sabe-se que o processo e o direito material não se equivalem. A autonomia do direito processual, por sua vez, não significa a sua neutralidade em face do direito material. O processo é instrumento e, como tal, deve ser estudado sob a perspectiva do fenômeno jurídico substancial, seu conteúdo. O processo sem o direito material é estrutura vazia, oca.

É nesse contexto que a demanda, que é exercício do direito abstrato e constitucional de ação, possui duas facetas: (i) demanda-ato (a demanda é vista como ato jurídico); (ii) demanda-conteúdo.³ Toda demanda-ato

-
1. Mestre pela UFBA. Especialista em Direito Processual Civil pelo Jus Podivm. Professora da Faculdade Baiana de Direito. Advogada e consultora jurídica.
 2. São premissas que têm, há muito, orientado a análise do direito processual por Fredie Didier Jr. (DIDIER JR, Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 21/23.)
 3. DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v.1, cit., p. 177.

tem como conteúdo a afirmação de um fenômeno jurídico substancial. A demanda-ato sem demanda-conteúdo é estrutura vazia. A demanda e seus elementos não podem, então, ser estudadas como institutos sem qualquer vinculação ao estudo do direito material. O conteúdo da causa de pedir deve ser identificado à luz da estrutura do fenômeno jurídico substancial.

Segundo. A ciência do processo deve valer-se dos conceitos fundamentais da teoria geral do direito e, logo, da teoria geral do processo.⁴ Os conceitos da teoria geral do direito servem à compreensão de qualquer fenômeno jurídico, independentemente do sistema jurídico e do âmbito específico no qual ocorra. Os conceitos de norma jurídica, fato jurídico, relação jurídica etc são aplicáveis a qualquer direito positivo, em todos os seus ramos (direito processual, direito civil, direito administrativo etc).

A identificação do conteúdo da causa de pedir não pode ser alheia a esta relação. Os conceitos da teoria geral do direito devem ser base à elaboração de conceitos sobre um determinado sistema jurídico e à compreensão de seus preceitos normativos. É nessa perspectiva que deve ser (re)construída a norma decorrente do art. 282, III, do CPC.

A causa de pedir já foi, por muitos, estudada. Já muito se discutiu – e ainda se discute –, sobre o que se deve entender por “fundamento fático e jurídico da demanda”. Já se falou em substanciação, individualização, monismo, pluralismo, mas, ao menos na doutrina nacional, não se pretendeu identificar o conteúdo da *causa petendi* sob a perspectiva dos conceitos e operações relativos ao fenômeno jurídico substancial. Este artigo não tem como objetivo realizar um panorama ou releitura da doutrina sobre o conteúdo da causa de pedir.

O presente trabalho tem como premissa a identificação do conteúdo da causa de pedir, no direito processual civil brasileiro, à luz dos conceitos e enunciados da teoria do fato jurídico, que são relativos a qualquer fenômeno jurídico.

2. O FENÔMENO JURÍDICO À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

A teoria do fato jurídico é um sistema de enunciados e conceitos acerca da estrutura do fenômeno jurídico, que servem à análise de qualquer

4. Sobre os conceitos de teoria geral do processo, ciência do processo e direito processual, DIDIER JR., Fredie. Sobre a teoria geral do processo. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

direito positivo e qualquer ramo do direito. Cuida-se de teoria composta por conceitos lógicos-jurídicos (daí ser uma teoria com pretensão de universalidade) relativos ao fenômeno jurídico⁵. Os conceitos de fato jurídico, relação jurídica, direito subjetivo, por exemplo, são comuns a todos os sistemas jurídicos.

Ademais, trata-se de conceitos que não pertencem aos ramos do direito público ou do direito privado. O conceito de fato jurídico é referente ao direito administrativo (os fatos jurídicos administrativos em sentido amplo), ao direito civil, ao direito penal (o crime é um fato jurídico), ao direito tributário (fato gerador é um fato jurídico), ao direito processual (os fatos jurídicos processuais em sentido amplo).

A teoria do fato jurídico é parte da teoria geral do direito e, assim, precede os diversos ordenamentos jurídicos e os diversos ramos do direito.

O objeto da teoria do fato jurídico é o fenômeno jurídico, que pode ser decomposto em fenômenos componentes: o fenômeno de apreensão do fato pela norma (ou de incidência da norma) e o fenômeno de irradiação dos efeitos jurídicos. São os fenômenos relativos ao plano da existência e ao plano da eficácia do mundo jurídico, respectivamente.

Deve-se distinguir o mundo dos fatos (ou simplesmente mundo) do mundo jurídico. O mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos, que são os fatos da vida qualificados (como jurídicos), por força da incidência da norma jurídica.⁶ Todo fato da vida está contido no mundo; todo fato jurídico está contido no mundo jurídico. O mundo jurídico está contido no mundo.

Os fatos jurídicos são os fatos (da vida) que são capturados pelas normas jurídicas e, assim, qualificados como jurídicos. Vale dizer: eles

-
5. Os conceitos gerais do direito – também chamados conceitos lógico-jurídicos – não pertencem a um dado sistema jurídico positivo, nem a determinados ramos do direito. Distinguem-se, pois, dos conceitos jurídico-positivos. (Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Antônio Ulisses Cortês (trad.). 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 146.; DIDIER JR. Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*, cit.) A teoria geral do direito não é formada por conceitos relativos aos diferentes sistemas jurídico positivos, que são o conjunto de regras jurídicas em vigor em um determinado momento em uma determinada sociedade. Esses são os chamados conceitos jurídico-positivos. (Cf. TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2005, p. 81.)
 6. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. I, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 11983, p. 05/06; MELLO, Marcos Bernarde de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 09/10.

são inseridos no mundo do direito para serem idôneos a irradiar efeitos jurídicos (situações jurídicas em sentido lato). Como afirma Pontes de Miranda: “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’.”⁷

Os fatos jurídicos existem no mundo jurídico, que é componente do mundo (conjunto de fatos da vida). Todo fato jurídico é fato da vida (juridicizado), mas nem todo fato da vida é jurídico. É preciso que haja a incidência normativa.⁸ Dos fatos jurídicos – e apenas deles – decorrem os efeitos jurídicos. Relações jurídicas estruturadas por direitos, deveres, estados de sujeição são efeitos jurídicos decorrentes de fatos jurídicos, não apenas de fatos da vida, não apenas de norma jurídica.⁹

É no mundo do pensamento (la pensée juridique) que se verificam o fenômeno jurídico e suas operações componentes, quais sejam, a juridicização do fato (que é a interação de duas operações – a concretização da norma e a apreensão jurídica do fato) e a irradiação do efeito jurídico.¹⁰ O mundo jurídico é o espaço do fenômeno jurídico, globalmente considerado.

O mundo jurídico é composto de três planos: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia.¹¹

No primeiro, analisa-se a formação do fato jurídico – a ocorrência do fenômeno da juridicização, por meio da incidência normativa quando se verifica a suficiência do suporte fático concreto. Cuida-se do plano do *ser* do fato jurídico. A existência do fato jurídico antecede a análise de sua validade e de sua eficácia.¹² Não se discute, neste plano, se o fato é viciado, nem ineficaz. O ato jurídico defeituoso existe.¹³

-
7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. I, 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 06. Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “a incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico.” (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da existência. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71)
 8. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. I, cit., p. 05; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da existência, cit., p. 09/10.
 9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. I, cit., p. 07 e 17.
 10. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. I, cit., p. 07. “O direito prescinde da causalidade fática, porque cria nos pensamentos o seu mundo”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. I, cit., p. 19.)
 11. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da existência, cit., p. 95/102.
 12. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da existência, cit., p. 96.
 13. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. I, cit., p. 20.

O plano da existência é relacionado à síntese de duas operações concomitantes e sinalagmáticas: a concretização da norma e a apreensão jurídica do fato. São operações que se relacionam constitutivamente e sinalagmaticamente. Vale dizer: cada uma é a causa e o efeito da outra.

O plano da eficácia está relacionado à operação de irradiação da consequência jurídica, que traduz uma relação de condicionalidade. A concretização da norma e a apreensão do fato (em síntese: a juridicização do fato) é pressuposto necessário para a irradiação da eficácia jurídica. Não se irradia situação jurídica (em sentido lato) que não do fato jurídico.¹⁴ Todavia, a irradiação do efeito no mundo do pensamento não é consequência necessária da formação do fato jurídico. Daí tratar-se de uma relação de condicionalidade.¹⁵

Sobre o caráter dinâmico do plano da eficácia, Henri Motulski afirma que é mais apropriado falar-se em “elementos criadores do direito subjetivo” do que “elementos constitutivos do direito subjetivo”, justamente porque os elementos fáticos não compõem o direito subjetivo, mas, sim, criam, irradiam, o direito. Ressalta o autor que o termo escolhido traz uma ideia que não é não estática e descritiva, mas dinâmica e criativa.¹⁶

O plano da validade refere-se não a “operações” componentes do fenômeno jurídico em uma ideia de dinamismo e ação. Não há, neste plano, movimento entre o fato e a norma, nem movimento entre o fato jurídico (produto da relação fato e norma) e a consequência jurídica.

Ao plano da validade, é mais apropriado relacionar a ideia de estado. Aqui, sim, há a ideia estática e descritiva. A própria morfologia evidencia o que ora se afirma. A norma incide, captura; o fato irradia/cria consequências jurídicas. Incidir, capturar, irradiar, criar são verbos de ação. O ato é defeituoso. É um estado do fato, com um verbo de ligação.

Ser defeituoso é um estado do ato jurídico existente, decorrente de uma deficiência do seu suporte fático suficiente. Decretar a invalidade deste ato, por sua vez, retoma a ideia de ação, movimento, mas aí se está no plano da eficácia do fato jurídico composto pela existência do defeito no outro ato jurídico.

14. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 04; MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30/31.

15. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia, cit., p. 25.

16. MOTULSKY, Henri. Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs. Reed. Dalloz: Paris, 2002, p. 75.

O ato defeituoso não se confunde com o ato inválido.¹⁷ O defeito é a deficiência do suporte fático de um ato jurídico existente. É uma qualidade (no sentido neutro), um estado, do ato jurídico existente. A invalidade é uma sanção (a mais drástica delas) que pode ser aplicada quando existente um defeito no ato jurídico. A invalidade é consequência jurídica de um fato jurídico composto pelo defeito de um ato jurídico e o prejuízo. A decretação de invalidade não é estado, mas, sim, movimento. Representa, justamente, um fenômeno de irradiação de consequência jurídica.

3. AS DIVERSAS VESTES DO FENÔMENO JURÍDICO SUBSTANCIAL NO PROCESSO

O conceito de processo, na linguagem jurídica, pode ser compreendido sob três perspectivas, de forma que três serão as suas definições¹⁸: (i) sob a perspectiva da teoria da norma jurídica, processo é método de criação de normas jurídicas¹⁹; (ii) sob a perspectiva da teoria do fato jurídico, processo é ato jurídico complexo; (iii) sob a perspectiva da eficácia dos fatos jurídicos, processo é conjunto de relações jurídicas²⁰.

O processo é ato jurídico complexo porque existem vários atos jurídicos em seu suporte fático, que é complexo, pois. O processo é ato jurídico complexo de formação sucessiva, já que o tempo também compõe o seu suporte fático.²¹ Processo é, nesse particular, sinônimo de procedimento.

17. DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 11 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, v.1, p. 256/258.

18. Cuida-se de definições sistematizadas por Fredie Didier Jr., após afirmar ser o conceito de processo o conceito primário fundamental da teoria geral do processo. (DIDIER JR., Fredie. Sobre a teoria geral do processo. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 59 e seq.)

19. “O poder de criação de normas (poder normativo) somente pode ser exercido processualmente. Assim, fala-se em processo legislativo (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), processo administrativo (produção de normas gerais e individualizadas pela Administração) e processo jurisdicional (produção de normas pela jurisdição). É possível, ainda, conceber o processo negocial, método de criação de normas jurídicas pelo exercício da autonomia privada.” (DIDIER JR., Fredie. Sobre a teoria geral do processo, cit., p. 59 e seq.)

20. Nesse sentido, processo é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.). Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público etc. (DIDIER JR., Fredie. Sobre a teoria geral do processo, cit., p. 59 e seq.)

21. Sobre a definição de ato jurídico complexo, MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da existência. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 154/156.

É nesse sentido que se diz ser o processo procedimento qualificado pelo contraditório.²²

Nesse sentido, Elio Fazzalari caracteriza o processo pela dialética existente entre normas, atos e situações jurídicas, de forma que, de cada ato praticado no procedimento, decorreriam situações jurídicas concernentes ao novo ato a ser praticado.²³ Afirma que cada ato processual pressupõe que, durante o processo, venha a criar-se uma certa situação, constituída pelo cumprimento dos atos que, na sequência, devam precedê-lo”.²⁴

Nesse contexto, a “situação jurídica substancial” integraria o processo na condição de seu objeto e dos atos processuais que o formam. A estrutura do processo sem a “situação substancial” seria vazia, oca, e careceria de sentido, considerando, inclusive, que os processos jurisdicionais são combinados de modo que, no seu curso, se possa constatar a existência ou não da situação substantiva.²⁵

É possível que, ao final, não se tenha uma decisão de mérito, mas aí será uma questão de deficiência (plano de validade) da demanda (ato jurídico) e do processo como ato jurídico complexo. A existência da situação substancial sequer terá sido apreciada, porque há defeito no(s) ato(s) processuais(s).

A “situação substancial” é inserida no processo por meio da demanda para que, durante o seu *iter*, se dialogue acerca da sua ocorrência e, ao final, se certifique ou não a sua existência. Como afirma Fazzalari, ela se mostra, no *iter* processual, em mais de uma veste, aparece como afirmação do autor, como objeto de prova e argumentações nas quais o contraditório consiste e, por fim, como situação declarada pelo juiz ou por ele negada²⁶.

22. FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. (verbete) Nuovissimo Digesto Italiano, v. 13, p. 1068. Como ensina Fredie Didier Jr., por sua vez, em nosso ordenamento, a exigência do contraditório é requisito de validade do processo, e não pressuposto de existência. O processo como procedimento em contraditório pode ser conceito útil às teorias individuais do processo. Notícia, ainda, que, em países democráticos, é praticamente inexistente atuação estatal que possa ser exercida que não em procedimento em contraditório. (DIDIER JR., Fredie. Sobre a teoria geral do processo, cit., p. 59 e seq.)

23. FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. (verbete) Nuovissimo Digesto Italiano, cit., p. 1072.

24. FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. VIII ed. Milani: CEDAM, 1996, p. 271/273.

25. FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale, cit., p. 276.

26. FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale, cit., p. 271/273.

A “situação substancial” assume, pois, diversas vestes no processo: é afirmação do autor na demanda (causa de pedir); é objeto do contraditório; é objeto de prova; é objeto da cognição judicial. O desenvolvimento da sequência de atos do processo tem razão no próprio desenvolvimento das vestes da “situação substancial”.

A “situação substancial” à qual Elio Fazzalari faz referência corresponde ao fenômeno jurídico substancial, composto pela juridicização do fato (decorrente da correspectividade entre a incidência normativa e a apreensão do fato) e a irradiação da consequência jurídica.

Esclareça-se que o termo “substancial”, aqui, qualifica o fenômeno jurídico que é afirmado na demanda para assumir as demais vestes no processo, independentemente da natureza da norma jurídica incidente afirmada. A incidência de uma norma processual pode ser afirmada como objeto, por exemplo, de uma demanda rescisória. Irá, neste caso, compor o fenômeno substancial afirmado na demanda.

4. O FENÔMENO JURÍDICO SUBSTANCIAL AFIRMADO COMO CONTEÚDO DA CAUSA DE PEDIR

O fenômeno jurídico é composto pela (i) juridicização do fato – ou conjunto de fatos – decorrente das incidência normativa e (ii) pela irradiação da consequência jurídica. A primeira operação é a formação do fato jurídico: está-se, aqui, no plano da existência do fato jurídico. A irradiação da consequência jurídica, por sua vez, pressupõe a formação do fato jurídico. A eficácia jurídica, como visto, decorre do fato jurídico, não apenas do fato, não apenas da norma.

O fenômeno jurídico substancial é o objeto do diálogo processual para que, ao final, seja objeto da cognição judicial. Para que assuma tais vestes, é preciso que ele seja inserido no processo como afirmação por meio da demanda. O fenômeno jurídico substancial é afirmado na demanda sob a ótica do demandante; ele é transposto em linguagem tendo subjacentes os valores e os fins de quem o alega. É por isso que ele é afirmação, é hipótese, é conjectura inicial de sentido, que será submetida à crítica efetiva para que seja objeto de cognição judicial.

Mesmo os fatos que compõem o fenômeno jurídico substancial possuem a veste de afirmação, de hipótese. Como afirma Mariana França Gouveia, “os fatos naturais chegam, assim, ao processo diferentes, não

são já a matéria-prima, mas algo trabalhado por mão humana. Por quem entendeu que aqueles eram os fatos juridicamente adequados ao pedido apresentado”²⁷.

A causa de pedir é o elemento da demanda que corresponde à afirmação do fenômeno jurídico substancial. O fenômeno jurídico substancial afirmado não é conteúdo do pedido, mas, sim, o seu fundamento.

O pedido é também elemento da demanda, mas não se confunde com a causa de pedir. São elementos distintos, mas que se relacionam. O demandante afirma a ocorrência do fenômeno jurídico substancial, como razão/fundamento do pedido formulado. Causa de pedir e pedido são “alicerces e paredes do mesmo edifício”.²⁸

O conteúdo da causa de pedir, portanto, corresponde ao fenômeno jurídico substancial em sua primeira veste, como afirmação do autor, *in status assertionis*. É preciso, entretanto, estabelecer quanto do fenômeno jurídico substancial precisa ser afirmado pelo autor como conteúdo da *causa petendi*.

Dizer que o conteúdo da causa de pedir limita-se apenas às alegações dos fatos constitutivos²⁹ é dizer que o autor precisa afirmar apenas parte do fenômeno jurídico substancial; que os demais elementos podem ser deduzidos de ofício pelo magistrado. Por isso, já se disse que a teoria da substanciação é a exacerbação da regra “iura novit curia”.

Dizer que basta à parte afirmar a relação jurídica e o direito feito valer é permitir que apenas parte do fenômeno jurídico seja afirmado pelo autor e que, durante o processo, se pode mudar o fenômeno jurídico

27. GOUVEIA, Mariana França. A causa de pedir na acção declarativa, Coimbra: Almedina, 2004, p. 75/76.

28. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A “causa petendi” nas ações reivindicatórias, In: Revista dos Tribunais, vol. 564. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro/1982, p. 184.

29. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 161; LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e Pedido. O direito superveniente. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 108; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A conexão de causas como pressuposto da reconvenção. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 109; PINTO, Junior Alexandre Moreira. A causa petendi e o contraditório. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 19; PISANI, Andre Proto. Lezioni di diritto processuale civile. 4 ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 55; GOUVEIA, Mariana França. A causa de pedir na acção declarativa, cit., p. 514/527. Estes autores têm em comum o fato de retirarem do conteúdo da causa de pedir a afirmação da situação jurídica em sentido lato (que tem como espécie a relação jurídica eficaz). Ou simplesmente silenciam quanto a ela ou pretendem que esteja materializada no pedido.

(e não apenas sua veste), quando se modificam os fatos investigados – e quanto a eles, não há limites para a discussão.³⁰

Afirmar apenas parte do fenômeno substancial, em qualquer das suas visões, rompe a sua lógica no *iter* processual. O fenômeno substancial será, em sua integralidade, objeto da cognição judicial. Para tanto, uma hipótese há de ser submetida à crítica efetiva da parte contrária. Esta hipótese, em sua integralidade, deve ser trazida pelo autor, como fundamento do seu pedido. O fenômeno jurídico deve ser, todo ele, afirmado na demanda, já que é todo ele – e não apenas parte dele – que assume as demais vestes no processo.

5. A CAUSA DE PEDIR COMO AFIRMAÇÃO DO FATO JURÍDICO E DA SITUAÇÃO JURÍDICA (EM SENTIDO LATO)

5.1. Generalidades

Do que se disse até aqui, tem-se que (i) o fenômeno jurídico substancial assume a sua primeira veste como afirmação na demanda; (ii) como afirmação na demanda, ele é conteúdo da causa de pedir, como fundamento do pedido; (iii) a afirmação deve ser de todo o fenômeno substancial, e não apenas de parte dele, sob pena de se descaracterizar a sequência das vestes por ele assumida durante o caminho processual. O conteúdo da causa de pedir é a afirmação do fenômeno jurídico substancial, em sua integralidade, como fundamento da postulação feita pelo demandante.

O conteúdo da causa de pedir deve ser a afirmação do fenômeno jurídico substancial, composto por suas duas operações (i) formação do fato

30. Para os adeptos da teoria da individuação, o conteúdo da causa de pedir como elemento da demanda seria composto apenas pela (afirmação) da relação jurídica material. No que concerne aos chamados direitos relativos, exigia-se a indicação dos seus fatos constitutivos, menos porque se admitia a substanciação e mais porque só assim seria possível identificar a relação jurídica. Direitos obrigacionais decorrentes de fatos constitutivos diversos seriam direitos diversos. O mesmo não se entendia quanto aos chamados direitos absolutos. O direito de propriedade, bem assim o direito de reivindicar o bem seria único independentemente do seu fato constitutivo, quer tenha sido adquirido por sucessão mortis causa, quer por sucessão inter vivos, quer por aquisição originária. Por isso, não se compreendia, no conteúdo da causa de pedir nesses casos, a alegação dos fatos constitutivos. (Como adeptos desta teoria, cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. V. 1. 2ed. Trad.: Paolo Capitanio. 1ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 433/437; LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 193/194.)

jurídico e (ii) irradiação da situação jurídica em sentido lato, notadamente a relação jurídica eficaz, estruturada pela correspondência entre direito e dever/estado de sujeição.³¹

É nesse contexto e com essa lógica subjacente que deve ser (re)construída a norma decorrente o art. 282, III, do Código de Processo Civil brasileiro, no qual se exige do autor a exposição dos fundamentos fáticos e dos fundamentos jurídicos.

O autor deve afirmar a existência do fato jurídico (fundamento fático) e da situação jurídica (em sentido lato) que lhe é decorrente (fundamento jurídico). O fundamento fático seria a causa de pedir remota; o fundamento jurídico, a causa de pedir próxima, justamente por ser um vínculo entre o fato jurídico afirmado e o pedido formulado. Nas palavras de Milton Paulo de Carvalho: “Do fato constitutivo somado ao fato particular, vai-se ao pedido: imprescindível o liame jurídico entre uns e outros, o que constitui a causa de pedir próxima.”³²

Exige-se do demandante a afirmação do fenômeno jurídico substancial em sua integralidade (para que assumam as suas demais vestes no processo), sob pena de não poder o seu pedido ser apreciado, porque lhe falta fundamento. A insuficiência da causa de pedir é defeito da demanda idôneo a levar à sua inadmissibilidade. Isso porque o fenômeno substancial deve ser devidamente delineado pelo autor na petição inicial, como fundamento do seu pedido, para que se possibilite o desenvolvimento da relação processual com o intuito de vesti-lo em sua última veste.

5.2. A afirmação do fato jurídico

O fundamento fático (geralmente chamado de causa de pedir remota) da causa de pedir é a afirmação do fato jurídico, vale dizer, do fato ou do conjunto de fatos qualificado pela incidência normativa. Não se

31. No mesmo sentido, cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A “causa petendi” nas ações reivindicatórias, cit., p. 196/197; CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 93/95; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, cit., p. 410 e seq; CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Relatório de conclusão do estágio de pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 2010; GOUVEIA, Roberto. Como determinar a causa de pedir? Disponível em <http://blogpontesdemiranda.blogspot.com/>. Acesso em 24.02.2012.

32. CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil, cit., p. 93.

trata, pois, de afirmação apenas de fatos da vida, mas de fatos qualificados como jurídicos.³³

Afirmar a formação do fato jurídico pressupõe, assim, a afirmação do suporte fático concreto sobre o qual teria incidido a norma.

É elemento da estrutura da norma a previsão fática abstrata à qual se ligam as consequências jurídicas. Cuida-se do suporte fático, “hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico”³⁴. Assim o caracteriza Marcos Bernardes de Mello: “Quando aludimos a suporte fático estamos fazendo referência a algo (= fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica”³⁵.

Pontes de Miranda define “o suporte fático (Tatbestand) da regra jurídica” como “aquêles fatos, ou grupo de fatos que o compõe, e sôbre o qual a regra jurídica incide”³⁶. O suporte fático pode ser visto como elemento da norma jurídica e como elemento do mundo dos fatos.

A noção de suporte fático reflete, assim, duas facetas: (i) suporte fático abstrato ou hipotético, que é a previsão abstrata dos elementos fáticos à qual se ligam as consequências jurídicas; (ii) suporte fático concreto, quando o suporte fático é materializado no mundo, vale dizer, quando há correspondência entre os fatos da vida e aqueles previstos abstratamente.³⁷

O suporte fático concreto remete ao mundo dos fatos, e não ao mundo jurídico; o seu ingresso no mundo jurídico corresponde à formação do fato jurídico.³⁸ O suporte fático concreto está para o mundo dos fatos na medida em que o fato jurídico está para o mundo jurídico. Assim já dizia Pontes de Miranda: “Fato jurídico é o surpote fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico.”³⁹

O suporte fático também não coincide com o fato real. Entre eles, há sempre valoração: primeiro, a valoração que já é feita pelo legislador;

33. Cf. GOUVEIA, Mariana França. A causa de pedir na acção declarativa, cit., p. 516; DIDIER JR., Fredie. Curso de processo civil. Teoria Geral do processo e processo de conhecimento, cit., p. 411.

34. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da existência, cit., p. 38.

35. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da existência, cit., p. 38.

36. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. I, cit., p. 19.

37. Mello, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da existência, cit., p. 38/39.

38. Mello, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da existência, cit., p. 38.

39. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. I, cit., p. 20.

segundo, a valoração do próprio intérprete. O que é apreendido pela norma para que ingresse no mundo jurídico (como fato jurídico) não é o fato bruto em si, mas o fato valorado. O suporte fático concreto não é o fato real.

A suficiência é a verificação, no mundo, de todos os pressupostos (do núcleo) do suporte fático. Se insuficiente o suporte fático, não há incidência, não há fato jurídico. A suficiência do suporte fático é pressuposto da existência do fato jurídico.

Os elementos do suporte fático concreto compõem a causa de pedir (remota) e devem ser afirmados na demanda. Henri Montulski chama-os de elementos geradores do direito, que devem ser afirmados pelo postulante para que se forme um “edifício” que deve ser mantido enquanto o seu material parecer firme. Cabe ao demandado romper este “edifício”, vale dizer, negar a existência dos elementos criadores do direito alegados.⁴⁰

A responsabilidade civil, por exemplo, é relação jurídica eficaz decorrente da juridicização de um conjunto de fatos: (i) conduta (em regra ilícita e que pode ou não ser culposa, a depender da espécie da responsabilidade); (ii) dano e (iii) nexo causal.

O demandante deve afirmar a suficiência do seu suporte fático, vale dizer, a configuração de todos os seus elementos. A afirmação do fato jurídico pressupõe a afirmação da suficiência do suporte fático concreto e da incidência normativa.

Costuma-se diferenciar, quando se alude aos fundamentos fáticos da demanda, os fatos essenciais e os fatos simples/secundários.⁴¹ Os fatos principais seriam aqueles dos quais emerge o direito feito valer, ou seja, são os elementos do suporte fático concreto alegado. Os fatos simples são aqueles que não compõem aquele suporte fático afirmado na demanda e, por isso, não são conteúdo da causa de pedir.⁴² Cuida-se de distinção relativa: um fato pode ser principal em uma demanda e simples em outra.

Segundo Mariana França Gouveia, os fatos instrumentais podem ser elementos da causa de pedir, desde que sirvam para inferir possíveis

40. MOTULSKI, Henri. *Principes d'une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*. cit., p. 119/120.

41. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil, cit., p. 162/165.

42. Nas palavras de Milton Paulo de Carvalho: “A causa remota são os fatos com relevância jurídica e não os fatos simples. Fatos identificadores do pedido são aqueles descritos pelo autor que configuram uma hipótese contemplada pelo direito objetivo, uma *fattispecie*. Os fatos simples são os indiferentes a essa qualificação.” (CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil, cit., p. 94.)

fatos principais. Todavia a mudança de fatos simples não levaria à modificação da demanda.⁴³

O posicionamento da autora merece crítica. Apenas a afirmação dos fatos principais compõe o conteúdo da causa de pedir, como elementos do suporte fático concreto. Os fatos instrumentais são exteriores ao fenômeno substancial afirmado e, por isso, não são causa de pedir naquela demanda. Eles podem servir para provar os fatos principais (como indícios⁴⁴), mas isso não os transforma em fato afirmado como causa de pedir; o fato alegado e provado continuará sendo o elemento do suporte fático.⁴⁵ É por isso que a mudança do fato simples não conduz à modificação da demanda, justamente por ser exterior à causa de pedir.

Ricardo de Barros Leonel defende que seria necessário, em toda demanda, afirmar os fatos constitutivos do direito, mas que a “substanciação” poderá ser mais ou menos intensa a depender das peculiaridades do direito afirmado. Nas demandas em que se afirmam direitos absolutos, segundo o autor, devem ser afirmados os fatos imprescindíveis à identificação do direito feito valer.⁴⁶ Deve-se destacar, porém: o que o autor chama de necessidade de “menor ou maior substanciação”, em verdade, depende da amplitude do suporte fático afirmado, da quantidade de elementos que o compõe.

É possível que fatos jurídicos ou mesmo situações jurídicas sejam elementos do suporte fático de outro fato jurídico.⁴⁷ Nesse caso, ainda que se trate de situações jurídicas, eles são afirmados na demanda como elementos de suporte fático, compondo, assim, a sua causa de pedir remota.

43. GOUVEIA, Mariana França. A causa de pedir na ação declarativa, cit., p. 515.

44. Os indícios são fatos conhecidos que se ligam aos fatos probandos, conduzindo o magistrado à atividade de presunção de existência destes. Há uma relação lógica entre o indício e o fato probando, que pode ser expressa por meio do silogismo. Segundo Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga, “dado que um fato exista, em face do que comumente acontece, também existirá o fato que se deseja provar. A base do silogismo é uma regra estabelecida segundo o que ordinariamente acontece. Surge a presunção”. (DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael e BRAGA, Paula Sarno. Curso de direito processual civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 59, v. 2) Os indícios ligam-se aos fatos probandos, mas não são, eles próprios, fatos probandos, que continuam a ser os elementos fáticos do fenômeno substancial afirmado na demanda.

45. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil, cit., p. 161/162.

46. LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido. O direito superveniente, cit., p. 94/95.

47. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. I, cit., p. 34/35 e MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da existência, cit., p. 43/45.

É o que ocorre, por exemplo, na ação reivindicatória de um bem: a causa de pedir remota é o fato jurídico composto pelo direito à substância da propriedade e a posse injusta de outrem; a causa de pedir próxima, o direito de reivindicar o bem, correspectivo ao dever do demandado de entregá-lo. O direito à substância da propriedade é, aqui, elemento do suporte fático e, por isso, é fundamento fático, e não jurídico, da demanda.

A questão, assim, é a de saber se precisam ser afirmados os elementos fáticos do fato jurídico ou da consequência jurídica que sejam, em uma demanda, elemento fático. Se o direito à substância da propriedade é elemento fático, o fato jurídico do qual foi irradiado precisa ser afirmado como conteúdo da causa de pedir? Imagine-se, por exemplo, demanda na qual se afirma o direito de resolver um determinado contrato por força do inadimplemento de uma das partes. A causa de pedir remota é a afirmação da juridicização do suporte fático composto pelo inadimplemento contratual (obrigação contratual + inadimplemento). Seria necessário afirmar o fato jurídico – e seus elementos – antecedente à obrigação contractual?

Se um fato jurídico é elemento fático de outro fato jurídico, os seus elementos precisam ser afirmados como causa de pedir da demanda? É o que se questiona em se tratando de ação na qual se alega o direito de invalidar um ato jurídico. O seu suporte fático é formado pelo defeito no ato jurídico e pelo prejuízo da parte (ato jurídico + defeito + prejuízo). O contrato, aqui, é elemento do suporte fático. Seria preciso afirmar os seus pressupostos fáticos como causa de pedir desta demanda?

A resposta deve ser positiva, quer se trate de situação jurídica, quer se trate de fato jurídico compondo o suporte fático de um outro fato jurídico. Deve-se afirmar os seus elementos fáticos (e a configuração do suporte fático concreto), bem assim a incidência normativa anterior como forma de individualização do elemento fático afirmado na causa de pedir remota.

Percebem-se, aí, dois fenômenos jurídicos: no primeiro, houve a formação do fato jurídico ou a irradiação da consequência jurídica que é pressuposto fático no segundo. É o segundo fenômeno que será o objeto principal no diálogo entre autor, réu e magistrado, mas a individualização de um dos seus elementos (o fato jurídico) depende do primeiro. O primeiro fenômeno jurídico acabará, assim, de forma mediata, assumindo as diversas vestes no processo.

No caso da demanda reivindicatória, o direito à substância da propriedade é elemento fático que só será individualizado se afirmado o fato jurídico que lhe foi antecedente. Isso porque o direito de propriedade adquirido por sucessão é distinto, por exemplo, do direito de propriedade adquirido por usucapião. Se distintos são os direitos de propriedade, distintos seriam os elementos fáticos e, logo, o fato jurídico e a consequência jurídica (direito de reivindicar) afirmados como causa de pedir na demanda. A diferenciação do elemento fático conduz à diferenciação de todo o fenômeno jurídico.⁴⁸

Em se tratando de demanda para resolver o contrato por força do inadimplemento, não basta afirmar a existência da obrigação contratual descumprida. É preciso afirmar o fato jurídico que lhe deu origem. Afirmar o inadimplemento de obrigação de entregar quantia decorrente de contrato de mútuo é distinto de afirmar o inadimplemento de obrigação de entregar o mesmo montante em razão de compra e venda.

Raciocínio semelhante deve ser feito na hipótese de um fato jurídico ser elemento de outro fato jurídico. É preciso que o “fato jurídico-elemento” seja individualizado na causa de pedir remota. O elemento do suporte fático é o fato jurídico, e não o fato da vida desqualificado. Por isso, é preciso afirmar a incidência normativa anterior para que se afirme ser aquele o fato jurídico.

Obviamente, a exigência de afirmação não deve ser levada a extremos. Aqui, pode-se verificar o que Henri Montulski chama de “dispensas de alegação”⁴⁹, quanto aos elementos componentes da causa de pedir. Dentre as dispensas racionais, haveria (i) a dispensa de exigência de alegação expressa de elementos fáticos, desde que implicitamente afirmados e (ii) a dispensa da alegação dos elementos componentes de uma “noção complexa” que, uma vez afirmada, seja suficiente para caracterizá-la (como, por exemplo, o termo “empregador”).⁵⁰

Quando se afirma o direito de invalidar um contrato, por exemplo, é preciso que o contrato (elemento fático) seja individualizado, mas a

48. Nesse sentido, afirma Araken de Assis: “Os fatos jurídicos relevantes à configuração do domínio, ou seja, a causa de pedir de sua aquisição, se revelam imprescindíveis. Assim, o autor que reivindica com fundamento em testamento e na compra e venda cumula duas ações.” (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 147)

49. Tratar-se-á do “ônus de alegação” e das suas “dispensas” adiante.

50. MOTULSKI, Henri. *Principes d'une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, cit., p. 93.

alegação expressa de algum de seus elementos pode ser dispensada por já estarem abarcadas na afirmação da existência do contrato. Caso se alegue o direito de invalidar um contrato de compra e venda de determinado imóvel celebrado entre as partes em razão de incapacidade de uma delas, as exteriorizações de vontade (elementos fáticos do contrato de compra e venda) já estarão implicitamente abrangidas na afirmação da existência do negócio jurídico.

De igual modo, na ação rescisória, alega-se o direito de desconstituir uma decisão judicial (em relação à qual haja coisa julgada material) em razão da verificação de alguma hipótese prevista no art. 485 do CPC. A decisão judicial é assim elemento fático do direito à rescisão. Afirmar a existência de uma determinada decisão judicial já abrange os seus elementos constitutivos. Não é necessária a afirmação expressa destes para que o elemento “decisão judicial” esteja individualizado.

Se assim não fosse, poder-se-ia chegar ao extremo da exigência de uma cadeia infinita de alegações, retirando a efetividade do processo como meio para a realização do direito. A causa de pedir é a primeira forma de interação entre direito e processo. O ônus de alegação dos seus elementos não pode desviar-se da finalidade que lhe é subjacente: identificar e delimitar o fenômeno substancial que considera idôneo a fundamentar a postulação feita.

Costuma-se dividir a causa de pedir remota em causa de pedir ativa e causa de pedir passiva. A causa de pedir ativa seria a afirmação do fato constitutivo do direito alegado, enquanto a causa passiva seria o fato violador do direito, do qual decorreria o interesse de agir⁵¹. Assim, em uma demanda em que se alega direito de restituição de coisa emprestada, a causa de pedir ativa seria o contrato de empréstimo, a causa de pedir passiva o não pagamento na data convencionada.⁵²

51. A análise do interesse de agir deve ser feita à luz da verificação, no caso concreto, das circunstâncias utilidade e necessidade. Para alguns doutrinadores, a análise da adequação do procedimento compõe também a verificação do interesse de agir. Nesse sentido, por exemplo, posiciona-se José Rogério Cruz e Tucci: “O interesse processual deve ser aferido em função da necessidade da tutela jurisdicional e da adequação do remédio judicial eleito pelo autor”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 172). Não é o melhor posicionamento. O exame da adequação do procedimento é um exame do plano de validade do processo, considerando, ainda, que o erro na escolha do procedimento é passível de correção. (Cf. DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, cit., p. 199)

52. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil, cit., p. 165; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, v.1, cit., p. 412; CARVALHO, Milton de Paulo. Do pedido no processo civil, cit., p. 95.

Poder-se-ia, neste contexto, imaginar que o “fato violador do direito” (conteúdo da chamada causa de pedir passiva) seria exterior ao fenômeno jurídico substancial afirmado na demanda. Tal conclusão, todavia, não seria correta. O fato do qual decorre a necessidade e a utilidade da tutela jurisdicional não é exterior ao fenômeno jurídico afirmado.

Quando se requer, por exemplo, a certificação e a efetivação de um direito a uma prestação (nas chamadas “ações condenatórias”), não basta afirmar a existência do direito, deve-se afirmar a sua exigibilidade e a sua impositividade. Direito, pretensão⁵³ e ação (material)⁵⁴ são três posições em vertical da situação jurídica⁵⁵. Cuida-se de diferentes graus de coextensão do direito a uma prestação. É afirmação da ação material que compõe a causa de pedir próxima de tais demandas: afirma-se a impositividade e, logo, a exigibilidade do direito a uma prestação.⁵⁶

Dessa forma, como causa de pedir remota, além do fato jurídico do qual decorreu o direito a uma prestação e o dever de prestar, deve ser afirmado o inadimplemento da obrigação (correspetivo à pretensão). O inadimplemento é pressuposto fático do grau de impositividade do direito e, como tal, deve ser afirmado compondo o fenômeno substancial em sua primeira veste.⁵⁷

Nas ações em que se alegam direitos potestativos (demandas constitutivas), não há necessidade de se afirmar qualquer fato “contrário ao

53. A pretensão é o grau de exigibilidade de um direito a uma prestação, “é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”. Pressupõe, assim, o “poder exigir”. À pretensão, é correspetiva a obrigação (um plus ao dever). (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. V, cit., p. 451.)

54. A ação material, por sua vez, é o grau de impositividade do direito a uma prestação, é o poder de forçadamente executar o direito já exigível. A ação é “a exigência + a atividade para a satisfação”. A ação material nem sempre se exerce por meio da tutela jurisdicional. A possibilidade do desforço imediato para proteger a posse é exemplo do seu exercício extrajudicial. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. V, cit., p. 479 e Tratado das Ações. Campinas: Bookseller, 1998, p. 64.)

55. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. V, cit., p. 451.

56. Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “A impositividade do direito está na ação, que apenas surge, em regra, se ocorre descumprimento da obrigação” (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia, cit., p. 185)

57. Nesse mesmo sentido, afirma José Roberto dos Santos Bedaque: “Nessas modalidades de demanda, portanto, o interesse de agir constitui aspecto do próprio interesse material deduzido. A exigibilidade e o inadimplemento são elementos que dizem respeito à própria existência do direito de exigir do réu o pagamento. Tanto o fato constitutivo da relação material quanto aquele que dá origem ao interesse de agir – ou seja, o fato contrário ao direito – configuram acontecimentos diretamente vinculados ao direito de crédito” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 306.)

direito” potestativo. A situação passiva não é dever, mas, sim, estado de sujeição. O exercício do direito potestativo independe de qualquer conduta do sujeito passivo. A causa de pedir remota é composta pela afirmação do fato jurídico constitutivo do direito potestativo.⁵⁸

Um exemplo pode mais bem elucidar a distinção. Celebrado um contrato de compra e venda de bem móvel entre as partes, o comprador não cumpre a sua obrigação de pagar o preço. O vendedor, então, ajuíza ação afirmando o direito de recebimento da quantia em razão do contrato. A afirmação do inadimplemento, nesta hipótese, compõe a causa de pedir remota, já que, de tal elemento fático, decorre a imposibilidade do direito (à prestação). O direito existe antes do inadimplemento.

Caso o vendedor tivesse ajuizado ação afirmando direito potestativo de resolver o contrato por força do inadimplemento da obrigação, o inadimplemento seria elemento do suporte fático do próprio fato jurídico do qual decorreu o direito. Por isso, a sua afirmação seria conteúdo da causa de pedir remota. O inadimplemento, aqui, é anterior ao direito afirmado.

A questão ganha especial relevo quando se analisa o fato do qual decorre o interesse de agir nas ações meramente declaratórias. Nestas, o bem da vida que se busca alcançar mediatemente (pedido mediato) é a certeza jurídica.⁵⁹ A incerteza é fato que compõe a causa de pedir remota. Ele não é elemento do suporte fático do direito em relação ao qual há incerteza, direito que se busca ver certificado. Todavia, a dúvida é elemento do qual decorre o direito ao reconhecimento de outro direito, de outra relação jurídica.⁶⁰

O direito ao reconhecimento é conteúdo da causa de pedir próxima nas demandas meramente declaratórias, a incerteza é elemento fático apreendido juridicamente para irradiá-lo. É nessa qualidade que tal elemento é afirmado na causa de pedir remota.

Segundo Carlos Silveira Noronha, a incerteza é concausa que compõe a causa de pedir remota (complexa) de toda ação de conhecimento, ainda que seja apenas implícita na demanda. Isso porque “o processo de conhecimento, por exercitar uma atividade de pesquisa da verdade, milita, também no sentido de acertar, tornar certo e inequívoco o direito

58. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual, cit., p. 307.

59. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual, cit., p. 315.

60. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. V, cit., p. 483.

reclamado pelo autor e reclamado pelo réu”⁶¹. Dessa forma, a crise de certeza estaria sempre implícita nas demandas de conhecimento, para formar, junto com o fato constitutivo, a causa de pedir remota. Tal incerteza seria eliminada pelo conteúdo declaratório da sentença de condenação (ou de prestação), projetado juntamente com o seu conteúdo sancionatório.⁶²

5.3. A afirmação da situação jurídica

Segundo Marcos Bernardes de Mello, são “categorias eficaciais todas as espécies de efeitos jurídicos encontráveis no mundo do direito”⁶³. O seu gênero caracteriza-se como situação jurídica em sentido amplo. São espécies de categoria eficaz (i) situações jurídicas básicas⁶⁴; (ii) situações jurídicas simples ou unissubjetivas⁶⁵; (iii) situações jurídicas complexas ou intersubjetivas, que podem ser unilaterais⁶⁶ ou bilaterais (as relações jurídicas).

-
61. NORONHA, Carlos Silveira. A causa de pedir na execução. In: Revista de Processo, n. 75, Ano 19, julho/setembro. São Paulo: RT, 1994, p. 32.
 62. NORONHA, Carlos Silveira. A causa de pedir na execução, cit., p. 32/33.
 63. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia, cit., p. 31.
 64. A simples existência do fato jurídico já afeta o seu plano da eficácia; qualquer fato jurídico, mesmo que não tenha (ainda) produzido os seus efeitos próprios, produzirá uma eficácia mínima, situações jurídicas em sentido lato. Essa eficácia de conteúdo mínimo, diversa da eficácia própria do fato jurídico, é chamada de situação jurídica básica. (Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19, p. 07.)
 65. As situações jurídicas simples ou unissubjetivas são aquelas que afetam uma única esfera jurídica para que atribua ao seu titular uma qualidade ou qualificação no mundo jurídico, ainda tal situação seja oponível a todos. São, pois, características desta modalidade eficaz: (i) referibilidade a uma única esfera jurídica; (ii) oponibilidade erga omnes; (iii) impositividade. Estão abrangidas nesta categoria a qualidade de ser pessoa e de ser sujeito de direito, bem assim as qualificações dos status individuais, que abarcam, inclusive, capacidades específicas. (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia, cit., p. 84.)
 66. Complexas/intersubjetivas, porque envolvem mais de um sujeito de direito; unilaterais, porque sua eficácia se limita a uma esfera jurídica. Seria o caso da oferta, inclusive dirigida ao público. Segundo Marcos Bernardes de Mello, na oferta, haveria duas situações jurídicas complexas unilaterais: (i) a vinculação ou vinculabilidade do ofertante e (ii) o direito formativo gerador (de aceitá-la). (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia, cit., p. 165/167) Segundo Lourival Vilanova, haveria também nessas hipóteses relações jurídicas, inclusive porque a indeterminação do sujeito em um dos seus polos não significa relação sem sujeito. Afirma o autor, trazendo como exemplo a promessa de recompensa: “Quem promete prestação como recompensa obriga-se desde a declaração de vontade, já antes da aceitação ou do serviço prestado”. (VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 164.)

Pontes de Miranda distingue as relações jurídicas básicas e as relações jurídicas eficaciais.

A relação jurídica básica é a relação interhumana que é juridicizada por força da incidência normativa. É fato da vida que ingressa no mundo jurídico por força da incidência da norma; é, pois, fato jurídico. A relação (da vida) é anterior à incidência normativa, que a faz jurídica. A paternidade, a filiação e o parentesco (esta, inclusive, não entra toda no mundo jurídico) são relações juridicizadas pela incidência normativa.⁶⁷

As relações jurídicas eficaciais, por sua vez, não são relações interhumanas juridicizadas, mas têm início com o fato jurídico. São efeitos jurídicos. Assim afirma Pontes de Miranda: “Se a relação sobrevém à incidência e dela decorre, é no campo da eficácia; então, o direito trata-a como criação sua, admitindo alterações que não seriam admissíveis no mundo dos fatos”⁶⁸.

A relação jurídica eficaz é, portanto, posterior ao fato jurídico e dele decorre. Tal fato jurídico pode, inclusive, ser uma relação jurídica básica. A relação convivencial é relação interhumana que é juridicizada, torna-se assim união estável (relação jurídica como fato jurídico). Dela também decorre um complexo de relações jurídicas eficaciais.

O fato de, da relação jurídica básica, decorrer relação jurídica eficaz não pode causar surpresa. Afinal, como fato jurídico, a sua razão de ser é justamente a produção de eficácia jurídica, cuja modalidade mais comum é a relação jurídica eficaz. Isso não quer dizer que se trata das mesmas relações jurídicas; não são.⁶⁹

As relações jurídicas eficaciais são as situações jurídicas complexas ou intersubjetivas, cujo conteúdo eficaz é estruturado pela corresponsividade entre situações jurídicas ativas e passivas, titularizadas pelos sujeitos de direito que se encontram nos termos da relação. Fala-se, aqui, em corresponsividade entre situações jurídicas ativas e passivas, e não apenas direitos e deveres. Isso porque são situações jurídicas ativas que

67. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. I, cit., p. 117 e seq.

68. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. I, cit., p. 117/118.

69. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. I, cit., p. 119/120. Diz, ainda, sobre a relação jurídica básica: “não há de cogitar-se, aí, de relação jurídica como pura eficácia do fato jurídico: a relação (jurídica) está nêle, porque no suporte fáctico já estava como relação fática [...]. Se alguma relação jurídica se compõe depois, é eficácia.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. V, cit., p. 04)

estruturam as relações jurídicas tantos os direitos a uma prestação (aos quais são correspectivos os deveres), como os direitos potestativos (aos quais são correspectivos os estados de sujeição).⁷⁰

Então.

O fundamento jurídico (causa de pedir próxima) é a afirmação da situação jurídica irradiada, que, em regra, se tratará de relação jurídica eficaz, estruturada pela correspectividade entre direito e dever/estado de sujeição.

Dos fatos jurídicos, decorrem as consequências jurídicas (situações jurídicas em sentido lato). Por meio da demanda, pretende o autor exercer uma posição de vantagem (direito subjetivo) que lhe é atribuída por força da incidência normativa. Não basta afirmar o fato jurídico; é preciso que se afirme a relação jurídica eficaz, estruturada pelas situações ativa e passiva. É a afirmação da relação jurídica eficaz e de seus componentes estruturais que compõe a causa de pedir próxima da demanda. Este é o seu fundamento jurídico.

No mesmo sentido, José Ignácio Botelho Mesquita: “parece-me que se deva entender por ‘fundamentos jurídicos do pedido’ a relação jurídica controvertida e o direito particular dela decorrente”⁷¹. Também Milton de Paulo Carvalho: “A causa próxima compõe-se da relação jurídica que vincula autor e réu (chamemos de direito constitutivo) mais o direito particular (“diritto singolo”) invocado pelo autor como causador do efeito pretendido”⁷². A causa de pedir próxima é, assim, o vínculo entre a

70. No mesmo sentido, Manuel A. Domingues de Andrade: “Relação jurídica – stricto sensu – vem a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 02)

71. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A “causa petendi” nas ações reivindicatórias, cit., p. 196/197.

72. CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil, cit., p. 94. No mesmo sentido são os posicionamentos de Leonardo José Carneiro da Cunha (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Jurisdição e competência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 156) e de Fredie Didier Jr. (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, v. I, cit., p. 410/413). Também José Roberto dos Santos Bedaque, para quem fundamento jurídico é “a atribuição aos fatos da vida de determinada consequência jurídica estabelecida no ordenamento”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório, In: Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci; José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 33).

causa de pedir remota e o pedido⁷³; daí o seu adjetivo “próxima”. Os termos “remota” e “próxima” têm, aqui, o pedido como referência.

O fundamento jurídico não é a “qualificação jurídica do fato”⁷⁴. A afirmação da qualificação jurídica do fato compõe a causa de pedir remota. Qualificar um fato como jurídico é afirmar a existência de um fato jurídico, decorrente da incidência normativa. O processo de qualificação jurídica do fato é o processo de juridicização, do qual decorre o fato jurídico. Tal operação, componente do fenômeno jurídico, compõe o conteúdo da causa de pedir remota, e não da causa de pedir próxima.

O fundamento jurídico não é a norma incidente, nem o seu texto de lei (fundamento legal).

A incidência normativa compõe a operação da formação do fato jurídico, afirmada como causa de pedir remota. Como visto, não basta afirmar os fatos da vida; é preciso afirmá-los como elementos de um suporte fático concreto, sobre o qual há a incidência normativa. Deve-se afirmar o vínculo entre os elementos fáticos e os efeitos jurídicos pretendidos: a incidência normativa.

A norma jurídica, assim, não é exterior ao fenômeno jurídico substancial afirmado pelo autor na demanda. Segundo Mariana França Gouveia, a norma alegada pode fazer parte da noção da causa de pedir como elemento indispensável à qualificação dos fatos como principais e instrumentais.⁷⁵

A norma compõe o fenômeno substancial afirmado, como (i) elemento que incide sobre os fatos; (ii) elemento que identifica os elementos fáticos que serão apreendidos pelo direito para irradiar os efeitos jurídicos feitos valer; (iii) elemento que prevê as situações jurídicas afirmadas. Se distinta a norma, distintos podem ser os elementos do suporte fático e

73. CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil, cit., p. 93.

74. José Rogério Cruz e Tucci, em sentido contrário, define a causa de pedir próxima como o enquadramento da situação fática concreta à hipótese normativa abstrata prevista no ordenamento jurídico positivo, do qual decorre a sua juridicidade. (TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil, cit., p. 166). Assim também se posiciona Ricardo de Barros Leonel (LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido. O direito superveniente, cit., p. 104).

75. Fatos principais, assim, seriam os fatos correspondentes àqueles previstos na hipótese normativa; fatos instrumentais, aqueles que não constam na norma, mas que podem servir para provar os fatos principais. (GOUVEIA, Maria França. A causa de pedir na acção declarativa, cit., p. 514/521.)

distintas podem ser as consequências jurídicas irradiadas. A afirmação da norma compõe o conteúdo da causa de pedir, como causa de pedir remota, e não próxima.

A norma jurídica, por sua vez, não se confunde com o dispositivo normativo, o “texto de lei”⁷⁶. A indicação de um determinado artigo de lei não é a norma alegada. O artigo de lei (fundamento legal) não precisa ser afirmado pela parte; ele não compõe a causa de pedir.

É nesse contexto que deve ser compreendida a máxima “*iura novit curia*”, segundo a qual o conhecimento do direito (objetivo) cabe ao magistrado, desde que se atenda aos limites da causa de pedir da demanda.⁷⁷ Permite-se, assim, que o magistrado diga o direito objetivo, desde que não seja modificado o fenômeno substancial afirmado na causa de pedir. Isso quer dizer que os elementos fáticos (logo, também o suporte fático concreto) e as consequências jurídicas afirmadas não podem ser, em princípio, modificados pela atividade judicial.⁷⁸

Consoante José Roberto dos Santos Bedaque, o demandante atribui aos fatos narrados a aptidão para produzir determinada consequência jurídica. Desde que se atenha a estes limites objetivos, vale dizer, os fatos e efeitos jurídicos pretendidos, o juiz pode aplicar regra diversa da afirmada.⁷⁹

76. Cf. GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23/25; ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 30; MOTULSKY, Henri. Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments généraux des droits subjectifs, cit., p. 19/20.

77. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, o adágio “*iura novit curia*” envolve dois aspectos: (i) a parte não precisa, em regra, provar a existência do direito; (ii) o juiz pode e deve aplicar o direito que conhece, ainda que diverso daquele alegado pela parte, desde que respeite os limites da causa de pedir. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro, cit., p. 35).

78. Este não parece ser o posicionamento de José Rogério Cruz e Tucci: “o limite da liberdade do juiz encontra-se naqueles fatos que individualizam a pretensão e que constituem a causa petendi: nenhuma qualificação jurídica integra esta e, por via de consequência, nada obsta a livre eleição dos motivos ou normas jurídicas que o agente do Poder Judiciário reputar adequadas.” (TUCCI, José Rogério Cruz e Tucci. A causa petendi no processo civil, cit., p. 209) A posição do autor, entretanto, não parece coerente, na medida em que, na mesma obra, ele define a causa de pedir próxima como a qualificação jurídica dos fatos, o enquadramento de um caso concreto à *fattispecie* abstrata. De outra parte, como visto, a operação de qualificar juridicamente um fato é o fenômeno de juridicização, que deve ser afirmado como causa de pedir remota.

79. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório, cit., p. 33.

A *máxima iura novit curia* permite ao juiz aplicar o direito à espécie, desde que respeitada a causa de pedir, mantendo-se coerência com o princípio dispositivo. Desse modo, o juiz, ao proferir sua sentença, deve atuar dentro dos limites da demanda, sem surpreender às partes com o que não puderam debater ao longo do procedimento.⁸⁰

Não é o fundamento jurídico da demanda (causa de pedir próxima) que foge ao âmbito do princípio do dispositivo. A irradiação da relação jurídica eficaz e de seus componentes estruturais deve ser afirmada pelo demandante, sob pena de existir apenas uma inserção parcial do fenômeno substancial no processo. Só cabe ao magistrado “dizer o direito objetivo” nos limites dos elementos da causa de pedir, os fundamentos fáticos e os fundamentos jurídicos.

Ajuizada uma rescisória, por exemplo, tendo como causa de pedir remota violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC), não pode o juiz rejeitar tal fundamento, mas entender que incidiu a norma decorrente do art. 485, IV, do CPC. A norma decorrente do art. 485, V, do CPC não é a mesma daquela decorrente do inciso IV do mesmo artigo, já que são estruturadas por hipóteses fáticas diversas. Não pode o magistrado dizer que houve violação à coisa julgada na decisão rescindenda e aplicar o direito à espécie. São suportes fáticos (abstratos e concretos) diversos, fatos jurídicos diversos e, logo, relações jurídicas eficaciais diversas.

Também não poderia o magistrado entender que não houve violação à norma apontada pelo autor, mas entender que outra norma foi violada. Nada obstante o “direito objetivo aplicado” fosse o mesmo, os suportes fáticos concretos seriam distintos, porque distintos seriam os seus elementos.

Imagine-se, por exemplo, que o demandante afirmasse violação a um determinado dispositivo de lei, de forma que se teria irradiado o direito de desconstituição da decisão judicial. Todavia, menciona, equivocadamente, ter incidido norma decorrente do art. 485, IV, do CPC. Nesta hipótese, sim, teria aplicação a máxima “*iura novit curia*”: poderia e deveria levar em consideração do correto dispositivo legal na realização do direito.

80. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro, cit., p. 38.

Também não pode o magistrado ir além da causa de pedir próxima afirmada pelo demandante. Caso se afirme direito de resolver o contrato por força do inadimplemento, não pode o magistrado certificar direito de receber quantia em razão de incidência de cláusula penal. A afirmação da relação jurídica eficaz e de seus componentes estruturais cabe à parte autora na causa de pedir da demanda. O fenômeno substancial é diverso, se as consequências jurídicas são outras.

O juiz não pode, em regra, ir além dos elementos da causa de pedir (remota e/ou próxima), sob pena de violar a regra da congruência objetiva.⁸¹ É o fenômeno jurídico substancial afirmado na demanda que deve assumir a veste de objeto da cognição judicial. Não pode o magistrado considerar outro fenômeno substancial que não tenha sido afirmado pelo autor e submetido à crítica efetiva do demandado.

6. O ÔNUS DA ALEGAÇÃO DOS ELEMENTOS DA CAUSA DE PEDIR

Henri Motulski define o “ônus de alegação” (“charge d’allégation”) como a necessidade de a parte que afirma a existência de um direito subjetivo alegar todas as circunstâncias de fato correspondentes aos elementos geradores deste direito, sob pena de insucesso da pretensão. O ônus da alegação abrange, em princípio, todos os elementos fáticos exigidos para, conjuntamente, irradiar o direito invocado. As circunstâncias fáticas são aquelas das quais se deduz o nascimento do direito, e não a sua existência atual.⁸² As circunstâncias fáticas extintivas e modificativas devem ser alegadas pela parte contrária.

Ressalta, ainda, que o ônus da prova (*charge de la preuve*) é, em verdade, um prolongamento do ônus da alegação, podendo, inclusive, ser inútil: se constatada a insuficiência das alegações da parte (em face da ausência de afirmação de todo o material necessário para a irradiação do direito pretendido), não se deverá sequer preocupar com a contestação e com a verificação de “veracidade” destes fatos.⁸³

81. A regra da congruência objetiva é, em nosso ordenamento, decorrente dos arts. 128 e 460 do CPC.

82. MOTULSKI, Henri. *Principes d'une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, cit., p. 88.

83. MOTULSKI, Henri. *Principes d'une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, cit., p. 88.

Henri Montulski constrói, em seguida, o que chama de “teoria de dispensas de alegação”. Certamente, o “ônus de alegação” não poderia ser levado aos extremos, sob pena de chegar-se a soluções absurdas. Como afirma, em alguns casos, o sentimento de evidência será suficiente a impor restrições ao caráter completo do ônus da alegação. Em outros, das próprias disposições legais será possível retirar uma atenuação da exigência. Assim, haveria dois tipos de “dispensas de alegação”: as racionais e as legais.⁸⁴

As dispensas racionais seriam subdivididas em duas categorias. Na primeira, dispensa-se a exigência de toda alegação expressa. Certas condições fáticas podem ser consideradas como implicitamente afirmadas e não necessitam ser afirmadas, salvo se sua existência for contestada (colocada em dúvida).

Na segunda categoria, a indicação de “noções complexas” pode, em alguns casos, bastar para caracterizar a formação do fato criador do direito, salvo, mais uma vez, a existência de contestação no que concerne aos seus elementos componentes. O juiz, nestes casos, é levado a crer que o termo complexo representa o conjunto dos elementos que o compõem. Seria o caso, por exemplo, do termo “empregador”.⁸⁵

Seria impossível ter-se um critério preciso acerca de quando uma dispensa racional deve ser admitida. Nada obstante, traçando-lhe linhas diretivas, a dispensa de alegação expressa deve ser orientada por um sentimento de evidência. Vale dizer: a dispensa deve ter lugar quando a exigência de alegação parecer manifestamente exagerada.⁸⁶

O terreno propício para valer-se da dispensa racional seria aquele da decomposição, *(i)* quando a noção complexa represente uma instituição jurídica (como o casamento) e *(ii)* quando um termo complexo decorre da linguagem cotidiana ou da linguagem técnica comum das partes.⁸⁷

De outra parte, ao lado das dispensas racionais, ter-se-iam as dispensas legais (decorrentes do ordenamento jurídico). Seria o caso, por

84. MOTULSKI, Henri. *Principes d'une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, cit., p. 91.

85. MOTULSKI, Henri. *Principes d'une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, cit., p. 93.

86. MOTULSKI, Henri. *Principes d'une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, cit., p. 94.

87. MOTULSKI, Henri. *Principes d'une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, cit., p. 95.

exemplo, no nosso ordenamento, da dispensa de alegação da boa-fé (subjetiva) – que, como se sabe, é fato, pressuposto fático. Se a boa-fé (subjetiva) é presumida, a parte não precisaria prová-la, nem sequer alegá-la. Caberia à parte contrária alegar e provar a má-fé.⁸⁸

Segundo o autor, só as dispensas legais de alegação dispensam também a necessidade de prova; as dispensas racionais não produziram um tal efeito. E conclui que as dispensas, racionais ou legais, constituem as únicas exceções à regra segundo a qual o ônus da alegação abrange todos os pressupostos fáticos do direito invocado (elementos geradores do direito). Não existiria elemento que, por sua própria natureza, assim o faria.⁸⁹

As alegações do demandante são suficientes na medida em que correspondem aos pressupostos fáticos do direito afirmado. Uma vez presentes nas afirmações do postulante, forma-se um “edifício” que deve ser mantido enquanto o seu material parecer firme. Cabe ao demandado romper este “edifício”, vale dizer, negar a existência dos elementos criadores do direito alegados.

Poder-se-ia falar, então, no “ônus da contestação” da parte contrária, que seria a faceta reversa do “ônus da alegação”, em razão, inclusive, do princípio da isonomia.⁹⁰ O “ônus da contestação” é a regra da necessidade de impugnação específica, em que não se admite impugnação genérica, devendo o demandado impugnar todos os pressupostos fáticos alegados, com vistas a demolir o “edifício” construído pelo demandante.

Todavia, a regra do ônus da contestação específica, assim como o da alegação, não pode ser levada a extremos. Em nenhum caso, a contestação necessitaria ultrapassar a decomposição realizada pelo demandante. Se, por exemplo, em virtude de uma dispensa, contenta-se com a alegação do demandante de uma noção complexa, não se poderia exigir do demandado a impugnação de seus elementos componentes. Por outro lado, é o demandado que tem interesse de negar um elemento gerador do direito quando seu adversário se beneficia de uma dispensa de alegação.⁹¹

88. MOTULSKI, Henri. *Principes d'une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, cit., p. 96.

89. MOTULSKI, Henri. *Principes d'une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, cit., p. 99/100.

90. MOTULSKI, Henri. *Principes d'une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, cit., p. 119/120.

91. MOTULSKI, Henri. *Principes d'une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, cit., p. 120.

Por fim, ressalte-se que, se o demandado alega a existência de uma situação jurídica ativa, como, por exemplo, um contradireito, deve, certamente, alegar os pressupostos fáticos da situação jurídica afirmada para que se forme o edifício – e, aí, caberá à parte adversária (demandante) o ônus da impugnação específica.⁹²

O “ônus da alegação” é a necessidade de o demandante fundamentar, suficientemente, a postulação feita: não basta afirmar a relação jurídica eficaz, é preciso afirmar todos os elementos que compõem o suporte fático concreto (apreendido pela norma).⁹³ Há duas facetas do ônus da alegação: (i) uma faceta subjetiva, que corresponde à exigência de afirmação pela parte do fato jurídico e do efeito jurídico correspondente (causa de pedir remota e próxima, respectivamente) e (ii) uma faceta objetiva, como regra de juízo (de admissibilidade) que deve preceder a própria verificação da ocorrência dos fatos.

Cuida-se de raciocínio que pode ser feito como paralelo ao ônus da prova, que pode ser visto como (i) regra de conduta dirigida às partes, que indica os fatos que devem ser por cada uma provados (faceta subjetiva); (ii) regra de julgamento, que indica como deverá o magistrado julgar em caso de não ser provado determinado fato, para que se verifique quem deverá suportar a decisão desfavorável (faceta objetiva). A regra de julgamento refere-se, aqui, ao juízo de mérito; a faceta objetiva do ônus da alegação, ao juízo de admissibilidade.

“Ônus da alegação”, “ônus da impugnação” e “ônus da prova” estão relacionados. O “ônus da impugnação” reflete o “ônus da alegação”. Trata-se de lição elementar. O demandante deve afirmar todos os pressupostos fáticos do direito feito valer, formando o “edifício relativo”, que

92. MOTULSKI, Henri. Principes d'une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs. cit., p. 121.

93. A existência do ônus da alegação não é abalada pela norma decorrente do art. 462 do CPC, que, segundo Ricardo Barros Leonel, permitiria ao magistrado conhecer fatos supervenientes (dos quais decorreriam causas de pedir diversas), inclusive de ofício. Tal possibilidade só se verificaria se o novo fundamento fosse constatado a partir das discussões entre as partes. (LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido: O direito superveniente, cit., p. 231 e seq.) Cuidar-se-ia de exceção à regra da estabilidade da demanda e da congruência objetiva, mas não ao ônus da alegação do demandante quanto ao fundamento deduzido na demanda. Segundo Leonardo José Carneiro da Cunha, “o princípio dispositivo não impede sejam fatos supervenientes levados em conta pelo juiz quando da prolação de sua sentença, justamente porque a este se conferem amplos poderes instrutórios”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro, cit., p. 63)

deve ser derrubado pela parte contrária. O demandado tem o ônus de impugnar todos os elementos fáticos afirmados na causa de pedir para negar a existência do direito. O “ônus da impugnação” é a manifestação do contraditório em face do “ônus da alegação”.

CONCLUSÕES

São, em síntese, as principais conclusões do presente artigo:

- (i) A teoria do fato jurídico é uma teoria parcial que compõe a teoria geral do direito, formada de enunciados e conceitos acerca da estrutura do fenômeno jurídico, que servem à análise de qualquer direito positivo e qualquer ramo do direito.
- (ii) O fenômeno jurídico é composto por operações componentes (no sentido de ação, movimento): a juridicização do fato (por meio da corresponsividade entre a incidência normativa e a apreensão fática) e a irradiação da consequência jurídica. A juridicização do fato é pressuposto da irradiação da consequência jurídica.
- (iii) O fenômeno jurídico substancial assume diversas vestes no processo: é afirmação do autor na demanda (causa de pedir); é objeto do contraditório; é objeto de prova; é objeto da cognição judicial.
- (iv) O fenômeno jurídico substancial é afirmado na demanda como conteúdo da causa de pedir, e não do pedido.
- (v) Afirmar apenas parte do fenômeno substancial rompe a sua lógica no *iter* processual. O fenômeno jurídico deve ser, todo ele, afirmado na demanda, já que é todo ele – e não apenas parte dele – que assume as demais vestes no processo.
- (vi) É conteúdo da causa de pedir a existência do fato jurídico (fundamento fático) e da situação jurídica (em sentido lato) que lhe é decorrente (fundamento jurídico). O fundamento fático seria a causa de pedir remota; o fundamento jurídico, a causa de pedir próxima, justamente por ser um vínculo entre o fato jurídico afirmado e o pedido formulado.
- (vii) Em sua causa de pedir remota, afirmar a existência de um fato jurídico pressupõe afirmar a suficiência do seu suporte fático

concreto, vale dizer, a configuração de todos os seus elementos fáticos. Se distintos forem os elementos fáticos, distinto é o fato jurídico afirmado e também a situação jurídica decorrente.

- (viii) Nada impede que um fato jurídico ou uma consequência jurídica seja elemento fático afirmado na causa de pedir remota. Se assim for, deve-se afirmar a configuração do seu suporte fático concreto como forma de individualização do elemento fático afirmado na causa de pedir remota.
- (ix) O fato do qual decorre o interesse de agir (normalmente identificado como causa de pedir remota passiva) será sempre componente do fenômeno jurídico substancial inserido no processo por meio da demanda.
- (x) É a afirmação da relação jurídica eficaz e de seus componentes estruturais que compõe a causa de pedir próxima da demanda. Este é o seu fundamento jurídico.
- (xi) Não é o fundamento jurídico da demanda (causa de pedir próxima) que foge ao âmbito do princípio do dispositivo. A irradiação da relação jurídica eficaz e de seus componentes estruturais deve ser afirmada pelo demandante.
- (xii) É nesse contexto que deve ser compreendida a máxima “*iura novit curia*”: o conhecimento do direito objetivo cabe ao magistrado, desde que não sejam ultrapassados os limites da causa de pedir (remota e próxima).
- (xiii) O “ônus da alegação” é a necessidade de o demandante fundamentar, suficientemente, a postulação feita: não basta afirmar a relação jurídica eficaz, é preciso afirmar todos os elementos que compõem o suporte fático concreto (apreendido pela norma).
- (xiv) “Ônus da alegação”, “ônus da impugnação” e “ônus da prova” estão relacionados. O “ônus da impugnação” é a manifestação do contraditório em face do “ônus da alegação”; o “ônus da prova”, o prolongamento deste.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, v. 1.

- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In: Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci; José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3d. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. V. 1. 2ed. Trad.: Paolo Capitanio. 1ed. Campinas: Bookseller, 1998
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Relatório de conclusão do estágio de pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2010.
- _____. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. 1.
- _____. *Sentença constitutiva e execução forçada*. In: Teoria Quinária da Ação. Estudos em Homenagem Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Coord.: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- _____. *Sobre a teoria geral do processo*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.
- DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael e BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, v. 2.
- FAZZALARI, Elio. *Note in tema de diritto e processo*. Milano: Giuffré, 1957.
- _____. *Istituzioni di diritto processuale*. VIII ed. Milani: CEDAM, 1996.
- GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na acção declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004.
- GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. *Como determinar a causa de pedir?* Disponível em <http://blogpontesdemiranda.blogspot.com/>. Acesso em 24.02.2012.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. António Ulisses Cortês (trad.). 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

- LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *O conteúdo da causa de pedir*. In: Revista dos Tribunais, vol. 564. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro/1982.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. T. I, 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998.
- _____. *Tratado de direito privado*, T. I, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. *Tratado de direito privado*, T. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MOTULSKY, Henri. *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*. Reed. Dalloz: Paris, 2002.
- NORONHA, Carlos Silveira. *A causa de pedir na execução*. In: Revista de Processo, n. 75, Ano 19, julho/setembro. São Paulo: RT, 1994.
- PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- PISANI, Andre Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4 ed. Napoli: Jovene Editore, 2002.
- TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2005,
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

8

O PLANO DE EXISTÊNCIA DO PROCESSO: UM ESTUDO DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Danilo Heber Gomes¹

SUMÁRIO – Introdução – 1. Pressupostos processuais: considerações iniciais – 2. Pressupostos processuais e requisitos de validade – 3. Extinção do processo por falta de pressupostos processuais: uma contradição lógica – 4. A classificação dos pressupostos e requisitos processuais – 4. Os pressupostos processuais em espécie: 4.1. Órgão investido de jurisdição; 4.2. Ato de demandar – 6. Considerações finais – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O mundo moderno vem impondo às pessoas, em especial aos profissionais, uma atitude prática diante da vida, de modo que as teorias e o domínio dos conceitos fundamentais não precisariam ser estudados e conhecidos. A experiência vivencial é que valeria. Cultura seria coisa do passado, superada pelo imediatismo das informações da internet.² Assim, a homenagem a Pontes é, de certa forma, um incentivo àqueles que se debruçam sobre o estudo do homenageado, pois demonstra que assuntos teóricos e de difícil compreensão, como é a teoria do fato jurídico, não foram abandonados.

-
1. Mestre em Direito Pela Unicap. Especialista, Pós-graduado em Direito Processual Civil e Graduado em Direito pela UNICAP. É professor da Pós-Graduação em Direito Processual da ESA-PE (Escola Superior de Advocacia – Pernambuco). É professor universitário de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Olinda (AESO). É membro efetivo do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). É membro fundador da ANNEP (Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo). Foi membro Titular da Banca examinadora do Concurso para professor de Direito Processual da UPE (Universidade do Estado de Pernambuco). Foi Secretário Geral da APPODI (Associação Pernambucana de Pós-Graduandos em Direito) para o biênio de 2010-2012. É membro de conselho editorial de revista jurídica. Advogado.
 2. Para iniciar o texto à justa homenagem a Pontes de Miranda, nada melhor do que as palavras do professor Marcos Bernardes de Mello, extraídas da nota da 15ª edição de seu livro. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. XVII.

Ademais, por ser um autor do século passado, poder-se-ia pensar que suas obras não sobreviveriam ao tempo, de sorte que as atualizações legislativas “revogariam” não apenas as leis, mas também inutilizariam seus mais de 250 livros.

Mero engano.

O homenageado contribuiu com obras que estão imunes a qualquer alteração legislativa, na medida em que temas de teoria geral do direito, são fundamentais a qualquer jurista. **E apesar da obra ser em homenagem a Pontes de Miranda, certamente o maior jurista de todos os tempos, sou eu que me sinto homenageado em poder escrever nesta coletânea.**

1. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS: CONSIDERAÇÕES INICIAIS³

O marco inicial e grande expoente da teoria dos pressupostos processuais foi Oskar Von Bulow, autor da obra “Die Lehre Von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen” (traduzida para o português como “A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais”). **E desde a edição da obra de Bulow, em 1868, tem-se discutido muito sobre os pressupostos processuais, sem, contudo, se chegar a uma unanimidade na doutrina a seu respeito. Muito pelo contrário, a forma de classificação e tratamento são as mais diversas possíveis.⁴**

Não se pode afirmar, outrossim, que foi Bulow quem criou os pressupostos processuais. Já existiam os pressupostos processuais, o que fez Bulow foi apenas sistematizá-los, e não criá-los.⁵

-
3. Apesar do presente estudo não seguir a linha da identificação de um plano pré-processual, é de inestimável importância, até mesmo para se fazer um contraponto, a leitura do artigo escrito sobre o tema. No referido trabalho os autores trabalham com a ideia de um plano pré-processual, onde a falta de capacidade de ser parte, por exemplo, seria verificada no retromencionado plano, e declararia, então o juiz, a inexistência de um processo. Declaração, esta, feita não em sede processual, mas, sim, no plano pré-processual. (ARAÚJO, Gabriela Expósito Miranda de; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. Da noção de direito ao remédio jurídico processual à especialidade dos procedimentos das execuções fundadas em título extrajudicial: ensaio a partir do pensamento de Pontes de Miranda in Execução e Cautelar: Estudos em Homenagem a José de Moura Rocha (Coords. DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias.; CUNHA, Leonardo Carneiro da). 3ª Série. Salvador: Juspodivm, 2012. p.502-523.)
 4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 85.
 5. Incorre em erro o jurista que afirma que Oskar Von Bulow criou o instituto. Os pressupostos processuais existiam, apenas não estavam marcados como uma categoria especial. CARVALHO, José Orlando Rocha de, Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 51.

Na doutrina nacional bem como na jurisprudência, a expressão ‘pressuposto processual’ já se encontra consagrada. Em que pese seu uso habitual pelos mais diversos juristas, o termo nem sempre é utilizado com a devida propriedade. É o caso, por exemplo, de ser utilizado o pressuposto e o requisito como sinônimos.

O alerta sobre o equívoco não é de hoje. Com a palavra a doutrina mais autorizada de Barbosa Moreira: “quando se diz, porém, que determinado requisito é um pressuposto processual, a rigor é pouquíssimo o que se fica sabendo a seu respeito.”⁶

Ainda na seara da carência de uma técnica apropriada para a expressão pressuposto, é corriqueira e também consagrada a menção aos pressuposto de validade e pressuposto de existência do processo.

Antes de tecer alguns comentários sobre a acepção adotada pela doutrina, é imprescindível, para se entender o motivo da crítica, o estudo do significado do “pressuposto”, que é conceito lógico-jurídico.

Na sentido do dicionário da língua portuguesa pressuposto é a “circunstancia ou fato considerado como antecedente necessário de outro.”⁷ Pode ser dito ainda que pressuposto é aquilo que supõe algo.

Na seara jurídica, em teoria geral do direito, pressuposto significa aquilo que tem que se supor antecipadamente. É aquilo que se supõe existir, para dar existência a alguma coisa.⁸ É o que precede ao ato, devendo existir antes de um determinado ato: a presença do pressuposto atesta a sua existência jurídica.⁹

Já o *requisito*, por sua vez, é o que integra a estrutura executiva do ato, servindo para atestar sua validade, enquanto a condição se identifica com aquilo que segue ao ato, sendo exigida para a produção de seus efeitos específicos.¹⁰

6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 85.

7. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário aurélio básico. São Paulo: Nova Fronteira, 1997. p. 527.

8. CARVALHO, José Orlando Rocha de, Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 64 e 67.

9. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Jurisdição e competência. São Paulo: RT, 2008. p. 99.; no mesmo sentido: DIDIER JR, Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 105-106.

10. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Jurisdição e competência. São Paulo: RT, 2008. p. 99.; no mesmo sentido: DIDIER, Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 105-106; PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 35.

Pressuposto, requisito e condição são institutos de significação diferente, cuja utilização indistinta pode levar o jurista aos erros de ordem lógica.

2. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E REQUISITOS DE VALIDADE

Em virtude do uso inapropriado do termo pressuposto, boa parte da doutrina nacional dividiu os pressupostos processuais em duas categorias, a saber: pressupostos de existência e de validade.¹¹

A boa técnica jurídica não permite a definição de pressuposto processual como o elemento necessário para a existência e validade do processo.¹² Tampouco a divisão em pressupostos de existência e pressupostos de validade.

Deve ser feita a ressalva do pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque. Afirma o jurista que não há imprecisão em considerar como pressuposto a categoria dos fatos sem os quais o processo pode existir, mas não é válido. Não vê problemas o autor em admitir a existência de pressupostos de existência e de validade.¹³ Ainda, para Bedaque, há requisitos não só de existência, mas também de validade.¹⁴

Em que pese os argumentos levantados pelo jurista supracitado, não se concorda com tal posicionamento.

Feita a ressalva ao pensamento de Bedaque, reitera-se aqui que os pressupostos processuais são, tão somente, ligados ao plano da existência

-
11. O autor define os pressupostos processuais como os antecedentes necessários para que o processo tenha existência jurídica e validade formal. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos do direito processual civil*. (Trad.) Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 59.; Menciona os pressupostos de existência e pressupostos de validade DALL'AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1988. p. 21.; Também não faz a diferença entre requisitos e pressupostos, denominando apenas em pressupostos de existência e de validade. MALTA, Chistovão Piragibe Tostes. *Fontes e pressupostos processuais*. Rio de Janeiro: Lerfixa, 1973. p. 29.; Igualmente, de forma equivocada, define o autor que os pressupostos processuais são requisitos de desenvolvimento válido e regular do processo. SANTOS, João Eudes Mendanha dos. *Pressupostos processuais e condições da ação no processo civil*. Rio de Janeiro: Destaque, 2002. p. 44.
 12. Para a autora os pressupostos são necessários para que a relação jurídica processual se forme e desenvolva regularmente. COSTA, Susana Henriques. *Condições a ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 33.
 13. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 215.
 14. BEDAQUE, José R. dos S. *Direito e processo*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 117.

do processo,¹⁵ e não há sentido então em falar em pressuposto de validade.¹⁶ Sendo o pressuposto algo que vem antes, precede à própria existência do fato, não poderia ser, pela lógica, ser algo que vem depois da existência. Os pressupostos processuais, portanto, estes somente poderão estar vinculados ao plano da existência do próprio processo e não à sua validade.¹⁷

De forma incisiva, ensina José Orlando Rocha Carvalho que “os pressupostos processuais somente dizem respeito às circunstâncias ou exigências que se requeiram para a constituição ou existência do processo; não existem, por conseguinte, pressupostos de validade.”¹⁸

Algo que é pressuposto não pode, ao mesmo tempo, ser requisito de validade. Da mesma forma que o requisito processual não pode ser pressuposto do processo.

Não pode a jurisdição, que é pressuposto processual, estar no plano da validade do processo, pois sem ela não haveria processo, daí não se pode afirmar que o processo é válido ou inválido se ele não existe primeiro.

Os pressupostos processuais, então, são elementos necessário apenas à existência do processo, não sendo relacionados ao plano da validade. E quando se fala em pressupostos de existência, está-se cometendo uma redundância, haja vista que todo pressuposto processual diz respeito à existência.

Assim, embora haja, na literatura jurídica, a divisão dos pressupostos em pressupostos de existência e pressupostos de validade, deve-se retificar tal entendimento, na medida em que não há pressupostos de validade, uma vez que todo pressuposto é de existência.

Diante do que foi dito e, para manter coerente as premissas do presente estudo, sempre que se referir a pressuposto processual, deve-se entender

15. CARVALHO, José Orlando Rocha de, *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 68.

16. Daniel Mitidiero divide os elementos do ato processual em pressupostos, supostos e condições. Os primeiros determinam a existência do ato, os segundos a validade, e os terceiros a eficácia. Para o autor os pressupostos são precedentes e possibilitam a existência; os supostos, por sua vez, são concomitantes e proporcionam a validade e as condições são posteriores e determinam a eficácia. MITIDIERO, Daniel. O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro in *Revista de direito processual civil*. n. 35. Curitiba: Genesis, 2005. p. 47.

17. CARVALHO, José Orlando Rocha de, *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 71.

18. CARVALHO, José Orlando Rocha de, *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 109

pressuposto de existência (plano de existência). E quando for mencionado requisito, está-se referindo a requisito de validade(plano de validade).

3. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR FALTA DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS: UMA CONTRADIÇÃO LÓGICA

A ausência de pressupostos processuais não pode conduzir o magistrado a extinguir o processo. Trata-se de equívoco manifesto, compartilhado, inclusive, pelo vigente código de processo civil. O diploma processual no inciso IV, do art. 267 menciona que o processo deverá ser extinto “quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”.

A parte final do dispositivo faz alusão aos “pressupostos de validade”. Vale lembrar que não há pertinência na subcategoria dos denominados pressupostos de validade, pois como já mencionado estes não são pressupostos, no sentido próprio e exclusivo do termo, sim e tão-somente, requisitos.¹⁹

De qualquer forma, não poderá o magistrado extinguir o processo por falta de pressupostos processuais, cuja ausência implica na inexistência do próprio processo.

Inexistindo os pressupostos processuais, não há dúvidas que inexistirá o processo. E se não há pressupostos, o processo não pode ser extinto, pois não chegou a existir. Não se pode extinguir aquilo que não existe.

Para ser extinto, é preciso, antes de mais nada, que o processo exista. Pontes de Miranda, em lição que deve ser registrada, ensina que “defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois não pode ser desfeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito.”²⁰

A constatação da ausência dos pressupostos processuais não pode ser expressa através de uma sentença que extingue o processo sem resolução do mérito. Não é adequado considerar pressuposto do processo aquilo que já constitui objeto da atividade cognitiva nele cumprida.²¹

19. CARVALHO, José Orlando Rocha de, Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 105.

20. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970. Tomo IV. p. 13-14.

21. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 84.

Os pressupostos não podem ser objeto de cognição processual. Coerente com as premissas adotadas neste trabalho, ensina Marinoni que um pressuposto do processo não pode ser aferido nele próprio. Seria uma contradição lógica. O pressuposto é um antecedente imprescindível de outro. O sentido do pressuposto é o de permitir um raciocínio lógico que, a partir de sua constatação, permita a afirmação do outro. Não há qualquer racionalidade em aferir um pressuposto após a admissão da existência do objeto por ele condicionado.²²

Sendo constatada a inexistência dos pressupostos processuais, mesmo ao final do processo, conclui-se que não houve processo,²³ devendo o aparente processo ser declarado inexistente, jamais extinto.

Com efeito, os pressupostos processuais nada tem a ver com as condições da ação, nem com a pretensão do demandante. Preenchidos os pressupostos processuais, não fica o magistrado obrigado a julgar favoravelmente ao demandante, pois os pressupostos da tutela jurídica somente podem ser os pressupostos para que o estado tenha de julgar, não os pressupostos para que tenha de julgar favoravelmente ao autor ou ao demandado, ou ao terceiro que foi contra o demandante e o demandado.²⁴

A presença dos pressupostos processuais permite apenas considerar que há processo, nada mais. O mérito ou a validade do procedimento são questões à parte, cuja análise somente será realizada se os pressupostos processuais estiverem presentes.

Demais a mais, há pressupostos que estão ligados ao processo, bem como há pressupostos específicos de cada ato processual. E a inexistência destes últimos não implica na inexistência de todo o processo, mas apenas do ato ao qual lhe faltaram os pressupostos.

4. A CLASSIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS PROCESSUAIS

É bom lembrar que ao classificar determinado objeto de estudo é possível fazê-lo de diferentes maneiras, abordando diversos aspectos, e não é diferente no que tange aos pressupostos e requisitos processuais.

22. MARINONI, Luis Guilherme. Curso de direito processual civil. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 1, p. 480.

23. MARINONI, Luis Guilherme. Curso de direito processual civil. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 1, p. 480.

24. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I. p. 238.

A classificação ora adotada muito se assemelha com a proposta dos professores José Orlando Rocha de Carvalho e Fredie Didier Jr, com algumas alterações.

Eis as classificações dos juristas acima aludidos:

1. Pressupostos processuais de existência²⁵

1.1. Subjetivos

- a) A existência de alguém capaz de pedir o provimento jurisdicional;
- b) A existência de um órgão investido de jurisdição.

1.2. Objetivos

- a) A existência de uma demanda.

2. Requisitos de validade do processo

2.1. Subjetivos

- a) Competência do órgão jurisdicional
- b) Imparcialidade do órgão jurisdicional
- c) Capacidade das partes
- d) Capacidade postulatório

2.2. Objetivos

2.2.1. Positivos

- a) Petição inicial válida;
- b) Citação válida;
- c) Adequação do procedimento.

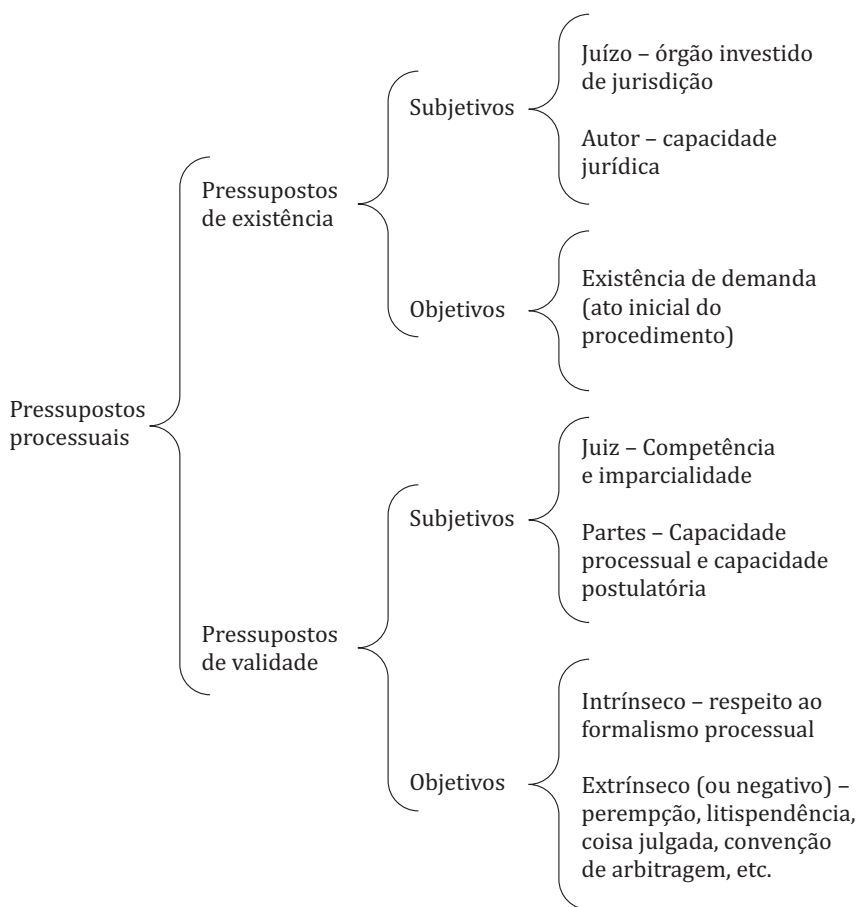
2.2.2. Negativos

- a) Coisa julgada;
- b) Litispendência;
- c) Perempção;
- d) Convenção de arbitragem.

Segue abaixo a outra classificação mencionada.²⁶

25. Classificação de CARVALHO, José Orlando Rocha de, Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 128-129.

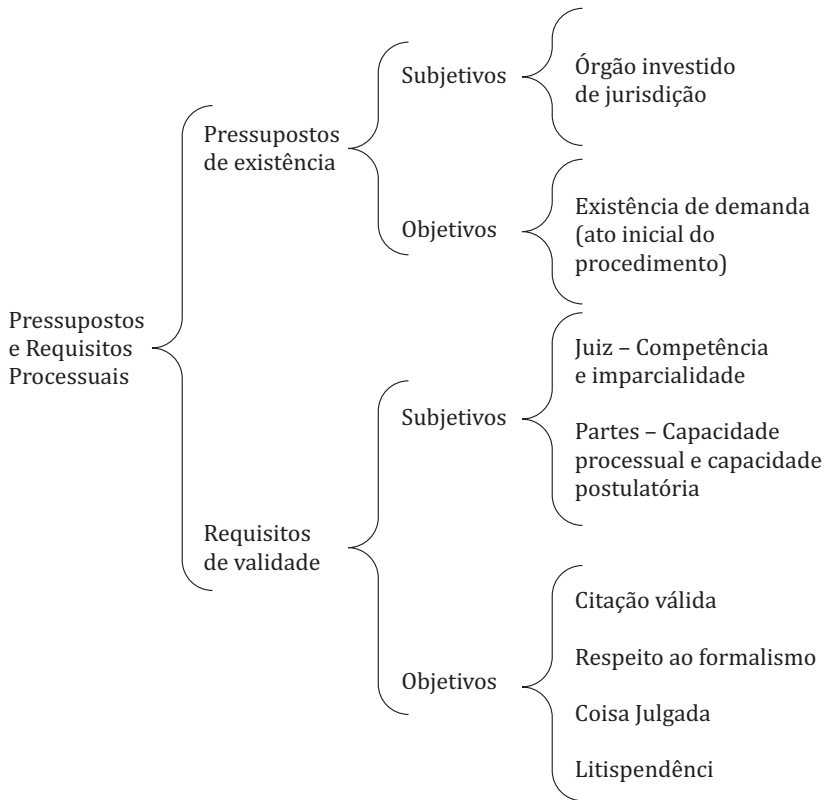
26. DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva. 2005. p.110.



A classificação dos pressupostos processuais é bem mais restrita, comporta um número menor de institutos jurídicos do que a dos requisitos de validade.

Somente há dois motivos para ser declarada a inexistência do processo. Primeiro é pela falta de demanda, sem ela não se formará o processo. E segundo, a inexistência processual será constatada se o órgão ao qual foi proposta a demanda não for investido de jurisdição.

Salvo essas duas hipóteses ventiladas, qualquer outra análise não será feita no plano da existência (é onde se verificam os pressupostos processuais), e sim nos planos da validade e da eficácia. Pois, conforme dito, apenas são pressupostos processuais a demanda e o órgão investido de jurisdição.



Já os requisitos de validade do processo são bem mais amplos, e o rol trazido, diferente dos pressupostos processuais, não é taxativo.

4. OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS EM ESPÉCIE

Os pressupostos processuais são aqueles cuja ausência implica inexistência do processo. Sem os pressupostos processuais há apenas um não-processo, ou algo que tenha aparência de um processo.

Não é unânime a doutrina em rotular quais seriam os pressupostos processuais. Há quem afirme, por exemplo, que não há pressupostos de existência do processo.²⁷

27. Nem mesmo a jurisdição seria pressuposto de existência para eles. Defendem essa posição com a hipótese do juiz que perde o cargo em virtude de decisão, e mesmo assim haveria processo, não se podendo considerar inexistente as sentenças proferidas por esses juízes. TESHEINER, Jose Maria. BAGGIO, Lucas Pereira. Nulidades no processo civil. Rio de

Por sua vez, Couture enquadra como pressupostos processuais de existência a) propositura de uma demanda; b) um órgão dotado de jurisdição; c) partes que se apresentem como sujeitos de direito.²⁸ Considera o jurista que esses institutos constituem um *minumum* necessário para que o processo exista.²⁹

Sem embargo das opiniões em contrário, existem apenas dois pressupostos processuais: a demanda e o órgão investido de jurisdição.³⁰

4.1. Órgão investido de jurisdição

Antes do estado ter monopolizado a função de julgar, havia a chamada justiça de mão própria, que era realizada pelos próprios particulares. Mas essa justiça ainda não era aplicação da lei como função específica, pois os particulares não eram investidos de jurisdição.

Só após o estado monopolizar a função de aplicação das leis, é que se pôde enxergar a jurisdição. Alguns indivíduos foram imbuídos para fazer as vezes do estado e solucionar conflitos. A partir de então se observa que determinados sujeitos eram investidos de jurisdição que, na definição de Pontes de Miranda, é a atividade do Estado para aplicar as leis, como função específica.³¹

O órgão investido de jurisdição será o primeiro pressuposto processual a ser abordado. E diante de tamanha divergência doutrinária acerca da classificação dos pressupostos processuais e requisitos de validade, o órgão investido de jurisdição é certamente o pressuposto processual mais cristalino de existência do processo.

Janeiro: Forense, 2008. p. 34.; Menciona o autor, contrariando o pensamento de Tesheiner e Baggio, que os pressupostos de existência são a jurisdição, pedido e as partes. MALTA, Chistovão Piragibe Tostes. Fontes e pressupostos processuais. Rio de Janeiro: LERFIXA, 1973. p. 28.

28. COUTURE, Eduardo J., Fundamentos do direito processual civil. (Trad.) Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 61.

29. COUTURE, Eduardo J., Fundamentos do direito processual civil. (Trad.) Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 59.

30. Para Araken de Assis demanda e jurisdição constituem, pressupostos de existência do processo: a falta de um deles não dá lugar a uma relação que ultrapasse um mero fato, desinteressante ao mundo jurídico. ASSIS, Araken. Cumulação de ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 36.

31. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I. p. 237.

A doutrina, quase que de forma unânime, afirma que a investidura de jurisdição é pressuposto de existência do processo.³² E sem ela, inexistirá o processo.

Não haverá processo se a demanda for proposta perante um delegado, por exemplo. Igualmente inexistirá processo se o feito tramitar perante aquele que não é juiz, ou se for magistrado aposentado, ou ainda aquele que não tomou posse.

Questão interessante decorre da seguinte conjectura: Tício toma posse do cargo de juiz de Direito. Posteriormente descobre-se que ele fraudou a prova do concurso que realizou e, através de decisão judicial, Tício é exonerado.

Do caso acima indaga-se, os processos, nos quais Tício sentenciou e praticou atos, existiram juridicamente?

A resposta é sim, os processos existiram juridicamente, pois a existência é verificada sempre no momento da formação do ato, jamais depois.³³ No momento da propositura da demanda, Tício estava investido de jurisdição.

Até agora, pode-se concluir que a existência é verificada na gênese do ato. Ademais também é sabido que a invalidade é verificada no nascedouro do ato jurídico. Então se a validade do ato é verificada no momento inicial, e a existência é anterior à validade, certamente a existência também será verificada na formação do ato jurídico.

A boa técnica e domínio dos planos do mundo jurídico mandam sempre se fazer a verificação dos pressupostos processuais, ou seja do plano da existência, no momento da formação do ato.

Para findar a análise da investidura de jurisdição do órgão, vale tecer algumas palavras mínimas a respeito da competência. É importante não confundir a competência com a jurisdição.

32. Nesse sentido KOMATSU, Roque. Da invalidade no processo civil. São Paulo: RT, 1991. p. 234.; CARVALHO, José Orlando Rocha de, Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. et passim; DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva. 2005. et passim; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010.; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 90.

33. Nesse sentido DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 131.

A ausência de competência não implica dizer ausência de jurisdição. O juiz incompetente é investido de jurisdição, mesmo que se trate de competência constitucional.

O juiz incompetente é competente, ao menos, para se julgar incompetente. Isso significa dizer que ele tem jurisdição mesmo sem ser competente.

A abordagem da competência é de fundamental importância, e será abordada em item à parte.

4.2. Ato de demandar

Demandar é ato de pedir.³⁴ Não se confunde com o pedido. A petição inicial pode ser inepta, por ausência de pedido, e mesmo assim (caso ela tenha sido proposta) ter havido a demanda.

O pedido é o conteúdo da demanda, que tem como seu instrumento a petição inicial. A petição inicial restringe a demanda que antes era ilimitada. A demanda é a forma de pedir ao juiz proteção jurisdicional a um direito subjetivo.³⁵

Com efeito, esse ato do procedimento é o ato jurídico com o qual o juiz é posto na obrigação de julgar o feito que lhe fora submetido. À base da sua legitimação para prática desse ato jurídico está a capacidade de ser parte.³⁶

No direito brasileiro, a regra é que o jurisdicionado deve provocar a jurisdição, sendo vedado ao juiz agir de ofício. É o que consagra o art. 2º do diploma processual.³⁷

Na maioria esmagadora dos processos, é o autor quem instaura o procedimento. Todavia, excepcionando a regra do citado art. 2º, o próprio magistrado, nos casos de inventário, conflito de competência,

34. CARVALHO, José Orlando Rocha de, Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 137.

35. SANTOS, João Eudes Mendanha dos. Pressupostos processuais e condições da ação no processo civil. Rio de Janeiro: Destaque, 2002. p. 52.

36. Pontes menciona que o autor é que põe o juiz na obrigação de resolver a questão que lhe é submetida. Não se concorda com tal, uma vez que a demanda não é ato privativo do autor. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Forense, 1974. Tomo I. p. 103; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I. p. 236.

37. Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais..

declaração de inconstitucionalidade de lei, dentre outros, pode instaurar o procedimento através de provocação oficial.

Neste momento, se faz imprescindível uma diferenciação entre a demanda e a iniciativa da parte, pois não há identidade entre esses institutos jurídicos.³⁸

Uma coisa é o ato de pedir. Outra coisa é a iniciativa da parte referida no art. 2º do CPC, onde há demanda pelo autor, ou seja, o ato de pedir é praticado pelo titular do direito a ser discutido.

Não se pode aceitar a afirmativa de que há processo sem o ato de demandar, sob o argumento de que o juiz pode agir de ofício e excepcionar o chamado princípio da demanda.

Ao instaurar o procedimento por provocação oficial, o magistrado é quem pratica o ato de demandar, pois a lei lhe confere legitimidade para tal. Não há inexistência de demanda quando a lei confere iniciativa da ação a pessoa que não é titular do direito a ser discutido, como é o caso do inventário. A exceção aí será à regra da legitimação para a causa.³⁹

E caso o magistrado, indevidamente (sem legitimidade para tal), inicie um procedimento por provocação oficial, terá ocorrido uma violação à regra da legitimidade, sendo nulo os atos praticados no processo. E não inexistente o processo.

Outrossim, imagine que Caio usa identidade falsa para se passar por João e assim ajuizar ação para conseguir benefício indevido. E logo após o despacho inicial (*cite-se a outra parte*, por exemplo), Caio é desmascarado da fraude.

Tem-se aí mais um caso de quem praticou o ato de demandar não foi a parte autora (João), mas um terceiro sem ter nenhuma relação com o direito material em questão.

Pelo que foi exposto até o momento, pode-se concluir, por ora, que é indiferente para o plano de existência do processo, que o ato de demandar seja praticado pelo autor. Tanto é que o próprio juiz, e até mesmo um terceiro estranho ao processo pode fazê-lo.

38. Percebeu a diferença BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao código de processo civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I. p. 7.

39. O autor sequer considera a exceção ao princípio da iniciativa da parte, afirmando que o juiz não agiria de ofício. BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao código de processo civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I. p. 8.

O que não é possível imaginar, e acredita-se que não há exemplos, é um processo sem o ato inicial do procedimento. Estando o juiz com obrigação de julgar um feito que lhe fora submetido só há duas opções: a) a demanda foi praticada pelo próprio autor; b) a demanda foi praticada por um terceiro, podendo ser o próprio magistrado esse terceiro quando a lei lhe conferir legitimidade.

A respeito do ato de demandar ser ou não pressuposto de existência do processo, vale aqui registrar a arguição feita durante a defesa da tese de doutoramento, na PUC/SP, do professor Fredie Didier Jr, pelo professor da USP/SP José Roberto dos Santos Bedaque.⁴⁰

Para Bedaque, o único pressuposto processual seria a jurisdição, pois a exigência de um ato inicial é uma questão física, que não repercute no exame da existência do processo.

Em resposta, Fredie afirmou que a simples presença de alguém investido de jurisdição não faz com o que o processo exista, seria necessário um impulso para tal. E por mais fértil que seja a terra, não haverá árvore sem alguém que a semeie, e o automóvel também não sairá do lugar se ninguém ligar a ignição, por mais potente que seja o motor.

Apesar dos brilhantes argumentos do professor José Roberto Bedaque, concorda-se com a tese de Fredie Didier Jr, o qual enquadra o ato de demandar como pressuposto processual.

Com efeito, considera Fredie que deve ser considerado como pressuposto de existência do processo a existência da pessoa que praticou o ato jurídico de demandar. “Se for sujeito de direito que demandou há processo, caso contrário, inexistirá processo.”⁴¹

A conclusão do jurista baiano, de que se a demanda não for praticada por sujeito de direito inexistirá processo, merece ser refletida crítica e logicamente, pois não se concorda com tal posicionamento.

De fato o ato inicial do procedimento é pressuposto processual, sobre isso não há dúvidas, sendo ponto convergente entre este trabalho e as idéias do processualista baiano supra citado. Todavia, não parece

40. DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 133. Verificar nota de rodapé 69.

41. DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 126.

lógica a afirmação de que a demanda se for praticada pelo morto, por exemplo, não haverá processo.

Para colocar os pingos nos is, primeiro há de se lembrar que a demanda é ato jurídico, ou seja, são fatos praticados pelo homem. Como a caça, a pesca, o achado do tesouro são.

Considerar a demanda como ato jurídico, significa dizer, antes de mais nada, que trata-se de um ato, ou seja, necessita que um sujeito de direito a implemente. Logo não pode o morto, o animal ou quem não seja sujeito de direito praticar um ato processual.

Idealize agora um tesouro perdido. Se alguém (sujeito de direito) o encontrar casualmente, ter-se-á ato-fato jurídico achado do tesouro, devidamente regulado pelo código civil.

Agora, caso um animal o encontre, haverá um nada jurídico. Esse fato não entrará no mundo jurídico, pois o animal não é sujeito de direito.

Pode-se concluir, portanto, que o animal, o morto, ou aquele que não é sujeito de direito não pode praticar o ato de demandar.

Assim, discorda-se da afirmação de Fredie sobre a demanda praticada por aquele que não seja sujeito de direito, implicar na inexistência do processo, pois como já dito, o ato de demandar é, antes de mais nada, ato, e necessita, para que entre no mundo jurídico, de um sujeito de direito.

A pesca só é considerada como ato-fato jurídico pesca porque houve um homem para lançar o anzol e retirar o peixe do oceano. O tesouro ocasionalmente encontrado apenas é ato-fato jurídico achado de tesouro porque houve quem por um golpe de sorte o encontrasse. E a demanda só é ato-jurídico demanda porque um sujeito de direito praticou o ato de pedir e instaurou o procedimento. Não há, portanto, demanda, sem o sujeito de direito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi dito sobre o plano de existência do processo, constata-se que não é viável o estudo dos pressupostos processuais sem o estudo prévio da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, especialmente o plano de existência. Ademais transcreve-se algumas conclusões:

- Conclui-se também, que o plano de existência é de verificação antecedente aos outros planos do mundo jurídico, a saber, o de eficácia e o da validade.

- A existência é verificada no início. Não é possível, desta forma, que um processo exista, e apenas ao final, se verifique que não há.
- O pressuposto processual deve ser sempre de existência, de sorte que não se pode estudar os pressupostos no plano da validade ou no plano de eficácia do processo.
- Apenas a jurisdição e a demanda são os pressupostos processuais. Os demais institutos, tais como competência, capacidade postulatória, citação, tráfegam nos planos da validade e eficácia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSIS, Araken. **Cumulação de ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- ARAÚJO, Gabriela Expósito Miranda de; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. **Da noção de direito ao remédio jurídico processual à especialidade dos procedimentos das execuções fundadas em título extrajudicial: ensaio a partir do pensamento de Pontes de Miranda** in Execução e Cautelar: Estudos em Homenagem a José de Moura Rocha (Coords. DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias.; CUNHA, Leonardo Carneiro da). 3ª Série. Salvador: Juspodivm, 2012.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010.
- _____. **Direito e processo**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009.
- CARVALHO, José Orlando Rocha de, **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- COSTA, Susana Henriques. **Condições a ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- COUTURE, Eduardo J., **Fundamentos do direito processual civil**. (Trad.) Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e competência**. São Paulo: RT, 2008.
- DALL'AGNOL, Jorge Luís. **Pressupostos processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1988.
- DIDIER JR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva. 2005.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário aurélio básico**. São Paulo: Nova Fronteira, 1997.
- KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: RT, 1991.

- MALTA, Chistovão Piragibe Tostes. **Fontes e pressupostos processuais**. Rio de Janeiro: Lerfixa, 1973.
- MARINONI, Luis Guilherme. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 1.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MITIDIERO, Daniel. **O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro** in Revista de direito processual civil. n. 35. Curitiba: Genesis, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre pressupostos processuais**. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1989.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo I.
- _____. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsóí. 1970. Tomo IV.
- _____. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. Tomo I.
- TESHEINER, Jose Maria. BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SANTOS, João Eudes Mendanha dos. **Pressupostos processuais e condições da ação no processo civil**. Rio de Janeiro: Destaque, 2002.

9

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA À LUZ DA TEORIA QUINÁRIA DA AÇÃO

Eduardo José Da Fonseca Costa¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. A teoria quinaría da ação – 3. As teorias sobre a eficácia da decisão antecipatória – 4. O objeto da antecipação nas ações declarativas – 5. O objeto de antecipação nas ações constitutivas – 6. O objeto da antecipação nas ações condenatórias – 7. A composição contentutística das decisões antecipatórias – 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Para que se determine a eficácia jurídica² das decisões antecipatórias, necessário é explanar-se, *prima facie*, o critério de classificação a ser empregado. De fato, ainda é majoritário entre os processualistas brasileiros o reconhecimento de que as sentenças se resumem a 3 (três) classes – declaratórias, constitutivas e condenatórias –, a despeito do aumento das adesões à teoria desenvolvida por Pontes de Miranda (a conhecida “teoria quinaría ou quíntupla”), para quem 5 (cinco) seriam as classes de sentenças, as quais se ligariam às 5 (cinco) espécies de pretensão de direito

-
1. Juiz Federal Substituto. Presidente do Juizado Especial Federal Cível de Franca – SP. Bacharel em Direito pela USP. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Membro do IBDP e da ABDPC. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual.
 2. Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. V. 1. 5a ed, São Paulo: RT, p. 490-1: “quando tratarmos das eficácias das sentenças, a noção que lhes damos é outra. Aqui, o emprego do vocábulo eficácia nada tem a ver com a validade da sentença, ou com a possível vinculação a ela das partes ou terceiros, porventura alcançados por seus efeitos. Quando dizemos que um determinada sentença tem eficácia declaratória ou constitutiva, não queremos dizer que ela seja eficaz relativamente a este ou aquele sujeito, como se diria da qualidade do ato ou negócio jurídico que seja eficaz ou ineficaz. O conceito de eficácia da sentença, mais do que a validade, ou a pura aptidão para ser eficaz, perante seus destinatários, indica a qualidade do ‘ser eficaz’, porque não se diz simplesmente que tal sentença tem eficácia, e sim que tem esta ou aquela eficácia, que ela é declaratória, constitutiva etc.”.

processual³: I) a pretensão a que se declare (daí ter-se a sentença declaratória); II) a pretensão a que se constitua, modifique ou desconstitua (daí ter-se a sentença constitutiva positiva, modificativa ou negativa, respectivamente); III) a pretensão a que se condene (daí ter-se a sentença condenatória), IV) a pretensão a que se mande (daí ter-se a sentença mandamental); V) a pretensão a que se execute (daí ter-se a sentença executiva).

Inegavelmente, tem sido difícil aos teóricos conceberem explicação satisfatória para a estruturação eficaz das decisões antecipatórias fora da teoria quinária. Como se estudará melhor adiante, segundo a teoria quinária, a obtenção antecipada do resultado prático da sentença de procedência só é possível adiantando-se elemento mandamental, ou executivo (elementos esses que tão-somente são contemplados pela intrigante teoria infundida por Pontes de Miranda). Assim, a realidade do nosso direito processual civil – tal como ela pulula na efervescência do cotidiano forense – parece estar dissolvendo o *sonho* da teoria trinária e erguendo uma teoria quinária mais *rediviva*, calcada em uma dimensão existencial do direito judiciário. Antes do advento do instituto da antecipação da tutela, a comunidade dos processualistas agarrava-se, ainda, a um “meio supremo de manter em pé a generalidade do sonho e a inteligibilidade total de todos os sonhadores entre si e, justamente com isso, a duração do sonho” (Nietzsche). Entretanto, tornou-se cada vez mais irrefutável ter eficácia mandamental ou executiva a decisão antecipatória (o que, segundo a concepção da maioria dos seguidores de Pontes de Miranda, acontece em razão de um “destacamento” do elemento mandamental ou executivo, o qual integra a composição do espectro de eficácias da futura sentença de procedência).

Ora, Pontes de Miranda jamais poderia antever que a consagração da sua teoria, tão extravagante quanto decisiva para uma ruptura do “círculo de ferro” do Processo de Conhecimento (a par de algumas críticas que se lhe reserva no presente estudo), tivesse de servir-se da estratégia singular das medidas antecipatórias para obter aceitação oficial e

3. Diz-se “pretensão processual” para dizer-se “pretensão à sentença de mérito”. Quem pretende do Estado-juiz a declaração, a constituição, a condenação, o mandado ou a execução, pretende a sentença declarativa, a sentença constitutiva, a sentença condenatória, a sentença executiva ou a sentença mandamental, respectivamente. Mas se falta alguma condição da ação, ou algum dos pressupostos processuais, as pretensões processuais não chegam a nascer; em contrapartida, se presentes as condições da ação e se preenchidos os pressupostos processuais, passa o Estado a assumir o dever de decidir sobre o fundo da causa. Daí o porquê de afirmar-se que a pretensão à sentença de mérito é pretensão processual que não foi julgada inadmissível.

impor-se definitivamente ao reconhecimento da doutrina dominante. A teoria quinária renasce, pois, como uma arte sem aura, que vem colando à pele da Processualística, não para capitular diante dela, mas, precisamente, para dissolvê-la por dentro, destroçando o *“gusto architetonico delle astratte costruzione sistematiche”*.

Como isso, passe-se a uma explanação desta originalíssima construção teórica – fruto de um homem que nela vislumbrou a síntese de suas maiores paixões intelectuais: o Direito, a Física e a Matemática – e do seu aproveitamento atual no estudo das tutelas liminares, reservando-se algumas linhas às críticas que se entenderem pertinentes.

2. A TEORIA QUINARIA DA AÇÃO

São quatro as observações que se fazem necessárias sobre a teoria quinária, tal como infundida por Pontes de Miranda.

Em primeiro lugar, como já dito, 5 (cinco) são as classes de eficácia passíveis de serem encontradas em uma resolução judiciária: declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva. Ora, *declarar* significa elucidar sobre o ser [= declaratividade positiva], ou o não-ser [= declaratividade negativa], de uma situação jurídica, ou sobre a autenticidade, ou a falsidade, de um documento. Trata-se, por conseguinte, de um “juízo de segurança”, por intermédio do qual se clarifica o mundo jurídico, eliminando-se uma situação de incerteza (exemplo de sentença declarativa: a sentença favorável de mérito proferida em uma ação de usucapião). Já *constituir* significa inovar o mundo do direito, constituindo [= constitutividade positiva], extinguindo [= constitutividade negativa] ou alterando [= constitutividade modificativa] uma situação jurídica (exemplo de sentença constitutiva: a sentença favorável de mérito proferida em uma ação de desapropriação). *Condenar* significa reprovar a conduta do réu e impor-lhe obrigação de prestar alguma coisa que é devida ao autor (exemplo de sentença condenatória: a sentença favorável de mérito proferida em uma ação indenizatória). Já *mandar* significa ordenar (exemplo de sentença mandamental: a sentença favorável de mérito proferida numa ação de mandado de segurança). Por fim, *executar* significa retirar um valor que está na esfera jurídica do réu e transferi-lo para a esfera jurídica do demandante (exemplo de sentença executiva: a sentença favorável de mérito proferida em uma ação de despejo).

Em segundo lugar, não existem sentenças puras. Não há sentença que se revele meramente declaratória, meramente constitutiva, meramente

condenatória, meramente mandamental ou meramente executiva. A eficácia extradeclaratória de uma sentença de usucapião de bem imóvel pode ser o mandado para a provocação do oficial do registro. Já a eficácia extraconstitutiva de uma sentença de extinção de usufruto legal pode ser a condenação do usufrutuário, perdente, na entrega dos bens. A eficácia extracondenatória de uma sentença de indenização por ofensa possessória pode ser a declaração da quantia devida. A eficácia extramandamental duma sentença de mandado de segurança pode ser a declaração de que inexistente a relação jurídica em que se baseia a autoridade impetrada para a coação. Por fim, a eficácia extra-executiva de uma sentença de despejo pode ser a desconstituição do vínculo locatício. Em verdade, segundo Pontes de Miranda, todos os cinco elementos coexistem: não existe sentença em que não convivam simultaneamente a declaração, a constituição, a condenação, o mandamento e a execução.

Logo, em uma sentença de despejo: I) comanda-se a restituição do bem alugado [= eficácia *executiva*]; II) desfaz-se o ato jurídico [= eficácia *constitutiva negativa*]; III) declara-se o direito do autor à recuperação da coisa locada [= eficácia *declarativa*]; IV) ordena-se o cancelamento da averbação da locação no cartório de registro imobiliário [= eficácia *mandamental*]; V) condena-se o demandado nas custas processuais [= eficácia *condenatória*]⁴. Já na sentença de usucapião de imóvel: I) declara-se o direito subjetivo de propriedade do usucapiente [= eficácia *declaratória*]; II) ordena-se a provocação do oficial de registro [= eficácia *mandamental*]; III) forma-se o título a ser levado a registro em cartório [= eficácia *constitutiva positiva*]; IV) põe-se no patrimônio do autor aquilo que até então se punha sob a égide do réu [= eficácia *executiva*]; V) condena-se o réu na custas processuais [= eficácia *condenatória*]. Ainda, na sentença de separação judicial: I) declara-se a grave violação dum dever do casamento que torne insuportável a vida em comum [= eficácia *declaratória*]; II) extinguem-se os deveres de coabitação e fidelidade recíproca [= eficácia *constitutiva negativa*]; III) ordena-se a averbação no registro civil correspondente [= eficácia *mandamental*]; IV) permite-se a partir de então a partilha dos bens [= eficácia *executiva*]; V) condena-se o cônjuge culpado nas custas do processo [= eficácia *condenatória*]⁵.

4. Exemplo extraído de ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 68-9.

5. Exemplo extraído de SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. V. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 503.

Em terceiro lugar, todos esses cinco elementos convivem dentro de uma ordem de preponderância. Ao elemento de maior preponderância confere-se o nome de *força*, que recebe o valor 5. Ao elemento de preponderância imediata dá-se o nome de *eficácia alicerçal imediata*, o qual recebe o valor 4. Ao elemento de preponderância mediata dá-se dado o nome de *eficácia alicerçal mediata*, que recebe o valor 3. Por fim, restam dois elementos mínimos de eficácia, que receberem os valores 2 e 1, respectivamente. Para Pontes de Miranda, destarte, a *força sentencial* [= carga 5] é a eficácia preponderante; já a *eficácia imediata* [= carga 4] é a que resulta da sentença, sem ser necessário qualquer novo pedido do vencedor; finalmente, a *eficácia mediata* [= carga 3] ou é aquela que diz respeito à questão prévia ou prejudicial, ou então a que enseja um novo pedido⁶. Tome-se a sentença que julga procedente a ação de indenização: carga 5 de condenatoriedade, porquanto marca a própria identidade da ação indenizatória; carga 4 de declaratividade, visto que resulta da própria sentença a declaração necessária e suficiente para ensejar a formação de coisa julgada material; carga 3 de executividade, porque enseja um pedido subsequente de execução (*actio iudicati*) para que se faça realidade no mundo dos fatos.

Aliás, para representar esse espectro de eficácia, Pontes de Miranda desenvolveu um interessante sistema de notação por coordenadas. Desta forma, numa sentença com 5 de declaração [= força], 4 de mandamento [= eficácia imediata], 3 de constituição [= eficácia mediata], 2 de execução e 1 de condenação [= eficácias mínimas] (ex.: sentença de usucapião extraordinária), tem-se a composição contencuística do tipo (5, 3, 1, 4, 2); já em uma sentença com 5 de execução [=força], 4 de constituição [= eficácia imediata], 3 de declaração [= eficácia mediata], 2 de mandamento e 1 de condenação [= eficácias mínimas] (ex.: sentença de despejo), tem-se uma composição contencuística do tipo (3, 4, 1, 2, 5); finalmente, em uma sentença com 5 de condenação [= força], 4 de execução [= eficácia imediata], 3 de declaração [= eficácia mediata], 2 de mandamento e só 1 de constituição [= eficácias mínimas] (ex.: sentença de prestação de contas), a composição contencuística é do tipo (3, 1, 5, 2, 4). Perceba-se que, invariavelmente, dentro dum tipo (x, y, z, t, w): a) x designa a carga de declaração, y a carga de constituição, z a carga de condenação, t a carga de mandado, w a carga de execução; b) as sentenças quantificam-se em uma constante, visto que $x + y + z + t$ sempre será igual a 15 (quinze).

6. Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das Ações. t. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 172.

Ademais, a partir dessa notação por ordem de preponderância Pontes de Miranda passou a classificar as sentenças por meio das suas cargas principal e alicerçal imediata, matizando os demais elementos sentenciais num verdadeiro feixe de eficácias. Portanto, no exemplo da sentença de despejo, depara-se com uma sentença executiva de eficácia constitutiva (ou, simplesmente, “sentença *executiva constitutiva*”) [= 5 de execução e 4 de constituição]; já no exemplo da sentença de usucapião, depara-se com uma sentença declarativa de eficácia mandamental (ou, então, “sentença *declarativa mandamental*”) [= 5 de declaração e 4 de mandamento]; por fim, no exemplo da sentença de prestação de contas, depara-se com uma sentença condenatória de eficácia executiva (ou, apenas, “sentença *condenatória executiva*”) [= 5 de condenação e 4 de execução].

No entanto, Pontes de Miranda pôde evitar o equívoco de afirmar que para cada tipo de ação existe uma composição contenutística que lhe seja única, como uma marca registrada. Estaria incorrendo em apriorismos reprováveis na seara jurídico-dogmática. Ora, sob a égide do mesmo *nomen iuris* (ex.: ação de nunciação de obra nova – artigos 934 a 940 do CPC), variará o espectro de eficácia da sentença de procedência na medida em que variarem os pedidos formulados pelo autor. A nunciação de obra nova *apenas demolitória* apresenta a configuração (2, 1, 4, 3, 5): é executiva, portanto. É o caso, por exemplo, de impedir-se a continuidade de uma obra erguida em desrespeito às posturas municipais e de pôr abaixo tudo aquilo que haja sido construído em seu detrimento. Em contrapartida, tem configuração do tipo (3, 1, 4, 5, 2) a nunciação de obra nova *apenas embargante*, ou seja, aquela em que se omite o pedido de reconstrução, modificação ou demolição da obra nova: é mandamental, portanto. É o caso, por exemplo, de impedir-se que se construa uma barragem nos alicerces, ainda quando as obras não hajam invadido o imóvel do nunciante⁷.

Outro exemplo paradigmático é o mandado de segurança, uma ação tipicamente mandamental, porquanto é pedido de mandado contra a eficácia de um ato de autoridade pública, ou de um agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público, perpetrado com “ilegalidade ou abuso de poder”, que ofenda, ou ameace de ofensa, um direito

7. Cf. FURTADO, Adroaldo Fabrício Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1980, nº 413.

“líquido e certo”. A ação será *mandamental declarativa*, por exemplo, se o juiz ordenar que seja tida como existente, ou como inexistente, uma relação jurídica que a autoridade tenha por inexistente, ou por existente, contra a Constituição, ou contra a lei. Em contraposição, a ação será *mandamental constitutiva*, por exemplo, se o juiz mandar que se tenha como constituído, ou por desconstituído, algum ato jurídico, uma vez que, contra a Constituição, ou contra a lei, a autoridade pública o teve por inconstituível, ou como constituído⁸.

Antes de se avançar, convém consignar que muitos processualistas entendem ser arbitrária a atribuição de números inteiros 1, 2, 3, 4 e 5 aos pesos de eficácia verificados nas sentenças. De fato, a Ciência Dogmática do Direito nunca dispôs de um expediente jurimétrico confiável para esse tipo de mensuração. Mesmo porque o postulado natural da continuidade – *lex continui* – aconselha-nos a admitir infinitos graus na constituição das substâncias componentes do universo. Deste modo, o espectro de qualquer decisão judicial apresentaria, seguramente, números fracionados. Partindo-se de tal constatação, poder-se-ia acusar o jurista alagoano de algum despotismo científico. No entanto, deve-se entender que 5, 4, 3, 2 e 1 não exprimem um quantum exato e preciso dessas cargas, mas tão-somente uma ordem de prevalência dessas eficácias. Noutros termos, a notação criada por Pontes de Miranda jamais poderá reputar-se como uma tábua quantitativa de mensuração das gradações eficaciais, mas uma tábua qualitativa de exposição da ordem de preponderância em que estes “pacotes de eficácia” se acomodam nas sentenças. Mais do que inventar uma inédita maneira *a la Pitágoras* de exposição desses predomínios, o grande mérito do jurista foi valer-se desse engenho numérico para marcar-nos a retina com a verdade do *hibridismo efical* das sentenças.

Parecem ser procedentes, entretanto, as críticas que se fazem a esse princípio da constante “15”. Apesar de auto-intitular-se “adepto do método indutivo-experimental no Direito”, Pontes de Miranda comete também o mal científico que sói contaminar gênios consagrados: a argumentação por autoridade. Lendo-se à saciedade os sete tomos do seu excepcional *Tratado das Ações*, neles não se pode encontrar um único parágrafo no qual o autor decomponha o espectro de eficácia numa determinada

8. Sobre o tema: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. t. 6. Campinas: Bookseller, 1999, p. 73.

sentença em todos os seus supostos cinco elementos, destrinchando cada um deles com alguma detenção. Quando muito, Pontes de Miranda se limita a expor a *força* e as *eficácias imediata e mediata*; no que respeita às ditas *eficácias mínimas*, o silêncio é ensurdecedor. Aliás, é no enxergar os elementos 2 e 1 em toda e qualquer sentença que residem todas as inconsistências do princípio da constante 15. Segundo o jurista, as cargas 2 e 1 são inelimináveis, visto que “toda sentença favorável declara, pelo menos, que podia ser exercida a pretensão à tutela jurídica, ou o interesse do autor; toda sentença favorável constitui, pelo menos, a si mesma, isto é, não havia, antes, sentença, e passa a haver; toda sentença favorável condena o réu, pelo menos, a sofrer a força e a eficácia da sentença e as conseqüências processuais; todas as sentenças têm elemento mandamental, que se exprime na observância de registro, certidões e outros atos; toda sentença favorável, ainda se não retira bem da vida de um para outro patrimônio, põe na esfera jurídica do autor o julgado, que é *plus* em relação à situação da esfera jurídica do réu, em que este se pôs em atitude, ou foi posto em atitude, que justificou o *minus* expresso na decisão”⁹. Ora, o trecho que acima se transcreve surpreende, pois contradiz todas as definições dadas por Pontes de Miranda para o que venham a ser a declaração, a constituição, a condenação, o mandamento e a execução. Assim, outra não pode ser a conclusão, senão um empenho do autor em salvar o seu modelo, tão atraente aos olhos da Ciência Positiva do Direito.

Apanhe-se o exemplo da sentença de falência: I) declara-se o não pagamento no vencimento da obrigação líquida, constante de um título que legitime ação executiva [= eficácia *declaratória*]; II) cria-se o estado falencial [= eficácia *constitutiva positiva*]; III) penhora-se abstratamente o patrimônio do falido [= eficácia *executiva*]; IV) ordena-se a prisão preventiva dos representantes da empresa, quando requerida com fundamento em provas da prática de um crime falimentar [= eficácia *mandamental*]. Mas onde estaria a condenatoriedade na abertura da falência, que Pontes de Miranda afirma possuir a carga 2, mas que ele próprio, em nenhuma linha do *Tratado das Ações*, se dignou a esmiuçar?

O enfrentamento dessas afirmações demandaria um livro apartado, a comportar análises que escapariam aos objetivos do presente trabalho. De qualquer sorte, algumas perguntas se mostram irrespondíveis à luz do corpo de premissas do qual se vale Pontes de Miranda: de que

9. Tratado das Ações. t. 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 141.

critério se parte para a discriminação do que recebe peso 1 e do que recebe peso 2? Como acomodar no espectro de eficácia de uma sentença condenatória a condenação nas custas processuais: haveria dupla condenatoriedade? Da mesma forma, haveria dupla mandamentalidade na sentença de mandado de segurança na qual se veja expresse, ainda, o “publique-se, registre-se (...)”? Se para Pontes de Miranda há na ação declaratória pelo menos aquela executividade a qual, após o trânsito em julgado, confere “para A, + *p*, e, para B, - *p*”, em que consistiria, então, este “*p*”? Se em toda sentença há esta constitutividade que resulta de ter sido ela proferida, então não se poderia dizer que todo e qualquer resolução judicial é constitutiva?

Em quarto lugar, esse mesmo critério utilizado para a classificação das sentenças é passível de ser estendido também a despachos e a decisões interlocutórias. Entretanto, nesses pronunciamentos – ao contrário do que se passa nas sentenças –, não convivem, inseparavelmente, os elementos declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo. Neles não se observaria o princípio da constante “15”. Esta constante sequer é presenciada naqueles pronunciamentos judiciais que, a despeito de formalmente serem “interlocutórios”, são, essencialmente, “sentenças liminares”, ou seja, pronunciamentos de mérito calcados sobre um juízo de probabilidade ou de verossimilhança, que regulam provisoriamente a controvertida relação de direito material objeto da lide¹⁰. Ora, porque não se trata exatamente de um ato pelo qual o juiz se limita a resolver questão incidente (CPC, artigo 162, §2º) – mas sim de uma decisão que há de satisfazer provisoriamente a pretensão de direito material objeto do litígio (p. ex., decisão antecipatória fundada no art. 273 do CPC) –, poder-se-ia pensar que em sentenças liminares também haveria uma concorrência de declaração, constituição, condenação, mandado e execução. Nada mais equivocado. Como se estudará ao longo deste artigo, o espectro de eficácia de sentenças liminares é decomponível tão-somente em dois elementos: mandamento + declaração (decisões antecipatórias em ação declarativa, constitutiva ou mandamental); execução + declaração (decisões antecipatórias em ação condenatória ou executiva). *Nec plus ultra*.

Aliás, o mesmo critério empregado para a classificação das sentenças é passível de estender-se aos atos administrativos (aliás, a todo e

10. Sobre a fenomenologia da sentença liminar: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares. in Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.3 e ss.)

qualquer ato do Estado). No que diz respeito aos atos jurídicos de direito público, assim bem afirma Pontes de Miranda: “há os atos condenatórios, como há os simples atos declaratórios, os constitutivos, os mandamentais e os executivos” ¹¹. Vá-se aos exemplos. Atos *declarativos*: admissões a concurso para cargo público; certidões e atestados; atos de indeferimento; constatações; apostilas. Atos *constitutivos positivos*: licenças; permissões; concessões; nomeações de funcionário, autorizações; aprovações; convalidações; ratificações; vistos; levantamento de interdição; ratificações. Atos *constitutivos negativos*: dispensas; revogações; revisões *ex officio*; invalidações; cassações de permissões, concessões e autorizações; interdições de atividades; encampações de serviço de utilidade pública; demissões de funcionários. Atos *constitutivos modificativos*: alterações de horários, percursos e locais de reuniões. Atos *condenatórios*: penas disciplinares; multas. Atos *mandamentais*: mandados; ordens de serviços; proibições. Atos *executivos*: destruições de coisas; demolições; restituições possessórias resultantes de decisões administrativas.

A relevância prática da determinação dos espectros de eficácia dos atos jurídicos da Administração Pública é inegável. Basta lembrar-se das animadas discussões que há anos vêm grassando entre os tributaristas de Alemanha, Itália e Espanha (e também do Brasil): o lançamento tributário é *declarativo*, *constitutivo* ou *declarativo-constitutivo*? Para uns, o lançamento seria declarativo, uma vez que somente formaliza a pretensão do sujeito ativo, reportando-se à data do fato gerador, momento em que surgiu a obrigação tributária¹². Para outros, o ato seria constitutivo, porque com o fato tributário surge uma obrigação de caráter geral e abstrata, enquanto pelo lançamento nasce uma obrigação de caráter individual e concreto¹³. Há ainda os que entendem que o ato seria declarativo e constitutivo: ato declarativo da obrigação e constitutivo do crédito tributário¹⁴.

11. Tratados das Ações, t. 1, Campinas: Bookseller, 1999, p. 37.

12. Cf. no Brasil: CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 227; SOUSA, Rubens Gomes de. Compêndio de Legislação Tributária. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 105 e ss.; FALCÃO, Amílcar de Araújo. Fato Gerador da Obrigação Tributária. 6a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 51 e ss.; NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Teoria do Lançamento Tributário. São Paulo: Resenha Tributária, 1965, p. 35 e ss.; BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 6a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 443-4.

13. Cf. BORGES, José Souto Maior Borges. Lançamento tributário. in Tratado de Direito Tributário. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 535-6.

14. Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 20a ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 148.

Passe-se definitivamente agora a um estudo do espectro de eficácia das decisões antecipatórias à luz da teoria quinária da ação, tal como foi compreendida por Pontes de Miranda.

3. AS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DA DECISÃO ANTECIPATÓRIA

Para a maioria dos seguidores da teoria quinária das sentenças, assistir-se-ia no fenômeno antecipatório a um adiantamento de eficácia sentencial: desejar-se-ia desde já algo que, ordinariamente, apenas seria obtido após a irradiação dos efeitos definitivos da sentença favorável de mérito transitada em julgado. Neste sentido, a redação do artigo 273 do CPC seria indicativa: “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, *os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial* (...)” (o itálico é nosso). Portanto, tudo se passaria como se se operasse um *esvaziamento* do conteúdo futuro da sentença a prolatar-se, como se uma parte do processo se desencravasse e se deslocasse para o início¹⁵. Por decorrência lógica, só se haveria de desencravar o que já estivesse lá na sentença favorável de mérito, não se podendo meter elementos extra-sentenciais nos conteúdos das decisões antecipatórias. Em outras palavras, antecipar-se-ia a atuação de elemento da sentença que se pretendesse, e jamais de um elemento estranho a ela¹⁶. Ora, mas se se pretendem obter, desde já, os mesmos resultados práticos da sentença final de mérito, pergunta-se então: qual é o elemento da sentença de mérito que se despreitaria e que, portanto, seria capaz de provocar a alteração no plano fenomênico, ensejando uma satisfação provisória da pretensão de direito material objeto do litígio? Seria o elemento declarativo? O constitutivo? O condenatório? O mandamental? O executivo? Ou então seria uma combinação dois-a-dois? Três-a-três? Quatro-a-quatro? Todos eles?

Pois bem, fundamentalmente, quatro são as correntes dogmáticas explicativas da eficácia das decisões antecipatórias: (I) é uma decisão executiva *lato sensu*¹⁷; (II) é uma decisão meramente mandamental¹⁸;

15. Metáfora extraída de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. t. LIV. p. 311.

16. Sobre o princípio da congruência em sede de antecipação de tutela: FIGUEIRA JR., Joel Dias. Comentários ao Código de Processo Civil. v. 4. t. 1. São Paulo: RT, 2001, p. 165 e ss..

17. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. v. 1. 4ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 140.

18. Cf. MARINS, James. Anotações sobre o Cabimento da Antecipação de Tutela em Matéria Tributária. in Revista de Processo nº 91, p. 126; MARINS, Victor. Antecipação de Tutela

(III) é uma combinação dos elementos executivo e mandamental¹⁹; (IV) é uma decisão mandamental, ou executiva, de eficácia imediata de declaração (*nós*). Apesar da existência de posições doutrinárias dessemelhantes a essas, as que aqui são mencionadas angariaram as maiores adesões e ensejam ainda as maiores repercussões práticas na vida forense.

Todos esses posicionamentos – registre-se – ora fundam as suas afirmações em uma ou em duas experiências isoladas de antecipações de tutela (método empírico), ora em elucubrações apriorísticas sobre princípios e regras do instituto (métodos dedutivos), subestimando-se assim a complexidade do fenômeno. No primeiro caso, têm-se aqueles que, porque se deparam com carga executiva preponderante nas decisões antecipatórias concedidas em ação condenatória, induzem que tão-só o elemento sentencial executivo haverá de ser desencravado de todas as sentenças favoráveis de mérito. Já no segundo caso, têm-se aqueles que, partindo, irrefletidamente, de algumas decisões interlocutórias mandamentais (e sabe-se que nem todas elas são preponderantemente mandamentais – *v.g.*, o falado “despacho saneador”), induzem que todas as interlocutórias, de que seriam exemplo as decisões antecipatórias, seriam mandamentais. Há, porém, aqueles que, sem dissecar experimentalmente os conteúdos de uma decisão antecipatória concreta, vêem uma combinação de eficácias incapaz de ser justificada em qualquer amostragem viva desse tipo decisório. Por estes motivos, as afirmações de que medidas liminares contêm força mandamental, ou executiva, costumam ser – a despeito da respeitabilidade de seus mentores – lançadas por argumentações impositivas, *ex abrupto* e *ex nihilo*.

No que tange a (I), justamente porque se generaliza, toma-se equivocadamente o elemento preponderante nas antecipações de tutela concedidas em ações condenatórias [= eficácia executiva] como preponderante em todas as experiências antecipatórias. Este já foi, aliás, a posição de Nelson e Rosa Nery na 2ª edição do seu *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor* (São Paulo: RT, 1996, p. 689, nota 2 ao art. 273: “Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza de execução *“lato sensu”*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida

e Tutela Cautelar. in Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997, p. 558-559.

19. Cf. WATANABE, Kazuo. Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer – Artigos 273 e 401 do CPC. in Revista de Direito do Consumidor, nº 19, p. 77.

em juízo ou os seus efeitos”) (grifos nossos). Todavia, esse tipo de ilação só seria possível se, antes de empreendê-la, o jurista tivesse de antemão descoberto que a antecipação é fenômeno só possível na ação condenatória. No entanto, não é isto que se mostra na realidade. Definitivamente, quando houvesse a antecipação de tutela nas ações declarativas e constitutivas (positivas, modificativas ou negativas), por exemplo, o que se veria despregar da sentença favorável de mérito – de acordo com os juristas mais apegados ao pensamento originário de Pontes de Miranda – seria o elemento mandamental, não o elemento executivo. Portanto, na ação declarativa e na ação constitutiva, seria o elemento de “preceituação” (em geral, a eficácia alicerçal imediata) que se descolaria de suas sentenças de mérito para integrar o núcleo eficaz da sentença liminar (i.e., o elemento mandamental deixaria de assumir a carga imediata na sentença definitiva de mérito para assumir a carga-força na sentença liminar).

Nesse caso específico, a decisão antecipatória assemelha-se não com sentenças proferidas em processo de despejo, ou em processo de execução de títulos judiciais ou extrajudiciais [= ato executivo], mas com um mandado para as testemunhas notificadas comparecerem, sob pena de condução coercitiva [= ato mandamental]. Perceba-se que é mandamental a providência jurisdicional, porque é mais específica em mandar (ou seja, o é mais explicitamente); mas, ao ordenar-se, fá-lo o juiz para promover-se a satisfação – adiantada e provisória – da pretensão de direito material objeto da demanda (obs.: as decisões antecipatórias só teriam a força executiva *lato sensu*, invariavelmente, se a sua mandamentalidade fosse um elemento ínfimo perante a sua executividade específica, tal como se verifica nas sentenças proferidas em processos de execução de título executivo extrajudicial, p. ex., dotadas elas que são de força executiva e de eficácia mandamental imediata). A objetividade processual das decisões antecipatórias é sanar uma situação de perigo de dano irreparável mediante um adiantamento da *satisfação*, que é alteração no mundo dos fatos, que só pode ser provocada – como se verá melhor adiante – pelo atuar do elemento mandamental, ou do elemento executivo. Todavia, se bem que se adiante a satisfação, as decisões antecipatórias nas ações declarativa e constitutiva *não* possuem a eficácia preponderantemente executiva.

No que diz respeito a (II), existem dois equívocos. Primeiro erro: nem todas as decisões antecipatórias são mandamentais: é executiva a força da decisão antecipatória, por exemplo, nas ações executivas (as

ordens liminares de despejo ou de reintegração de posse não deixam de ser atos executivos – conquanto sejam ordens –, haja vista que os mandados judiciais aqui e ali são meios ou instrumentos para a execução), e nas ações condenatórias por quantia certa (em que pode o juiz expedir mandado para a retenção de dinheiro depositado em conta bancária, ou mesmo para promover a constrição adiantada de bem do patrimônio do réu). Segundo erro: afirmar-se que toda decisão antecipatória é puramente mandamental, pois, como se haverá de explicar, não se antecipa a tutela sem que antes de emita um juízo de probabilidade acerca das alegações da parte requerente (daí a razão por que nas decisões antecipatórias a força é mandamental, ou executiva, e a eficácia alicerçal imediata, invariavelmente declarativa). Mas há ainda o erro daqueles que alegam ser mandamental a decisão antecipatória porque mandamentais seriam todas as decisões interlocutórias²⁰. Ora, o tão conhecido “despacho saneador” (CPC, art. 331, § 2º), por exemplo, posto que seja formalmente uma decisão interlocutória (porque aqui se está também diante dum outro exemplo de “sentença liminar”), é um ato declaratório de saneamento do processo, constitutivo do deferimento das provas e mandamental para a designação da audiência de instrução e julgamento²¹. Consequentemente, os equívocos desta segunda posição doutrinária nascem do vício instigante de se generalizar sem que se submeta a própria generalização às falseabilidades que a experiência pode acusar.

Aliás, posição similar é a atualmente resguardada pelos Professores da PUC-SP Nelson Nery e Rosa Nery, na 3ª edição do seu *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor* (São Paulo: RT, 1997, p. 546, nota 2 ao art. 273: “Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza *mandamental*, que se efetiva mediante *execução “lato sensu”*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou o seus efeitos”) (grifos nossos). A mesma posição parece ser sustentada pelo Min. Luiz Fux: “a efetivação da tutela antecipatória ocorre no mesmo procedimento em que foi deferida, sem necessidade de execução específica, abrangendo ampla fungibilidade dos *meios executivos*, mercê do seu caráter *mandamental*”²² (grifos nossos). Contudo, o equívoco parece

20. Neste sentido, p. ex.: GALLI, Leandro. Antecipação dos Efeitos da Tutela e Satisfatividade. in Revista dos Tribunais nº 767, p. 16.

21. Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. t. IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 309.

22. Tutela de Segurança e Tutela de Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo:

residir na confusão havida entre o que é o *ato de efetivação do mandado* e o que é o *ato executivo*: ou a decisão é mandamental, impondo a observância de determinada conduta a quem se dirige, sob pena de cominação de multa e/ou de sanção criminal, ou a decisão é executiva *lato sensu*, efetivando-se contra o obrigado e independentemente da sua vontade. É certo que a execução estatal é feita pelo intermédio de *mandados*: o ato executivo é, em essência, ato da parte praticado pelo juiz em seu lugar, mediante ordens e comandos do qual resultam transformações da realidade fática. No entanto, trata-se de mandados voltados para a execução; portanto, atos executivos, não atos mandamentais. Definitivamente, não se confundem *ordens executivas* (isto é, ordens que são emanadas pelo magistrado para que sejam praticados atos estatais em lugar de atos essencialmente privados) e *ordens mandamentais* (ou seja, ordens que pressupõe a existência do próprio Estado).

No que diz respeito a (III), diz-se que a decisão antecipatória se compõe de uma combinatória dos elementos mandamental e executivo. A despeito de o renomado autor intuir, aproximativamente, a compleição contutística das decisões antecipatórias, por uma infelicidade o empirismo do seu método o compele a duas omissões. Em verdade, a afirmação é lançada *ex abrupto*, sem que se decline a tábua de experiências, ou então os argumentos das ilações, que fundamente uma asserção tão importante dogmaticamente. As obviedades em Ciência do Direito, quando não se tem a humildade de explicar-lhes os fundamentos, transformam-se em *imposições* (sempre objeto de absorções acríticas em nosso meio forense).

Em primeiro lugar, jamais se elucidou qual é o elemento preponderante e qual é o elemento alicerçante (ou seja, qual deles é a força e qual deles é a eficácia imediata), o que é relevante tanto para os juristas teóricos quanto para os juristas práticos. Insista-se: todo pronunciamento judicial pode comportar (mas não comporta, necessariamente) um ligado de até cinco eficácias, que se relacionam segundo um critério da preponderância ou de hierarquia de eficácias jurídicas²³, competindo ao processualista, assim, tecer uma análise espectral interna dos pronunciamentos judiciais e discriminar-lhes, pois, a força, bem como a eventual existência simultânea de demais elementos, caso haja. Com isto se pode

Saraiva, 1996, p. 372;

23. Cf. COUTO E SILVA, Clóvis. A Teoria das Ações em Pontes de Miranda. in AJURIS: ano XV-1998, v. 43, p. 74.

conhecer qual é a eficácia preponderante [força], qual eficácia resulta da decisão antecipatória sem que haja necessidade de qualquer novo pedido do vencedor [eficácia-alicerce imediata], e qual eficácia concerne, então, à questão prévia, ou prejudicial, ou enseja um novo pedido [eficácia-alicerce mediata]. Estabelecendo-se qual a estrutura do conteúdo eficaz das sentenças liminares, restam assim estabelecidos os instrumentos por intermédio dos quais essas eficácias podem ser “atuadas” *in concreto* (convertendo-se, provisoriamente, em *efeitos*).

Em segundo lugar, como se verá melhor adiante, a decisão antecipatória não se circunscreve a uma combinação exclusiva das eficácias mandamental e executiva. Ou o seu espectro de eficácia é composto por mandamento + declaração (tal como se vê nas decisões antecipatórias proferidas nas ações declarativas, constitutivas e mandamentais), ou o seu espectro de eficácia se compõe de execução + declaração (tal como se nota nas decisões antecipatórias proferidas nas ações condenatórias e executivas). Mister já aqui ressaltar que o elemento declaratório, especificamente, é um *plus* eficaz, que funda o “juízo de verossimilhança e probabilidade” sobre o suporte fático da pretensão jurídico-material levado como fundamento da ação. Entretanto, a despeito de ser carga imediata, é ainda declaração em baixa densidade, insuficiente, portanto, para que seja formada a coisa julgada material. Quem arrisca afirmar que em toda decisão antecipatória só existe a eficácia mandamental e/ou executiva, ignora, absurdamente, a necessidade que o juiz tem de enfrentar, como uma questão prévia, antes da concessão da tutela, a presença *in casu* dos pressupostos previstos no artigo 273 do CPC. Ora, o elemento declaratório das tutelas de urgência, porque declama um juízo probabilístico necessário à concessão das liminares, é ineliminável.

No que diz respeito a (IV), trata-se de um posicionamento mais recente. Os mais importantes estudiosos das decisões antecipatórias no Direito Processual Civil brasileiro – tão pioneiros quanto exímios no estudo do instituto – lançaram a afirmação de que tais decisões irradiam a força executiva *lato sensu*²⁴. Por desgraçado princípio de aceitação irrefletida das autoridades intelectuais, um grande número de processualistas passou a repetir essa afirmativa sem quaisquer crivos. No entanto, alguns poucos, prostrados às observações extraídas das experimentações quotidianas desse instituto processual civil, tiveram de reformular

24. Nesse sentido, p. ex.: SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. v. 1. 4ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 140.

seus escritos após verem que as decisões antecipatórias também podem consistir em um ato verdadeiramente *mandamental*. Para que chegassem a essas verdades, tiveram de abandonar os acomodatícios vícios – herdados de uma inclinação brasileira para o Parnasianismo – de estudar o Direito Processual Civil por meio de um simples cálculo entre as suas regras e os seus princípios (portanto, como simples *jogada* entre as formas normativas). Ora, o Parnasianismo Jurídico Brasileiro – porque cultua a lei – encara a atividade do jurista como uma habilidade no manejo das normas jurídicas, cultuando o direito (objetivo) pelo direito (objetivo). Daí por que o processualista passa a equivaler-se, desgraçadamente, a um filólogo, que somente se apraz dos vocabulários dicionarizantes dos textos legais, sempre ricos eles em hipérbatos e atrelados à perfeição estético-racionalista. Nenhuma postura jurídico-dogmática, entretanto, pode gerar maior deformidade intelectual e periculosidade social do que esta. Como já observava Pontes de Miranda, o Direito Processual Civil é o ramo jurídico mais rente à vida, não podendo aprazer-se de meros apuros interpretativos de suas proposições normativas.

4. O OBJETO DA ANTECIPAÇÃO NAS AÇÕES DECLARATIVAS

Para que seja determinada a estruturação eficaz das decisões antecipatórias, um outro caminho não resta que não seja, antes de tudo, buscar a eficácia preponderante em cada uma das possibilidades *concretas* de tutela antecipada (i.é., das antecipações de tutela nas ações declaratórias, condenatórias, constitutivas, mandamentais e executivas). Só é possível a formulação de uma generalização uniforme quando estiver resolvido que os mesmos elementos eficaciais se encontram presentes em toda e qualquer amostragem de decisão antecipatória examinada. Logo, o único procedimento cientificamente válido para que se reconheça uma uniformidade eficaz nas decisões antecipatórias – apesar de suas inegáveis limitações cognitivas – é o método *indutivo*. A percepção de uma unidade eficaz só se faz possível, portanto, através da *generalização* das possíveis experiências antecipatórias. Tem-se para isto de: a) elaborar uma tábua classificadora, tipificadora e sistematizadora das decisões antecipatórias concedidas *in concreto* (i.é., das possíveis antecipações de tutela nas ações declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva) [estágio de *organização*]; b) descobrir o elemento de eficácia que se “despregaria” – segundo concepção corriqueira da teoria quinária – do conteúdo futuro da sentença favorável de mérito

a ser prolatada [estágio de *heurística*]; c) extrair uma compreensão geral da estruturação eficaz das decisões antecipatórias [estágio de *avaliação*]; d) construir procedimentos para a presciência da composição contenciosística de qualquer decisão antecipatória [estágio de *previsão*]. O método aqui muda, portanto: a *arquitetônica* de modelos teóricos não se debruça necessariamente sobre os princípios e as regras integrantes do sistema processual civil, mas sobre as *decisões antecipatórias*, estas havidas como *atos sociais*. Como bem afirma Pontes de Miranda, “não é cientista quem se contenta com o exercitar espontâneo e ingênuo da vocação, mas ou menos cultivada, para acarear artigos e parágrafos”²⁵.

Comece-se, assim, por uma análise da composição contenciosística das liminares concedidas em ações declarativas.

Segundo os adeptos mais tradicionais da teoria quinária, na ação declarativa não se anteciparia propriamente “declaração”, porquanto não existiria um *juízo declarativo provisório* (mas somente um *juízo declarativo de verossimilhança*): para ser declarada a existência, ou não, duma determinada relação jurídica, ou a autenticidade ou a falsidade de um determinado documento, pressupõem-se *cognição exauriente*²⁶.

Por isso, equivocam-se alguns julgadores quando negam medidas antecipatórias sob o argumento de que não se antecipa, provisoriamente, a certeza jurídica. Falta-lhes a humildade de deduzir os seus argumentos dos fatos que vêm à sua volta, e não de uma principiologia *ex hypothesi*. Apenas aos lógicos cabe a fidalguia de não condescender no conhecer das coisas mundanas, não aos juristas. Infelizmente, o processo civil ainda se encontra arraigado nesses irracionalismos românticos. Ainda são estabelecidos os cortes com a realidade, criando-se uma beleza discursiva e ilusória de ordem e de harmonia, a pretender reconciliar o

25. Sistema de Ciência Positiva do Direito. t. I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 136.

26. Neste sentido, e.g.: MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela, 5a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 44; THEODORO JR., Humberto, Antecipação de Tutela em Ações Declaratórias e Constitutivas, in Revista dos Tribunais nº 763, p. 15; LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001, p.46; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória, in Revista de Processo nº 84, p. 13; FIGUEIRA JR., Joel Dias, Comentários ao Código de Processo Civil. v. 4. t. I. São Paulo: RT, 2001, p. 273. Entendendo juridicamente possível, porém, declaração sumária em face de determinadas situações jurídicas de direito material: TOMMASEO, Ferruccio. I Provvedimenti d'Urgenza: Struttura e Limiti della Tutela Anticipatoria. Padova: CEDAM, p. 257. Há quem ainda fale em uma “declaração resolúvel” (TESHEINER, José Maria. Antecipação de Tutela e Litisregulação – Estudo em Homenagem a Athos Gusmão Carneiro. in Revista Jurídica. ano 48. ago/2000. nº 274, p. 30).

que é irreconciliável. Os discursos jurídico-dogmáticos ainda se tornam, na boca de muitos processualistas, um foro de atenção por si mesmo, e não por causa da função prática que desempenha (ou seja, é maior ainda seu valor de exposição do que seu valor de uso). Ora, pode o juiz *ordenar* ao demandado que se comporte – por meio de um *facere* ou de um *non facere* – da mesma maneira que teria de comportar-se após transitar em julgado a sentença declaratória favorável de mérito. Noutras palavras, não há a emissão de um *dictum* judicial, mas sim a expedição de um mandamento para o demandante poder obter a tutela hábil a conferir-lhe o mesmo resultado prático que seria decorrente daquela declaração sentencial. Portanto, segundo a teoria quinária, antecipar-se-ia a preceito de *non offendendo* (ou seja, o elemento imediato mandamental contido na sentença declarativa²⁷) (logo, mostrar-se-ia juridicamente possível a antecipação dos efeitos da tutela declarativa).

Como é bem afirmado por Teori Albino Zavascki, “a carga de *declaração* – que consta de todas as sentenças e que é preponderante nas ações declaratórias e bem significativa nas ações constitutivas – tem efeito de preceito. Daí dizer-se que a ação declaratória é uma *ação de preceito* e que a sentença nela proferida é uma sentença com *efeito de preceito*. Preceito é norma, é prescrição, é regra de conduta, obrigatória a seus destinatários. Como tal tem a eficácia (positiva) de estabelecer certeza sobre o conteúdo da relação jurídica litigiosa, do que decorrem conseqüências práticas, refletidas no plano do comportamento das partes a quem foi dada. Uma destas conseqüências é a de impedir, de proibir, de vedar futuros atos ou comportamentos do réu contrários ou incompatíveis com o conteúdo do preceito emitido. É uma espécie de eficácia *negativa*, de cunho marcadamente inibitório. Daí afirmar-se, na esteira de doutrina das mais especializadas, que a ação declaratória pode conter mandamentalidade ‘em alto grau’. Conforme observou Pontes de Miranda, ‘o réu, na ação declarativa, está preceitado’, de modo que ‘o autor pode ir contra o réu com o preceito, se o réu tem algo a fazer em contrário ao declarado, ou se algo fez em contrário. Não se precisa da propositura de ação nova’. Ora, essa eficácia negativa é, certamente, passível de antecipação, o que

27. No mesmo sentido: CARNEIRO, Athos Gusmão. Da Antecipação de Tutela no Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 45; TOMMASEO, Ferruccio. I Provvedimenti d’Urgenza: Struttura e Limiti della Tutela Anticipatoria. Pádua: CEDAM, 1983, p. 256: “si tratta, conviene notarlo, di provvedimenti d’urgenza che non anticipano l’effetto dichiarativo della sentenza di merito ma, ancora una volta, la condanna (leia-se “l’ordine”) a non fare quanto l’atto della domanda di mero accertamento mostrerà essere illegittimo fare”.

se dá, necessariamente, mediante ordens de não fazer contra o preceito, ou seja, ordens de abstenção, de sustação, de suspensão, de atos ou comportamentos”²⁸.

E como afirma ainda Humberto Theodoro Júnior, “qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vencedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do autor que pode ser imposta por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas. Reconhece-se, provisoriamente, o direito subjetivo do autor e impõe-se ao réu a proibição de agir de maneira contrária, ou incompatível com a *facultas agendi* tutelada”²⁹.

Apanhe-se o exemplo da ação declarativa de inexistência de relação obrigacional tributária. Aqui, a medida antecipatória pode corresponder a um mandado de vedação a que a Fazenda Pública exerça *de fato* o seu ônus de constituir um crédito líquido e certo em desfavor do sujeito passivo da mencionada relação jurídica a declarar-se inexistente, ou seja, a um mandado de proibição a que a autoridade fiscal efetue o ato de lançamento (caso em que a propositura da demanda e a dedução do pedido antecipatório devem dar-se ocorrer *antes* do ato administrativo do Fisco). A liminar pode também corresponder a um mandado de proibição a que Fazenda Pública acione executivamente, com base em certidão de dívida ativa, o sujeito passivo da relação tributária a declarar-se inexistente (hipótese em que a propositura da demanda e a dedução do pedido antecipatório devem ocorrer *após* o ato de lançamento e *antes* do aforamento da ação de execução fiscal). De qualquer modo, o que se faz em ambos os casos é a suspensão da exigibilidade tributária (cf. artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional)³⁰.

Tratar-se-ia, pois – segundo a teoria quinária –, de uma antecipação do elemento mandamental contido na sentença declaratória favorável de mérito a proferir-se ao final.

28. Antecipação da Tutela, 2a ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 84-85.

29. Processo Cautelar, 19a ed., São Paulo: LEUD, 2000, p. 408.

30. Neste sentido: MARINS, James Marins. Anotações sobre o Cabimento da Antecipação da Tutela em Matéria Tributária. in Revista Dialética de Direito Tributário nº 91, p. 128.

Daí o engano da doutrina que vê aqui uma antecipação de eficácia executiva³¹. É certo que a eficácia executiva, assim como a eficácia mandamental, atua, diretamente, no plano fenomênico, transformando a realidade; todavia, não se há de tomar uma pela outra simplesmente porque através de ambas se pode atingir o mesmo resultado prático. De fato, é possível a um ordenamento jurídico, se quiser fazer com que um determinado bem translade da esfera jurídico-patrimonial do credor para a do devedor, criar em favor daquele ou uma “ação” executiva ou uma “ação” mandamental. Entretanto, se a coisa já se encontrar na posse do credor como decorrência de uma tutela jurisdicional específica prestada pelo Estado, é bem possível que isso haja acontecido tanto *contra* a vontade do devedor (em razão da atuação de uma tutela judicial *executiva*) quanto pelo *concurso* da sua própria vontade (em razão da atuação de uma tutela judicial *mandamental*). Assim, se é verdade que a pretensão creditícia é devidamente satisfeita, isto pode dar-se de duas formas absolutamente distintas entre si.

Também na decisão antecipatória proferida em ações declarativas não se enxerga constituição ou condenação. A relação jurídica que se pretende ver declarada inexistente não é provisoriamente extinta ou modificada, nem a relação jurídica que se pretende ver declarada existente é provisoriamente gerada. Nada acontece no mundo lógico-jurídico, senão no mundo dos fatos. Do mesmo modo, a cognição *non plena* a que está confinado o juiz não lhe permite reprovar condenatoriamente a conduta de ninguém.

Portanto, segundo a teoria quinária, de um ponto de vista *estrutural*, o elemento mandamental contido nas decisões antecipatórias proferidas em ações declarativas (e constitutivas, como se verá adiante) é *derivado* do espectro eficaz interno da sentença favorável de mérito. Em contrapartida, a eficácia mandamental das sentenças cautelares é *originária*, pois não é fruto do deslocamento de um elemento da sentença principal³². Já sob um ponto de vista *funcional*, isto se explica porquanto, nas decisões cautelares, se assegura a afirmada pretensão de direito material por meio de um mandado (que, porque somente assecuratório, não integra a composição contenciosa da sentença do processo principal),

31. Sem razão, p. ex.: NERY JR., Nelson. Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor. São Paulo: RT, 2002, p. 615.

32. Sobre a mandamentalidade das decisões cautelares: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Do Processo Cautelar. 3a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 93 e ss.

enquanto nas decisões antecipatórias proferidas em ações declarativas se vai mais longe, para satisfazer-se, desde logo e interinamente, a alegada pretensão de direito material, mediante a atuação antecipada do preceito sentencial de *non offendendo* (por tais razões, aliás, percebe-se que nem tudo o que é preparatório, provisório, preventivo, instrumental ou urgente é cautelar)³³.

Logo, é plenamente possível a antecipação da tutela nas ações de declaração³⁴.

5. O OBJETO DE ANTECIPAÇÃO NAS AÇÕES CONSTITUTIVAS

Já num caso de ação constitutiva, não se antecipa, propriamente, a “constituição” (positiva, negativa ou modificativa), pois não se admite a constituição provisional de um direito em *cognição sumária*³⁵. Esta possibilidade, ademais, feriria de morte o princípio da segurança das relações jurídicas. Inúmeros poderiam ser os prejudicados se uma ação de retificação de registro público fosse julgada improcedente, p. ex., a despeito de nela o juiz haver proferido uma decisão antecipatória que, *in initio litis*,

-
33. Entendendo, no entanto, que antecipação de tutela nada mais é do que modalidade cautelar: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Antecipada. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. O Processo de Conhecimento e o Processo Cautelar. in O CPC e as suas recentes alterações – seminários. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3a Região, Div. de Serviços Gráficos: 1991, p. 15-32.
 34. Em sentido contrário, na doutrina: XAVIER, Alberto. Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 380-1; FRIAS, J. E. S.. Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública, in Revista dos Tribunais nº 728. p. 72; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela Antecipada: uma interpretação do art. 273 do CPC, na redação conferida pela Lei Federal n. 8.952, de 13-12-1994. in Reforma do Código de Processo Civil, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 184.
 35. Neste mesmo sentido: SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, Porto Alegre: Fabris, 1993, v. 3, p. 57; FIGUEIRA JR., Joel Dias. Comentários ao Código de Processo Civil. v. 4. t. I. São Paulo: RT, 2001, p. 273; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória, in Revista de Processo nº 84, p. 14; CALVOSA, Carlo. I Provvedimenti d'Urgenza; Novissimo Digesto Italiano. v. XIV, p. 448 e ss.; SATTA, Salvatore. Commentario al Codice di Procedura Civile. v. 4. Padova, 1968, p. 270 e ss. Entendendo ser possível uma “constituição provisória”: MARINONI, Luiz Guilherme, A Tutela Antecipatória nas Ações Declaratória e Constitutiva, in Revista dos Tribunais nº 741, p. 81; TOMMASEO, Ferruccio. I Provvedimenti d'Urgenza: Struttura e Limiti della Tutela Anticipatoria, Pádua: CEDAM, 1983, p. 261; ASSIS, Araken. Antecipação de Tutela. in Revista da Esmape. v. 2, n. 4. abr/jun 1997, p. 38; TESHEINER, José Maria. Antecipação de Tutela e Litisregulação – Estudo em Homenagem a Athos Gusmão Carneiro. in Revista Jurídica. ano 48. ago/2000. nº 274, p. 30.

agregasse, modificasse ou suprimisse dados com base nos quais terceiros de boa-fé viessem a celebrar negócios jurídicos ou praticar atos jurídicos *stricto sensu*. Ver-se-ia mesma conturbação social se o autor de uma ação de divórcio direito, apoiado em liminar que lhe houvesse dissolvido provisoriamente o vínculo matrimonial, contraísse segundas núpcias, conquanto viesse o juiz a perceber em sentença que os requisitos para a dissolução da sociedade conjugal ainda não se encontravam presentes. Nada pode operar-se no mundo lógico-jurídico. No entanto, para que as coisas sejam dadas no plano fático, nada impede que o magistrado *ordene* ao réu que este se comporte da mesma forma que haveria de comportar-se após o trânsito em julgado da sentença constitutiva favorável de mérito, sob pena de incorrer em multas por cada dia de atraso no cumprimento da determinação judicial³⁶. Portanto, conforme a teoria quinária mais divulgada, haveria uma mandamentalidade *derivada*³⁷, dentro da já referida crença de que o elemento mandamental se despregaria do espectro de eficácia da sentença constitutiva favorável de mérito para a composição do conteúdo da tutela de urgência satisfativa.

Como bem assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “evidentemente, haveria contradição em termos no concernente à antecipação da pura eficácia constitutiva, eficácia esta que só surge com a prolação da sentença de mérito. Todavia, nada impede que, para evitar o dano, possa o órgão judicial adotar providências de ordem mandamental, se convencido da verossimilhança do direito constitutivo alegado pelo autor. Exemplo típico tem-se na *constituição* sentencial da servidão de passagem, que embora não possa ser antecipada, não impede o órgão judicial de ordenar a passagem ou o desfazimento da obstrução à luz, para prevenir o dano”³⁸.

Como também assevera Luiz Guilherme Marinoni, “o que pode ser necessário, *v.g.*, na pendência de uma ação constitutiva, é a imposição de uma ordem para que o autor possa obter tutela capaz de lhe conferir um resultado que seria decorrente da constituição. O exemplo comum na doutrina italiana é o de ordem de consentir passagem na pendência

36. Cf., ainda, RAGONE, Álvaro J. D. Pérez. Concepto Estructural y Funcional de la Tutela Antecipatoria, Génesis, in Revista de Direito Processual Civil, v. 13, p. 515: “o que pode ser necessário, pendente uma ação constitutiva, é a imposição de uma ordem judicial (mandamento) de fazer ou de não fazer tutela inibitória para o cumprimento de uma obrigação que seria subsequente à constituição”.

37. Sobre o caráter mandamental da decisão antecipatória nas ações constitutivas: LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 90.

38. Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória. in Revista de Processo nº 84, p. 14.

da ação constitutiva de servidão, ou melhor, o da decisão que autoriza o exercício das faculdades que estão contidas no direito a ser constituído. Nessa linha, á julgado da Corte de Cassação – referido por Tommaseo – entendendo, com pleno acerto, que o *provvedimenti d'urgenza* não constitui servidão, mas autoriza provisoriamente o seu exercício. Podemos pensar, da mesma forma, e apenas para exemplificar, na tutela da ‘posse’ provisória de filho no curso de ação de desquite”³⁹.

Vejam-se os seguintes exemplos: a) a liminar concedida em ação revisional de alugueres de um imóvel residencial, em que se determina ao réu inquilino que pague os alugueres vincendos no valor pretendido pelo autor locador⁴⁰; ii) a liminar concedida em ação em que se postula o reajuste de vencimentos de servidor público, em que se ordena a implantação deste reajuste em folha⁴¹; iii) a liminar concedida em ação de anulação de deliberação de sociedade, em que se suspende a produção dos efeitos da deliberação ora impugnada⁴². De uma forma genérica, tomem-se os exemplos de antecipações de tutela nas várias ações constitutivas que versam sobre o direito de família (*e.g.*, destituição de tutor de bens de órfãos, suspensão e destituição do pátrio poder, suprimimento de outorga marital ou uxória, suplemento de idade, modificação de guarda, revisão dos alimentos, sonogados, interdição etc.)⁴³, além das hipóteses em que se proíbe ao réu o exercício de direitos, pretensões, ações e exceções decorrentes de negócio jurídico inválido⁴⁴. Nota-se que em tudo há a

39. A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 35-36.

40. Exemplo extraído de FADEL, Sérgio Sahione. Antecipação da Tutela no Processo Civil. São Paulo: Dialética, 1998, p. 46.

41. Exemplo extraído de MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela. 5a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 220-221.

42. Exemplo extraído de FONSECA, Priscila Corrêa da. Suspensão de Deliberações Sociais. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 68-70. Humberto Theodoro Júnior fornece o exemplo de anulação de uma deliberação de assembléia de sociedade anônima para aumento do capital social, em que se autoriza liminarmente o demandante a exercer de fato o poder de voto que se lhe imputava antes da decisão objeto do litígio (Antecipação de Tutela em Ações Declaratórias e Constitutivas, in Revista dos Tribunais nº 763, p. 18). Já Athos Gusmão Carneiro fornece o exemplo de ação de nulidade de deliberação que haja excluído o autor de uma sociedade recreativa, em que in limine se lhe permite continuar freqüentando provisoriamente as dependências sociais, com as normais prerrogativas que cabem aos associados (Da Antecipação da Tutela no Processo Civil. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 45).

43. Sobre o assunto, ver: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. A Tutela de Urgência e o Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1998.

44. Cf. MONTESANO, Luigi. I Provvedimenti d'Urgenza nel Processo Civile (Artt. 700-702 Cod. Proc. Civ.). Nápoles: Eugenio Jovene, 1955, p. 61.

mandamentalidade, mas não a constitutividade, a condenatoriedade ou a executividade: não há o que provisoriamente ser gerado, modificado ou extinto na relação jurídica de direito material controvertida; sob cognição sumária não há como ser reprovada provisoriamente qualquer conduta do réu; não se vê qualquer ato do juiz que, contra a vontade do réu, retira um valor do patrimônio deste para repassá-lo à esfera do autor.

(Percebe-se assim que uma Hermenêutica Processual Civil *ex hypothesi* não pode vislumbrar o fenômeno antecipatório nas ações declarativas e constitutivas, uma vez que só consegue enxergar na redação do artigo 273 do CPC uma simples fórmula normativa, isto é, uma mera abstração apriorística a partir da qual só é possível desenvolver-se uma razão discursivo-formal e extraírem-se deduções apodíticas [= “*cálculo de princípios*”]. Ao esmiuçarem a redação do artigo 273 do CPC, esquecem-se de induzir *leis* a partir de uma investigação positiva e científica das providências antecipatórias *in concreto*, como materiais jurídicos que são. Ora, não é uma *dedução* sobre idéias que nos acorda para a decisão antecipatória como um ato mandamental ou executivo, mas a *indução* partida da experimentação da atividade diária forense⁴⁵).

6. O OBJETO DA ANTECIPAÇÃO NAS AÇÕES CONDENATÓRIAS

Nas ações condenatórias, a eficácia condenatória não é passível de antecipação^{46 47}.

45. A respeito de uma teorização acerca da distinção entre o apriorismo e o cientificismo jurídico: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Introdução à Política Científica. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 166 e ss.

46. Cf. LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 44; FIGUEIRA JR., Comentários ao Código de Processo Civil. v. 4. t. I. São Paulo: RT, 2001, p. 273: a decisão antecipatória concedida nas ações condenatórias não constitui título executivo judicial. Em sentido contrário: DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 141; FADEL, Sérgio Sahlione. Antecipação da Tutela no Processo Civil, São Paulo: Dialética, 1998, p. 47; FRIEDE, Reis. Medidas Liminares em Matéria Tributária. 2a ed. São Paulo: Forense Universitária, p. 642; ASSIS, Araken de. Antecipação de Tutela, in Revista da Esmape, v. 2, n. 4, abr/jun 1997, p. 38. Falando em uma “condenação resolúvel”: TESHEINER, José Maria. Antecipação de Tutela e Litisregulação – Estudo em Homenagem a Athos Gusmão Carneiro, in Revista Jurídica, ano 48, ago/2000, nº 274, p. 32.

47. Tampouco é antecipável – como já visto acima – a eficácia declaratória. Lembre-se que, a partir da Lei 11.232/005, foi elevada à condição de título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia” (CPC, art. 584, I). Como se vê, hoje, a declaratividade que

Em verdade, o adiantamento da condenação não se presta a atender às situações atormentadas pela presença do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, visto que o elemento condenatório tão-somente atua na abstração do mundo lógico-jurídico⁴⁸. Ou seja, a necessidade de remediar-se uma situação periclitante não pode aprazer-se da simples instauração adiantada de um procedimento de cumprimento de sentença (CPC, artigos 475-I a 475-R). No caso de ações condenatórias, portanto – nos termos da teoria quinária corrente –, só a atuação adiantada da eficácia executiva poderia proporcionar a satisfação imediata necessária para sanar a situação de perigo, visto que este elemento é capaz de operar na concreção empírico-sociológica, transformando a realidade sensível.

Antecipar-se-ia a eficácia executiva, portanto^{49 50}.

Assim, nas decisões antecipatórias proferidas em ações condenatórias, o que se encontraria na primeira plana seria a executividade [= força], permitindo-se a efetivação da tutela nos próprios autos do processo. Não cabe *in casu* impugnação (CPC, art. 475-L). Logo, é dado ao magistrado decidir sobre as ponderações do réu caso alegue dúvidas ou impossibilidade material para cumprimento da decisão, sem prejuízo da interposição de recursos eventualmente cabíveis⁵¹. Já em segunda plana [= eficácia imediata], não há constituição, condenação ou mandado.

se debruce sobre esse específico objeto também abre as portas da execução estatal.

48. Neste sentido: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. v. 1. 5a ed. São Paulo: RT, p. 136.

49. Assim: TOMMASEO, Ferruccio. I Provvedimenti d'Urgenza: Struttura e Limiti della Tutela Anticipatoria, Pádua: CEDAM, 1983, p. 248.

50. Como já referido, a intenção deste texto é expor o fenômeno da tutela antecipada visto à luz da teoria quinária corrente. Entretanto, devemos consignar nossa discordância da afirmação de que a decisão antecipatória na ação condenatória nada mais seria do que um adiantamento da eficácia sentencial executiva. Em estudo futuro, ver-se-á que a decisão antecipatória não é mero pedaço da sentença que dela se destaca para a formação do provimento de urgência. Com isto, tentar-se-á enfraquecer o velho preconceito segundo o qual a técnica de efetivação da tutela antecipatória não pode ser diferente daquela estabelecida para a efetivação da sentença final. Antecipar tutela com base no artigo 273, I, não significa, simploriamente, inverter as fases do procedimento com intuito de se executar, antecipadamente, a sentença final de mérito. Ora, se se efetiva a sentença condenatória por quantia certa por intermédio de execução por sub-rogação, nada impede que a decisão antecipatória concedida na mesma "ação" seja efetivada por meio de ordem mandamental. Daí ser possível, em uma ação de indenização decorrente de acidente de trânsito, por exemplo, que o juiz ordene liminarmente ao réu que deposite o quantum relativo aos custos da cirurgia em favor da vítima, sob pena de multa diária no caso de recalcitrância.

51. Com razão, e.g., Tribunal de Alçada do Paraná, 8ª Câmara, Apelação 128.971-4, j. 15.3.1999, rel. Juiz Sérgio Arenhart, in RT 768/383.

Se o demandante deduz pedido antecipatório em uma ação indenizatória, p. ex., o juiz não pode condená-lo liminarmente [efeito jurídico-formal], muito embora possa ordenar o pagamento da quantia certa ou fixada unilateralmente em liquidação liminar, ou ordenar desde já a penhora de dinheiro que se encontre depositado em conta bancária do réu [efeito empírico-sociológico] (frise-se que aqui a eficácia do mandado executivo se sobrepõe ao efeito típico da condenação, que consistiria na criação de um mero título executivo judicial; portanto, o *officium iudicis* se substitui a um mero adiantamento da etapa de cumprimento de sentença, tornando-a desnecessária). Não há, assim, a intrusão *in initio litis* da fase de cumprimento de sentença. Tampouco se há de falar em execução provisória *stricto sensu* em autos suplementares, ou por carta de sentença⁵².

Daí por que não se pode afirmar que há um mero adiantamento de condenação: a objetividade jurídica da tutela antecipatória reside no oferecimento adiantado da própria satisfação (atendendo-se à pretensão do autor *ao resultado*, à satisfação urgente, a uma obtenção *simpliciter et de plano* do bem da vida perseguido em juízo), e nunca na oferta adiantada dos instrumentos de execução padrões (atendendo-se à pretensão do autor *aos meios*, à condenação urgente, a uma formação *simpliciter et de plano* de título executivo judicial, que só permite ao autor obter o bem da vida perseguido em juízo se aforar uma subsequente ação executória). Não se pretende que o juiz “*permita a execução*” desde logo, mas sim que

52. Neste sentido: CARNEIRO, Athos Gusmão Carneiro. Da Antecipação de Tutela no Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 58; MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. São Paulo: RT, 1992, p. 130; FUX, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela de Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 358; SILVA, Ovídio A. Baptista da. Inversão do Ônus da Prova, Aplicação Retroativa do Código de Defesa do Consumidor e “Astreintes” em Execuções por Quantia Certa, in Sentença e Coisa Julgada: Ensaio e Pareceres, 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.349. Contra, entendendo necessária a propositura da actio iudicati: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Antecipação da Tutela Jurisdicional na Reforma do Código de Processo Civil, in Revista de Processo 81/210; PASSOS, J. J. Calmon de. Inovações do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 32; BERMUDEZ, Sérgio Bermudes. A Reforma do Código de Processo Civil. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 31; DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 141; ASSIS, Araken de, Antecipação de Tutela. in Revista da Esmape, v. 2, nº 4, p. 50; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa Machado. Tutela Antecipada. 2a ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 607-608; WATANABE, Kazuo, Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer, in Reforma do Código de Processo Civil. coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 37; FRIAS, J. E. S.. Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública. in Revista dos Tribunais nº 728, p. 74).

o juiz “*execute*” desde já, pois a decisão antecipatória tende a realizar uma “pretensão executiva emergencial” [= pretensão a um adiantamento de satisfação], não uma “pretensão ao exercício emergencial de uma pretensão executiva” [= pretensão ao adiantamento da condenação]. Quem pede ao magistrado que adiante a condenação exerce só pretensão à tutela jurisdicional a que o causador, ou o responsável pelo dano, seja antecipadamente colocado em situação de repará-lo. A condenação adiantada só faz permitir antecipadamente a execução, mediante formação adiantada de título executivo judicial *secundum eventum defensionis*, sem que ainda, todavia, se execute (é o caso, no Direito Processual Civil positivo brasileiro, da “tutela monitoria”, tal como prevista nos artigos 1.102a a 1.102c do CPC). Ora, é impossível imaginar que o legislador houvesse pretendido duplicar a tutela monitoria, antecipando o juízo condenatório tanto no artigo 273 quanto no artigo 1.102⁵³.

Frise-se, além do mais, que a decisão antecipatória não tem força condenatória e, portanto, não é um título executivo judicial, pois: a) ela não recebe a chancela da norma jurídica do artigo 475-N do CPC⁵⁴; b) o artigo 273, § 3º, embora se refira a “efetivação de tutela”⁵⁵, impõe que seja observado, quando for cabível e pertinente (“no que couber e conforme sua natureza”), o disposto no artigo 588 do mesmo diploma⁵⁶. Ora, trata-se da “executividade intrínseca” de que fala L. G. Marinoni⁵⁷. Desta

53. Cf. SILVA, Ovídio Araújo Batista da. Antecipação de Tutela e Responsabilidade Objetiva. in Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 210-211.

54. Art. 584: “São títulos executivos judiciais:

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo;

IV – a sentença arbitral;

V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;

VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal;

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado judicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.

55. Art. 273, § 3º: “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”.

56. Cf. CASTELO, Jorge Pinheiro Castelo. Tutela Antecipada na Teoria Geral do Processo. v. 1. São Paulo: LTr, 1999, p. 590.

57. A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1997, p. 183-8.

impossibilidade de considerar a decisão antecipatória como título executivo deriva, pois, a inaplicabilidade das normas sobre execução forçada (salvo as excepcionalidades)⁵⁸. Além do mais, nem haveria necessidade de se efetuar uma interpretação restritiva do artigo 475-N do CPC: há diversidades conceptuais, estruturais e funcionais entre os *títulos executivos judiciais* e as *decisões antecipatórias*.

7. A COMPOSIÇÃO CONTENUTÍSTICA DAS DECISÕES ANTECIPATÓRIAS

Por indução, é possível asseverar que, na composição contentutística das decisões antecipatórias⁵⁹, a eficácia preponderante [= “força”] é sempre o *mandamento* (quando concedidas nas demandas declaratórias, constitutivas ou mandamentais), ou a *execução* (quando concedidas nas demandas condenatórias ou executivas). Ou a liminar é ordem ao réu para que este realize um determinado comportamento, sob pena de multa e/ou sanção criminal, ou por força da liminar se vai ao patrimônio do réu, para que dele se retire forçadamente valor a ser transferido para a esfera jurídica do autor. Mas outras não poderiam ser as eficácias: a tutela antecipatória busca o adiantamento da satisfação, o que implica perturbação do mundo fático e, portanto, atuação dos elementos executivo ou mandamental. A declaração, a constituição e a condenação só podem

58. Cf. TOMMASEO, Ferruccio. I Provvedimenti d’Urgenza: Struttura e Limiti della Tutela Anticipatoria. Pádua: CEDAM, 1983, p. 333: “L’attuazione coattiva del provvedimento d’urgenza non deve seguire le forme prescritte per l’esecuzione forzata e, in particolare, non ne richiede la spedizione in forma esecutiva”.

59. Diz-se formalmente “decisão interlocutória”, conquanto se entenda ontologicamente tratar de “sentença liminar”, calcada em um simples juízo de probabilidade, que regula provisoriamente o *meritum causae*. Mesmo após a alteração do conceito de sentença pela Lei 11.232/2005 (v. CPC, art. 162, § 1º), os processualistas ainda vêm utilizando-se de um critério topológico para a definição das interlocutórias, dando a entender que ela pudessem ser conceituada levando-se em conta apenas a sua precedência temporal em relação à sentença definitiva, sem qualquer consideração pela natureza das matérias sobre as quais a interlocutória decide. Em contraposição, entende-se aqui que, se dispuser o juiz, ao receber a inicial, de índice de convencimento extremamente elevado acerca da procedência do pedido (= mérito), ele poderá desde logo decidir (= tomar uma decisão), através de uma sentença liminar, provisória e sujeita a confirmação posterior, no mesmo processo, permitindo, assim, a realização antecipada do pedido que se lhe afigure verossímil (neste sentido: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares*. in *Sentença e Coisa Julgada*. 3a ed. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 284). Daí por que parte da doutrina afirma tratar-se de “decisão interlocutória de mérito de natureza satisfativa e provisória” (assim: FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4, t. 1. São Paulo: RT, 2001, p. 223 e ss.).

atuar no mundo lógico-jurídico, de maneira que ao demandante em nada beneficiariam se elas fossem a eficácia preponderante da decisão antecipatória: a realidade fática é apática à declaração a respeito da existência ou inexistência de uma relação jurídica, assim como é apática à geração, alteração ou extinção de uma relação jurídica, ou à exortação do devedor para que cumpra a obrigação ainda inadimplida. Sem o alicerce dos elementos mandamental e executivo, o mundo fenomênico permanece indiferente às energias que se desprendem da declaração, da constituição (positiva, modificativa ou negativa) e da condenação. Se na declaração, na constituição e na condenação o magistrado *concebe*, no mandado e na execução ele *compele*.

Entretanto, posto tratar-se de resolução mandamental, ou executiva, não se cuida de uma resolução puramente mandamental, ou puramente executiva. Para a forjadura do arranjo fático desejado [*ato*], o juiz tem de perder-se antes em meditações [*pensamento*].

Para que a ordem liminar mandamental, ou executiva, possa desabrochar, há o juiz antes de enfrentar uma questão prévia: elucidar a presença, ou não, dos elementos integrantes do suporte fático – necessário e suficiente – para o nascimento do seu *dever*⁶⁰ processual de conceder a provimento de urgência satisfativo. Ora, nos termos do artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil, para proferir a decisão antecipatória, além de reconhecer a presença *in casu* do perigo de dano irreparável à esfera jurídica do autor, haverá o juiz de ter como *provável* – e não apenas como *verossímil* – o suporte fático da pretensão de direito material que foi levada pelo autor como fundamento da ação. Do ponto de vista lógico-jurídico, portanto, *declara* a existência de duas situações jurídicas correlatas: no pólo ativo, a *pretensão* processual da parte demandante à tutela de urgência satisfativa; no pólo passivo, por princípio de correlação, o *dever* processual do juiz de concedê-la. Assim, a declaração (o dito “juízo declarativo de probabilidade”) é sempre uma eficácia imediata, a qual pode antepor-se a uma ordem mandamental ou a uma ordem executiva, alicerçando-a⁶¹, mas em um grau de intensidade que não lhe seja possível a aquisição de estabilidade própria da coisa julgada material.

60. Entendendo tratar-se de mera faculdade (“decisão discricionária”) e não de um dever judicial (“decisão vinculada”), por exemplo: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Antecipação de Tutela: Duas Perspectivas de Análise. in Sentença e Coisa Julgada: Ensaio e Pareceres. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 258 e ss.

61. Não admitindo declaratividade em interlocutórias: GALLI, Leandro. Antecipação dos Efeitos da Tutela e Satisfatividade. in Revista dos Tribunais n° 767, p. 22.

Ora, esse “juízo declarativo de probabilidade”, o qual é lançado na composição contenciosa das decisões antecipatórias como u’a eficácia alicerçal imediata, é sempre o resultado de um julgamento precário a ser elaborado pelo magistrado: ao conceder-se a providência jurisdicional antecipada, impulsiona-se um adiantamento da satisfação da própria pretensão de direito material objeto do litígio, satisfação esta, entretanto, que se dá sob uma cognição judicial incompleta e que há de ser completada ainda na mesma relação processual. Neste último caso, é a sentença definitiva que haverá de preencher – após ser promovida uma cognição completante – o elemento sentencial que já é presente na decisão antecipatória. Daí a razão por que é possível asseverar que essa *incompleta cognição*, tida como suficiente para que seja adiantada a satisfação da própria pretensão de direito material que é alegada pelo autor, possui o que faz a ordem liminar executiva, ou a ordem liminar mandamental, conter algo de *sentencial*. Em verdade, é esse juízo de declaração probabilística que faz com que a decisão antecipatória seja em parte liminar e em parte sentença. Liminar-sentença, pois. Assim, ao exaurir-se a ação, ao completar-se a cognição, a liminar adquire toda a culminância sentencial, quando daí então o autor passa a obter a satisfação definitiva do seu *petitum*. Com isto, põe-se por terra o antigo preconceito segundo o qual seria impossível a satisfação da pretensão de direito material objeto da demanda antes da cognição completa (“*ab executione non est inchoandum sed primo debet de causa cognosci, et per definitivam sententia terminari*”).

A par dos preconceitos, aproveite-se o ensejo para que também se ponha devido termo a algumas imprecisões terminológicas que por vezes inquinam as exposições dos processualistas sobre o assunto: chame-se a declaratividade, que caracteriza as decisões antecipatórias, de “juízo declaratório de *probabilidade*”, e não de “juízo declaratório de *verossimilhança*”. Existe aqui uma distinção que, a despeito de sutil, gera perturbações consideráveis no quotidiano forense. Ora, de acordo com o próprio artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil, “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo *prova inequívoca*, se convença da *verossimilhança da alegação* e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (destaques nossos). Nota-se que ao juiz não deve bastar simplesmente a “verossimilhança da alegação”, tal como formulada quando da concessão das medidas cautelares, porquanto ao convencimento do magistrado deve ainda concorrer

a presença duma “prova inequívoca”. Para que sejam compatibilizadas, assim, duas expressões que parecem excluir-se mutuamente (visto que qualquer prova inequívoca só pode ensejar *certeza*, não simples *verossimilhança*), entende-se que para a concessão da medida antecipatória deve haver um *plus*, que lance o juízo à frente das coisas verossimilhantes e às costas das coisas certas. Deve haver, portanto, um “juízo de probabilidade” [= “verossimilhança da alegação” × “prova inequívoca”]. Como assevera bem Nelson Nery Jr., “para conciliar as expressões *prova inequívoca* e *verossimilhança*, aparentemente contraditórias, exigidas como requisitos para a antecipação da tutela de mérito, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre elas, o que se consegue com o conceito de *probabilidade*, mais forte do que verossimilhança, mas não tão peremptório quanto o de prova inequívoca. É mais do que o *fumus boni iuris*, requisito exigido para a concessão de medidas cautelares no sistema processual civil brasileiro”⁶². Entendimento semelhante é também expressado por Cândido Rangel Dinamarco: “Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (*prova inequívoca* e *convencer-se da verossimilhança*), chega-se ao conceito de *probabilidade*, portador de maior segurança do que a mera *verossimilhança*. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou *verossimilhança*, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar”⁶³.

62. Cf. NERY JR., Nelson. Atualidades sobre o Processo Civil. São Paulo: RT, 1995, p. 53.

63. A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: RT, 1996, p. 143. No mesmo sentido, ainda: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Antecipação da Tutela Jurisdicional na Reforma do Código de Processo Civil, in Revista de Processo nº 80, p. 204; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória, in Revista de Processo nº 84, p. 12; SANTOS, Ernane Fidélis dos. Antecipação da Tutela Satisfativa na Doutrina e na Jurisprudência, in Revista de Processo nº 96, p. 51; FRIAS, J. E. S. Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública, in Revista dos Tribunais nº 728, p. 65; MARINS, James. Anotações sobre o Cabimento da Antecipação de Tutela em Matéria Tributária, in Revista de Processo nº 91, p. 126; MONIZ DE ARAGÃO, Egas. Alterações no Código de Processo Civil: Tutela Antecipada, Perícia. in Reforma do Código de Processo Civil, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 242.

8. CONCLUSÃO

Expelindo da teoria quinária os exageros, torna-se ela o mais frutífero arcabouço teórico para uma compreensão do fenômeno da antecipação, arcabouço este do qual não dispõe nenhuma comunidade científica tão bem quanto a Processualística brasileira. De fato, o problema da *eficácia jurídica* das decisões antecipatórias não tem sido estudado detidamente pela comunidade jurídica nacional, a não ser por alguns poucos estudiosos adeptos da teoria quinária. Em geral, a doutrina nacional vem debruçando-se, quase que exclusivamente, sobre o problema dos *pressupostos* para a outorga de tutelas liminares satisfativas e sobre os *instrumentos de efetivação* das decisões antecipatórias, como se a determinação destes meios de efetivação pudesse fazer-se ao arrepio duma compreensão justa e perfeita do espectro de eficácia dessas resoluções judiciais. Ora, é descobrindo-se os efeitos *in abstracto* das decisões antecipatórias (plano da eficácia) que se possibilita a fixação dos expedientes necessários para a atuação *in concreto* desses efeitos (plano da efetividade).

De qualquer forma, os juristas brasileiros sobressaem no estudo do fenômeno da antecipação tutelar, porque titulares de construções dogmáticas superiormente distintas daquelas encabeçadas pelos maiores expoentes europeus (especialmente da Alemanha e da Itália). Daí por que é encerrado o presente estudo prestando-se tributo ao responsável primeiro por tamanha originalidade teórica: Pontes de Miranda.

10

PRESCRIÇÃO: UM PANORAMA SOBRE POSIÇÕES ACERCA DE SUA PRONÚNCIA DE OFÍCIO NO PROCESSO DO TRABALHO

Elaine Ribeiro Bueno de Mendonça¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Prescrição: breves comentários sobre sua conceituação e transformações legislativas operadas sobre o instituto – 3. Inaplicabilidade do art. 219, §5º, do CPC no processo do trabalho: corrente defensora – 4. Aplicabilidade do art. 219, §5º, do CPC no processo do trabalho: corrente defensora – 5. Aplicabilidade do art. 219, §5º, do CPC no processo do trabalho: corrente pela necessidade de oitiva das partes, antes da pronúncia de ofício – 6. Conclusão – **Bibliografia.**

1. INTRODUÇÃO

Em 2006, a redação do artigo 219, §5º, do CPC foi alterada pela Lei 11.280, passando a conferir ao juiz a possibilidade de pronunciar *ex officio* a prescrição, independentemente da natureza do litígio.

A modificação teve como objetivo prestigiar o princípio da celeridade e da razoável duração do processo, contido no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição da República e, desde então, vem sendo objeto de análise no âmbito do processo civil e do processo do trabalho.

Nosso objetivo será traçar um panorama acerca dos posicionamentos da doutrina e jurisprudência sobre a aplicabilidade ou não do artigo 219, §5º do CPC no âmbito processual trabalhista, em decorrência do que dispõem os artigos 8º e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, tomando como base, por um lado, o princípio da proteção ao trabalhador e, de outro lado, a aplicação do princípio da celeridade.

1. Professora de Direito Processual Civil e Processual do Trabalho da FACIMA. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

2. PRESCRIÇÃO: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE SUA CONCEITUAÇÃO E TRANSFORMAÇÕES LEGISLATIVAS OPERADAS SOBRE O INSTITUTO

Prescrição, segundo Pontes de Miranda, é: “a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação. Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações”².

O instituto da prescrição tem por fundamento maior a necessidade de que as situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, a fim de que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda. A propósito, como bem leciona Pontes de Miranda

Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrando a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade.³

A despeito do clássico, mas atual conceito de prescrição ter atravessado décadas de maneira irretocável, o instituto da prescrição vem sofrendo transformações ao longo do tempo, notadamente no tocante à redução dos prazos prescricionais ou, ainda, em relação à possibilidade de sua decretação de ofício.

No Direito Civil, uma breve comparação entre os códigos de 1916 e 2002 nos permite verificar tal transformação, já que os prazos prescricionais foram reduzidos significativamente.

Com relação à possibilidade da decretação da prescrição de ofício, vislumbra-se uma transformação que parte de previsões legislativas de uma prescrição ligada ao interesse exclusivo das partes, para previsões sobre prescrição como matéria de ordem pública, vejamos. O Código Civil de 1916 previa que o juiz não poderia conhecer a prescrição de direitos patrimoniais, quando não invocada pela parte, donde se deduz que os direitos não-patrimoniais poderiam ser objeto de decretação de ofício. De igual forma, o Código Processual Civil, antes da reforma

2. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo VI. p. 135.

3. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Op. cit., p. 136

do artigo 219, sobre a qual se debate, estabelecia que *“não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato”*. Já em 2002, o Código Civil em seu artigo 194, passou a tratar do assunto da seguinte forma: *“o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer o absolutamente incapaz”*. Por fim, com a edição da Lei 11.280/2006, alterou-se a redação do artigo 219, parágrafo 5º do CPC, sem fazer distinção entre direitos patrimoniais ou não-patrimoniais estabelecendo que *“o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”*.

No âmbito do Processo do Trabalho, a restrição ocorreu em relação ao trabalhador rural, que teve seu prazo prescricional reduzido para cinco anos, em decorrência da alteração por emenda do artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal.

A Constituição Federal estabeleceu para o trabalhador urbano e rural duas espécies de prescrição: a parcial e a total. A prescrição parcial é de 5 (cinco) anos e ocorre no curso da relação de emprego. A prescrição total, por sua vez, possui o prazo de 2 (dois) anos, contados após a extinção do contrato de trabalho, como limite para o trabalhador propor sua ação.

Muito embora a legislação trabalhista tenha tratado de maneira particular sobre os prazos prescricionais, restou omissa no que diz respeito à iniciativa para declaração dos efeitos da prescrição. Assim, os dispositivos do Código Civil e Código de Processo Civil anteriores à Lei nº 11.280/06, que previam a necessidade de arguição da prescrição, pela parte interessada, bem como as possibilidades de decretação de ofício pelo Juiz, eram aplicados subsidiariamente no Processo do Trabalho.

A propósito, os artigos 769 e 8º, parágrafo único da CLT elencam dois requisitos à aplicação subsidiária do Direito Processual Comum ao Processo do Trabalho, quais sejam: a omissão do ordenamento jurídico trabalhista e a compatibilidade da norma subsidiária com a CLT e princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

No que tange ao primeiro requisito, tem-se que a opinião majoritária caminha na direção de que a legislação trabalhista é omissa quanto à temática da prescrição de ofício. Todavia, parte da doutrina vem entendendo que o dispositivo em questão é incompatível com o processo trabalhista sob a ótica do princípio da proteção, como veremos a seguir.

3. INAPLICABILIDADE DO ART. 219, §5º, DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO: CORRENTE DEFENSORA

A corrente que defende ser inaplicável a decretação de prescrição de ofício ao Processo do Trabalho, baseia-se nos princípios informadores do Direito do Trabalho, notadamente, no princípio da proteção ao trabalhador, um dos maiores pilares do regime jurídico trabalhista.

O princípio da proteção é apontado pela doutrina como a verdadeira razão de existência do Direito do Trabalho, em decorrência da hipossuficiência do empregado frente ao empregador, princípio que se mostra atuante também no Processo do Trabalho, segundo asseguram os defensores desta corrente, uma vez que se trata do instrumento do qual se vale o empregado para ter respeitados seus direitos no ordenamento jurídico trabalhista.

A propósito, defendendo a aplicação do princípio protetor no processo do trabalho, Carlos Henrique Bezerra Leite ressalta que

O princípio da proteção deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para realizar o Direito do Trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes no processo laboral.⁴

Mais adiante complementa:

A desigualdade econômica, o desequilíbrio para a produção de provas, a ausência de um sistema de proteção contra a despedida imotivada, o desemprego estrutural e o desnível cultural entre empregado e empregador são realidades transladadas para o processo do trabalho.⁵

Renato Saraiva, fazendo menção, ainda, a Wagner Giglio e Sérgio Pinto Martins como co-defensores da corrente, manifesta

Pelo princípio da proteção, o caráter tutelar, protecionista, tão evidenciado pelo direito material do trabalho, também é aplicável no âmbito do processo do trabalho, o qual é permeado de normas, que, em verdade, objetivam proteger o trabalhador, parte hipossuficiente da relação jurídica laboral.⁶

4. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTR, 2010. p. 79.

5. Ibidem, p. 80.

6. SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Gen, 2010.

Assim é que, para os defensores da inaplicabilidade do art. 219, §5º, do CPC no Processo do Trabalho, como a prescrição, via de regra beneficia o empregador inadimplente, em detrimento do empregado, seu reconhecimento pelo Juiz do Trabalho, de ofício, constitui afronta ao princípio da proteção. Repisam que o direito processual comum somente se apresenta como fonte subsidiária do direito processual do trabalho naquilo que não for incompatível com seus princípios fundamentais.

Para esta corrente, admitir-se que o juiz possa pronunciar a prescrição *ex officio*, em obediência irrestrita às disposições processuais civis implicaria também em ofensa à Constituição Federal, que erigiu o valor social do trabalho e a dignidade humana a fundamentos da República.

Maurício Godinho Delgado entende que a presente discussão acerca da prescrição no processo do trabalho não resiste, inclusive, ao critério da especialidade na aplicação das regras jurídicas e leciona:

A jurisprudência firmou-se quanto à incompatibilidade do novo dispositivo com a ordem justralhista (arts. 8º e 769 da CLT). É que, ao determinar a atuação judicial em franco desfavor dos direitos sociais laborativos, a novel regra civilista entra em choque com vários princípios constitucionais, como da valorização do trabalho e do emprego, da norma mais favorável e da submissão da propriedade à sua função ambiental, além do próprio princípio da proteção.⁷

Para o referido autor, o Direito Civil é ramo geral do direito relativamente ao Direito do Trabalho, sendo certo que o mesmo critério cronológico sucumbe face à especialidade, de modo que se a regra nova tiver caráter geral não pode ser aplicada em detrimento da regra especial, caso contrário, haveria a eliminação de todos os ramos jurídicos especializados. Nessa linha de raciocínio, somente se admitiria a importação de regra exógena ao direito laboral se houvesse compatibilidade com os princípios da efetividade da jurisdição, da dignidade da pessoa humana em sua dimensão sócio-laborativa, da valorização do trabalho e emprego, da subordinação da propriedade à sua função social e com os princípios trabalhistas basilares, tais como o da proteção e da norma mais favorável.⁸

7. DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2012. p.272.

8. DELGADO, Mauricio Godinho. A prescrição na Justiça do Trabalho: novos desafios. Revista Trabalhista Direito e Processo, São Paulo, ano 8, n. 26, jan./mar. p. 17-25, 2008.

Complementa o autor indicando que magistrado passaria à condição de defensor do devedor e protetor do interesse privado. Além disso, indica que o pronunciamento de ofício da prescrição não encontra respaldo no Direito do Trabalho e colide com o art. 7º da CLT, já que se afigura norma menos favorável condição social do trabalhador, sendo certo que a sua aplicação no processo laboral representaria enorme retrocesso do ponto de vista da efetividade social e cultural dos direitos fundamentais do trabalho e revelaria a influência do pensamento individualista, patrimonialista e antissocial.⁹

O autor Jorge Luis Souto Maior ao comentar os reflexos sobre a alteração do artigo 219 no processo do trabalho, também se posiciona por sua inaplicabilidade:

A Justiça do Trabalho tem a função precípua de fazer valer esses direitos. Sua celeridade, sem essa perspectiva, não é nada. Não há, portanto, nenhum sentido em se transformar o juiz trabalhista em sujeito cuja atividade, por iniciativa própria, sirva para aniquilar os direitos trabalhistas. A norma é incompatível e, consequentemente, não vincula o juízo trabalhista. A sua aplicação no processo do trabalho, portanto, constitui grave equívoco também sob a ótica positivista.¹⁰

Luciano Athayde Chaves, muito embora defenda a aplicabilidade do art. 219, §5º, do CPC ao processo do trabalho cita Marcos N. Fava, ao assentar que a incidência da decretação de ofício da prescrição na seara trabalhista, ainda que presente lacuna normativa, não é possível, pois

não enseja melhoria das condições de vida do trabalhador (art. 7º, *caput*, da Constituição da República), implica retrocesso social, impossibilita a renúncia da prescrição pelo devedor e inverte a hierarquia das normas, fazendo prevalecer a regra adjetiva sobre a Carta Maior.¹¹

Apontando uma colisão entre os princípios da proteção e da celeridade, José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva provocada pela norma prevista no art. 219, §5º, do CPC:

(...) se há perda de tempo e dispêndio inútil de atos processuais quando o juiz instrui e julga o processo e depois a prescrição é

9. Ibidem, p. 17-25.

10. MAIOR, Jorge Luiz Souto *apud* SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Gen, 2010. p. 361.

11. FAVA, Marcos Neves *apud* CHAVES, Luciano Athayde. Curso de Processo do Trabalho. São Paulo: LTR, 2012. p. 523.

argüida em segundo grau, bastaria uma alteração do art. 300 do CPC para que ficasse claro que a única oportunidade dada ao réu a fim de argüir a prescrição é a da apresentação da defesa. Por fim, arremata o citado jurista: Portanto, se o enfoque não é a segurança jurídica, mas a celeridade processual, a colisão se dá entre os princípios da proteção e da celeridade. Ocorre que a celeridade somente se justifica no processo do trabalho caso se preste à pronta satisfação do direito material do trabalhador. Destarte, pode-se afirmar que é mesmo incompatível com o sistema do processo laboral a norma do § 5º do art. 219 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.280/2006.¹²

O entendimento jurisprudencial também tem caminhado neste mesmo sentido:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. PRESCRIÇÃO. PRONÚNCIA DE OFÍCIO. INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. A disposição contida no art. 219, § 5º, do CPC, a qual determina a decretação de ofício da prescrição, não se compatibiliza com os princípios que regem o Direito do Trabalho, notadamente o da proteção (art. 8º da CLT), que busca reequilibrar a disparidade de forças entre trabalhador e empregador. Essa nova regra pode ser bem recebida em outras searas, mas não se pode olvidar que o art. 7º da Constituição revela-se como uma centelha de proteção ao trabalhador a deflagrar um programa ascendente, sempre ascendente, de afirmação dos direitos fundamentais. Quando o *caput* do mencionado preceito constitucional enuncia que irá detalhar o conteúdo indisponível de uma relação de emprego e de logo põe a salvo -*outros direitos que visem à melhoria de sua condição social*-, atende a um postulado imanente aos direitos fundamentais: a proibição de retrocesso. Precedentes da SBDI-1 e de todas as Turmas desta Corte. Recurso de embargos conhecido e não provido Processo: E-RR – 599200-47.2006.5.12.0035 Data de Julgamento: 17/11/2011, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 25/11/2011.¹³

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 219, § 5º, DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. DESPROVIMENTO. A prescrição é a perda da pretensão pela inércia do titular no prazo que a lei considera ideal para o exercício do direito de

-
12. SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira. As recentes alterações do CPC e sua aplicação no processo do trabalho. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária/ Síntese Trabalhista, Porto Alegre, n. 208, p. 44-45, 2006.
 13. BRASIL. TST, Recurso de Embargos 599200-47.2006.5.12.0035. Relator: Min. Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, 17/11/2011. Publicado em: 25/11/2011.

ação. Não se mostra compatível com o processo do trabalho, a nova regra processual inserida no art. 219, § 5º, do CPC, que determina a aplicação da prescrição, de ofício, em face da natureza alimentar dos créditos trabalhistas. Ao contrário da decadência, onde a ordem pública está a antever a estabilidade das relações jurídicas no lapso temporal, a prescrição tem a mesma finalidade de estabilidade apenas que entre as partes. Deste modo, necessário que a prescrição seja argüida pela parte a quem a aproveita. Recurso de revista conhecido e desprovido. Processo: RR – 40400-56.2006.5.03.0028 Data de Julgamento: 05/03/2008, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 28/03/2008.¹⁴

4. APLICABILIDADE DO ART. 219, §5º, DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO: CORRENTE DEFENSORA

conforme já visto, a nova redação do art. 219, §5º, do CPC, tem por fundamento principal a concretização da vontade constitucional de garantir a celeridade e a duração razoável do processo, conforme estatui o art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, o qual adveio da EC nº. 45/2004. Diga-se de passagem, tais princípios têm sido utilizados como principal argumento para a aplicação da prescrição de ofício ao processo do trabalho.

Cite-se, por oportuno, que o Processo do Trabalho sempre buscou a informalidade, simplificação e concentração de atos processuais, com uma única razão de fundo: a busca da celeridade e efetividade.

De igual forma, argumenta-se que a hipossuficiência do trabalhador limita-se à tutela pelo direito material do trabalho e pela legislação trabalhista, não havendo espaço para a proteção suplementar processual. Qualquer privilégio processual a mais em favor do trabalhador, implicaria em desrespeito ao artigo 125, I, do CPC, que exige o tratamento isonômico das partes em juízo. Assim é que o aplicador da lei – o magistrado – deve se valer, de forma imparcial, da legislação material, já protetora do trabalhador, sem tender para a aplicação de privilégios processuais.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia sustenta

Eventual hipossuficiência de uma das partes da relação jurídica de direito material – condição esta que não se restringe ao âmbito do Direito do Trabalho, podendo perfeitamente ocorrer em outros ramos do Direito, mesmo Civil lato sensu – não é critério previsto,

14. BRASIL. TST, Recurso de Revista 40400-56.2006.5.03.0028. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 05/03/2008. Publicado em: 28/03/2008.

no sistema jurídico em vigor, como apto a excepcionar a aplicação da disposição legal em questão (...) Não se pode admitir que o juiz, como sujeito imparcial no processo, possa querer “beneficiar” uma das partes, deixando de pronunciar a prescrição, matéria que, de acordo com a lei atual, deve ser conhecida de ofício.¹⁵

Posição interessante, ainda, é no sentido de que haveria certa incoerência histórica em se utilizar o princípio da proteção ao trabalhador somente após a modificação do artigo 219, § 5º, do CPC. Para essa corrente o princípio da proteção – baseado na natureza alimentar dos créditos trabalhistas e no estado de hipossuficiência do sujeito obreiro, nunca se constituiu em óbice à aplicação do instituto da prescrição no âmbito laboral, não devendo o ser também para incidência de ofício da prescrição, senão vejamos.

Luciano Athayde Chaves vem sustentando a aplicabilidade da pronúncia *ex officio* do instituto prescricional e indica que a aplicação do pronunciamento guarda coerência metodológica em relação ao quadro normativo e hermenêutico anterior à Lei 11.280/2006:

a mudança do texto do artigo 219, §5º, do CPC e a revogação total do artigo 194 do Código Civil afetam toda a nossa tradição jurídica sobre a prescrição extintiva, posto que – embora seja instituto que tem por escopo a garantia das relações jurídicas – sempre foi considerada uma de suas características, inclusive que a discernia da decadência, o fato de não poder ser decretada *ex officio* pelo juiz, nas hipóteses que versem sobre direitos patrimoniais.¹⁶

O autor cita, no mesmo sentido, o entendimento de Manoel Antônio Teixeira Filho:

... até então, o Juiz somente poderia pronunciar, *ex officio*, a prescrição no caso de direito não patrimonial. Em consequência, foi expressamente revogado o artigo 194 do código Civil, segundo o qual o juiz não poderia suprir, de ofício, a falta de alegação da prescrição. Sob esse aspecto, a prescrição foi equiparada à decadência, pois esta, quando estabelecida por lei, deve ser declarada de ofício pelo Juiz (código Civil, art. 210) (...) A norma incidirá no Processo do Trabalho pelo mesmo motivo que o artigo 219, §5º, do CPC, em sua redação anterior, era pacificamente aplicado ao processo do trabalho. Não haverá antagonismo com o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal.¹⁷

15. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Evolução da prescrição de ofício no âmbito trabalhista. Revista TST, Brasília, v. 74, n. 1, jan/mar. p. 121-132, 2008. p. 125.

16. CHAVES, Luciano Athayde. Curso de Processo do Trabalho. São Paulo: LTR, 2012. p. 525.

17. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio *apud* CHAVES, Luciano Athayde. Curso de Processo do Trabalho. São Paulo: LTR, 2012. p. 525.

Sérgio Pinto Martins observa que

... há omissão na CLT sobre a possibilidade da arguição da prescrição de ofício pelo juiz. Não há incompatibilidade com as normas do Título a que se refere a CLT, pois esta se refere a normas e não a princípios. Logo, é aplicável ao §5º do art. 219 do CPC ao processo do trabalho. A CLT não faz referência ao momento em que a prescrição deve ser argüida, daí a aplicação do CPC. Para o empregado, a declaração da prescrição de ofício pelo juiz implica situação desvantajosa, pois o empregador poderia não alegar a prescrição, mas o referido parágrafo será observado no processo do trabalho.¹⁸

A posição de Renato Saraiva não destoa das demais aqui capituladas:

entendemos que o juiz do trabalho, com base nas modificações efetuadas pela Lei 11280/06, também deverá pronunciar, de ofício, a prescrição dos direitos trabalhistas atingidos pelo prazo prescricional previsto no artigo 7º.inciso XXIX, da CF/88.¹⁹

Por fim, mais um forte argumento desta corrente está na indicação de que, por se tratar de instituto de ordem pública, criado para estabilização do direito tornado incerto pela violação, é perfeitamente possível seu reconhecimento de ofício. A propósito a lição de Amauri Mascaro Nascimento:

Como dever do juiz, a sua declaração atende à natureza e finalidade. É matéria de ordem pública constitucional visando a segurança jurídica. A sua finalidade é a proteção do devedor para que não sofra, indefinidamente, a cobrança de uma obrigação que, pelo decurso do tempo, não é mais razoável que venha a ser exigida.²⁰

A jurisprudência também já caminhou no sentido apregoado por esta corrente:

PRESCRIÇÃO – DECLARAÇÃO DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE – ART. 219, § 5º, DO CPC. 1. A nova regra do art. 219, § 5º, do CPC, de aplicação imediata aos processos pendentes, à luz do art. 1.211 do mesmo diploma legal, prevê a declaração de ofício da prescrição, aplicando-se necessariamente nesta Justiça Especializada. Para tanto, basta verificar o preenchimento das condições previstas no art. 769 da CLT sobre aplicação subsidiária da legislação processual civil na esfera trabalhista, quais sejam, a omissão e a compatibilidade da regra civil

18. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012. p. 304.

19. SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Gen, 2010 p. 359.

20. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 348.

com o Processo do Trabalho. 2. "In casu", a legislação trabalhista é omissa sobre a iniciativa para declaração dos efeitos da prescrição, pois o diploma consolidado apenas estabelece prazo prescricional (CLT, art. 11). Ademais, a nova regra não é incompatível, tampouco exclui o princípio da tutela do hipossuficiente que fundamenta o Direito do Trabalho, pois a fragilidade do trabalhador em relação ao empregador é apenas econômica, já tutelada pela legislação substantiva, não se justificando privilégio suplementar processual nesse campo, o qual implicaria ofensa ao art. 125, I, do CPC, que exige o tratamento isonômico das partes em juízo. O magistrado trabalhista deve aplicar de forma imparcial uma legislação material que já é protetiva do trabalhador. 3. Importante registrar que a declaração de ofício da prescrição contribui para a efetiva aplicação dos princípios processuais trabalhistas (garantia da informalidade, da celeridade, do devido processo legal, da economia processual, da segurança jurídica, bem como do princípio constitucional da razoável duração do processo e da dignidade da pessoa humana), impedindo a prática de atos desnecessários, como, por exemplo, nas demandas em que o direito material discutido já se encontra fulminado pela prescrição. 4. Finalmente, é mister frisar que o próprio dispositivo anterior, que previa a necessidade de arguição, pela parte interessada, da prescrição de direitos patrimoniais, tinha sede civil e processual civil (CC, art. 194; CPC, art. 219, §5º), e era aplicada subsidiariamente na Justiça do Trabalho à minguia de regramento próprio desta. Mudando a legislação que disciplina o modo de aplicação da prescrição (revogação do art. 194 do CC e alteração da redação do § 5º do art. 219 do CPC), a repercussão é inexorável na esfera laboral. Pretender a não-aplicação da regra processual civil ao Processo do Trabalho, nessa hipótese, deixa sem respaldo legal a exigência judicial da arguição, pela parte, da prescrição, como condição de seu acolhimento, o que atenta contra o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II). 5. Nem se diga que a norma civil revogada subsiste no Processo do Trabalho como princípio, uma vez que, havendo norma legal expressa em sentido contrário, não há possibilidade de remissão a princípio carente de positividade, mormente em matéria processual, que se norteia por regras claras e expressas. As próprias regras do CPC de 1939 que ainda subsistem como princípios sob a égide do CPC de 1973 (v.g., arts. 809 e 810, prevendo os princípios da variabilidade e fungibilidade recursais) são apenas aquelas que não foram expressamente contrariadas por dispositivos que estabelecessem procedimento diverso. Processo: RR – 630600-91.2007.5.09.0661 Data de Julgamento: 27/05/2009, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/05/2009.²¹

21. BRASIL. TST, Recurso de Revista 630600-91.2007.5.09.0661. Relator: Min. Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 27/05/2009. Publicado em: 29/05/2009.

5. APLICABILIDADE DO ART. 219, §5º, DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO: CORRENTE PELA NECESSIDADE DE OITIVA DAS PARTES, ANTES DA PRONÚNCIA DE OFÍCIO

Terceira corrente acerca do assunto vem sendo sustentada por autores que entendem pela aplicabilidade do art. 219, §5º, do CPC no Processo do Trabalho, mas que defendem o contraditório das partes, antes do pronunciamento sobre a referida prescrição.

Assim, para a presente corrente, embora seja aplicável ao processo do trabalho a regra contida no art. 219, parágrafo 5º, do CPC, deverá o Magistrado ouvir previamente as partes antes da decretação da prescrição, pois: o reclamado pode renunciar à prescrição (art. 191 do CC), bem como pode ser de interesse no julgamento do mérito propriamente dito da demanda, objetivando promover futura ação de reparação em face do autor (arts. 574 do CPC e 940 do CC); o reclamante também deve ser ouvido, pois a decretação da prescrição representa um fato extintivo do direito do autor. Além disso, pode o reclamante apresentar eventuais causas suspensivas ou interruptivas da prescrição.²²

Para Sérgio Pinto Martins

pode haver violação ao contraditório em relação ao autor, principalmente quando argüida de ofício pelo juiz no segundo ou no terceiro graus, inclusive quando desconhece causas suspensivas ou interruptivas em relação à prescrição. Violaria o inciso LV do artigo 5º da Constituição, já que o Juiz aplica a prescrição de ofício e não teria a obrigação de ouvir a parte contrária. Caso o processo esteja na fase de conhecimento, o ideal é o juiz realizar a audiência de conciliação, visando tentar acordo entre as partes, que representa a solução negociada e consensual do conflito, sem imposição do Estado. Se o juiz for aplicar a prescrição de ofício, o ideal é dar vista às partes para manifestação, evitando erros que possam surgir²³.

Processualistas civis abraçam essa posição de maneira frequente, orientando que para conciliar o §5º do art. 219 do Código de Processo Civil e a possibilidade de renúncia da prescrição prevista no art. 191 do Código Civil, o juiz deve atuar em conformidade com o princípio da

22. SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Gen, 2010. p. 359.

23. MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. Rio de Janeiro: Atlas, 2012. p. 304.

cooperação processual, ouvindo as partes tão logo vislumbre a ocorrência de prescrição do direito postulado, oportunizando discussão acerca de causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição, além de sua renúncia pelo devedor.²⁴

Carlos Henrique Bezerra Leite acompanha a corrente em questão, também fazendo menção ao princípio da colaboração:

Finalmente, há os que, com âncora no princípio da colaboração, admitem a prescrição de ofício, desde que o juiz, antes de decretá-la, abra vista dos autos ao autor, para que demonstre a existência de causa impeditiva, interruptiva ou suspensiva da prescrição (CC, arts. 197 e 204), e ao réu, para que se manifeste a respeito da prescrição, valendo o silêncio como renúncia tácita.²⁵

Por fim, o posicionamento de Luciano Athayde Chaves, neste mesmo sentido:

Parece-me ser fundamental que o magistrado, caso entenda pela aplicabilidade da prescrição de ofício na Justiça do Trabalho, aja com extrema razoabilidade, dando ao autor a oportunidade de comprovar eventual suspensão ou interrupção da prescrição na contagem do prazo, bem como hipóteses de não contagem (como no caso do trabalhador menor de 18 anos – art. 440 da CLT, por exemplo).²⁶

Veja-se que há precedente jurisprudencial neste mesmo sentido:

PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO (CPC, ART. 219, § 5º) – APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO (CLT, ART. 769) – POSSIBILIDADE MEDIANTE PRÉVIA AUDIÊNCIA DAS PARTES. 1. A prescrição de ofício, contemplada no art. 219, § 5º, do CPC é aplicável ao Processo do Trabalho, tendo em vista o silêncio da CLT sobre a forma e o modo de incidência do instituto, a par de não haver incompatibilidade na utilização subsidiária desse preceito da lei processual civil, nos termos do art. 769 da CLT, já que, em sua redação anterior, que previa a necessidade de arguição pela parte, era aplicado subsidiariamente. Precedente desta Turma. 2. Ao fazê-lo, contudo, para que se possam preservar os princípios constitucionais do livre convencimento, do contraditório e da ampla defesa, impõe-se a prévia audiência das partes. 3. De fato,

24. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 408.

25. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTR, 2010. p. 520.

26. CHAVES, Luciano Athayde. Curso de Processo do Trabalho. São Paulo: LTR, 2012. p. 530.

somente após manifestação das partes poderá o magistrado ter conhecimento de todas as circunstâncias que envolvem a questão, sobretudo aquelas que dizem respeito a eventuais causas interruptivas ou suspensivas da prescrição. 4. No caso dos autos, porém, como não há nenhuma alegação nesse sentido, restando ílesos os arts. 128 do CPC e 202, VI, do CC. Processo: RR – 403900-63.2007.5.09.0014 Data de Julgamento: 22/09/2010, Relatora Juíza Convocada: Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/10/2010.²⁷

6. CONCLUSÃO

Muito embora seja indispensável registrar que todas as posições expostas sobre o tema se mostram totalmente defensáveis e respeitáveis, compactuamos com o posicionamento que se manifesta pela incompatibilidade da norma processual civil ao Processo do Trabalho.

Isto porque, a regra do art. 219, § 5º, do CPC afronta o princípio da proteção ao trabalhador proveniente do Direito do Trabalho, principalmente considerando-se a missão essencial da Justiça do Trabalho de dar efetividade aos direitos trabalhistas e à dignidade da pessoa humana do trabalhador, bem como de facilitar o seu acesso ao Judiciário.

Veja-se que omissão não é requisito bastante para a aplicação subsidiária de que aqui tratamos, há necessidade de que a norma se adapte ao Direito Processual Trabalhista.

Não se pode perder de vista, ainda, que acatar a aplicação da norma processual civil no Processo do Trabalho implicaria em inversão da hierarquia de normas e desequilíbrio no tratamento jurídico do empregado e empregador, diante da tutela dos interesses patrimoniais do devedor, o que fere sobremaneira o princípio da igualdade das partes perante o processo.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL.TST, Recurso de Revista 40400-56.2006.5.03.0028. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 05/03/2008. Publicado em: 28/03/2008.

BRASIL. TST, Recurso de Revista 630600-91.2007.5.09.0661. Relator: Min. Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 27/05/2009. Publicado em: 29/05/2009.

27. BRASIL. TST, Recurso de Revista 403900-63.2007.5.09.0014. Relator: Juíza Maria Doralice Novaes. Brasília, 22/09/2010. Publicado em: 01/10/2010.

- BRASIL.TST, Recurso de Revista 403900-63.2007.5.09.0014. Relator: Juíza Maria Doralice Novaes. Brasília, 22/09/2010. Publicado em: 01/10/2010.
- BRASIL. TST, Recurso de Embargos 599200-47.2006.5.12.0035. Relator: Min. Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, 17/11/2011. Publicado em: 25/11/2011.
- CHAVES, Luciano Athayde. *Curso de Processo do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2012.
- DELGADO, Mauricio Godinho. A prescrição na Justiça do Trabalho: novos desafios. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, ano 8, n. 26, jan./mar. p. 17-25, 2008.
- _____. Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2012.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Evolução da prescrição de ofício no âmbito trabalhista. *Revista TST*, Brasília, v. 74, n. 1, p. 121-132, jan/mar 2008.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2010.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo VI.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Gen, 2010.
- SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva. As recentes alterações do CPC e sua aplicação no processo do trabalho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária/ Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 208, p. 44-45, out. 2006.

11

PONTES DE MIRANDA E A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA PARA DISPENSA DE PROVAS NO PROCESSO CIVIL

Flávia Moreira Guimarães Pessoa¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Máximas de experiência – conceituação preliminar – 3. Funções Tradicionais das Máximas de Experiência no Direito Processual Civil – 4. Da possibilidade de utilização das máximas de experiência para dispensa de provas no Processo Civil – 5. Considerações finais – [Referências bibliográficas](#).

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a utilização das máximas de experiência no campo do direito processual civil, especificamente em relação à matéria probatória, procurando apontar as funções tradicionais, bem como as mais atuais, das regras de experiência nesse campo.

O tema foi escolhido a partir da proposta de se homenagear e revisar o pensamento de Pontes de Miranda, lançado pelos organizadores da presente obra. Com efeito, o trabalho de Pontes de Miranda foi hercúleo, tendo abrangido diversos setores, jurídicos e literários. Assim, bem idealizada a presente homenagem, que nos convida a pesquisar o pensamento do mestre, para discuti-lo e trazê-lo aos dias atuais.

O artigo é assim dividido em três partes, sendo ao final apontadas as considerações finais. Na primeira é feita uma conceituação preliminar das regras ou máximas de experiência. Na segunda são apontadas as lições de Pontes de Miranda sobre as funções das máximas de experiência

1. Juíza do Trabalho Titular da 4 Vara do Trabalho de Aracaju (TRT 20ª Região), Professora Adjunta da Universidade Federal de Sergipe, Coordenadora do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe, Especialista em Direito Processual pela UFSC, Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF, Doutora em Direito Público pela UFBA.

no direito processual civil. Na terceira, abordadas as funções inovadoras das máximas de experiência no campo da prova.

2. MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA – CONCEITUAÇÃO PRELIMINAR

Deve-se a Friedrich Stein o estudo pioneiro e amplo sobre as máximas de experiência no âmbito do direito, o qual foi publicado no livro *Das Private Wissen des Richters*². Embora produzido no final do século XIX, seu estudo ainda é fonte fundamental de referência, nos dias atuais, para a análise da matéria. As máximas de experiência são assim definidas pelo autor:

São definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, além destes casos, pretendem ter validade para outros novos (STEIN, 1999, p. 27, tradução nossa).

Com o objetivo de aclarar o conceito, cumpre mencionar a advertência de Friedrich Stein, no sentido de que a declaração de experiência sobre uma pluralidade de casos está longe de ser uma máxima de experiência³. É que esta exige mais que a mera repetição de casos, necessitando que se verifique “algo independente que nos permite esperar que os casos vindouros, ainda não observados, produzir-se-ão da mesma forma que os observados” (STEIN, 1999, p. 25, tradução nossa). Somente assim pode-se fixar a máxima de que “as pessoas que se encontram em determinada situação se conduzem de maneira determinada” (STEIN, 1999, p. 25, tradução nossa).

Dessa forma, é importante salientar, inicialmente, que as máximas de experiência não se referem exclusivamente às vivências pessoais do juiz. Ao contrário, as noções que expressam devem pertencer ao patrimônio comum. Significa dizer que as máximas de experiência devem tratar de fenômenos que possam ser observados por todos, mesmo que não concretamente conhecidos por todos. Deve-se, ainda, frisar que não

2. Em português: O conhecimento privado do juiz.

3. A observação de Friedrich Stein também é objeto de estudo da lógica. Com efeito, uma das falácias mais comuns nos processos argumentativos reside no fato de se chegar a conclusões a partir de dados insuficientes e não significativos. Assim, os casos devem ser repetidos e representativos. Outrossim, é preciso estar atento à relação de causalidade entre eles, para que se possa chegar a uma conclusão verdadeira.

se trata de uma simples concatenação de acontecimentos, mas da verificação do caráter genérico e abstrato de uma sequência de fatos, capaz de conduzir ao entendimento de que a máxima seria válida para casos posteriores⁴.

A partir da sistematização empreendida por Stein, podem ser fixados os pontos fundamentais para a caracterização das máximas de experiência, em seu conteúdo jurídico: a) as máximas de experiência caracterizam-se pela generalidade, podendo ser encontradas sob a forma de teses hipotéticas ou de definições que decompõem uma palavra ou um conceito em suas partes constitutivas; b) para a criação de uma máxima de experiência, sob a forma de tese hipotética, é indiferente a quantidade de casos observados, porém, os fatos devem ter algo relevante e comum que os ligue, permitindo concluir tratar-se do que ordinariamente acontece; c) as máximas de experiência devem estar submetidas a um constante processo de reformulação, a partir da observação tanto dos casos que deram origem à sua formação como dos posteriores; d) as máximas de experiência se extraem por indução e se aplicam por dedução; e) as máximas de experiência são sempre relativas, variáveis no tempo e no espaço, estabelecendo, entretanto, um juízo *a priori*; f) em todos os casos, as máximas de experiência admitem prova em contrário pela parte eventualmente prejudicada.

Diferenciam-se as máximas de experiência dos fatos notórios. Os fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura própria de determinada esfera social, ao tempo da decisão. A partir de tal idéia, é possível estabelecer a diferença entre fatos notórios e máximas de experiência: a notoriedade exclui a necessidade de prova do fato⁵, enquanto as máximas de experiência atuam como critério para o julgador na apreciação dos fatos e das provas. Desse modo, a notoriedade se refere a fatos concretos, para os quais as provas são consideradas desnecessárias.

Já as máximas de experiência funcionam como princípios na própria apreciação das provas⁶ e podem, a depender do caso concreto, levar a

4. O fundamento das máximas de experiência é, em última análise, a normalidade. Contudo, há que se ressaltar a advertência de Lorenzo Carnelli, no sentido de que existe não apenas uma, mas várias “normalidades”: “A normalidade será, em princípio, um termo ideal, mas na vida prática não há normalidade, senão, antes normalidades e, às vezes, normalidades aparentes ou fortuitas, matéria confusa de observação falível, para ser reduzida a cálculos não menos passíveis de erro” (CARNELLI, 1957, p.185-186).

5. De acordo com o art. 334, inciso I, do Código de Processo Civil, não dependem de provas os fatos notórios.

6. A diferença foi devidamente explicitada por Devis Echandia (1974, p.233).

dispensa da produção de provas. São “noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro” (MOREIRA, 1978, p. 542).

Outra figura comumente confundida com as máximas de experiência é o conhecimento privado do juiz. O título adotado por Friedrich Stein, em sua obra *Das Private Wissen des Richters (O conhecimento privado do juiz)*, criou clara confusão entre os conceitos dos dois institutos. Os conhecimentos privados do juiz “são aqueles fatos de que ele teve conhecimento direto, por meio de sua vida privada” (FORNACIARI, 2004, p.22). Não devem tais conhecimentos ser utilizados no processo, uma vez que seria difícil ao juiz valorar a sua própria percepção. Assim, caso tenha conhecimento direto dos fatos acerca do litígio ou presenciado os acontecimentos que deram origem à lide, poderá até ser testemunha, mas não deverá utilizar esse conhecimento como elemento de convicção.

A partir dos conceitos apresentados, fica clara a distinção entre o conhecimento privado do juiz e as máximas de experiência. Contudo, além do título da obra de Stein, que gerou confusão entre os conceitos, também a classificação doutrinária que pretende incluir as máximas de experiência e o conhecimento privado do juiz como espécies do mesmo gênero – saber privado do juiz – acabou por estimular essa confusão.

3. FUNÇÕES TRADICIONAIS DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Em seus famosos comentários ao Código de Processo Civil, Pontes de Miranda (1997,p.280) afirma que o art. 335 do CPC supõe falta de normas jurídicas relativas às provas e dá ao juiz a oportunidade e o dever de aplicar regras de experiência comum, que provenham de observação do que de ordinário acontece, bem como as regras de experiência técnica, ressaltando, quanto a esta, o exame pericial.

Pontes de Miranda (1997, p. 280).afirma que ao lado dos fatos notórios estão os julgamentos da vida, observações gerais, que constituem máximas gerais, ditames, com que exprimimos o que sabemos das nossas reações, de como nos comportamos, às vezes chamados a “nossa experiência da vida”, ou a “experiência do juiz”, traquejo, como, por exemplo, em matéria de acidentes de transportes, o perigo e a culpabilidade das

companhias pela queda de pingentes nas curvas, o corvejar dos “cunhados” e “tios” em torno das heranças.

No entanto, ao questionar se tais dados de fato, em forma de máximas gerais da experiência, dispensam prova, responde que não. Afirma que a máxima de experiência pode ser “duvidosa”.

As máximas de experiência serviriam então como mecanismos para entender e interpretar as alegações e depoimentos das partes; instrumentos utilizados na apreciação dos meios probatórios e meios de conexão dos indícios com os fatos.

A primeira função tradicional das máximas de experiência é sua utilização pelo Juiz como mecanismo para entender e interpretar as alegações e depoimentos das partes. Essa atuação é relevante porque as máximas de experiência podem ser definições ou juízos esclarecedores sobre expressões utilizadas. Desse modo, ao interpretar as alegações das partes, o juiz levará em conta as máximas de experiência sobre o uso da linguagem. Com isso, pode compreender a definição de certas palavras em ambientes específicos ou os significados peculiares de termos segundo o lugar ou o dialeto (STEIN, 1999, p. 24).

Dispensável é lembrar que o conhecimento do significado de tais termos é essencial ao juiz para a adequada compreensão do material probatório colhido em audiência. Nesse contexto, as máximas de experiência sobre o uso da linguagem têm função fundamental, permitindo a correta compreensão dos depoimentos colhidos, bem com uma maior aproximação entre julgador e jurisdicionados.

As máximas de experiência exercem, por outro lado, papel fundamental na análise das provas apresentadas, particularmente na formação do juízo de verossimilhança, essencial para o convencimento do julgador⁷. Com efeito, um dos mais importantes momentos processuais é, sem dúvida, o da valoração da prova, feita pelo julgador com base no conjunto probatório trazido aos autos. E é justamente nesse momento que as regras de experiência atuam dentro da sequência de raciocínio do julgador.

7. Sérgio Sahione Fadel exemplifica esse juízo de verossimilhança, que atua na apreciação das provas e alegações fantasiosas das partes: “Normalmente, o devedor relapso e inadimplente cria histórias fantásticas de exigências descabidas do credor, do pagamento de juros extorsivos, de condições leoninas etc. É esse o lugar comum nas suas defesas. Ordinariamente acontece isso e, sem embargo dos depoimentos das testemunhas que “viram” ou presenciaram a transação, o juiz não as leva em conta” (FADEL, 1974, p.196).

No sistema da persuasão racional, as máximas funcionam como critério para impedir a criação de “verdades” desvinculadas de qualquer critério de verossimilhança. Não apresentam, entretanto, caráter obrigatório e vinculante ou desvirtuador da própria apreciação. Assim, as regras de experiência atuam, dentro do sistema vigente da persuasão racional, como elemento auxiliar na análise das provas produzidas, agindo diretamente na valoração das provas pelo juiz.

Ainda dentro da aplicação tradicional das máximas de experiência no campo da prova, destaca-se a terceira função elencada, que é a ligação entre indícios e fatos. É que muitas vezes os fatos não conseguem ser demonstrados de forma direta. Tal se dá por diversas razões, principalmente a “irrepetibilidade do comportamento humano e a impossibilidade de se adentrar às conjecturas mentais de cada indivíduo (FORNACIARI, 2004, p.24).

Nessas hipóteses de impossibilidade de verificação direta do fato, o convencimento do juiz é embasado em indícios alegados e comprovados pelas partes. Nessa conexão entre o indício e o fato a ser provado atuam diretamente as máximas de experiência, extraídas da observação, pelo juiz, do que ordinariamente ocorre em casos semelhantes.

Exemplos da utilização das máximas de experiência na ligação de indícios a fatos são dados por Pontes de Miranda: “São muitas as regras de experiência comum, tais como as que se tira do fato de estar alguém com tóxicos no bolso ou em mala, ou ser traficante, ou de ser encontrado com a arma com que o suspeito teria matado ou ferido alguém, ou se nela falta uma bala, igual à encontrada, ou de estar com a mão ferida o que, na escuridão, lutou com aquele que teve de defender-se contra o furto” (PONTES DE MIRANDA, 1997, p. 280).

Assim, as máximas de experiência atuam como elemento de ligação entre os indícios e os fatos que se deseja provar, em caso de inexistência de presunção legal incidente na hipótese. É essa, portanto, a sua terceira função tradicional no campo probatório.

4. DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA PARA DISPENSA DE PROVAS NO PROCESSO CIVIL

O presente item pretende estudar as funções mais atuais, consistentes na utilização das máximas de experiência como mecanismo para

inversão do ônus da prova, dispensa de provas ou verificação da evidência ou impossibilidade de um fato.

Em que pese o pensamento contrário do autor homenageado, nota-se que a aplicação das máximas de experiência como critério para a análise da prova pode conduzir à inversão do ônus da prova num determinado caso concreto sob exame. Assim, se o fato apresentado é, de acordo com a observação do que ordinariamente acontece, verossímil e plausível, enquanto a tese da parte contrária é de todo inverossímil, deverá ocorrer a inversão do ônus da prova, a qual ficará a cargo da parte que alegar a tese desprovida de verossimilhança.

De salientar que o projeto do novo CPC, em seu art. 358, é expresso ao prever a possibilidade de inversão do onus da prova pelo Juiz, considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado. Certo é que tal sera feito pelo juiz em decisão fundamentada, observado o contraditório. Assim, poderão as máximas de experiência serem utilizadas para verificação em concreto das “circunstâncias da causa” e das “peculiaridades do fato a ser provado”.

De salientar que em seu art. 358, o projeto do novo CPC estabelece que o Juiz deverá distribuir o ônus à parte que estiver em melhores condições de produzir a prova, o que vem na esteira de toda a nova sistemática de ampliação dos poderes do juiz no campo probatório⁸ e, ao mesmo tempo, não se trata de novidade no ordenamento, já prevista semelhante disposição para as relações de consumo, às quais se aplica o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

No entanto, há outras hipóteses de desequilíbrio entre os litigantes que autorizam a inversão da atribuição do ônus da prova. Dentro desse contexto, as máximas de experiência funcionam como mecanismo de análise da verossimilhança das teses. Seu objetivo é não permitir que defesas inverossímeis funcionem como simples instrumento de negação dos fatos que ensejam o direito da parte contrária, para dificultar a tutela jurisdicional pretendida.

8. Trata-se da adoção expressa da teoria da distribuição dinâmica do onus da prova, em contraposição à teoria estática de divisão do onus da prova, adotada pelo atual Código, em que pese ainda no modelo vigente poder ser utilizada a divisão dinâmica fundada dentre outros, nos princípios da iuglidade, lealdade, solidariedade com o órgão judicial. (DIER;BRAGA;OLIVEIRA, 2007, p. 63)

Diante de uma tese defensiva meramente negativa, mas com conteúdo altamente inverossímil, deverá o juiz proceder à inversão do ônus da prova, passando-a à parte que alegar a tese. Evita-se, com isso, que a dificuldade de uma parte de produzir sua prova, leve a uma decisão fundada na divisão do ônus da prova, porém contrária à observação comum.

Assim, as normas de divisão do ônus da prova devem ser aplicadas a partir da perspectiva publicista do processo⁹. Nesse aspecto, as máximas de experiência funcionam como critério balizador da verossimilhança, capaz de inverter, se necessário, o ônus da prova¹⁰.

Tema correlato ao da inversão do ônus da prova é a constatação da evidência ou impossibilidade de um fato, segunda função inovadora das máximas de experiência. Desse modo, o reconhecimento de que um fato é evidente ou, ao contrário, impossível é elemento para que se possa declarar inadmissível, porque inútil, a prova que se apresenta para demonstrar sua veracidade.

É claro que o juiz deve ter muita cautela na definição, *a priori*, dos fatos considerados “impossíveis” ou “evidentes”. Contudo, em situações excepcionais, pode-se dispensar a produção de provas, quando, a partir da observação do que ordinariamente acontece, a alegação dos fatos em que se funda o pretense direito for intuitiva ou, ao contrário, de todo impossível.

Cite-se, como exemplo, a hipótese citada por Karl Larenz:

“Pela experiência de funcionamento do mercado, do habitual comportamento econômico dos compradores de terrenos, o julgador sabe que estes atribuem normalmente grande importância

-
9. Justamente por possuir o caráter publicista é que o tema do ônus da prova não pode ficar sujeito ao direito material, mas “deve ser regra manuseável pelo juiz, como titular que é da relação processual, de forma a que se obtenha, com maior grau de certeza e frequência, a realização da justiça (KLIPELL; BASTOS, 2011, P. 348)
 10. O direito alienígena, principalmente o alemão e o anglo-americano, fornece institutos aplicados no âmbito probatório. Muito embora não sejam especificamente estudados sob a ótica de inversão do ônus da prova, esses institutos demonstram como a aplicação das máximas de experiência permite uma melhor distribuição da carga probatória. No direito anglo-americano, o processo civil conhece a figura dos *prima facie cases*. Segundo Black, trata-se de instituto utilizado nos “litígios em que os fatos ocorridos revelam um grau de credibilidade tal que o antagonista fica com o encargo de produzir prova em contrário à convicção proporcionada ao julgador pela credibilidade *prima facie* [...]” (*Apud* ARAGÃO, 1984, p. 122). Também o direito alemão tem aplicado o instituto, principalmente na apuração de relações denexo causal ou nas hipóteses em que os fatos descritos pela parte contravêm o que normalmente acontece. Nesse último caso, “sobre ela recai o ônus de comprová-los, pois em tal caso a chamada prova *prima facie* favorece a outra parte” (ARAGÃO, 1984, p. 124).

à aptidão do terreno para construção na sua decisão de comprar e particularmente no preço oferecido". A partir da máxima citada, o autor extrai a conclusão de que "não seria, por exemplo, aceitável que, uma vez que a aptidão de um terreno para construção foi considerada como qualidade do mesmo essencial no comércio, vir negá-lo num caso concreto" (LARENZ, 1978, p.313-315)

As máximas de experiência funcionam, portanto, como critério na análise da verossimilhança da alegação ou na verificação do caráter consagrado de determinado fato, permitindo eventualmente uma mais rápida instrução e eficaz solução da lide.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todas as considerações feitas, podem-se extrair a seguinte síntese das idéias desenvolvidas:

As máximas de experiência são definições ou juízos hipotéticos firmados pela observação de casos singulares. Todavia, são alçadas à condição de princípios autônomos, podendo ser utilizadas nas demais hipóteses assemelhadas.

Inúmeras funções são atribuídas às máximas de experiência no campo do direito. Nesse aspecto, as máximas de experiência, dentro do sistema da persuasão racional, funcionam como instrumento para promover o adequado entendimento das formulações das partes e testemunhas. Além disso, constituem meio para a valoração da prova e mecanismo de conexão de indícios e fatos, sendo, dessa forma, essenciais para o convencimento do julgador.

Ainda no campo probatório, discute-se sobre a possibilidade de utilização das máximas de experiência para dispensa de provas. Neste aspecto, Pontes de Miranda trazia ensinamento contrario a sua utilização para esse fim. No entanto, dentro da perspectiva instrumentalista do processo e inclusive de acordo com todo o espírito das novas regras estabelecidas no projeto do novo CPC, as máximas de experiência são importantes para a formação do juízo de verossimilhança no julgador. São também mecanismos capazes de promover a inversão do ônus da prova em favor daquele que apresentar tese mais factível, em relação à parte adversa, se esta apresentar alegações desprovidas de plausibilidade. As máximas de experiência ainda desempenham a função de verificação da evidência ou impossibilidade de um fato, contribuindo para a celeridade da instrução probatória, permitindo, a depender do caso concreto, a dispensa de provas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1984, v. IV, tomo I.
- CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*. Tradução de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.
- CRESCI SOBRINHO, Elicio de. O juiz e as máximas de experiência. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 296, ano 82, p. 430-436, out/dez 1986.
- DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual civil*. Vol.2. Salvador: Juspodivm, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974, tomo II.
- FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. As máximas de experiência e o livre convencimento do juiz. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*. n.10, p. 9-26, jan/2004.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José de Souza Brito e José Antonio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- KLIPPEL, Rodrigo. BASTOS, Antonio Adonias. *Manual de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 261, ano 74, p. 13-19, jan/mar 1978.
- PARZIALE, Mariano. *Aforismos jurídicos*. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 1985.
- PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Máximas de experiência no processo civil*. Aracaju: Evocati, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e aumentada por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo IV
- SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2. ed. Tradução de André de la Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1999.

12

EFICÁCIA E EFEITOS DA SENTENÇA: VISÃO PRÁTICA NO SISTEMA QUINÁRIO DE PONTES DE MIRANDA

Francisco Barros Dias¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Questão **terminológica**: identidade ou distinção entre eficácia e efeito – 3. O significado das expressões eficácia e efeito entre alguns doutrinadores na teoria geral do direito e no campo processual – 4. Classificação e caracterização dos efeitos da sentença – 5. O que representa os efeitos da sentença no campo prático e a importância que adquire no processo nos dias de hoje – 6. Conclusões – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O estudo da sentença no que toca aos seus efeitos, nos parece ser um dos mais relevantes ao processo, porém constata-se ser um tema que não goza de muita clareza quanto a sua configuração ou identidade de seu conceito.

É freqüente na doutrina e na jurisprudência a utilização das expressões “eficácia da sentença” e “efeitos da sentença”, porém sem guardar uma precisão terminológica. Ao contrário, nos deparando sempre com muitas contradições e imprecisões que dificultam consideravelmente a compreensão do tema.

Com o propósito de contribuir com o debate nos propomos a trazer alguns dados a respeito desse tema que consideramos relevante ao processo, especialmente quanto aos efeitos práticos de uma decisão.

Não é nosso propósito aqui adentrarmos no tema da coisa julgada e os efeitos da sentença, ora entendendo ser o primeiro um desses efeitos,

1. Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Professor de Direito Processual Civil na UFRN.

ora sendo apenas uma qualidade que os efeitos da sentença pode adquirir com o seu trânsito em julgado. Ou seja, procurando distinguir ou não a coisa julgada dos efeitos da sentença.

A mesma coisa afirmamos com relação aos efeitos reflexos da sentença que como o tema anterior, comporta estudo aprofundado e com riqueza de detalhes que a finalidade do presente trabalho não se presta a tal.

Também não tentaremos exaurir um tema que tem larga vastidão, sob os mais diversos ângulos que se estuda a sentença, quer no aspecto teórico, quer sob o signo da praticidade.

O nosso objetivo é apontar o uso das expressões eficácia e efeitos da sentença como relevantes e de grande importância no estudo da decisão, mostrando que com o passar do tempo o tema vem adquirindo maior amplitude tornando imprescindível compreendermos a sua atual classificação para que se alcance maior praticidade na identificação dos efeitos principais e acessórios ou secundários da sentença.

Com isso nos propomos demonstrar a necessidade de se visualizar os efeitos principais e acessórios da sentença, especialmente, como afirmado, sob os auspícios de sua praticidade de forma a verificarmos a riqueza em que os mesmos se encontram nos dias de hoje e a relevância que vem a cada dia adquirindo, quer no campo da legislação, quer na seara da própria decisão para bem delinear os recursos cabíveis, o cumprimento da sentença e os momentos ou fracionamentos que hoje comporta um julgado.

Entendemos ser de suma importância à questão relativa aos efeitos da sentença, especialmente quando estamos diante das consequências práticas que um julgado pode trazer e influir decisivamente na vida e nas relações jurídicas das pessoas.

Precisamos saber, quando estamos diante de uma decisão, quais os comportamentos ou atitudes dos destinatários do julgado. Exemplos: deve-se cumprir ou exigir uma obrigação de pagar, fazer, deixar de fazer, ou entregar algo a alguém, quando tais obrigações resultam de uma sentença? Essas hipóteses são de efeitos ou de eficácias da sentença?

Nem sempre encontramos respostas precisas para essas indagações. No entanto, a concepção moderna na busca de uma teoria da sentença merece a nossa preocupação, e, com isso procurarmos dar uma resposta que seja clara e objetiva o suficiente para melhor compreensão da matéria.

Para empreendermos nosso trabalho tratamos no capítulo 2 sobre a terminologia mostrando a identidade ou distinção entre eficácia e efeito. No capítulo 3, ainda continuamos a perseguir a questão terminológica, buscando um sentido agora no campo doutrinário, tanto na área da teoria geral do direito e na área específica do processo civil. No capítulo 4 procuramos fazer uma classificação e caracterização dos efeitos da sentença. No capítulo 5 buscamos demonstrar o que representa os efeitos da sentença no campo prático e sua importância nos dias atuais. Por último, retiramos algumas conclusões de tudo quanto foi visto.

2. QUESTÃO TERMINOLÓGICA: IDENTIDADE OU DISTINÇÃO ENTRE EFICÁCIA E EFEITO

A questão terminológica nos preocupa por entendermos que o processo como meio de comunicação deve seguir uma linguagem própria e objetividade na mensagem, sem que isso signifique dificuldade de compreensão e perda de sentido do discurso, a fim de alcançar o mais rápido possível o seu destinatário e este compreender aquilo que lhe foi dado em termos de prestação jurisdicional.

FERNANDO SÁ, em um de seus trabalhos escritos em obra conjunta – EFICÁCIA E COISA JULGADA –, afirma que “Eficácia é termo genérico, *lato*, que engloba o conceito de efeito, contido na sentença.”²

Depois acrescenta FERNANDO SÁ, “Finalmente, observamos que, na “comunidade comunicativa”, jurídica – fora dos estritos limites da teoria do processo –, estes dois termos, *eficácia e efeitos* – mesmo que impropriamente a nosso juízo – são usados *lato sensu*, como correlatos, sem que, todavia, o contexto do discurso deixe de ser compreendido pelo endosso intersubjetivo dado pelos membros do auditório a que se destinam, com a óbvia ressalva de que seja empregadas com rigor científico”.³

Não podemos afirmar que há identidade nas expressões eficácia e efeito da sentença. Os termos guardam significados e objetivos específicos. Enquanto a eficácia reside num campo mais abstrato visando explicitar a potencialidade da realização de algo, os efeitos são traduzidos

2 SÁ, Fernando. *Ainda sobre as Diversas Eficácias e Efeitos da Sentença*. In EFICÁCIA E COISA JULGADA. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (organizador). Rio de Janeiro: Forense. 2006, pág. 76.

3. Idem, pág. 78.

como situações e elementos práticos que se obtém de um ato seja ele uma lei, seja uma sentença, como resultado daquilo que se postulou em prol da necessidade de um bem da vida que só poderia ser obtido através de uma prestação jurisdicional, quando se trata de ato judicial.

O bem obtido pelo reconhecimento de uma relação jurídica através de uma declaração judicial, como a constituição ou a desconstituição de um negócio jurídico, a condenação em alguma das espécies de obrigações existentes em nossas relações jurídicas, sejam voluntárias ou compulsórias, é o resultado que se quer e deseja em uma decisão judicial.

Então, é importante que esse resultado possa ser facilmente compreendido para que possa seu destinatário se sentir suficientemente seguro e saber quais os caminhos e providências que deverão ser seguidos, inclusive em se satisfazer com o julgado logo em primeiro grau ou recorrer se o mesmo não atende a plenitude de seus anseios dentro de uma ordem jurídica que lhe garanta algo mais do que lhe foi dado.

3. O SIGNIFICADO DAS EXPRESSÕES EFICÁCIA E EFEITO ENTRE ALGUNS DOUTRINADORES NA TEORIA GERAL DO DIREITO E NO CAMPO PROCESSUAL

Na teoria geral do direito não é difícil encontrarmos o termo “eficácia”. NORBERTO BOBBIO explica que “O problema da *eficácia* de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou”.⁴

Essa linha de pensamento é seguida por EDUARDO ÁNGEL RUSSO, quando afirma que: “La eficacia del sistema puede ser entendida en dos sentidos distintos: primero, en tanto la conducta de los ciudadanos se ajuste al cumplimiento de las obligaciones jurídicas, o sea, que se abstengan de cometer las conductas penadas por el sistema. Segundo, hay un sentido más fuerte de eficacia, particularmente para aquellas teorías que adoptan como criterio distintivo de la juridicidad, el elemento sancionatorio”.⁵

4. BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. EDIPRO. Bauru-SP: 2001, pág. 47.

5. Teoría General del Derecho – en la modernidad y en la posmodernidad. 3ª edición. Lexis -Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2004, pág. 86)

No caso, ambas as posições, nos parecem se referir à aptidão que tem a norma jurídica de produzir efeitos, quer com o cumprimento da mesma pelos seus destinatários, quer sancionando-se o destinatário através da autoridade competente quando falha o desiderato natural da norma.

Então, eficácia, sob a visão da teoria do direito, é a potencialidade que a lei tem em sentido amplo para fazer surtir os seus efeitos, principalmente visando uma aceitação, aplicação e utilização da mesma pelos seus destinatários.

Em uma visão processual LIEBMAN procura trabalhar o tema da eficácia da sentença com relação aos seus efeitos, sempre voltado para a ideia da questão relativa a coisa julgada, procurando demonstrar que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade que se ajunta aos efeitos da sentença para “reforçá-lo em sentido bem determinado,” como se pode extrair de toda sua obra.⁶

PONTES DE MIRANDA, ao falar de eficácia, também no campo processual, faz compreender a expressão albergando os termos força e efeito, ou seja, a eficácia compreende força e efeitos de uma resolução, no caso, de uma sentença: “Falando-se de eficácia de resolução, tem-se de cogitar de força e efeitos, porque a eficácia é a propriedade de ter força ou efeitos. É eficácia: a) certa imodificabilidade pelo prolator que varia da modificabilidade, quando o juiz volte a ter de examinar o assunto, até a sentença, que de regra é imodificável (sentença apelável) e só excepcionalmente alterável por provocação (juízo de retratação; embargos); b) a força formal de coisa julgada; c) a força ou o efeito declaratório, ou a força ou o efeito material de coisa julgada; d) a força ou o efeito constitutivo, condenatório, mandamental, ou executivo, se o tem; e) os efeitos próximos ou laterais; f) os efeitos-reflexos, que são os da sentença como ato jurídico ou fato jurídico. Em sentido estrito, eficácia seria o ter os efeitos a) e b)”.⁷

No sentido utilizado por PONTES DE MIRANDA, as letras “a” e “b” estão voltadas para a eficácia entendida como expressão relativa à questão da coisa julgada material, isto porque na primeira se refere a

-
6. LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a Coisa Julgada. Tradução: Ada Pellegrini Grinover, após a edição de 1945. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984, pág. 40.
 7. MIRANDA, Pontes de. Tratado das Ações. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Tomo 1. Campinas: Bookseller. 1998, págs. 171 a 172.

imodificabilidade da sentença, enquanto na segunda fala expressamente da força formal da coisa julgada. As demais letras do enunciado, cuidam exatamente da força e efeitos declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo, além dos efeitos próximo ou laterais da sentença e os chamados efeitos-reflexos do julgado.

Assim, sob o ângulo de visão do exponencial doutrinador, eficácia definiria melhor a coisa julgada material, dada a imodificabilidade do julgado, a coisa julgada formal seria uma força que resultava da sentença, enquanto os demais elementos que podem ser extraídos da sentença seriam força ou efeitos, todos advindos da eficácia que esta sentença pode produzir.

Depois continua PONTES DE MIRANDA a esclarecer outras eficácias da sentença e repetir as anteriormente mencionadas, afirmando: “A eficácia da sentença concerne: a) ao processo, que ainda continua, após ela, pois as próprias intimações e os recursos são processo; b) à demanda, que se ultima com ela, ou com a sentença que a reformar; c) à relação jurídica ou a inexistência de relação jurídica, ou aos fatos, que ela examinou, por terem sido objeto do pleito; d) ao conteúdo da sentença como prestação estatal (declaração, constituição, condenação, mandamento, execução); e) a efeitos anexos ou a efeitos reflexos da decisão; f) à sentença mesma como ato jurídico; g) à sentença mesma como simples fato”.

Interessante ainda é o significado reforçado de eficácia por PONTES DE MIRANDA quando afirma que “Eficácia é (a) a energia automática da resolução judicial. A sentença ou o despacho torna-se suscetível de ser obrigativo, eficaz, no momento em que faz entrar na espécie abstrata a espécie fática; mas ainda é a lei que vai marcar o momento dessa eficácia. As decisões sobre mandado têm eficácia, posto que não haja litígio. Outra (b) precisam de execução para que tenham eficácia completa. A regra é que a eficácia depende da coisa julgada formal, mas a lei conhece casos de exceção (e. g., as medidas preventivas)”.

Aqui o eminente Mestre procura vê a eficácia no momento em que a sentença é proferida. E adentrando o fato no campo abstrato da norma, já resultar daí alguma eficácia na sentença, porém esclarecendo que a lei é quem vai ditar o momento dessa eficácia, indo até o ponto em que determinadas eficácias só vão resultar em sua completude com a execução do julgado, após a coisa julgada formal, excepcionando-se as hipóteses de provimentos preventivos.

Depois, esclarece de forma mais nítida que a eficácia compreende tanto a força como o efeito, deixando bem claro que a primeira está voltada mais para a coisa julgada, enquanto a segunda se relaciona com o efeito que diz de perto a condenação que deságua na execução, sendo que esta não existe nas sentenças declaratórias, segunda sua visão naquele momento histórico. “A eficácia compreende, portanto, a força (e. g., a eficácia consistente na força de coisa julgada material da sentença declarativa) e o efeito (e. g., eficácia consistente no efeito de execução da sentença condenatória, efeito que as sentenças declarativas de ordinário não têm).”⁸

Depois arremata: “Quando se fala de força e efeitos da sentença – englobadamente, da “sua” eficácia – entende-se que se sabe o que é eficácia jurídica. A linguagem vulgar e, infelizmente, a grande maioria dos juristas não distinguem força e efeitos, conceitos ambos contidos em “eficácia”, palavra com que se traduz *Wirkung*. A eficácia jurídica supõe que exista mundo jurídico, que o nosso espírito capta em suas relações, de modo que toda mudança desse mundo é *eficácia jurídica* (cf. A. Manigk, *Über Rechtswirkungen*, 6-13)”⁹.

Portanto, eficácia para PONTES DE MIRANDA, em uma síntese de seu pensamento, engloba força e efeitos da sentença, estes mais palpáveis num mundo prático por ser alcançado através dos fatos, enquanto aquela se pauta em um campo mais abstrato, captado por nossos espíritos em razão das relações entre os homens que leva as mais variadas mudanças.

Para BARBOSA MOREIRA, a “Eficácia, enfim, é palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato enquanto gerador de efeitos. Em correspondência com o duplo enfoque dos efeitos, acima expostos, pode-se falar de eficácia como simples aptidão para produzir efeitos (em potência) ou como conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em ato). Menos freqüente é o uso de “eficácia” como sinônimo de efeito, isto é, para designar cada um dos efeitos (em potência ou em ato) particularmente considerados, o que leva a conferir-se ao mesmo ato jurídico uma pluralidade de “eficácias”.¹⁰

8. MIRANDA, Pontes de. Tratado das Ações. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Tomo 1. Campinas: Bookseller. 1998, pág. 173.

9. Idem ... ob. Cit. Págs. 184 e 185.

10. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e Efeitos da Sentença: Variações sobre o tema, in TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL, Quarta série. São Paulo. Saraiva: 1989, págs. 175/176).

O Professor BARBOSA MOREIRA, portanto, procura dar um sentido genérico ao termo eficácia, sendo num primeiro momento a simples aptidão de produzir efeitos, potencialmente considerado, ou um “conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos”, sendo aí já concretizado em ato.

Com essa ideia temos a eficácia num plano mais abstrato, enquanto o efeito ficaria num patamar cujo vetor, seria mais prático.

FERNANDO SÁ, em trabalho escrito na obra conjunta organizada por CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, após análise do conceito de eficácia levado a efeito por FALSEA, esclarece: “Eis pois aqui o que consideramos como sendo a conceituação do termo eficácia. Esse fenômeno jurídico, através do qual o direito se realiza, é aquele instante da situação jurídica, quando um especial interesse, tido como necessário pela comunidade jurídica, passa à concreção de determinada *fattispecie* posta na hipótese legal para que se cumpra o efeito jurídico nela valorado e pretendido”.¹¹

As lições aqui explanadas leva-nos a compreender que a *eficácia* reina em campo mais abstrato, podendo ser expressão utilizada pelo legislador para que algum objetivo seja alcançado, transformando assim, aquilo que seria intenção e vontade em algo concreto e por isso resultando em *efeito* plenamente palpável e realizável ou realizado.

4. CLASSIFICAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA

O estudo dos efeitos da sentença tem passado pelos mais acirrados debates doutrinários e sempre foi alvo de teses e teorias que pudessem justificar a sua existência e delimitar sua configuração.

Basta lembrar o embate travado entre CHIOVENDA e LIEBMAN, a fim de que se pudesse situar o conceito de coisa julgada, para que se possa chegar a uma compreensão a respeito da eficácia, dos efeitos ou da qualidade da sentença.

LIEBMAN, prenuncia vários efeitos da sentença procurando sempre explicá-los diante do instituto da coisa julgada, quando afirma: “quais

11. SÁ, Fernando. Ainda sobre as Diversas Eficácias e Efeitos da Sentença. In EFICÁCIA E COISA JULGADA. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (organizador). Rio de Janeiro: Forense. 2006. pág. 87.

são, pois, as relações entre a coisa julgada e esses efeitos da sentença, vários e diversos, ora meramente declarativos, ora constitutivos”.¹²

Essa posição de LIEBMAN apesar da afirmativa de que os efeitos da sentença são “vários ou diversos”, representava um momento histórico que não tinha os efeitos da sentença como além de declaratório, constitutivo e condenatório, como principais, e, alguns acessórios ou secundários, como a hipoteca judiciária. Para fazer essa constatação é bastante que se consulte sua obra *Eficácia e Autoridade da Sentença* que teve tradução de ALFREDO BUZAIID e anotações de ADA PELLEGRINE GRINOVER.

Hoje, é sabido que os efeitos da sentença vão além dos três classicamente conhecidos como os declaratório, constitutivo e condenatório, mas também aceito pela quase totalidade da doutrina como sendo cinco, pois adiciona-se ainda o mandamental e o executório ou executivo *lato sensu*.

Mas, além desses efeitos chamados sempre de principais, temos que verificar que o efeito condenatório faz disseminar outros efeitos no campo das obrigações como a obrigação de fazer ou não fazer, entregar coisa certa ou incerta e por quantia certa ou de pagar.

Há muitas formas de se entender esses efeitos. Para alguns estamos diante de efeitos práticos da sentença, enquanto para outros, estamos diante mesmo de efeitos da sentença. Ainda há quem nomine os chamados efeitos principais da sentença como conteúdo da sentença.

É importante frisar nesta oportunidade que os efeitos principais da sentença, uma vez identificados historicamente se tornaram permanentes, variando apenas em cada julgado, pois este representa situação concreta que somente o seu objeto ou finalidade pode definir. Não variam no tempo. Sempre foram os mesmos, havendo apenas divergência se o mandamento ou a executividade *lato sensu* seriam também efeitos da sentença.

No curso da história houve uma grande evolução quanto à abrangência que a ideia de efeito da sentença pode alcançar. Inicialmente foi trabalhado apenas o efeito declaratório, para em seguida afirmar-se ter

12. LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Notas de ADA PELLEGRINI GRINOVER. Forense, 3ª edição. Rio de Janeiro: 1984, pág. 17.

o constitutivo e mais adiante o condenatório. Bem depois é que se começou a aceitar os efeitos mandamentais e executivo *lato sensu*, como perfeitamente possíveis de serem vislumbrados em algumas sentenças, hoje posição quase unânime da doutrina, passando assim da doutrina ternária, para a doutrina quinária, na terminologia de PONTES DE MIRANDA.¹³

Mas, a sentença não se limita a produzir somente esses efeitos. Outros efeitos chamados de acessórios ou secundários, como a própria liquidação da sentença, o cumprimento da sentença nos dias atuais, os honorários advocatícios, as custas e despesas processuais, os juros de mora e/ou compensatórios, a multa de natureza coercitiva do julgado, a correção monetária, a hipoteca judiciária, os cancelamentos ou suspensão dos mais variados tipos de registros e inscrições como: protesto, imóvel, automóvel, escrituras, contratos, serviços de restrição ao crédito como serasa, spc, além de muitos outros, são também efeitos da sentença.

Importante esclarecer também que estes efeitos conhecidos como acessórios ou secundários são variáveis tanto em cada julgado, como acrescidos ou suprimidos no tempo. Exemplo: a correção monetária não existia como efeito de sentença enquanto esta não restou criada no Brasil. Os cadastros restritivos de crédito nos dias atuais são exemplos típicos dessa característica. É que surge com certa constância novos tipos de cadastros.

LIEBMAN, identifica na sentença ao lado dos efeitos principais os efeitos acessórios ou secundários quando afirma: “Nas pegadas de algumas breves proposições de WACH, a doutrina germânica unânime completa o quadro dos efeitos possíveis da sentença, colocando, ao lado dos principais (que ela, como sabemos, identifica, na coisa julgada, na eficácia executória e na constitutiva), outro grupo de efeitos que se manifestariam sobre as relações substanciais privadas das partes ou de terceiros e que seriam causados pela sentença, não em sua função do ato jurisdicional, mas em sua simples qualidade de fato juridicamente relevante;”.¹⁴

13. Ao se fazer a leitura da obra de LIEBMAN, em sua Eficácia e Autoridade da Sentença, chega-se exatamente a essa conclusão. Ali, de forma muito acanhada, LIEBMAN fala primeiro em efeito declaratório da sentença, depois do efeito constitutivo e com menor expressividade em efeito condenatório.

14. LIEBMAN... Eficácia... pág. 71.

É importante frisar que os efeitos acessórios da sentença que também podem ser entendidos como consequência natural da sentença, são efeitos que resultam do princípio da sucumbência, o qual pode ser ditado como traduzindo a ideia de quem é vencido em uma demanda terá de suportar todos seus efeitos.

Por isso, não é desarrazoado se afirmar que mesmo não tendo sido requerido, ou se requerido vier a ser silente a sentença a respeito dos seus efeitos acessórios, pode o Tribunal, caso haja recurso, se manifestar de ofício sobre os mesmos, ou não havendo recurso, podem ser objeto de liquidação e de execução do julgado. É bastante que este efeito acessório se compatibilize com a espécie ou natureza do efeito principal. Por exemplo: juros, correção monetária, hipoteca judiciária, podem resultar de uma sentença, mesmo que ela nada tenha feito de referência sobre a matéria e com isso poderem ser objeto de execução ou de imposição no cumprimento do julgado, desde logicamente que haja efeito principal de obrigação por quantia certa.

Os efeitos acessórios da sentença gozam desse privilégio por serem em primeiro lugar dependentes ou acessórios dos principais, e, em segundo plano se encontrarem previstos expressamente na ordem jurídica e poderem ser executados por força da impositividade da norma que os criou ou da norma que os disciplinou.

LIEBMAN, é bem esclarecedor sobre o tema: “Produz a sentença, às vezes, ao lado de seus efeitos principais, efeitos secundários, que se distinguem dos primeiros, não por seu caráter exclusivamente privatístico, nem por sua importância menor, porque, não raro, são praticamente os mais relevantes, mas por sua falta absoluta de autonomia; são simplesmente acessórios e consequentes aos efeitos principais e ocorrem automaticamente por força de lei, quando se produzem os principais. Não têm por isso os efeitos secundários condições próprias de admissibilidade, que o juiz deva reconhecer e declarar existentes, independentemente das condições dos efeitos principais”.¹⁵

LIEBMAN, afirma “Quando o exame da causa autoriza a prolação da sentença com determinados efeitos (principais), dever-se-ão, só por isso, produzir, e logo se produzirão, também os secundários, os quais, portanto, não deverão ser pedidos pelas partes na demanda judicial, nem estar

15. LIEBMAN... Eficácia... pág. 75.

contidos e indicados na decisão (e por isso é exato dizer que não fazem parte do objeto da sentença); e assim como não poderiam ser produzidos separadamente dos principais, não podem, tampouco, ser denegados quando se pronunciam aqueles”.¹⁶

Assim, os efeitos principais precisam de pronunciamento da sentença. Necessitam ser requeridos, postulados ou provocados. Definem a natureza jurídica da ação ou da sentença. São permanentes e só variam em relação a cada processo que se postula algo em que eles deverão ser revelados.

Enquanto isso, os efeitos acessórios ou secundários da sentença não precisam, necessariamente, que tenham sido analisados no julgado. Independem de requerimento ou postulação a seu respeito, pois decorrem de uma condição natural de quem é vencido e existem por força de imposição legal. Podem variar em cada processo, mas não são permanentes ou absolutamente estáveis, podendo variar também no tempo e se fazer surgir ou desaparecer a cada momento histórico. Não definem a natureza jurídica da demanda ou da sentença, mas podem ser objeto de execução, independentemente, de constar expressamente do julgado.

5. O QUE REPRESENTA OS EFEITOS DA SENTENÇA NO CAMPO PRÁTICO E A IMPORTÂNCIA QUE ADQUIRE NO PROCESSO NOS DIAS DE HOJE

Depois de delineararmos alguns pontos deste ensaio, podemos verificar, como digo na introdução, que o nosso primeiro propósito é trazer um mínimo de compreensão do tema para facilitar o manuseio do instituto nas atividades dos intérpretes e aplicadores do direito.

O compreender vai desde o significado e riqueza da expressão em suas variadas formas, até chegarmos a um sentido que facilite o trabalho de entendimento de um julgado, de um cumprimento de uma sentença, a fim de que possamos saber a natureza de uma ação e como sabemos o que temos a executar em um julgado.

Ainda, mesmo estando diante de efeitos acessórios da sentença, é possível saber que uma sentença em processo puramente declaratório é suscetível de ser executada, tendo em vista que seus efeitos acessórios

16. Idem pág. 75.

comportam obrigações dentro de suas variadas espécies, até mesmo por quantia certa, como ocorre com honorários ou custas do processo.

São esses ingredientes que nos levam a vislumbrar a importância que o instituto adquire, a praticidade que comporta e o prestígio que vem adquirindo na ordem jurídica, sendo exemplo palpável o art. 475-N, ao descrever a hipótese de execução em processo de qualquer natureza, quando antes afirmava que o título executivo só poderia se formar quando se tratasse de sentença condenatória.

O título executivo pode se formar de uma sentença puramente declaratório, tendo em vista que ela comporta, além do seu efeito principal que a identifica como tal, efeitos acessórios como pagamento de despesas expendidas com o processo, custas processuais e honorários advocatícios.

Também é no campo prático que devemos entender os efeitos da sentença, a fim de que possamos saber quais os elementos ou capítulos que restaram resolvidos, definidos e versados no julgado, para melhor se delimitar o objeto do recurso, sabendo-se primeiro do que se deve recorrer e do que não se deve. Portanto, a definição do conteúdo do recurso vai depender da compreensão que se tem dos efeitos que resultaram favoráveis ou desfavoráveis da sentença.

A compreensão e utilização da expressão em termos práticos leva a facilitação da fase do cumprimento da sentença, quer quanto aos efeitos principais, quer quanto aos acessórios, extraindo-se a ideia precisa do que deve ser executado, quais os efeitos que já resultaram líquidos, os ilíquidos que comportam atitudes distintas, executar no todo em parte, liquidar no todo ou em parte.

As espécies de obrigações que podem resultar de um julgado são perfeitamente definíveis através dos efeitos da sentença. Com isso vamos saber se o cumprimento da sentença vai ocorrer através de um dar, um fazer ou não fazer e/ou um pagar.

O tema torna-se de suma importância na definição, compreensão e praticidade do instituto da antecipação dos efeitos da sentença, pois, o seu delineamento, quanto a sua real identificação reside inteiramente no estudo dos efeitos do julgado, seja ele definitivo, seja ele provisório.

Ainda, ajuda a se compreender o julgamento fracionado do processo, hoje transformado em tema tão polêmico, além de ser de suma

importância quando estamos diante de efeitos retroativos, diferidos, prospectivo, retrooperantes ou modulado do julgado.

A mesma coisa pode-se afirmar com relação ao processo coletivo, onde a compreensão e definição dos efeitos de seus julgados são elementos ou ingredientes de excepcional importância para se poder obter uma executoriedade lógica e completa da prestação judisdiscional nesse subsistema processual.

Torna-se despidiendo se reafirmar que muitas são as vantagens, muitos são os frutos obtidos com o sentido prático que guardam os efeitos da sentença, fugindo-se um pouco do sempre aprofundado exame teórico do instituto, para podermos usufruir de seus resultados na planície prática do processo, especialmente pelo fato de se tentar, no momento, traduzir o processo e seu procedimento em coisa relativamente simples, palpável e compreensível, senão a todos, pelo menos aqueles que de uma forma ou de outra lidam com esse enigma que é o processo.

6. CONCLUSÕES

Não podemos afirmar que há identidade nas expressões eficácia e efeito da sentença. Os termos guardam significados e objetivos específicos. Enquanto a eficácia reside num campo mais abstrato visando explicitar a potencialidade da realização de algo, os efeitos são traduzidos como situações e elementos práticos que se obtém em uma sentença, como resultado daquilo que se postulou em prol da necessidade de um bem da vida que só poderia ser obtido através de uma prestação jurisdicional.

As expressões eficácia e efeitos são encontráveis tanto na teoria do direito, como no estudo da sentença e fazem parte integrante desta, mas não se pode confundir os conceitos, pois como visto cada um guarda peculiaridade própria.

Os efeitos principais da sentença no decurso do tempo restaram configurados como declaratório, constitutivo, condenatório, executivo *lato sensu* e mandamental. Esses efeitos são invariáveis no tempo e mutáveis apenas em cada caso julgado, definem a natureza jurídica da ação e da sentença.

Os efeitos acessórios ou secundários da sentença podem ser identificados como liquidação, cumprimento da sentença, custas e despesas

processuais, honorários advocatícios, hipoteca judiciária, multa coercitiva, juros, correção monetária, cancelamentos de protesto, de registros das mais variadas espécies e são mutáveis, freqüentemente, no tempo e em cada caso concreto julgado, não definem a natureza jurídica da ação ou da sentença, mas são tão relevantes no campo prático tanto quanto os principais.

Os efeitos da sentença, uma vez identificados, gozam da mais relevante importância no campo prático, quer para se poder recorrer ou não do todo ou em parte da sentença, quer para executá-la, liquidá-la. Também se presta a identificar o que se pretende antecipar em termos de efeitos da sentença em casos de urgência, de fracionamento do julgado ou de abuso do direito de defesa, além de possibilitar a sua modulação.

7. BIBLIOGRAFIA

- ARAGÃO, Egas Moniz de. *EXEGESE do Código de Processo Civil*. Vol. IV-2. AIDE. Rio de Janeiro. 1984.
- ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*. Forense. Rio de Janeiro. 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. Malheiros. São Paulo: 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. EDIPRO. Bauru-SP: 2001.
- DELGADO, José Augusto. *Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e Jurisprudência do STF*. In: Revista de Processo. RT. São Paulo. Vol. 98, págs. 61-68. abr./jun.2000.
- DIDIER Jr. Fredie. (Coordenador). *Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico*. 2ª. Ed. Salvador: JusPODIVM. 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 2006.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a Coisa Julgada*. Tradução: Ada Pellegrini Grinover, após a edição de 1945. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984.
- _____. *Processo de Execução*. Notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello. 5ª edição. Saraiva. São Paulo: 1986.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*. São Paulo: RT. 2000.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Tomo 1. Campinas: Bookseller. 1998.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e Efeitos da Sentença: variações sobre o tema*. In Temas de Direito Processual – Quarta Série. São Paulo. Saraiva: 1989.
- MURITIBA, Sergio. *Ação Executiva Lato Sensu e Ação Mandamental*. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. Vol. 58. São Paulo: RT. 2006.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Eficácia e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense. 2006.
- ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Tradución de Mariano Ovejero. Colección Clásicos. Buenos Aires: El Foro.
- RUSSO, Eduardo Angel. *Teoría General del Derecho – en la modernidad y en la posmodernidad*. 3ª edición. Lexis-Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2004.
- SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-America. 1968.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 2ª edição. Porto Alegre: Fabris. 1988.
- TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: RT. 2001.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada*. São Paulo: RT. 2006.

13

NOTAS PARA UMA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DOS ATOS POSTULATÓRIOS¹

Fredie Didier Jr.²

A interpretação dos atos postulatórios é tema pouco estudado pela doutrina do processo civil. Praticamente não há referências, até mesmo para dizer que, em relação a tais atos, não haveria particularidades dignas de registro, sendo a eles aplicável o regramento comum da interpretação das declarações de vontade³.

Há dois enunciados normativos, no CPC brasileiro, que cuidam do tema: art. 293 e o art. 302, III. São enunciados que se complementam. Devem ser interpretados em conjunto, de modo a que se extraia do código um sistema de interpretação dos atos postulatórios. A doutrina não faz essa relação entre os dispositivos, que parece clara, além de ser importantíssima.

Além dessas regras, os princípios da igualdade, da boa-fé processual, da cooperação e do contraditório orientam a interpretação das postulações.

Os arts. 112 e 113 do Código Civil também devem ser lembrados para a construção de uma teoria da interpretação dos atos postulatórios, que são espécies de declaração de vontade (art. 158, CPC).

-
1. Escrito em homenagem a Pontes de Miranda.
 2. Livre-docente pela USP e Pós-doutor na Universidade de Lisboa. Doutor pela PUC-SP. Mestre pela UFBA. Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito. Professor-adjunto da Faculdade de Direito da UFBA. Membro da IAPL, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Presidente da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico.
 3. Conclusão a que chega Paula Costa e Silva, não sem antes examinar extensamente toda a problemática em torno da interpretação dos atos postulatórios, 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, p. 451.

O esboço ora apresentado busca apresentar as conexões sintáticas entre essas diversas normas jurídicas, tendo por objeto o problema da interpretação da postulação em juízo.

Um dos poucos autores a trazer subsídios importantes para a construção desta teoria foi Pontes de Miranda. Como se trata de uma de suas contribuições menos divulgadas, e tendo em vista a importância do tema, resolvi escolhê-lo, nesta coletânea em homenagem ao maior dos juristas brasileiros.

Esclarecidos o objeto do ensaio e a sua razão de ser, podemos ir adiante.

De acordo com o art. 293 do CPC, o pedido há de ser interpretado restritivamente⁴. Trata-se de regra indispensável à delimitação do objeto litigioso do processo⁵.

O dispositivo cuida da interpretação do pedido – da declaração de vontade, e não da interpretação dos enunciados legislativos sobre o pedido. Trata-se de velha lição de PONTES DE MIRANDA: “Limitado ao ato processual do pedido, parte central, porém só parte, da invocação do juízo, de modo nenhum seria autorizada a aplicação do art. 293 à interpretação de quais normas legais sobre o pedido: não é regra jurídica de interpretação das leis”⁶.

A compreensão desse dispositivo pressupõe uma série de considerações.

a) A postulação inicial é uma declaração de vontade⁷. Como tal, precisa ser interpretada.

Desta declaração surgirão diversas consequências jurídicas processuais: *i*) escolha do juízo a quem a petição é dirigida – dado necessário para o exame da competência; *ii*) escolha do procedimento a ser adotado; *iii*) fixação do objeto litigioso – e, portanto, a delimitação do exercício da função jurisdicional; *iv*) definição de quem está sendo demandado etc.

4. Art. 293: “Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juro legais”.

5. Sobre a interpretação do pedido e a definição do objeto litigioso, SILVA, Paula Costa e. Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo, cit., p. 375.

6. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 82.

7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed., t. 4, cit., p. 03.

Não é, portanto, tema lateral, de somenos importância. A doutrina, porém, com as exceções de praxe, não lhe dá a atenção devida.

- b) É a partir desse dispositivo que se afirma que o pedido há de ser *expresso*; ou seja, o pedido tem de constar da petição inicial, não se aceitando, a princípio, pedido implícito – há exceções, que serão examinadas no próximo item. Não se pode considerar como pedido aquele que, embora pudesse ter sido formulado, não o foi⁸.

Mais uma vez, PONTES DE MIRANDA: “Quando se diz que os pedidos hão de ser interpretados de modo restrito, põe-se por princípio que não são alargáveis pelos métodos exegéticos, incluindo-se o que podia ser incluído e não o foi, ou o que apenas aparece em indícios de declaração que falhou em sua expressão”⁹.

- c) O pedido implícito é aquele que, embora não explicitado no instrumento da postulação, compõe o objeto litigioso do processo (mérito) em razão de determinação legal. Mesmo que a parte não peça, deve o magistrado examiná-lo e decidi-lo.

É temperamento da regra de que o pedido há de ser certo (*expresso*) e que sua interpretação deve ser restritiva (art. 293 do CPC).

Quando há pedido implícito, ocorre uma cumulação objetiva de pedidos por força de lei (*ex vi legis*)¹⁰: é como se a lei acrescentasse à demanda um novo pedido. Embora se trate de pedido implícito, não se permite a condenação implícita:¹¹ o magistrado deve examinar expressamente o pedido implícito.¹² A análise desse pedido também se constitui capítulo autônomo da decisão¹³.

-
8. “Interpretar restritivamente o pedido é tirar dele tudo quanto nele se contém e só o que nele se contém, sem que se possa ampliá-lo por força de interpretação extensiva ou por consideração outra qualquer de caráter hermenêutico. Compreendido no pedido só o que expressamente contiver, não o que possa, virtualmente, ser o seu conteúdo”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de Comentários ao Código de Processo Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 3, p. 209).
9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed., t. 4, cit., p. 82.
10. Lúcida síntese de Cândido Dinamarco. Capítulos de sentença. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 66.
11. ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 247; PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 8ª ed., t. 3, cit., p. 210.
12. Não obstante isso, súmula do STF, n.254: “Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissa o pedido inicial ou a condenação”.
13. DINAMARCO, Cândido Rangel. Capítulos de sentença, cit., p. 66.

São exemplos de pedido implícito: *i)* os juros legais (arts. 405 e 406 do CC-2002);¹⁴ *ii)* ressarcimento das despesas processuais e dos honorários advocatícios (art. 20 do CPC); *iii)* correção monetária (art. 404 do CC-2002);¹⁵ *iv)* pedido relativo a obrigações com prestações periódicas, pois o autor está desobrigado a pedir as prestações vincendas: o magistrado deve incluir, na decisão, as prestações vincendas e não pagas (art. 290 do CPC). Cristiano Chaves de Farias também aponta o pedido de alimentos como implícito na demanda de investigação de paternidade, em razão do art. 7º da Lei Federal n. 8.560/92¹⁶. Importa frisar que os juros convencionais ou compensatórios não prescindem do pedido expresso do autor, não se constituindo pedido implícito¹⁷.

d) O art. 302, III, CPC, traz regra de interpretação da contestação. O réu tem o ônus de impugnar especificadamente os fatos afirmados pelo autor. Se não o fizer, presume-se ocorrido o fato não impugnado. Sucede que o inciso III do art. 302 dispõe que essa presunção não ocorrerá, se os fatos não impugnados “estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto”. Ou seja, a regra impõe a interpretação sistemática da contestação – para além da interpretação literal, portanto.

A interpretação sistemática é técnica que também se aplica à interpretação do pedido. O inciso III do art. 302 do CPC aplica-se, *mutatis mutandis*, à interpretação do pedido, sob pena de ofensa à igualdade das partes: as declarações de vontade das partes seriam interpretadas com base em técnicas diversas, sem qualquer razão que justificasse essa opção.

A causa de pedir, como fundamento do pedido, é, portanto, dado imprescindível para a correta interpretação da postulação¹⁸.

14 Art. 405 do CC-2002: “Contam-se os juros de mora desde a citação inicial”. Art. 406 do CC-2002: “Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

15 O CC-2002 revogou o art. 2º, §1º, da Lei Federal n. 10.192/2002, que vedava o reajuste monetário com periodicidade inferior a um ano (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, cit., p. 248).

16 FARIAS, Cristiano Chaves de. “Investigação de paternidade”. Procedimentos especiais Cíveis – legislação extravagante. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 901.

17 ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, cit., p. 248, com amplas referências bibliográficas.

18 “... a regra jurídica não preexclui que se prefira a interpretação que mais de afeição à causa de pedir ou à narração dos fatos”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, 3ª ed., t. 4, cit., p. 82.)

Registre-se: corretamente pensadas as coisas, pedido e causa de pedir são perspectivas do direito material afirmado em juízo. A causa de pedir compõe-se da afirmação deste direito e o pedido se refere ao efeito jurídico material que deste direito decorre. Assim, o objeto do processo não pode ser delimitado sem que se levem em contas essas duas perspectivas¹⁹.

Embora sem mencionar o inciso III do art. 302 e o princípio da igualdade, o STJ já entendeu que o pedido há de ser interpretado de acordo com o conjunto da postulação: o pedido deve ser inferido a partir de uma exegese lógico-sistêmica do completo teor da petição inicial, razão pela qual não pode ser considerado como *ultra petita* o julgado que o interpreta de forma ampla e concede à parte aquilo que foi efetivamente pretendido com o ajuizamento da ação (STJ, 3ª T., REsp n. 1.049.560-MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. em 4.11.2010).

- e) Aplicam-se à interpretação do pedido as normas de interpretação dos atos jurídicos; ou seja, as normas que disciplinam a interpretação das declarações de vontade. A postulação é, também, uma declaração de vontade – art. 158 do CPC²⁰.

O art. 112 do Código Civil, por exemplo, enuncia que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Trata-se de dispositivo plenamente aplicável à interpretação do pedido²¹⁻²². É preciso investigar a vontade do

19. MANDRIOLI, Crisanto. “Riflessioni in tema di ‘petitum’ e di ‘causa petendi’”. Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 1984, v. XXXIX, p. 474.

20. “Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”.

21. Assim, STJ, 3ª. T., REsp n. 613.732-RR, rel. Min. Nancy Andrichi, j. em 10.11.2005: “PROCESSUAL CIVIL. INTERPRETAÇÃO DE ATO PROCESSUAL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO INTERPRETADO COMO RENÚNCIA. SENTIDO LITERAL DA LINGUAGEM EMPREGADA INCORRETAMENTE PELA PARTE. INADEQUAÇÃO. BUSCA PELA REAL VONTADE CONTIDA NO ATO PROCESSUAL. RENÚNCIA. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. – A interpretação literal e gramatical dos atos processuais é a mais pobre e perigosa das interpretações, acabando por desviá-lo de sua finalidade, com desastrosas consequências. – É imprescindível ao aplicador ou intérprete do ato processual perquirir pela valoração volitiva inserta em seu conteúdo, pois o conteúdo deve preponderar sobre a forma. – A renúncia ao direito que se funda a ação é classificada tanto pela doutrina como pela jurisprudência como instituto de natureza material e, por isso, deve ser interpretada restritivamente”.

22. “... o pedido é uma declaração de vontade que precisa ser descodificada, ela deve ser interpretada atendendo-se mais à intenção do autor do ato do que ao seu sentido literal (art. 112 do CC). Perquirição da vontade efetiva do autor do ato e interpretação restritiva dos pedidos não são, portanto, vetores incompatíveis”. (PEREIRA, Luis Guilherme Gonçalves.

postulante, para que se possa proceder corretamente à interpretação do pedido. Registre-se: a vontade da parte não é irrelevante²³.

Embora a interpretação literal seja o ponto de partida – uma interpretação que contrarie frontalmente o texto ou que não se tenha um “mínimo de correspondência no texto respectivo”²⁴ dificilmente será considerada como legítima²⁵ –, ela não é a única técnica possível de interpretação. A interpretação teleológica também é importante – além da sistemática, já referida. E é disso que trata o art. 112 do Código Civil.

O art. 113 do Código Civil enuncia, ainda, que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. A aplicação do dispositivo à interpretação do pedido é clara, até mesmo como reforço à incidência do princípio da boa-fé processual.

Os signos (palavras, números e outros símbolos) utilizados pelo demandante devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e com os usos do lugar de sua celebração. Se, em determinada comunidade, uma expressão consagrou-se, pelo uso, em um sentido, não se pode, ao interpretá-la posteriormente, dar a ela um sentido incompatível com aquele que a ela sempre se atribuiu.

- f) A interpretação do pedido deve observar o direito de defesa. Não se pode dar à postulação um sentido que comprometa a defesa, que se baseia sempre naquilo que foi demandado. Não é lícito interpretar a postulação para extrair dela um pedido que o réu não contestou.

A manifestação do réu, porém, é um dado relevante para a definição do quanto foi postulado. Por vezes, embora a petição não seja tão

A possibilidade jurídica de julgamentos implícitos no processo civil. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 74).

23. Sobre o assunto, longamente, é imprescindível a leitura de 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, p. 341-448.
24. PEREIRA, Luis Guilherme Gonçalves. A possibilidade jurídica de julgamentos implícitos no processo civil. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 71. A propósito, como referência, o n. 1 do art. 238º do Código Civil português, que cuida dos negócios jurídicos formais: “1. Nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso”.
25. Ressalva-se a possibilidade de ambas as partes concordarem com isso e a causa permitir autocomposição. Neste caso, teríamos verdadeiro negócio jurídico processual. A propósito, SILVA, Paula Costa e. Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo, cit., p. 393-395.

clara – o que poderia levar à inépcia da petição inicial –, a contestação, que também deverá ser interpretada, serve para revelar o sentido em que a postulação do autor foi formulada²⁶ – sentido esse que foi efetivamente contestado pelo réu²⁷. No ponto, muito oportuna a referência ao art. 193º, 3, do CPC português: “3. Se o réu contestar, apesar de arguir a ineptidão com fundamento na alínea a) do número anterior, não se julgará procedente a arguição quando, ouvido o autor, se verificar que o réu interpretou convenientemente a petição inicial”.

Registre-se: a postulação em juízo é uma declaração de vontade com no mínimo dois destinatários, a contraparte e o órgão jurisdicional²⁸.

Por isso, se ambas as partes estão concordes em relação à interpretação da postulação, o problema da interpretação do pedido praticamente deixa de existir, ressalvadas as situações de processo simulado. Não se pode esquecer que a parte demandada é a destinatária da declaração de vontade (pedido) que tem, em tese, conhecimentos sobre a relação jurídica material controvertida. O órgão jurisdicional não dispõe dessas informações.

Como afirma PAULA COSTA E SILVA, “difícilmente se poderá justificar que, existindo uma convergência das partes quanto ao sentido com que devem ser compreendidos os comportamentos processuais, este entendimento possa ser postergado por um entendimento divergente do tribunal”²⁹.

Não por acaso, pedido obscuramente deduzido leva à inépcia da petição inicial (art. 295, par. ún., I, CPC), exatamente porque dificulta a fixação do objeto litigioso e a defesa do demandado.

g) Do princípio da cooperação decorre o *dever de esclarecimento*. O *dever de esclarecimento*³⁰ consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo³¹, para evitar decisões

26. SILVA, Paula Costa e. Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo, cit., p. 376.

27. Assim como a manifestação do autor (réplica) sobre a contestação é um dado relevante para a correta interpretação da peça de defesa.

28. SILVA, Paula Costa e. Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo, cit., p. 380.

29. SILVA, Paula Costa e. Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo, cit., p. 377.

30. Sobre o assunto, DIDIER Jr., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

31. SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997,

tomadas em percepções equivocadas/apressadas³². Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a postulação, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao postulante – convém lembrar que há hipóteses em que se confere a não-advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever³³.

Eis, em suma, a correta interpretação do art. 293 do CPC: *i*) o julgador deve ater-se aos pedidos formulados pelo demandante, ressalvados os pedidos implícitos, adiante examinados; *ii*) a identificação dos pedidos expressamente formulados decorre da interpretação da demanda, considerada como declaração de vontade e que deve ser interpretada sistematicamente; *iii*) a interpretação do pedido deve basear-se, ainda que minimamente, no texto da petição inicial; *iv*) a interpretação do pedido não pode prejudicar a defesa; a defesa, porém, pode servir como dado para a interpretação do pedido; *v*) o princípio da cooperação impõe ao órgão jurisdicional o dever de esclarecer-se quanto às postulações das partes, em caso de dúvida.

Tudo o quanto aqui se disse aplica-se, *mutatis mutandis*, à interpretação de *todos os atos postulatorios, como a contestação, a réplica e os recursos*. Todos são declarações de vontade. É uma exigência do princípio da igualdade.

p. 65. Assim, também, GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

32. Art. 266 do CPC de Portugal: “2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato”.

33. Para Lúcio Grassi, é possível retirar este dever judicial, no direito brasileiro, dos artigos 130, 131, 339, 340, I, do CPC brasileiro (“Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”, cit., p. 51).

14

RELAÇÃO JURÍDICA E O PLANO MATERIAL: BREVES ESTUDOS COM BASE EM PONTES DE MIRANDA

Gabriela Expósito Miranda de Araújo¹

SUMÁRIO – Introdução – 1. Relação jurídica na fenomenologia da juridicização: 1.1. Regra jurídica, incidência e fato jurídico; 1.2. Espécies de fatos jurídicos; 1.3. Categorias eficaciais – 2. A relação jurídica no plano material: 2.1. O plano material – 3. Considerações finais – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A incumbência do presente artigo é demonstrar de forma sucinta uma pequena parte da doutrina do professor Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, com base na teoria do fato jurídico. A formação desse fato jurídico, a partir da incidência, e sua categoria eficaçial mais importante: a relação jurídica. Além de interligar a relação processual ao plano material, que é composto por direito subjetivo, pretensão e ação material.

Primeiramente, com base nos estudos do próprio Pontes de Miranda e dos professores Beclaut de Oliveira e Marcos Bernardes de Mello, apresentar-se-ão algumas considerações sobre as noções de regra jurídica, incidência e fato jurídico.

Após a transformação do fato em fato jurídico, que, como será demonstrado, ocorre por meio da incidência, tratar-se-á brevemente da inserção dos fatos jurídicos nos planos da existência, da validade e da eficácia. Como consequência do estudo do plano da eficácia, será necessário analisar a mais importante categoria eficaçial: a relação jurídica.

Por fim, mas não menos importante, será feito um estudo geral sobre a inserção da relação jurídica no plano material e seus elementos integrativos.

1. Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Aluna especial no mestrado de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Advogada.

Antes de iniciar o presente artigo é necessário destacar a razão pela qual se optou por tratar da inserção da relação jurídica no plano material. É sabido que Pontes de Miranda diferencia a ação que alguns autores, como Calamandrei, não admitem. É, pois, uma dualidade de ações: uma de caráter processual; e uma de caráter material.²

Ao realizar essa distinção, o autor insere a ação material no plano material e a ação processual no plano processual. Ambos os planos (material e processual), juntamente com o plano pré-processual, formam a divisão utilizada por Pontes de Miranda para o mundo do Direito.³ De tal monta, a importância de analisar o plano material e seus elementos é nítida, qual seja, demonstrar como o referido autor visualizava o primeiro plano no qual insere o mundo jurídico.

Notar-se-á que a utilização da relação jurídica para tratar do plano material é clara. Não há melhor forma de entender o plano material, composto de direito subjetivo, pretensão material e ação material, sem um bom exemplo do surgimento do direito subjetivo. Com a relação jurídica, fica claro visualizar que o surgimento do direito material se dá por uma vantagem de um dos sujeitos em relação ao outro componente da relação, sendo essa vantagem o próprio direito subjetivo.

Explicados os motivos pelos quais se optou por trabalhar com a relação jurídica inserida no plano material, pode-se prosseguir.

1. RELAÇÃO JURÍDICA NA FENOMENOLOGIA DA JURIDICIZAÇÃO

1.1. Regra jurídica, incidência e fato jurídico

O autor alagoano Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda sofreu influência do positivismo filosófico da Escola do Recife. Há, portanto, em parte de sua obra, a influência do positivismo “originário” e de seus

-
2. AMARAL, Guilherme Rizzo. “A Polêmica em torno da Ação de Direito Material”. In: AMARAL, Guilherme Rizzo e MACHADO, Fábio Cardoso (orgs.). Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 111-127.
 3. Vale ressaltar que o vocábulo “plano” é utilizado por Pontes de Miranda em duas classificações distintas. Primeiro, pode-se utilizar “plano” para designar a divisão que o autor faz do mundo do direito, e nesse caso existirão os planos material, pré-processual e processual. Mas plano também é utilizado para categorizar os fatos jurídicos em existentes, válidos e eficazes (a depender do caso).

pensadores, como August Comte, a ponto de inserir o Direito como parte da Física Social.

A influência do positivismo na obra de Pontes de Miranda é verificada quando estudamos suas ideias acerca do mundo jurídico e regra jurídica, o que será demonstrado adiante.⁴

Em sua noção de regra jurídica, não há distinção entre lei e norma. A lei é apenas a forma na qual o Direito se revela. Logo, não há de se falar em uma criação do Direito por parte do legislador. As regras jurídicas são formuladas através de conceitos, e, dessa forma, dá-se o processo revelador do Direito.⁵

Esses conceitos, que são, em regra, gerais ou abstratos, têm fixação social, não havendo, como já dito, elemento volitivo por parte do legislador, e deverão ser precisados, fazendo assim parte da norma jurídica. É preciso frisar que há um caráter meramente declaratório da função legislativa. O juiz só tem o dever de reproduzir o direito na preconizada lei; ele não tem a função de criar a norma.⁶

Hans Kelsen não admite a categoria “conceito” na norma jurídica, visto que o conceito diz o que “é” e não o que “deve ser”.⁷ Como Pontes de Miranda admite o conceito como parte da norma, o enunciado normativo não pode ter por elo o dever-ser, pois a regra jurídica constitui enunciado do que “é”.

Ademais, o Direito é visto como fenômeno natural; não cabe divisão entre causalidade e imputação. Assim, a regra jurídica colocada em palavras veicula os conceitos que, por sua vez, se referem aos dados de realidade.⁸

Acerca da estrutura da norma, Pontes de Miranda entende haver uma descrição (= conceitos) de um suporte fático hipotético ou abstrato conectado a um preceito abstrato interligado pelo verbo “ser” (há uma precisão).⁹

4. SILVA, Beclaute Oliveira. “Considerações acerca da incidência na teoria de Pontes de Miranda”. Revista do mestrado em direito (UFAL), Maceió, v. ÚNICO, n. 1, 2005, pp. 215-250..

5. Idem, ibidem.

6. Idem, ibidem.

7. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins-Fontes, 2011, pp. 113-119.

8. SILVA, Beclaute Oliveira. op. cit., pp. 215-250.

9. Idem, ibidem.

O professor Marcos Bernardes de Mello afirma, diferentemente de Pontes de Miranda, que a norma jurídica constitui uma proposição hipotética, em que a hipótese é sinônimo de suporte fático interligado, pelo dever-ser, ao preceito.¹⁰

Além de todos os aspectos já demonstrados, é importante destacar que para Pontes de Miranda a regra jurídica, para ser considerada completa, só precisa conter uma hipótese e uma tese, eliminando-se assim a parcela sancionatória. Essa parte da norma com apenas uma hipótese e uma tese é chamada pelo professor Marcos Bernardes de Mello de parcela não sancionatória. A parte sancionatória, para Pontes de Miranda, seria outra regra jurídica.¹¹

A descrição da hipótese feita pela norma é o suporte fático, sendo ele um fato ou um complexo de fatos devidamente valorados e o embrião do fato jurídico.¹² Se concretizada tal hipótese, a norma incide sobre o suporte fático, surgindo o fato jurídico.¹³

Resta demonstrada com essa incidência que uma das características do suporte fático é a transitoriedade, já que, após a incidência, ele é extinto, nascendo o fato jurídico.¹⁴

É necessário, após conceituar suporte fático, distingui-lo de fato jurídico e de fato real. Sabe-se que apenas os fatos jurídicos integram o mundo jurídico, sendo aqueles elementos deste. Já o suporte fático é um conceito pré-constituído que não faz parte do mundo jurídico, pois é abstrato. Ele não se materializa, só existe no campo hipotético. O fato real, por sua vez, ocorre ou está ocorrendo no mundo dos fatos, apesar de o Direito não dar importância.¹⁵

O outro elemento da norma jurídica, o já citado preceito, manifesta-se no mundo do pensamento de forma abstrata e no plano material¹⁶ de forma concreta, já que nele se encontra a situação jurídica, a partir da

10. MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

11. Idem, pp. 63-67.

12. GOMES, Danilo Heber. (In)existências processuais, Pernambuco: Universidade Católica de Pernambuco, 2011, p. 23. (Dissertação de Mestrado em Direito)

13. Idem, p. 43. Ainda, VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 4 ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 144-145.

14. GOMES, Danilo Heber. op.cit., p. 25.

15. Idem, pp. 23-24.

16. Pontes de Miranda divide o fenômeno jurídico em três planos: material, pré-processual e processual. Todos serão estudados mais adiante.

qual surgirão todas as hipóteses de eficácia do fato jurídico, cuja principal é a relação jurídica.¹⁷

Porém, antes de adentrar nas eficácias dos fatos jurídicos, é preciso esclarecer que, composto o suporte fático suficiente,¹⁸ haverá a incidência da norma jurídica, a qual provocará o surgimento do fato jurídico.¹⁹ A principal função da incidência é, pois, juridicizar o suporte fático.

São elucidativas as palavras do professor Beclaute Oliveira sobre o tema:

As regras jurídicas, através das palavras, veiculam conceitos denominados suporte fático hipotético e preceito abstrato. Estes por sua vez ingressam no plano do pensamento para depois cair – incidir – sobre os suportes fáticos criando os fatos jurídicos e suas consequências.²⁰

Então, antes de serem jurídicos, os fatos necessitam de juridicização, que ocorre através da incidência.

As características da incidência são a incondicionalidade ou infalibilidade e a inesgotabilidade. A primeira diz respeito ao fato de a incidência ocorrer independentemente da vontade do destinatário; ela é automática. Sempre que ocorrer o que está descrito na norma, ou seja, sempre que o suporte fático se concretizar, haverá necessariamente a incidência normativa. Já a inesgotabilidade se comprova pelo fato de a incidência ocorrer todas as vezes que o suporte fático se materializa, não havendo esgotamento da hipótese. Pode-se dizer, então, que a incidência é infalível ou inevitável.²¹

Dessa forma, após a incidência de uma norma em um suporte fático suficiente,²² ter-se-á, como já exposto, a formação de um fato jurídico que, conseqüentemente, gerará uma eficácia, a qual é considerada o terceiro plano (existência e validade são os primeiros) em que Pontes de Miranda insere as características dos fatos jurídicos.

17. SILVA, Beclaute Oliveira, op. cit., pp. 215-250.

18. O suporte fático pode ser composto de elementos nucleares – que são essenciais à incidência – com a presença deles há o suporte fático suficiente; elementos completantes que têm ligação direta com a existência do suporte; os complementares e os integrativos que não compõem o núcleo do suporte fático, estão ligados à perfeição deste ou à validade e à eficácia.

19. Idem, p. 108.

20. SILVA, Beclaute Oliveira. op. cit., pp. 215-250.

21. Idem, ibidem.

22. Tal conceito já foi explicado anteriormente.

Quando há a concreção do suporte fático e invariavelmente a incidência da norma, tem-se o plano da existência do fato jurídico. O plano da validade é contingencial e não ocorre para todos os tipos de fato (só há validade para os lícitos). O último plano, o da eficácia, é geral, de tal forma que todo fato jurídico gerará alguma eficácia. Assim sendo, a validade contingencial não é condição absoluta para seu ingresso no plano da eficácia,²³ e a existência é base para todas as situações.²⁴

Dessa forma, somente os fatos jurídicos geram eficácias ou efeitos, os quais, também chamados de categorias eficaciais, vão desde as situações jurídicas simples até as complexas, como a relação jurídica.²⁵

1.2. Espécies de fatos jurídicos

Antes de adentrar propriamente no estudo da relação jurídica é interessante demarcar a forma como se entende a classificação dos fatos jurídicos para os fins deste trabalho e, posteriormente, a classificação das categorias eficaciais, para depois começar o estudo das relações jurídicas no plano material.

Existem várias modalidades para classificação dos fatos jurídicos, mas a abordada aqui será a adotada por Pontes de Miranda, que distingue os atos através dos elementos essenciais e distintivos de cada um.²⁶ Primeiro tem-se a classificação dos fatos que estão em conformidade ou não com o Direito; há então fatos ligados à licitude e à ilicitude. A segunda classificação se dá pela presença ou não do ato humano volitivo no suporte fático.

Existem, em suma, os fatos jurídicos lícitos, subdivididos em fato jurídico *stricto sensu*, ato jurídico e atos jurídicos *lato sensu* (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico); e os fatos jurídicos ilícitos, subdivididos em ato ilícito indenizativo, caducificante e invalidante.²⁷

Marcos Bernardes de Mello, apesar de não classificar os fatos exatamente como Pontes de Miranda, oferece conceitos para algumas espécies

23. MELLO, Marcos Bernardes de. "Da Ação como Objeto Litigioso no Processo Civil". In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coords.). Teoria Quinária da Ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 369.

24. Idem, p. 372.

25. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

26. GOMES, Danilo Heber. op. cit., pp. 35-36.

27. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo II, p. 184.

de fatos jurídicos: fato jurídico *stricto sensu* é todo fato jurídico no qual, na composição do suporte fático, aparecem os fatos da natureza, independente de ato humano. Como exemplo, tem-se a morte, o nascimento, a produção de frutos etc.;²⁸ ato jurídico é o fato jurídico em que o suporte fático prevê uma situação de fato que se materializa por uma conduta humana.²⁹ É nesse conceito que Marcos Bernardes³⁰ engloba os atos fatos jurídicos indenizativos, que são aqueles em que um ato humano não contrário a direito (ou seja, lícito) causa prejuízo a terceiro.³¹ O professor inclui também os atos fatos jurídicos caducificantes, que se concretizam em situações nas quais o efeito do fato jurídico é a extinção de determinado direito.³² Há ainda o ato jurídico *lato sensu*, em que o suporte fático prevê como cerne uma exteriorização consciente de vontade e cujo objetivo é obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido;³³ ato jurídico *stricto sensu*, em que a vontade não é relevante, a manifestação produz efeitos necessários, preestabelecidos pelas normas;³⁴ há, finalmente, o negócio jurídico, no qual a vontade é manifestada para compor o suporte fático visando a obter efeitos que podem ou não estar determinados pelo sistema.³⁵

Nota-se que alguns conceitos tratam da consequência do fato jurídico, ou seja, as categorias eficaciais que serão tratadas a seguir.

1.3. Categorias eficaciais

Segundo Marcos Bernardes de Mello, “são categorias eficaciais todas as espécies de efeitos jurídicos encontráveis no mundo do Direito”.³⁶ Nesse conceito encontram-se todas as categorias eficaciais, desde as mais simples até as mais complexas.³⁷

28. MELLO, Marcos Bernardes. op. cit., p. 165.

29. Idem, p. 168.

30. É neste ponto que o professor Marcos Bernardes de Mello discorda de Pontes de Miranda, visto que aquele insere no conceito de ato fato jurídico os atos fatos indenizativos e caducificantes, enquanto o segundo autor insere na categoria de fato jurídico ilícito os atos indenizativos e caducificantes.

31. MELLO, Marcos Bernardes. op. cit., p. 169.

32. Idem, p. 172.

33. Idem, p. 178.

34. Idem, p. 199.

35. Idem, p. 202.

36. Mello, Marcos Bernardes. Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

37. Vale ressaltar que existem fatos jurídicos que são ineficazes, e que essa ineficácia pode ser entendida como uma inaptidão, permanente ou temporária, de irradiar efeitos próprios imputados pela norma jurídica. MELLO, Marcos Bernardes. op. cit., p. 75.

Ao tratar de categoria eficaz é necessário tratar das chamadas situações jurídicas, as quais podem ser divididas em sentido *lato* ou *stricto*. Em sentido *lato*, elas designam qualquer efeito que ocorre no mundo jurídico em decorrência de um fato jurídico, ou seja, situações jurídicas em sentido *lato* são todas as possíveis categorias eficazes. Já as de sentido *stricto* são casos de eficácias que só atingem a esfera jurídica de um sujeito, casos de situações jurídicas unissubjetivas.³⁸

Apesar de existirem diversas categorias eficazes, a mais importante é a relação jurídica, que será conceituada e contextualizada em um dos planos em que Pontes de Miranda dividiu o fenômeno jurídico: o plano material.

2. A RELAÇÃO JURÍDICA NO PLANO MATERIAL

Como já dito na parte introdutória do presente artigo, o objetivo, ao inserir a relação jurídica em um dos planos em que Pontes de Miranda divide o mundo jurídico, é tentar demonstrar a importância do estudo das categorias eficazes, no caso a relação jurídica, para entender o primeiro plano em que o autor divide o mundo do Direito, já que é da relação jurídica que surge o primeiro elemento do plano material: o direito subjetivo.

A relação jurídica é uma categoria eficaz complexa,³⁹ já que envolve a esfera jurídica de mais de um sujeito. São elementos da relação jurídica os sujeitos, o objeto (podendo ser bens materiais ou imateriais)⁴⁰ e a correspectividade entre situações jurídicas que a compõem.

Da relação jurídica podem surgir direitos subjetivos (o principal elemento da relação)⁴¹, os quais, assim como a pretensão e a ação, encontram-se no plano material. É sabido que Pontes de Miranda divide o mundo do Direito nos planos material, pré-processual e processual, mas a partir deste momento tratar-se-á apenas do plano material.

2.1. O plano material

Sempre existirá na relação jurídica uma correspectividade e, assim, direito e dever. Esse direito subjetivo é a vantagem auferida pela norma e

38. MELLO, Marcos Bernardes. op. cit., pp. 94-95.

39. As categorias eficazes podem ser divididas em simples, quando atingem a esfera jurídica de apenas um sujeito, ou complexa, quando atingem mais de uma esfera jurídica.

40. MELLO, Marcos Bernardes, op. cit., p. 197.

41. Analogamente, ASSIS, Araken de. Cumulação de Ações. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, pp. 39-40.

enseja um acréscimo na esfera jurídica de alguém, acarretando, em consequência, uma limitação na esfera de outrem.⁴²

Os direitos subjetivos conferem ao titular uma situação estática e são necessariamente integrados por poderes, dentre os quais o poder jurídico de exigir, denominado pretensão.⁴³ A princípio, pode-se pensar que só a pretensão é um poder e que o direito é apenas uma vantagem sobre outrem, mas tal concepção é equivocada, já que para Pontes de Miranda o direito subjetivo é um poder; poder de ter uma faculdade.⁴⁴

A pretensão é o grau de exigibilidade do Direito⁴⁵ e tem em seu polo contrário a obrigação. Caso essa obrigação seja descumprida surgirá a ação material, que, em regra, é o grau de impositividade do Direito.^{46,47}

Com o exercício da ação, para que haja a satisfação do direito não é necessária a cooperação do sujeito (não é o caso da pretensão, em que a cooperação é essencial).⁴⁸

Um exemplo ajuda a visualização da diferença entre direito, pretensão e ação material. Ao receber um cheque pré-datado, X tem uma expectativa de receber o valor referido no cheque. Antes da data prevista no cheque, X não pode exigir o pagamento. Há para X apenas uma vantagem, mas não há exigibilidade. No dia estabelecido no cheque, X pode exigir o cumprimento do pagamento. Há então para ele a pretensão material. Supondo que, um dia após a data prevista no cheque, o portador, ao depositar, seja informado pelo banco de que o cheque estava sem fundos, ou seja, houve o inadimplemento da obrigação, surge a ação material, já que a partir desse dia X poderá impor o cumprimento da obrigação sem depender da cooperação do devedor.

Vale ressaltar que o titular da ação mesmo pode por vezes não exercê-la, deixando apenas a ação em seu sentido estático, existindo ação em sentido dinâmico a partir do exercício. Entretanto, antes do plano

42. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 115.

43. Assim, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, op. cit., p. 107.

44. SILVA, Beclate Oliveira. "Considerações acerca da incidência na teoria de Pontes de Miranda". *Revista do mestrado em direito (UFAL)*, Maceió, v. ÚNICO, n. 1, 2005, pp. 215-250.

45. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa. "Ação Material e Tutela Cautelar". In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coords.). *Teoria Quinária da Ação*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 563.

46. GOUVEIA FILHO; PEREIRA, op. cit., p. 563.

47. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. op. cit., p. 203.

48. GOUVEIA FILHO; PEREIRA, op. cit., p. 563.

processual há o plano pré-processual. No caso, é por meio do exercício dos componentes do plano pré-processual, a saber, direito ao remédio jurídico e direito à tutela jurídica, que se consegue chegar à ação processual (elemento do plano processual).

O exercício da ação material ocorrerá apenas no último plano em que Pontes divide o mundo do Direito – o plano processual –, que tem como um dos elementos a ação processual, que pode ser entendida, segundo Pedro Henrique Nogueira, como a maneira pela qual o titular da ação material irá exercer seu direito à jurisdição⁴⁹ ou como afirmações da ação material em juízo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou esclarecido como se dá o surgimento do fato jurídico: a partir da incidência da norma em um suporte fático. Demonstraram-se as espécies de fatos jurídicos e também as eficácias geradas por eles. Entre as eficácias, a mais importante, como visto, é a relação jurídica que foi contextualizada em um dos planos que Pontes de Miranda dividiu o mundo do Direito: o plano material, composto de direito subjetivo, pretensão e ação material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. “A Polêmica em torno da Ação de Direito Material”. In: AMARAL, Guilherme Rizzo e MACHADO, Fábio Cardoso (orgs.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 111-127.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002.
- GOMES, Danilo Heber. *(In)existências processuais*. Pernambuco: Universidade Católica de Pernambuco, 2001. (Dissertação de Mestrado em Direito)
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa. “Ação Material e Tutela Cautelar”. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coords.). *Teoria Quinária da Ação*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins-Fontes, 2011.

49. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. op. cit., p. 151.

MELLO, Marcos Bernardes de. "Da Ação como Objeto Litigioso no Processo Civil". In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coords.). *Teoria Quinária da Ação*. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: JusPodivm, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo II.

SILVA, Beclaute Oliveira. *Considerações acerca da incidência na teoria de Pontes de Miranda*. Revista do mestrado em direito (UFAL), Maceió, v. ÚNICO, n. 1, 2005, pp. 215-250.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4 ed. São Paulo: RT, 2000.

15

BRASIL: UM PAÍS DE “COMMON LAW”? AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DE “COMMON LAW” E “CIVIL LAW” E A EXPERIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA COMO CONSTITUCIONALISMO HÍBRIDO

Hermes Zaneti Jr.¹

SUMÁRIO – 1. A formação do ordenamento judicial brasileiro na perspectiva constitucional e a recepção do direito norte-americano : 1.1. A recepção constitucional da “judicial review” (o controle de poder no modelo brasileiro de jurisdição constitucional); 1.2. O surgimento do controle do poder do estado: limites e vínculos aos poderes absolutos; 1.3. Tradições jurídicas em confronto no “paradoxo metodológico” brasileiro: “common law” (processo constitucional) e “civil law” (processo infra-constitucional); 1.4. A teoria da recepção jurídica com particular atenção à recepção constitucional – 2. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891 e as doutrinas nacionais do “judicial review” até o advento da Constituição Federal de 1988: 2.1. A passagem do Brasil Império (poder moderador – Constituição Imperial de 1824) para o Brasil República (“judicial review” – Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891); 2.2. O “judicial review” na Constituição de 1934: o advento do mandado de segurança, da ação popular, da ação interventiva e do “full bench”; 2.3. O “judicial review” na Constituição de 1937 (Carta Outorgada); 2.4. A Constituição de 1946 e a positivação do “judicial review” (“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”) ; 2.5. O “judicial review” nas cartas constitucionais do golpe militar (1967 e 1969); 2.6. A Constituição Federal de 1988 e o Estado Democrático de Constitucional: ampliação do “judicial review” (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ‘ameaça’ a direito”) – Conclusão.

-
1. Mestre e Doutor (UFRGS). Doutorando em Filosofia do Direito na Università degli Studi di Roma Tre (UNIROMA3). Pós-doutorando em Processos Coletivos Università degli Studi di Torino (UNITO). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UFES (Mestrado). Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu – Processo e Constituição – da Faculdade de Direito da UFRGS. Professor do Curso de Direito Processual Civil da JusPODIVM e Pretorium – Telepresencial. Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP). Membro da ABRAMPA (Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente) e do MPCon (Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor).

1. A FORMAÇÃO DO ORDENAMENTO JUDICIAL BRASILEIRO NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E A RECEPÇÃO DO DIREITO NORTE-AMERICANO

O Brasil é um país jovem. A história constitucional do Brasil é em muitos aspectos uma história instável.

O Brasil teve até hoje, em sua breve história de independência de Portugal, oito constituições: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. Muitas outorgadas, muitas não realizadas na prática. A Constituição de 1988 é o documento que representa o “nunca mais” a um longo período de ditadura militar, que durou de 1964 a 1985.

Muito embora a recente Constituição de 1988 já ter sido emendada mais de setenta vezes, é possível dizer, para padrões nacionais, que é uma constituição estável. Este é o maior período democrático do país, sendo também o de maior crescimento econômico. O Supremo Tribunal Federal e os juízes e tribunais em geral, assim como, especialmente, o Ministério Público, tiveram suas competências e atribuições enormemente alargadas pela Constituição e têm contribuído ativamente para a efetivação dos direitos fundamentais de liberdade e sociais, individuais e coletivos nela previstos.

É preciso estabilizar mais para avançar mais, reforçando as instituições de garantias e os direitos fundamentais. As reações econômicas ao modelo social do Estado brasileiro já começam a surgir na forma de *lobbies* legislativos, propostas de emendas à constituição, leis e atos normativos, inclusive do Poder Executivo, para negar vigência aos direitos fundamentais e solapar as garantias expressamente previstas na constituição.

Outra face dessa virada é a crescente negativa de vigência à constituição por parte do próprio Poder Judiciário, resultante de pré-compreensões morais e políticas equivocadas dos direitos fundamentais concretos previstos no ordenamento brasileiro. Exemplo disso é o que ocorre com os direitos de propriedade. É disseminada na prática judicial a confusão entre o direito de propriedade como direito fundamental (direito à propriedade) e o direito privado do proprietário (direito real), interpretado e aplicado de maneira desvinculada da função social e ambiental da propriedade, igualmente previstas na Constituição. Igualmente, pode-se citar como exemplo dessa incompreensão a negação por parte de juízes de

tutela judicial com imposição aos poderes públicos de políticas públicas prevista na lei e na constituição, como as relativas à saúde, à educação, à segurança etc. Trata-se de um ativismo judicial que nega a tutela de direitos sendo, portanto, reacionário aos direitos fundamentais.

Não deve surpreender que este ativismo reacionário venha acompanhado do recurso à *panprincipalização*² do direito e à *proporcionalidade e razoabilidade* como *rainhas do xadrez* dessa “nova” hermenêutica e interpretação jurídicas.

Nos próximos tópicos faremos a reconstrução histórica da recepção nas constituições brasileiras do *judicial review*, procurando demonstrar a contribuição da doutrina de Pontes de Miranda para o esclarecimento da nossa matriz híbrida de *common law* e *civil law*.

Conforme já salientara o mestre, a garantia constitucional brasileira de que a constituição é soberana em relação à lei e representa o polo unitário do nosso ordenamento jurídico, revela-se, na doutrina de Pontes de Miranda, como *a maior e mais prestante contribuição do nosso modelo constitucional*.³

1.1. A recepção constitucional da “judicial review” (o controle de poder no modelo brasileiro de jurisdição constitucional)

Em 1891, na Constituição Republicana, o Brasil, como República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, recepcionou, como a grande parte dos países latino-americanos⁴, e por influência direta de Rui Barbosa, o

-
2. A expressão é de Lenio Luiz Streck, Verdade e Consenso. Constituição, Hermeneutica e Teorias discursivas. Da possibilidade a necessidade de respostas corretas em direito, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro 2009, § 13.5, pp.475-543 (“panprincipiologismo em Terrae brasilis”), citado, igualmente, por Luigi Ferrajoli como a “tendenza della giurisprudenza brasiliana a elaborare principi non formulati nella costituzione ma frutto soltanto di argomentazioni morali”, Luigi Ferrajoli. Costituzionalismo Garantista. La Democrazia Attiraverso i Diritti, §§ 1.2 e 3.9.
 3. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1946 (art. 129-141, § 14), cit., 3. ed., 1960, v. 4, p. 142.
 4. Nesse sentido, após ter alcançado a independência das potências coloniais espanhola e portuguesa, nada mais natural aos estados em formação do que acompanhar os modelos da Revolução Francesa e da Independência Americana, essa última, por mais próxima, ter influenciado predominantemente, cf. Vincenzo Varano; Vittoria Barsotti. La tradizione giuridica occidentale, 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2010, p. 508/510. Note-se, a bem da verdade, que não é fácil rotular as vicendas histórico constitucionais de um país, geralmente influenciadas

direito constitucional norte-americano⁵. Ocorreu então uma revolução copernicana em nossas instituições jurídicas, que ainda hoje desenvolve suas potencialidades democratizantes⁶. Entre tantas consequências, faz-se referência à constituição escrita e rígida e à garantia da *judicial review* que dela naturalmente decorre o modelo norte-americano, ou seja, a garantia de adequação dos atos do poder público e dos atos dos poderes particulares ao que está preceituado no texto constitucional.⁷

pelos aspectos particulares de sua tradição e pela menor ou maior influência de seus juristas proeminentes. Não por acaso, no que diz com o controle de constitucionalidade, afirma a doutrina: “Nonostante l’evidente influenze del modello statunitense di judicial review, le prime forme di giustizia costituzionale risentono profondamente della cultura giacobina e dell’idea del Parlamento quale organo sovrano e inappellabile. Realizzano, pertanto, un controllo di tipo politico (v. Bolivia, Brasile, Ecuador, Cile, Perù), aprendosi a forme di controllo giurisdizionale soltanto a partire dalla seconda metà del XIX secolo (BILLÈ, La giustizia costituzionale, p. 482). Inoltre, la presenza nel costituzionalismo latino-americano di una duplice anima, statunitense ed europea, contribuisce all’affermazione di ogni possibile modello di giustizia costituzionale (v. supra, Cap. II, § 3.3) (accentrato in Costa Rica, Panamá, Cile, Uruguay e Paraguay; diffuso in Argentina e Brasile; ibrido in Venezuela, Colombia, Bolivia, Nicaragua, El Salvador, Guatemala, Messico e Perù), facendo dell’America Latina un vero e proprio laboratorio di formule peculiare della giustizia costituzionale (ROLLA, La tutela diretta, p. 3)”, (Idem, p. 509). Não obstante a correção do raciocínio os dados precisariam ser atualizados, no Brasil, por exemplo, como se verá, desde 1965, com a EC nº 1, à Constituição de 1946, temos um modelo híbrido, com o Supremo Tribunal Federal funcionando como Corte Constitucional para a jurisdição concentrada de constitucionalidade.

5. Rui Barbosa foi o “autor” da Constituição de 1891. O texto do projeto inicial foi clarificado e ampliado por Rui, como bem anotou Pedro Calmon: “Por esse documento verifica-se que Barbosa não só foi encarregado da redação do projeto final publicado em nome do governo, como ainda lhe acompanhou a impressão, fazendo-lhe profundas modificações nas diversas provas que reviu” (Rui Barbosa, A Constituição de 1891, prefácio e revisão de Pedro Calmon, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946, p. XXXIV – Impressão fac-similar dos originais que foram encontrados na casa de Rui Barbosa. Coleção Obras Completas de Rui Barbosa, v. 17, t. 1, 1890). Os apensos I (emendas de Rui ao projeto) e II (redação final – projeto do governo provisório), anotados com a própria caligrafia de seu autor, denotam, definitivamente, o acerto da correspondência entre Rui Barbosa e o nosso Texto Constitucional de 1891.
6. No sentido contrário, defendendo a tetrapartição dos poderes de Benjamin Constant: “O país envolveu institucionalmente aos tempos do Espírito das leis, ou seja, mais de cento e cinquenta anos!” (Cezar Saldanha Souza Júnior, O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes, São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 136).
7. Nesse sentido, a proclamação do jurista norte-americano Hugo Lafayette Black (Justice Black): “É, para mim, da maior importância que o nosso país tenha uma Constituição escrita (...). A Constituição americana não é nenhum acidente histórico; mas, o produto evolutivo da luta do homem, através de eras passadas, para proteger-se contra reis, potentados e governantes tirânicos (...).” (Crença na Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 24). E também: “Homens, como Washington, Jefferson, Madison, Hamilton e Adams, viram essa fraqueza nos artigos, e sabiam que um governo nacional, com poderes suficientes para proteger-se e defender-se, tinha que ser estabelecido, se se queria criar um país verdadeiro. O instrumento que eles e outros empregaram para construir tal país, foi a nossa Constituição escrita. (...) não apenas porque era necessária uma espécie de acordo entre os Estados, mas também porque era o melhor meio de proteger os direitos da minoria contra a tirania da maioria.” (Ibidem, p. 27).

O Poder Judiciário – neste quadro – representa o espaço privilegiado para fazer valer os direitos fundamentais assegurados na constituição (democracia de direitos), reconhecê-los e dar-lhes efetividade. Essa foi a aguda percepção, já no século XIX, da melhor doutrina:

O que distingue, na essência as declarações de direitos promulgadas nas *Constituições do tipo* que a dos *Estados Unidos* consagrou, das declarações de direitos exaradas em outras Constituições, é a *existência*, naquelas, da *garantia judiciária para a sustentação prática e a reivindicação eficaz de cada um dos direitos assim declarados*.⁸

1.2. O surgimento do controle do poder do estado: limites e vínculos aos poderes absolutos

Ao que tudo indica, excetuada a democracia grega, a fonte mais antiga do controle do Poder Público remonta a 1215, à *Magna Charta Libertatum*, com o surgimento do princípio do *devido processo legal*⁹, o qual, embora apresente diversos contornos históricos¹⁰, *sempre esteve ligado ao controle do poder*. Não é natural ao poder ser limitado; sua tendência é sempre expandir-se na máxima medida. Aos romanos faltava o gênio da coisa pública¹¹, relegado à esfera política. Não por acaso, o devido

-
8. Rui Barbosa, Comentários à Constituição Federal Brasileira, São Paulo: Saraiva, 1934, v. 5, p. 175 (sem grifo no original). Para Rui Barbosa, a distinção entre direitos e garantias constitucionais decorria da contraposição entre as simples declarações e as disposições destinadas a assegurar as declarações que “em defesa dos direitos, limitam o poder” (Ibidem, p. 181). Não raro, dizia Rui, poderiam estar no mesmo dispositivo. Para tanto demonstra, em um quadro sistemático, quais os direitos e as garantias da Constituição de 1891 (Ibidem, p. 182-184). sobre o conceito atual de garantias, proposto na doutrina de Luigi Ferrajoli, remetemos ao tópico específico. Cf. Luigi Ferrajoli. Principia Iuris. vol. 1. Teoria del Diritto, § 3.5, D3.5, pp.194-198, §§ 10.16-10.21, D10.39-D10.55, pp.668-701, D12.13-D12-14 e D12.17-D12.18, pp.874-879.
 9. Sobre a origem do princípio, ver Ada Pellegrini Grinover, As garantias constitucionais do direito de ação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 25. Por outro lado, já a democracia grega previa o nômico como controle do poder (John Gillissen, Introdução histórica ao direito, 2. ed., tradução de A. M. Espanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 76). Afirmava Demóstenes no Discurso contra Timócrates (335 a. C.): “Nas leis que nos regem, Atenienses, contêm-se prescrições tão precisas como claras sobre todo o processo a seguir na propositura das leis. Antes de mais, fixam a época em que a acção legislativa é admitida. Em segundo lugar, mesmo então, não permitem a todo o cidadão exercê-lo à sua fantasia. É necessário por um lado, que o texto seja transcrito e afixado à vista de todos perante os Éponimos; por outro lado, que a lei proposta se aplique igualmente a todos os cidadãos; enfim que as leis contrárias sejam derogadas; sem falar doutras prescrições, cuja exposição, parece-me, não teria interesse para nós neste momento. Em caso de infração a uma só destas regras, qualquer cidadão pode denunciá-la” (John Gillissen, op. cit., p. 78).
 10. Ver Miguel Reale, Teoria tridimensional do direito: situação atual, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 79-88.
 11. “Ao gênio da coisa pública faltou ao Romano juntar a evolução democrática dos Gregos e a preservação da liberdade.” (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Comentários ao

processo legal representa garantias processuais das liberdades do cidadão. O estudo do devido processo legal revela que seu “conteúdo só pode ser apreendido em suas concretizações”, sendo que qualquer tentativa de fixação ou definição será “mera ilusão tópica”. Não obstante, o *vetor* de seu progresso será sempre o controle do poder.¹²

Embora nascido na Inglaterra, o princípio do *devido processo legal* desenvolveu-se principalmente nos Estados Unidos, marcado, pode-se dizer, por duas características. A primeira decorre da evolução do *law of the land* (ou julgamento pela “lei da terra” por um júri constituído pelos seus pares, ou pelo juiz que os substitua) e do *his day on court* (ou direito de ser ouvido pelo tribunal) e se reveste de um *caráter estritamente processual* (*procedural due process*). A segunda, de cunho material ou substantivo (*substantive due process*), tornou-se o principal instrumento para o exame da *reasonableness* (razoabilidade) e *rationality* (racionalidade) *das normas e dos atos do Poder Público em geral*.

Já no contexto do direito português, importante por ser a fonte originária do ordenamento jurídico brasileiro, os primeiros indícios de controle do poder por meios judiciais aparecem nas Ordenações do Reino de Portugal (Afonsinas, Livro III, Tít. LXXX; Manuelinas, Livro III, Tít. LXII; e Filipinas¹³, Livro III, Tít. LXXII). Ressalta-se a chamada “apelação extrajudicial” e o “interdito *unde vi*”, os quais, segundo afirma autorizada doutrina¹⁴, seriam os precursores do atual *mandado de segurança*

Código de Processo Civil, atualização legislativa de Sergio Bermudes, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. XVII. Também Max Kaser, para quem “o direito e a jurisdição penal bem como toda a administração do Estado pareciam aos Romanos ser matérias públicas, influenciadas por forças políticas e, por isso, não sujeitas a critérios exclusivamente jurídicos” (Direito privado romano, tradução de Sumel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 35). Sobre a influência da filosofia e política grega no direito, consultar John Gillissen (Introdução histórica ao direito, cit., p. 73). Nesse sentido, para os gregos, a norma, *nómos*, deliberada politicamente pela assembléia aparece como controle do poder: “O *nómos* é sobretudo o meio de limitar o poder da autoridade, porque a liberdade política consiste em não ter que obedecer senão à lei. Mas a lei é humana, é laica; já não tem nada de religioso, de divino.” (Ibidem, p. 76).

12. Maria Rosynete Oliveira Lima, Devido processo legal, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 289.
13. Conforme Milton Flacks: “É possível que, ao propor o nome que afinal adotou o instituto – mandado de segurança – João Mangabeira tenha se inspirado nas Ordenações Filipinas (1603)” (Mandado de segurança: pressupostos da impetração, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 4). Uma pesquisa mais acurada denuncia a existencia anterior da “apelação extrajudicial”. Essa teria tido assento já nas Ordenações Afonsinas (Tít. LXXX) e Manuelinas (Tít. LXII), sendo da sabença geral que o livro dedicado ao processo civil era o Livro III, nas três ordenações do direito reíno. Consulte-se, com muito valor, o trabalho de Daniel Francisco Mitidiero, Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual, cit., p. 110-126).
14. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Tratado das ações, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. 6, p. 51.

(Ordenações Filipinas, Livro I, Tít. LXVI, § 29), instrumento que, entre nós, é especialmente vocacionado para aquele controle.¹⁵

Voltando ao *common law*, mais exatamente ao direito norte-americano, em 1803, o caso *Marbury vs. Madison* introduziu uma revolução no sistema estadunidense¹⁶. A partir desse histórico julgamento, a Suprema Corte possibilitou o controle judicial da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público (*judicial review*), dando ao Poder Judiciário daquele país uma relevância ainda maior que a originária do *common law* inglês.¹⁷ O desenvolvimento posterior do devido processo legal substantivo possibilitou a aplicação da razoabilidade na *judicial review*.

É importante essa percepção para entender quais os motivos e com que força a cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da jurisprudência da Suprema Corte estadunidense¹⁸, e assim um balizador do sistema de *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos) que, na doutrina política norte-americana, equilibra as relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.¹⁹

-
15. O mandado de segurança é um instituto tipicamente brasileiro, seu conteúdo, contudo, remete aos writs do common law, além das fontes portuguesas citadas. Nos países de língua espanhola surgiu instituto semelhante, conhecido universalmente como juízo de amparo.
 16. Para a versão traduzida em vernáculo: Carl Brent Swisher, *Decisões históricas da Corte Suprema*, Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 9-14. Ver a descrição do caso em Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2-10.
 17. Contudo, como não poderia deixar de ser, essa ideologia já estava expressa nos *Federalist papers* de Hamilton, mais especificamente no de n. 78 (Geraldo Brindeiro, *Jurisdição constitucional e o devido processo legal*, in José Adércio Leite Sampaio (Org.), *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 423-433.
 18. Luís Roberto Barroso, *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Revista dos Tribunais, n. 23, p. 65-76, abr./jun. 1998.
 19. A composição clássica de Montesquieu está sendo amplamente criticada atualmente pela doutrina. Observem-se, por exemplo, os avanços das novas tentativas dos constitucionalistas de oferecer arranjos mais contemporâneos para a teoria da separação de poderes do Estado, a exemplo do trabalho do Professor Cezar Saldanha de Souza Junior sobre a hexapartição dos poderes, elaborado com referência no conhecido texto de Bruce Ackerman. Saldanha propõe um sistema de “governamentalismo com tribunal constitucional”, em oposição à teoria de Ackerman, por um *constrained parliamentarism* (“parlamentarismo mitigado”). Ver: Cezar Saldanha Souza Júnior, *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*, cit., p. 128; Bruce Ackerman, *The new separation of powers*, *Harvard Law Review*, v. 113, p. 633-729, Jan. 2000. Neste trabalho, contudo, iremos optar mais adiante pela solução teórica proposta pelo modelo garantista que consiste na separação entre funções de governo e funções de garantia, conforme a conhecida proposta de Luigi Ferrajoli explicitada mais adiante no texto. Essa classificação tem uma dupla vantagem, põem em evidência o caráter distintivo das democracias contemporâneas arrocadas em constituições rígidas e contramajoritárias que defendem direitos fundamentais e identifica as funções a partir de sua fonte primária de legitimação, a

Tudo isso se transpõe, em certa medida, para o direito brasileiro, porque não se pode perder de vista a influência norte-americana na Constituição Republicana de 1891²⁰ e, por consequência, no *controle de constitucionalidade* das leis no Brasil (*controle difuso, incidenter tantum*) e dos *atos administrativos* e, ainda, no *sistema uno de jurisdição*.²¹

1.3. Tradições jurídicas em confronto no “paradoxo metodológico” brasileiro: “common law” (processo constitucional) e “civil law” (processo infraconstitucional)

Por força da Revolução Francesa, com a queda do antigo regime, no qual o soberano representava a última palavra e a justiça divina, erigiu-se na Europa continental o sistema duplo de jurisdição. De um lado, o contencioso cível tratava das questões entre particulares e da violação dos direitos subjetivos do cidadão; de outro, o contencioso administrativo, no qual

representatividade democrática no caso das funções de governo e os limites e vínculos decorrentes dos direitos fundamentais no caso das funções de garantia.

20. A Constituição de 1891 sofreu influências de três Constituições: *a argentina, a suíça e a norte-americana*, sendo a última, de longe, aquela que conformou melhor o texto constitucional, até pelo seguinte motivo: “A influência americana é a que se percebe, até porque aos Estados Unidos coube exercer sobre toda a América Latina uma ação profunda e decisiva”. Mas isso não significa que tenha sido cópia pura e simples. Ver: Aurelino Leal, *História constitucional do Brasil*, ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2002, p. 226-227. Sobre a Constituição Republicana, ver: Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, cit., v. 5; Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição brasileira*, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918; José Neri da Silveira, *Dimensões da independência do Poder Judiciário*, in Carlos Alberto Chiarelli et al., *O Poder Judiciário e a nova Constituição*, Porto Alegre: Ajuris, 1985, p. 231-273; Cezar Saldanha Souza Júnior, *Constituições do Brasil*, Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002; Aliomar Baleeiro, *Constituições Brasileiras: 1891*, Brasília: Senado Federal, 2001, v. 2, p. 56-57; Alfredo Varela, *Direito constitucional brasileiro: reforma das instituições nacionais*, Brasília: Senado Federal, 2002; Orlando Soares, *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995; Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946* (art. 129-141, § 14), 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, v. 4; Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967* (arts. 153, § 2º-159), 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 5, p. 104-115.
21. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em várias passagens, sobre a existência do sistema no Brasil e seu caráter constitucional, decorrente da hermenêutica do artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Para ilustrar, transcreve-se o excerto de julgado recente: “Como sabido [no Brasil], adota-se o sistema de freios e contrapesos (checks and balances), por meio do qual os Poderes do Estado interagem, ainda que se valendo de funções que não lhes sejam típicas, de sorte a permitir uma fiscalização mútua que concretize a conjugação harmônica das principais funções estatais (legislar, executar as leis e aplicá-las nos casos concretos).” (STF – PET n. 1.302/DF. rel. Min. Maurício Correa, j. 3.2.2003).

as questões referentes às relações indivíduo/Estado eram solvidas frente ao conceito equivalente, por exemplo na Itália, os interesses legítimos²².

No Brasil, de outra forma, não se fracionou a jurisdição. Desde a República, ao estilo dos Estados Unidos da América do Norte, contamos com um único contencioso: o pleito cível *lato sensu* ou sistema uno de jurisdição.²³

A primeira abordagem a ser feita neste estudo refere-se ao controle do poder e à possibilidade de *revisão judicial* (*judicial review*) no direito brasileiro. Falar sobre o tema exige ressaltar, mais uma vez, que a Constituição Federal de 1891, primeira Constituição da República, inovou o sistema jurídico nacional, ao trazer influências do direito norte-americano, e inseriu peculiaridades que, entre nós, geraram um *sistema jurídico híbrido*.

O *cruzamento* ocorreu entre a “tradição” do *common law* norte-americano, que inspirou nossa ordem político-constitucional republicana²⁴, e a “tradição” romano-germânica, predominante na Europa continental, do qual se recepcionou o direito privado, o direito público infraconstitucional (processual²⁵ e administrativo) e o direito penal e processual penal.²⁶

Adota-se aqui a denominação “tradição”, proposta por Merryman em substituição à denominação “sistema”, proposta por René David. Essa atitude impõe-se para evitar a confusão entre os modelos apresentados e os sistemas jurídicos internos, bem como para facilitar a aproximação das linhas mestras dos diversos sistemas nacionais.

Tradição é entendida aqui justamente como uma comunhão peculiar que permite falar de sistemas jurídicos muito diversos entre si (como o da França e o da Alemanha) como pertencentes ao mesmo grupo. Tradição,

22. Um conceito assim forte que até hoje perdura na Constituição italiana, art. 24, segundo o qual “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”.

23. Ver: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Do formalismo no processo civil, cit., p. 100; e ainda as notas 10, 11 e 18 de Cândido Rangel Dinamarco em: Enrico Tullio Liebman, Manual de direito processual civil, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1.

24. José Carlos Barbosa Moreira, A importação de modelos jurídicos, in Temas de direito processual civil: oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 255-266, esp. p. 259-260 e 262.

25. Ibidem, p. 259.

26. Nesse sentido conferir também o brilhantismo do pensamento lúcido e experienciado de Adroaldo Furtado Fabrício. (As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz, in Ensaio e pareceres, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 403-420, esp. p. 409).

portanto, não se refere a um conjunto de regras de direito (sobre contratos, delitos etc.), servindo mais para identificar *um conjunto de atitudes fundamentais, profundamente arraigadas, historicamente condicionadas, sobre a natureza do direito, sobre seu papel na sociedade e no corpo político, sobre as operações adequadas de um sistema legal, sobre a forma que se faz ou se deveria fazer, aplicar, estudar, realizar e ensinar o direito*. Dessa forma, o estudo das tradições jurídicas “coloca o sistema dentro da perspectiva cultural”. Seus efeitos são determinantes da maneira de pensar do jurista e devem ser assim encarados como sua matriz cultural, sua *formação cultural*.²⁷

Por isso, é correta a leitura que identifica a tradição como um processo de amadurecimento e entendimento cultural de uma determinada comunidade jurídica, que lhe contextualiza, lhe dá sentido e significação:

A tradição legal forma parte da cultura, uma parte muito antiga, profundamente arraigada, firmemente sustentada. As relações existentes entre as ideias legais básicas e as atitudes sociais, econômicas e políticas igualmente profundas, são muito estreitas e complexas. O direito obtém sentido do resto da cultura, a que por sua vez lhe dá sentido, e é inseparável desta.²⁸

Ao lado dessas considerações, impõe-se verificar que o direito constitucional e processual são ramos do direito público, ligados intimamente ao fenômeno do poder; se por um lado é natural que no campo do direito privado o desenvolvimento fosse *pari passu* com a ciência européia, por outro, como bem ressalta Dinamarco, “o que não é natural é o comprometimento tão profundo como o que o nosso guarda com todo o espírito do direito processual civil de países onde são diferentes as bases políticas de direito público”²⁹. Mais tarde, Dinamarco irá identificar, aqui e com razão, um “*paradoxo metodológico*”³⁰ na nossa “tradição” processual.

27. John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, cit., p. 17. Ver, sobre a noção de sistemas jurídicos, Renè David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

28. John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, cit., p. 269.

29. Cândido Rangel Dinamarco afirma que o nosso direito público tem forte influência do sistema norte-americano (*A instrumentalidade do processo*, cit., p. 50). As ideias expostas por ele expostas são atribuídas a Galeno Lacerda, expressas em aula proferida na Faculdade do Largo de São Francisco, a convite do professor paulista, em 22 de agosto de 1978 (*Regroupement des familles juridiques en droit judiciaire*, *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, ano 22, n. 63, p. 36-53, mar. 1995).

30. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, v. 1, p. 176.

Veja-se bem, a “tradição” brasileira é portanto peculiar, apresenta traços das tradições européias e norte-americana, daí o seu hibridismo.

O “paradoxo”, entendido como uma contraposição lógica de tradições jurídicas, consiste justamente em termos adotado, ao lado da tradição constitucional norte-americana, a tradição processual civil da Europa continental, esta mais notadamente a partir de 1973, com o *Código Buzaid*.³¹

Ocorre que o direito processual civil brasileiro não difere o tratamento entre “particulares” e “particulares”, “particulares” e “partes estatais”, não existindo um contencioso administrativo para julgar as afirmações de lesão atribuídas ao Estado. Ademais, revela-se sem importância para a tutela a diferença entre direitos, pretensões, ações e exceções que sejam afirmadas como direito privado e direitos, pretensões, ações e exceções que sejam afirmadas como direito público³². Nomeou-se essa concepção, na qual se tratam “pretensões de direito público, às vezes constitucional, como se tratam as pretensões de direito privado”, de *pleito cível lato sensu*, Uma justiça igual, sob uma só lei processual.³³

31. De todo, o que resta ainda perquerir e revelar, porém em outro espaço, é a influência das fontes luso-brasileiras em nosso contexto cultural atual. Sobre o tema, ver: Raimundo Faoro, *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3 ed. rev., Porto Alegre: Globo, 2001; Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, 6. ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1971; Victor Nunes Leal, *Coronelismo, enxada e voto*, 3 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. Destaque-se sobre as Ordenações que: “O processo civil desenhado nas Ordenações (tanto Afonsinas, como Manuelinas e Filipinas) é um típico exemplo de processo comum, forjado pela confluência dos elementos romano, canônico e germânico antigo. Suas soluções são soluções muitas vezes de força (como se percebe com bastante nitidez em alguns institutos, como, por exemplo, nas ‘cartas de segurança’, com o vinco mandamental a toda prova), com adiantamento de execução à cognição (como nas nossas antigas ações cominatórias), atitude típica do direito germânico mais remoto, nada obstante a firmeza da concepção de juízo como um ato de três pessoas, a denotar a fiel observância do contraditório e da imparcialidade na decisão da causa, herança indubitavelmente romana, e o tom conciliatório agregado à figura judicial, de corte canônico. O procedimento era secreto e escrito, essencialmente dominado pelos princípios da demanda e dispositivo, dividido em fases bem distintas (sistema de preclusão por fases, com larga adoção das técnicas da eventualidade e da concentração), rigidamente regrado com relação à formação da prova. A racionalidade que informava o fenômeno jurídico era uma racionalidade prática, voltada a orientar a ação dos sujeitos envolvidos na dialética processual, pronta para resolução das questões postas para discussão.” (Daniel Francisco Mitidiero, *Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual*, cit., p. 122-123; ainda no âmbito específico dos processualistas, José Carlos Barbosa Moreira, *A importação de modelos jurídicos*, cit., p. 59).

32. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5. ed., 1997, cit., v. 1, p. 46.

33. Transcrevemos a lição: “(...) quanto à parte ou alguma ou algumas das partes estatais, o direito processual civil trata-as igualmente, sem que tenha qualquer importância a

A *unicidade do pensamento europeu continental* no direito público decorre da influência ideológica de ideias e tendências que se manifestaram primeiramente no plano filosófico e político, a sentida presença de Montesquieu e de Rousseau. Em todo o *Continente europeu*, no que concerne ao desenvolvimento do *direito público*, aparece essa tendência que conformou a lógica dos juristas³⁴. Aí se vê justamente que foi a doutrina de direito público, erguida nesses sistemas (europeus continentais) sobre as bases do *contratualismo e da divisão tripartite (estaque) dos poderes*.

A doutrina, analisando os aspectos que concernem à amplitude do acesso à jurisdição nos sistemas “europeus continentais” e do *common law* face ao sistema nacional, na perspectiva do formalismo-valorativo, salienta criticamente que:

Na chamada família romano-germânica, as regras jurídicas são concebidas como normas de conduta, estreitamente vinculadas a preocupações de justiça e de moral [universalizante e objetiva], e a ciência jurídica exibe como tarefa fundamental a determinação dessas normas (...). Absorvida nesse trabalho, a ‘doutrina’ muito pouco se interessa pela aplicação do direito, deixando esse aspecto para os práticos do direito e da administração.³⁵

A esse viés se contrapõe o direito anglo-americano, mais afeito ao estudo dos casos práticos e mais acostumado a construir o direito sobre os problemas concretos que se apresentam³⁶. Por outro lado, o sistema do *common law* norte-americano tem jurisdição una e conta com o

diferença entre direitos, pretensões, ações e exceções, que tenham nascido no direito privado, e direitos, pretensões, ações e exceções, que tenham nascido no direito público. Nos juristas europeus, mesmo os mais avançados, ainda se não chegou à concepção do pleito cível, lato sensu, que é a do sistema jurídico brasileiro, em que se tratam pretensões de direito público, às vezes constitucional, como se tratam as pretensões de direito privado, só se reconhecendo a hierarquia das regras jurídicas (Constituição, leis ordinárias; leis, regulamentos, avisos, portarias), mas estabelecida a justiça igual sob lei processual igual, salvo exceções insignificantes, como a relativa ao processo executivo pelo Estado, no tocante a dívidas fiscais (...).”(Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, 5. ed., 1997, cit., v. 1, p. 46 – sem grifo no original). Note-se que essa também a lição do direito inglês, conforme salientado por A.V. Dicey e R.C. Von Caenegem.

34. Renè David, Os grandes sistemas do direito contemporâneo, cit., p. 73.

35. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Do formalismo no processo civil, cit., p. 89-90.

36. Como foi explorado por Alessandro Giuliani, a fissura ocorrida no direito comum, pela interferência do direito canônico na tradição de civil law, impediu que as fontes romanas e gregas contaminassem com juízos de probabilidade o nascente processo medieval romano-germânico. Contudo, os juízos de probabilidade gregos vingaram na tradição de common law. (Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica, Milano: Giuffrè, 1971).

sistema de *freios e contrapesos* e a possibilidade do controle judicial dos atos dos demais poderes (*judicial review*).

Importante apontar que atualmente a perspectiva metodológica da Europa continental sofre novos influxos, principalmente pela valorização da jurisdição constitucional, em países como a Alemanha e a Espanha, sendo notável a doutrina que se forma no entorno aos precedentes dos Tribunais Constitucionais desses países, bem como, os “modelos” que deles exsurtem para a aplicação prática. Em certa medida, trata-se de uma ruptura com a moral objetiva e com a razão pura da lei, um retorno à racionalidade da experiência, plasmado pela interpretação constitucional.³⁷

Aqui se deve frisar novamente que o sistema jurídico brasileiro, quando recepcionou o direito constitucional norte-americano na Constituição de 1891, passou por uma revolução copernicana. Seguiu daí retirando as diretrizes básicas em que hoje se apóia, por um lado, na vastidão da disposição expressa do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, pelo qual não se pode excluir à apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito (*rectius*: afirmação) e, por outro, na efetividade de *writs* postos à disposição da cidadania, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança (coletivo e individual), o *habeas data* e o mandado de injunção.

Nesse sentido se revela um modelo muito diferente do modelo italiano no qual segundo o art. 101 da Constituição italiana “Os juízes são sujeitos somente à lei”. Modelo que claramente traduz o impacto que o princípio da legalidade, decantado a partir das matrizes iluministas, representou na Europa continental.

Sumariamente podemos elencar alguns elementos caracterizadores das tradições, os quais serão debatidos ao longo do texto: estrita separação de poderes em confronto com um modelo mais aprofundado de *checks and balances*, no qual a revisão judicial tem a última palavra sobre a validade constitucional dos atos de poder; desconfiança em relação aos juízes antagonizada por uma ampla respeitabilidade da função judicial; identificação da lei com a segurança jurídica em oposição a visão do direito como uma engrenagem dinâmica, estabilizada pelas leis

37. Boaventura de Sousa Santos, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, São Paulo: Cortez, 2000.

constitucionais e a partir da interpretação da constituição dada pelos tribunais; diferença nos métodos de ensino e argumentação judicial nos tribunais decorrentes das diferenças acima apontadas.

Interessa saber, contudo, em razão da especial atenção ao ordenamento jurídico brasileiro como se deu essa recepção no direito brasileiro e em que ela consiste. São essas as preocupações que assaltam ao jurista ocupado com a matriz constitucional desse ordenamento judicial, em que a matriz processual constitucional de *common law* herdada e desenvolvida no curso da afirmação histórica e cultural do povo brasileiro representa três elementos: inafastabilidade da jurisdição, controle de constitucionalidade e constituição rígida.

1.4. A teoria da recepção jurídica com particular atenção à recepção constitucional

A recepção constitucional vem sendo analisada modernamente como um rico processo de construção do direito. As instituições não respeitam a teoria e se desenvolvem muitas vezes ao seu alvedrio. A dimensão e importância do estudo desse fenômeno toma espaço na tentativa de unificação do direito constitucional europeu, a ponto de, como que em um retorno na espiral evolutiva da história, ter-se procurado identificar elementos de um direito comum europeu.³⁸ Trata-se, muito mais claramente, da evolução para um modelo não de direito comum, mas de constitucionalismo garantista global, da expansão do modelo garantista para além das esferas estatais, inclusive para atender as emergências que a globalização econômica e dos mercados provocaram nos últimos anos.³⁹

A questão da recepção constitucional de institutos desenvolvidos no direito estrangeiro, nos diversos ordenamentos jurídicos e no direito internacional, por meio de tratados e códigos tipo, é muito relevante no contexto de uma expansão do paradigma garantista e dos direitos fundamentais.

38. Entre muitos: Peter Häberle, *Derecho constitucional común europeo*, in Antonio-Henrique Perez Luño (Coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 187-223; R.C. van Caenegem. *European law in the past and the future: unity and diversity over two millenia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

39. Sobre o tema Luigi Ferrajoli. *Principia Iuris: Teoria del Diritto e della Democrazia*. 2. Teoria della democrazia, cap. XVI, Roma/Bari: Laterza, 2007; Luigi Ferrajoli. *Poteri Selvaggi*; Luigi Ferrajoli. *Costituzionalismo Garantista. La Democrazia Attraverso i Diritti*.

Trata-se aqui de identificar uma teoria geral dessas recepções que faculta entender o meio pela qual elas atuam e quais suas diversas espécies e consequências. Esse fator é utilizado como elemento de união entre as culturas constitucionais e, portanto, faz parte de um quadro mais amplo de recepção das próprias culturas de outros povos civilizados. A recepção jurídica se mostra assim sobre o contexto de uma doutrina constitucional como “ciência da cultura”, parte de processos muito mais amplos de recepção cultural.⁴⁰

Toda a recepção é parte de um processo cultural geral. A teoria da constituição vista por esse ângulo abarca a noção de contexto, sendo a cultura um fator de configuração dessas recepções. No direito, podemos ressaltar com facilidade alguns exemplos notórios de recepções gerais, como: a recepção do direito romano na Europa, no começo da modernidade; a recepção do federalismo norte-americano; a recepção dos catálogos positivados de direitos fundamentais e humanos de 1776 (Declaração de Direitos de Virgínia – EUA), 1789 (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – França) e, posteriormente, com acento constitucionalista decorrente da segunda guerra mundial, de 1948 (Declaração Universal dos Direitos do Homem – ONU); e, particularmente importante, a *recepção do direito civil e processual civil francês* (1804 e 1806 – Códigos de Napoleão).

Interessante e ilustrativa é a visão do mapa dessa última recepção na Europa do século XIX, traçado por Eric Hobsbawm⁴¹. Salienta-se, como é do conhecimento geral, que *essa recepção representa, no contexto, a recepção cultural do paradigma científico moderno no direito europeu*, pondo fim ao predomínio do *ius comune*. São todos, portanto, processos de recepção cultural, dentro de um contexto mais amplo, como foram os processos decorrentes do Renascimento das artes da cultura grega no cenário da baixa Idade Média européia, do Iluminismo e do Racionalismo no começo da Idade Moderna, da universalização das obras de Beethoven e de Goethe e, hoje, da *ideologia e das máximas democráticas na política* (universalização do voto, eleições, gradativo aumento da participação da população nas decisões políticas).

40. Peter Häberle, Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica, in Antonio-Henrique Perez Luño (Coord.), Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 151.

41. Eric Hobsbawm, A era das revoluções, 12. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 340, mapa n. 9.

Para além dessa concessão de cunho unificador, ocorre também a necessidade de reconhecer a influência que esses processos de recepção tiveram dentro do próprio Estado receptor, a maneira como se processou historicamente a recepção e como se desenvolveram os institutos recepcionados.

A doutrina fala, nesse sentido, em teoria da Constituição como ciência experimental, procurando demonstrar que as cláusulas culturais e os preâmbulos das Constituições são formas especiais de manifestação a esse respeito. Assim, os artigos que regulam os hinos, a bandeira, a língua oficial e os dias festivos criam um evidente modelo de identificação coletiva e cultural cidadã. É o caso, por exemplo, do não bem sucedido projeto de Constituição Européia, que iria adotar, se houvesse sido aprovado, a parte final da IX Sinfonia de Beethoven, contendo o poema de Schiller *Ode à alegria (An die Freude)*, de 1786, sobre a universalidade dos homens, como hino da União Européia. Outro exemplo é a alteração topológica do capítulo referente aos direitos fundamentais, do fim para o início da Constituição brasileira, e o acréscimo de “princípios dialéticos”, como o contraditório, para a formação de atos decisórios da administração pública e da jurisdição cível. Trata-se de recepções decorrentes das experiências positivas e negativas da vivência constitucional de um determinado Estado.

Como foi dito, isso nada mais expressa do que algo natural, imanente à própria natureza humana:

A relação de experiências positivas ou negativas de outros Estados com seus textos constitucionais, suas sentenças judiciais, sua ciência e *praxis* cotidiana, quer dizer, a recepção de conteúdos aparece por isso como um fenômeno tão normal e imprescindível que não existe nenhuma surpresa em relacioná-lo com a própria condição humana.⁴²

É no acúmulo das experiências sociais e da sua influência, muitas vezes recíproca, na vida prática do direito, que se desenham *os processos de recepção jurídica para atender às demandas ou forjar demandas inexistentes*.

42. Nossa tradução. Isso porque, na continuidade da lição: “(...) también el ser humano vive de su pasado, de sus experiencias (a veces de sus ‘heridas’), acumulándolas en su pensamiento y acciones. El tipo ‘Estado constitucional’ y su ciencia: la ‘Teoría de la Constitución’, se hallan vinculados, por tanto, sólo a dicha realidad antropológica, cuando asumen sus experiencias y las convierten en sistemas jurídicos. El derecho, como manifestación cultural, ‘significa también derecho como expresión de experiencias cristalizadas’.” (Peter Häberle, Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica, cit., p. 155).

É justamente dessas “experiências cristalizadas” na prática brasileira que se irá tratar aqui. Além da mera recepção, *toda recepção é uma reprodução criativa*.⁴³

Quando de algum modo surgem déficits nos Estados constitucionais para resolver um problema no âmbito das funções dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário, a doutrina, a prática jurídica e, mais recentemente, a jurisdição constitucional começam a busca por *soluções arquetipo*.⁴⁴

No Brasil, para os efeitos desse estudo, podem-se identificar duas grandes recepções em direito processual civil, a da *Constituição de 1891*, que recepciona o modelo processual constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, e a do *Código de Processo Civil de 1973* que, ao final de um processo longo, começado em 1916 com o Código Civil e continuado em 1939 com o primeiro Código de Processo Civil nacional, revela a *recepção tardia do direito napoleônico*.⁴⁵ Trata-se da recepção da tradição

-
43. A recepção se dá como uma reprodução criativa, para além do processo ativo e criador de fora (direito externo). Segue-se um processo recriador e não meramente passivo nos ordenamentos internos. “Prima facie podríamos decir que ‘recepción, desde una perspectiva puramente lingüística, significa que un primer proceso productivo ‘activo’ y creador que surge desde fuera le sigue igualmente otro proceso ‘pasivo’ y siempre recreador (...). Lo que a veces parece una mera recepción pasiva se convierte, al contemplarlo de forma más precisa en el transcurso del tiempo, en un fenómeno creativo que es justamente lo que debe ser.” (Peter Häberle, Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica, cit., p. 156).
44. Como bem observa Häberle, hoje esses processos se tornam muito mais eficientes e velozes, dada a maior “uniformidade do mundo” em razão dos meios de comunicação e outras facilidades, como a mais rápida difusão das “modas” e o maior contato com o “externo”. (Peter Häberle, Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica, cit., p. 164).
45. Enrico Tullio Liebman, Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano, in Problemi de processo civile, Napoli: Morano, 1962, p. 490-516; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Do formalismo no processo civil, cit., p. 59-60. Com especial destaque para a percepção do autor das vantagens decorrentes da publicização do processo naquele momento histórico (em que se arrefecia o rígido “princípio dispositivo” das Ordenações): “A maior atividade do juiz preconizada pelo novo diploma não constitui apenas mero produto do regime autoritário, mas sim consequência direta da natureza pública do processo e de sua evolução conceptual e doutrinária” (Ibidem, p. 60). Na expressão de Daniel Francisco Mitidiero: “Neste especial, a propósito, cumpre assinalar a primeira particularidade que singulariza a experiência jurídica brasileira: até o advento do Código de Processo Civil vigente, o nosso direito processual civil não havia sofrido nenhum acidente histórico notável, capaz de propiciar um distanciamento mais profundo entre a tradição lusitana quinhentista e o direito então praticado (livramo-nos, por certo, da ‘radical renovação dos princípios de direito processual’ propiciada pelo Code de Procédure Civile napoleônico de 1806 que apanhou o direito continental com toda a sua força: vale dizer, conseguimos adiar a invasão francesa para 1973, dando maior espaço para o desenvolvimento natural de nossa tradição cultural). Como é cediço, mesmo após a nossa independência, continuaram a ter vigência

romano-germânica moderna, fruto da Revolução Francesa, visto que, até essa data, ainda estava presente em nossa experiência forense e na legislação pátria grande quantidade de *direito comum europeu* decorrente das influências do direito reinol (Ordenações do Reino de Portugal).⁴⁶

Dessa dupla recepção, decorreu o “*paradoxo metodológico*” de se ter, ao mesmo tempo, uma cultura processual constitucional voltada para a tradição do *common law*, o que significa dizer, exemplificativamente, que apresentam-se, de um lado, o controle de constitucionalidade (difuso), os *writs* constitucionais, o pleito cível *lato sensu* e, especialmente, a atipicidade das ações – “*remedies precede rights*” (os remédios precedem os direitos)⁴⁷ do direito de *common law* (art. 5º, XXXV da CF de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), e, de outro lado, a vinculação da ação ao direito subjetivo (art. 75 do Código Civil de 1916: “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”; art. 126 do Código de Processo Civil de 1973: “O juiz ...[n]o *julgamento da lide* *caber-lhe-á aplicar as normas legais...*”), a cisão das doutrinas do direito administrativo e do direito privado, e a vinculação do juiz à lei escrita, da tradição romano-germânica. Nesse quadro, os princípios teriam a função

no Brasil as Ordenações Filipinas, sendo que o processo civil brasileiro só fora alcançado por legislação nacional quando o Decreto n. 763, de 1890, mandou que se aplicasse ao foro cível o Regulamento n. 737, de 1850 (que, nada obstante tenha procurado simplificar algumas formas, manteve basicamente a estrutura do processo, particularizando-se apenas por aportar uma nova técnica legislativa à ordem jurídica nacional). Antes, a Consolidação Ribas, aprovada por Resolução Imperial de 1876, havia apenas recolhido o direito luso-brasileiro então aplicável à praxe forense, tornando-o mais facilmente identificável. Neste panorama, o papel da doutrina fora enorme: cumpria-lhe subsidiar a aplicação do direito luso-brasileiro, então lacunoso e imperfeito, sobre indicar soluções mais rentes à ordem do dia, quicá alçando mão do direito comparado e da autoridade de doutrinadores estrangeiros (aqui, pois, aquilo que Judith Martins-Costa denomina de ‘bartolismo’, de veras impregnado em nossa tradição jurídica).” (Daniel Francisco Mitidiero, *Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual*, cit., p. 123-124). Em sentido contrário, Cândido Rangel Dinamarco afirma que os códigos de processo de 1939 e 1973 são “substancialmente análogos”, sem contudo deixar de observar a “muito grande superioridade técnica do segundo Código de Processo Civil sobre o primeiro”. Ressalte-se que, em certa e estrita medida (*cum grano salis*), assiste razão a Dinamarco, pois são os dois diplomas já o fruto da fase autonomista da ação e impregnados dos ideais racionalistas – cientificização do direito (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 278-280).

46. Por todos, vale relembrar o atestado do grande mestre da escola paulista de direito processual civil (Enrico Tullio Liebman, *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, cit., p. 490-516).
47. Conhecida imagem de Maitland, “*the remedies precede rights*” (Adolfo Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1993, p. 71).

limitada que lhes atribui o artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), uma função posterior, subsidiária, a da aplicação dos costumes e da analogia, mera colmatação de lacunas. A mudança do novo paradigma constitucional inclui na sua força normativa também os princípios, que passaram a desempenhar o papel principal, de destaque, na unicidade da constituição.⁴⁸

Trata-se aqui, mais particularmente, da recepção da tradição de *common law*, no que diz respeito ao sistema de *freios e contrapesos* para o controle do poder, em que a última palavra será do Poder Judiciário. Ressalta-se o *judicial control* existente na tradição norte-americana justamente para garantir a *aplicação da constituição rígida e sua permanência na sociedade, como elemento supraordenado as demais leis e como fundamento contramajoritário em uma democracia de direitos*.

Em primeiro lugar, cumpre observar que se tratou de uma *recepção cruzada*. Os institutos e a prática, agora absorvidos na nossa Constituição Republicana, foram trazidos do desenvolvimento da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, e não do próprio texto constitucional norte-americano (*Marbury v. Madison*, de 1803).

Peter Häberle acentua essa espécie, entre as possíveis recepções, afirmando que são “recepções cruzadas (...) as que se produzem quando o ente constituinte assume o que em outro lugar uma sentença constitucional pioneira havia elaborado de forma incipiente”.⁴⁹

48. Para o destaque da Constituição como elemento ordenador do direito, cf. Luigi Ferrajoli. *Constitucionalismo Garantista. La Democrazia Attraverso i Diritti*, passim; Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, p. 45 e ss. Sobre o artigo 126 do Código de Processo Civil e sua abertura para a “juridicidade”, termo usado por Paulo Otero para definir um novo paradigma de legalidade para o direito no Estado Constitucional (OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 15, nota 1), ver, no direito brasileiro, Daniel Francisco Mitidiero, *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 1º a 153), São Paulo: Memória Jurídica, 2004, v. 1, p. 532-536.

49. Outras espécies de recepção seriam a recepção múltipla, na qual ocorreriam vários processos de recepção concomitantemente no tempo, por exemplo um parlamento constitucional posterior recebe a norma constitucional (a Espanha, em 1978, recepcionou a regra do artigo 19.2 da Lei Fundamental de Bonn sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais) e, em seguida, o Tribunal Constitucional adota jurisprudências da Corte Constitucional do país originário da norma para conformar-lhe o conteúdo (a Corte Constitucional espanhola adotou jurisprudência do BundesVerfassungsgericht nos seus julgamentos, após a recepção da norma constitucional em 1978). Outra forma de recepção múltipla seria a decorrente de uma ligação entre Estados, por exemplo a Espanha adota uma determinada orientação constitucional alemã e o Perú copia a norma espanhola. Contudo,

Nesse mesmo contexto, é importante frisar que as recepções se dão e se desenvolvem no tempo. Trata-se de perceber o complexo conjunto de situações que resulta na “cultura constitucional” decorrente das opções filosóficas, da experiência histórica e das próprias premissas sociais específicas da nação receptora, em seu contexto social próprio.⁵⁰

Os processos de recepção do direito constitucional norte-americano, principalmente no âmbito da jurisdição, que é o que toca mais proximamente aqui, deram-se e podem ser referidos como modelo-tipo para o estudo dos processos de recepção constitucional elencados por Peter Häberle.⁵¹

segue uma importante advertência: frequentemente, a recepção se limita unicamente à mera recepção textual, limitando-se a exegese posterior à tradição mais prosaica, quer dizer, “a reproduzir os próprios modelos hermenêuticos (...)” (Peter Häberle, Elementos teóricos de um modelo general de recepción jurídica, cit., p. 164). Pode-se referir, ainda: à “recepção bumerangue”, em que uma determinada ideia constitucional retorna ao seu país de origem, transformada pela recriação no país receptor (exemplo dos direitos fundamentais como objetivos educacionais na Alemanha); à recepção concorrência, na qual os exemplos estrangeiros para solução de um dado problema constitucional são muitos e, portanto, compartilham do espaço de construção do que será o direito recepcionado. Aqui Häberle chama atenção para a possível formação de um “direito amálgama”, que incluiria no contexto as diversas influências recepcionadas. Por último, as “recepções recusadas” ou “malogradas”, que são aquelas em que, apesar da inclusão textual, não foi possível ir adiante com a recriação do direito no país receptor, tendo vencido, na interpretação e aplicação da norma, o costume e a prática anteriores à recepção. Häberle fala ainda em recepções jurisprudenciais, ao lado das recepções textuais, que seriam espécie de recepção hermenêutica e que tomam excepcional espaço no contexto de uma reforçada Corte Européia de Direitos Humanos e de um Tribunal de Justiça Europeu. Essas, e em especial a Corte Européia de Direitos Humanos, têm exercido um importante papel de mediador nas recepções constitucionais nos diversos países europeus: ‘La Corte Europea de Justicia ha aportado indiscutiblemente argumentos para lograr una ‘comunidad Europea de derechos fundamentales.’” (Ibidem, p. 178, nota 70).

50. Na expressão autorizada de Häberle: “Consideremos el factor tiempo. Por más que durante el momento de la recepción del texto, sentencia o doctrina jurídica predomine la ‘materia foránea’, con el transcurso del tiempo termina por desarrollarse ‘lo recibido’ en el complejo marco de coordenadas del propio sistema del Estado constitucional receptor, cuya cultura constitucional e intérpretes ejercen igualmente su influencia sobre ‘el objeto de recepción’, pasando a formar parte integrante del nuevo medio cultural; de este modo se va adquiriendo un perfil propio; en una palabra: su propia autonomía. Debido a todo ello, los procesos de apropiación de las recepciones resultan procesos creativos”. Ou seja: “La ‘tesis contextual’ aparece así como um concepto clave de los fenómenos de recepción y reproducción” (Peter Häberle, Elementos teóricos de um modelo general de recepción jurídica, cit., p. 158).
51. Ressalta-se, com apoio em Häberle, as seis causas e procedimentos pelos quais poderá dar-se a recepção: a) a reforma constitucional total (ex: CF/88); b) a revisão parcial da Constituição (ex.: EC n. 45/2004, que recepciona a possibilidade de internalização dos direitos humanos decorrentes de tratados assinados pelo Brasil); c) a legislação

Como será demonstrado em seguida, após 1891, ocorreram sucessivos momentos de recepção constitucional da tradição jurídica norte-americana, quer no próprio texto constitucional, quer pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵², que conduziram para a Emenda Constitucional n. 45/2004 à Constituição de 1988, na qual deu-se a recepção mitigada do *stare decisis* como regra de previsibilidade das decisões dos tribunais brasileiros, conferindo maior igualdade, necessária estabilidade ao direito, decorrente das decisões dos órgãos judicantes e fechando um círculo de recepção constitucional começado com a Constituição da República de 1891.

2. A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891 E AS DOCTRINAS NACIONAIS DO “JUDICIAL REVIEW” ATÉ O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1. A passagem do Brasil Império (poder moderador – Constituição Imperial de 1824) para o Brasil República (“judicial review” – Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891)

A verdadeira revolução copernicana no direito constitucional brasileiro foi a recepção do sistema de freios e contrapesos para o controle do poder na Constituição Republicana de 1891. A Constituição de 1891 mudou totalmente a relação entre o Poder Judiciário e os demais poderes da República, pelo menos no papel⁵³. *O Poder Judiciário passou de poder*

infraconstitucional; d) a jurisprudência constitucional, na qual o jurista inclui a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Constitucional Européia; e) através da doutrina, da teoria da Constituição; f) pela prática jurídica (“práxis jurídica”, inclusive a práxis administrativa). (Peter Häberle, Elementos teóricos de um modelo geral de recepción jurídica, cit., p. 161).

52. Lembremos: recepções podem ser efetuadas pela Constituição – originariamente ou mediante processo de reforma, pela jurisprudência, pela doutrina constitucional e pela prática administrativa.

53. Nesse sentido José Reinaldo de Lima Lopes afirma, com razão, que o Poder Moderador foi transferido em parte para o Poder Judiciário com o advento da República, seguindo o melhor estilo do direito norte-americano. É esse Judiciário “que terá a competência para arbitrar conflitos entre poderes e rever a constitucionalidade das leis”. Importante: “Enquanto durar o Império [mas já corroído pelos ideais liberais, também consequentemente nos primeiros anos da República], nem mesmo os liberais estarão dispostos a uma solução destas: é que em boa parte, o exemplo de monarquia constitucional que os atrai é a

subalterno a exercer a função principal de mediador entre os poderes, por meio da judicial review. Garantia, assim, a adequação dos atos dos demais poderes do Estado, e dos seus próprios, ao Texto Constitucional, porque a Constituição Republicana pela primeira vez possibilitou o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. O artigo 35 rezava que “incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: (...) § 1º – Velar pela guarda da Constituição e das leis”.

*A partir da República, antes mesmo da Constituição, o Poder Judiciário ganhou status de poder soberano. A função que antes era atribuída ao Poder Moderador, de zelar pela harmonia e equilíbrio entre os poderes políticos, passou a ser atribuída ao Poder Judiciário*⁵⁴. Para tomar ciência dessa realidade, basta confrontar a exposição de motivos do Decreto n. 848/1890, com destaque para a passagem de grau do Poder Judiciário, de poder subordinado ao Imperador no Brasil Império, para árbitro do sistema de freios e contrapesos no Brasil República:

De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão.⁵⁵

Tal conformação institucional seria impensável na matriz revolucionária francesa, na qual o Judiciário era, sabidamente, o “menor” dos poderes políticos.

Vale assentar aqui algumas das características do modelo anterior a 1891. No Império (Constituição do Brasil, de 25 de março de 1824),

Inglaterra, e ali os atos do rei e do parlamento não podem ser revogados por revisão judicial.” (O direito na história: lições introdutórias, cit., p. 322).

54. Contudo, como a formação jurídico-política do Estado brasileiro é híbrida, essa soberania ficou muito limitada, e ainda vigia com toda a sua força o modelo de Estado Liberal, no qual o juiz era a garantia das relações entre indivíduos, mas não frente ao Estado, faltava florescer a noção de controle de poder, em germe, já presente.
55. O Decreto n. 848, de 14.10.1890, é uma lei fundamental para compreensão da passagem do Brasil Império para o Brasil República, ao organizar a Justiça Federal durante o governo provisório “sobre as mesmas bases e a mesma orientação que vieram a prevalecer na Constituição.” (João Barbalho Uchoa Cavalcanti, Constituição Federal Brasileira, 1891: comentada, ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2002, p. 222) ele fundou o nosso modelo de jurisdição com as premissas da filosofia política norte-americana, com a prevalência do Poder Judiciário como guardião da Constituição e árbitro do sistema de freios e contrapesos (judicial review).

não havia controle de constitucionalidade e os poderes eram divididos em quatro: Legislativo, Moderador, Executivo e Judiciário (art. 10)⁵⁶; o controle desses poderes era exercido pelo Imperador, por meio do Poder Moderador (art. 98). A Constituição Imperial era semiflexível (art. 178)⁵⁷, adotando ainda religião oficial (art. 5º).⁵⁸

Como o Estado adotava a forma unitária, também o Poder Judiciário representava essa unidade. Na dicção do artigo 98:

O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos.⁵⁹

Diferentemente, a Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, consolidou a República, que já estava prevista desde o Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889. Além de laicizar o Estado, tornou-o uma Federação e extinguiu o Poder Moderador⁶⁰. Essa mudança de realidades na ponta de uma pena, em um golpe de caneta, não fugiu aos olhares críticos: acusavam-na de irreal e forçada⁶¹.

56. “Artigo 10 – Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.” (Octaviano Nogueira, *Constituições Brasileiras: 1824*, Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001).

57. Como bem anota Alexandre de Moraes (*Direito constitucional*, 17. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 5).

58. “Artigo 5º – A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.” (Octaviano Nogueira, *Constituições Brasileiras: 1824*, cit.).

59. *Ibidem* (sem grifos no original).

60. Não escapava à crítica a opção pela tripartição de poderes. Para uma crítica ácida, que propõe o centralismo do poder como única solução, ver Alfredo Varela, *Direito constitucional brasileiro: reforma das instituições nacionais*, cit., p. 101 e ss.

61. “Abolida a Constituição de 1824 pelo Movimento de 15 de novembro de 1889, foi convocada uma Assembléia Constituinte, mediante uma ação e uma legislação eleitorais que asseguraram ampla maioria aos republicanos. Coube a Rui Barbosa a elaboração de projeto, calcado no constitucionalismo norte-americano. Com as modificações introduzidas pela Assembléia, veio a ser aprovado e, a final, promulgado, em 24 de fevereiro de 1891. De uma penada, o Brasil que era um Estado monárquico, parlamentarista e unitário descentralizado, passa ser um Estado republicano, presidencialista e federativo.” (Cezar Saldanha Souza Júnior, *Constituições do Brasil*, cit., p. 37). Disso extraiu a seguinte consequência: “A Constituição de 1891 foi a mais nominal de toda a nossa história. Boa parte de suas disposições referentes à ordem política stricto sensu, que por natureza gozam de eficácia imediata, não tiveram a devida vigência na realidade.” (*Ibidem*, p. 44). Uma pequena precisão é necessária: foram

Ao mesmo tempo, a Constituição nova, depois de longa discussão, na medida que mantinha a unidade do direito privado, legislado em nível federal, trazia importante alteração na esfera do Poder Legislativo: a competência legislativa estadual para o processo civil, copiando neste aspecto o modelo norte-americano. Outra novidade foi a criação de uma Justiça Federal, ao lado da Justiça Estadual.

Cabe aqui uma referência. Nesse contexto, a doutrina, descreveu a evolução do controle de constitucionalidade incidental, concreto e difuso, no período anterior à Constituição de 1988, adotando como critérios a alusão aos direitos fundamentais e a unidade ou dualidade do Poder Judiciário. Trata-se de abordagem partindo da cisão da organização da Justiça em Justiça Federal (considerada então Justiça *especial*) e Justiça Estadual (denominada também local ou “*commum*”). Outra questão, refere à competência legislativa sobre direito processual civil.^{62 63}

As desvantagens de um sistema unificado de direito material e separado de direito processual foram bem demarcadas pela doutrina. Escrevia Pedro Lessa, ressaltando os argumentos dos reformistas pela unificação da competência legislativa:

elaborados três projetos por uma comissão composta por cinco notáveis. Foi Rui Barbosa (5.11.1843/1º.3.1923) que revisou os três projetos elaborados e reunidos em um só pela comissão composta por Joaquim Saldanha Marinho (Presidente), Américo B. de Mello (Vice-Presidente), Francisco Rangel Pestana, Antônio Luis dos Santos Werneck e José Antônio Pereira de Magalhães Castro (Orlando Soares, Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil, cit., p. 50). Também, com a precisão e riqueza de detalhes de quem vivenciou o processo de formação da Constituição, e pôde falar com seu principal redator, Aurelino Leal (História constitucional do Brasil, cit., p. 207 ss).

62. Não se vê vantagem na dualidade de competências legislativas. Trata-se de incidente constitucional de 1891, que apenas manteve sua expressão no texto da Constituição, até o advento da Constituição de 1934. Os próprios Estados federados não chegaram a exercer sua competência em plenitude, já que a maioria deles teve seus códigos processuais em vigor por muito pouco tempo, os primeiros distando mais de uma década da promulgação da Carta. Com o advento do Código de Processo Civil de 1939, retornou-se ao sistema da unidade. Hoje, mesmo nos Estados Unidos, é comum que os Estados-membros sigam a orientação (modelo) das regras federais de direito processual civil. Pedro Lessa, Do Poder Judiciário, ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2003, p. 4-5.
63. Com a finalidade de fazer um recenseamento, possibilitando a visualização do quadro histórico, seguem as datas dos diplomas legais: Pará (1905), Rio Grande do Sul (1909), Maranhão (1908), Bahia (19015), Espírito Santo (1914, 1915 e 1930), Rio de Janeiro (1919), Paraná (1920), Piauí (1920), Sergipe (1920), Ceará (1921), Minas Gerais (1922), Rio Grande do Norte (1922), Pernambuco (1924), o antigo Distrito Federal (1924), Santa Catarina (1928), São Paulo (1930), Paraíba (1930) (José da Silva Pacheco, Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 179-193).

A várias razões se arrimam os propugnadores dessa reforma. Em primeiro lugar, um grande inconveniente se lhes antolha na multiplicidade de organizações judiciárias e de normas processuais, criadas pelos Estados, ao lado da organização judiciária e do processo federais. Um defeito de mais graves consequências descobrem nas judicaturas locais, despidas das necessárias garantias de independência, e mais ou menos expostas aos golpes das paixões e dos interesses da pequena política de certos Estados. Finalmente, sob a forma de uma objeção peremptória asseveram a impossibilidade de separar o direito material do formal.⁶⁴

Esse último argumento não deixa de ter um certo tom jocoso, visto que foi *a contrario sensu* utilizado, na Constituinte de 1891, para manter a dualidade da competência processual.⁶⁵

Contudo, a grande questão que ressalta e nos interessa mais de perto do sistema previsto na Constituição de 1891 é que, por sobre todo o modelo constitucional, federal e estadual, não importando a dualidade de códigos processuais e de organização judiciária, pairava a regra de prevalência do Supremo Tribunal Federal, por força da dicção conjugada dos arts. 62, norma de fechamento, 59, I, “e”, que previa a resolução dos conflitos de competência entre as “justiças” combinado com o art. 59, § 1º, recurso extraordinário, 59, § 1º, I, recurso em terceira instância dos *habeas corpus* e as revisões criminais das justiças estaduais e federais.

Era um sistema criado para assegurar a unidade do direito nacional frente ao texto da Constituição (elemento unificador), como foi dito:

Importa manter a preponderância da Constituição e das leis federais, bem como dos serviços públicos e interesses nacionais. *No caso de colisão é sempre a parte que deve ceder ao todo.* Daí a intervenção da Justiça Federal por meio do Supremo Tribunal Federal nos casos de recurso extraordinário, em que se faz valer a autoridade das leis federais.⁶⁶

64. Pedro Lessa, Do Poder Judiciário, cit., p. 5. Nesse particular, vale a observação de Pedro Lessa de que adotamos aí a opção da Constituição argentina, e não o sistema norte-americano, em que aos Estados-membros era permitido legislar sobre direito substantivo e direito adjetivo (rectius: processual). (Ibidem, p. 9).

65. Como noticia Aureliano Leal (História constitucional do Brasil, cit., p. 231).

66. Pedro Lessa, Do Poder Judiciário, cit., p. 433. Embora essa competência tenha sido remanejada pela Constituição Federal de 1988 para o Superior Tribunal de Justiça, a recente Emenda Constitucional n. 45 retornou-a ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, “d”). Esse movimento pendular reforça a nossa tradição federativa.

Não apenas por razões de de estilo, seguindo a tradição norte-americana, o *Superior Tribunal de Justiça* transmuda-se em *Supremo Tribunal Federal*, sendo reconhecido como Corte Suprema e intérprete precípua da unidade da lei e da constituição, último revisor em matéria de constitucionalidade das leis e garantia dos direitos fundamentais.

Esta competência era expressa no art. 59, parágrafo 1º: “Das sentenças das Justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: quando se questionar sobre a *validade ou a aplicação de tratados e leis federais*, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; e quando se contestar a *validade de leis ou de atos dos governos em face da Constituição*, ou das *leis federais*, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

Estava garantida, assim, implicitamente, o controle de constitucionalidade difuso por desaplicação da norma inconstitucional, ou seja, a autorização para que todos os órgãos jurisdicionais fizessem o controle de constitucionalidade. Se por recurso se permitiu verificasse o Supremo Tribunal Federal a correta adequação da decisão ao texto constitucional, por óbvio, os Tribunais dos Estados federados poderiam deixar de aplicar a norma por inconstitucional, e também assim os seus juízes singulares.⁶⁷

A doutrina relata o caso do juiz Alcides de Mendonça Lima, que se recusou a aplicar uma norma baixada por decreto do então Presidente do Rio Grande do Sul, Júlio de Castilhos, para disciplinar o júri de forma contrária ao estabelecido na Constituição Federal. Na época, foi instaurado processo crime contra o jovem juiz, o qual restou absolvido no Supremo Tribunal Federal (após defesa de Rui Barbosa, o principal responsável pela carta constitucional), justamente porque se entendeu que o juiz poderia deixar de aplicar um ato normativo por considerá-lo inconstitucional⁶⁸, mediante controle difuso. Portanto, todos os órgãos jurisdicionais poderiam decretar a inconstitucionalidade de uma norma.⁶⁹

67. Lenine Nequete, *O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência*, Porto Alegre: Sulina, 1973, v. 2 (República), p. 40. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil, Comentários à Constituição de 1967* (arts. 153, § 2º-159), 2. ed., 1971, v. 5, p. 108; Airton José Sott, *A possibilidade do controle judicial de constitucionalidade – Incidental, concreto e difuso – Direito brasileiro anterior à Constituição de 1988 em conexão com os direitos fundamentais*, *Ajuris*, n. 93, p. 15, abr. 2004.

68. Lenine Nequete, *O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência*, cit., p. 20-22.

69. Cf. nota 101.

É importante frisar que o alcance dessa inconstitucionalidade era ainda muito limitado ao caso concreto, até mesmo porque no direito brasileiro não se tinha reconhecido, de imediato, a regra dos precedentes conhecida por *stare decisis*⁷⁰ e, consequentemente, as decretações de inconstitucionalidade não tinham *força vinculativa*, atuando com mero alcance individual.⁷¹

Para além dessa dificuldade técnica, o *Supremo Tribunal Federal resistia em aplicar um rígido controle sobre os demais poderes*. Preferia adotar uma doutrina de evasão.⁷²

Excetua-se o extenuante e bem sucedido trabalho de Rui Barbosa na consecução da doutrina brasileira do *habeas corpus civil*, reconhecida inovação constitucional brasileira. Para Paulo Bonavides, “ponto alto da contribuição doutrinária do país no campo do direito constitucional e na história constitucional da República de 1891, um recurso medular de salvaguarda das liberdades individuais contra o arbítrio dos poderes políticos”.⁷³

O *habeas corpus civil* foi a construção doutrinária e pretoriana, fortemente jurisprudencial, mais importante de nossa história constitucional, só sucumbindo na reforma constitucional de 1926,⁷⁴ que ao vedar a

70. Vale a ressalva de que sempre, desde o Decreto n. 510 de 22 de junho, e do Decreto n. 914-A, de 23 de outubro de 1890, foi observada, no sistema constitucional republicano, a referência à jurisprudência como fonte de “segurança jurídica” para a aplicação do direito, quer estadual, quer federal, antecipando, de forma sutil, o *stare decisis*. Nesses termos, o artigo 59, parágrafo 2º da Constituição Republicana determinava: “Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União.” (João Barbalho Uchôa Cavalcanti, *Constituição Federal Brasileira (1891): comentada*, prefácio de Walter Costa Porto, ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, p. 247). Os precedentes, portanto, nunca chegaram a ter um caráter vinculativo nesse primeiro período (Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, cit., p. 126-127).

71. Lenine Nequete, *O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência*, cit., p. 22; José Reinaldo de Lima Lopes, *O direito na história: lições introdutórias*, cit., p. 376.

72. Nesse sentido: Lenine Nequete, *O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência*, cit., p. 40 e ss.

73. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 74.

74. Após a queda do Império, começou a surgir um direito legitimamente nacional; contudo, já existia no espírito do jurista brasileiro a ideia do limite ao poder estatal e da necessidade de remédios jurídicos para sua atuação através dos tribunais. Em 1891, a primeira Constituição Federal Republicana adotou o *habeas corpus* (art. 72, § 22), como forma de tutela os direitos do cidadão contra a ilegalidade e o abuso de poder do Estado, e sofre influência direta da Constituição norte-americana. Textualmente, o artigo 72, parágrafo 22 refere: “Dar-se-á

impetração de *habeas corpus* com natureza civil impulsionou a criação do *mandado de segurança*.

Tratou-se de *evidente reprodução criativa decorrente da ausência de writs civis originários na Constituição Republicana*. Em uma palavra, deu-se aqui a aplicação da doutrina de *common law*, especialmente norte-americana, nossa matriz mais próxima, de que *os remédios (rectius: ações) precedem os direitos* e de que, por consequência, *não há direitos sem remédios (rectius: ações) processuais que os assegurem – ubi remedium, ibi ius*. Ressalta-se, aqui, o papel criativo da jurisprudência no direito brasileiro, sempre apta a realizar justiça no caso concreto, mesmo quando o sistema aparentemente bloqueia soluções de direito positivo.⁷⁵

o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder". Esse dispositivo foi interpretado de forma ampla, a conter também em germe a garantia contra a ilegalidade e abuso de poder do Estado em matéria não criminal. Muito embora tenham existido leis imantadas pelos espírito do controle dos atos de poder do Estado, como a que em 20 de novembro de 1894, Lei n. 221, estabeleceu o controle dos atos administrativos pela chamada "ação anulatória de atos da Administração", demonstrando a necessidade de um writ para a tutela de direitos civis lato sensu; essas não tiveram aceitação pela prática, e caíram na obsolescência. Nesse diapasão, pela insuficiência legislativa e pela força da interpretação direta da norma constitucional, os interditos possessórios e o habeas corpus, alargados em seu objeto, passaram a ser utilizados contra os abusos e ilegalidades do Poder Executivo. Essa situação gerou polêmica no Congresso Jurídico Brasileiro de 1922, premendo este pela criação de um instituto com as peculiaridades do habeas corpus para defesa de direitos civis contra os atos da administração. Segundo Castro Nunes, "a ideia de um remédio paralelo ao habeas corpus e nascido desses antecedentes surgiu no Congresso Jurídico de 1922, seção de Direito Judiciário, a que presidia o ministro Muniz Barreto". O autor cita também proposta de Torres, ainda anterior. (José de Castro Nunes, Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público, 7. ed. atual. por Jose de Aguiar Dias, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 14-17). Visto a grande aceitação pela jurisprudência da tese que ampliava o habeas corpus e os interditos possessórios, a reforma constitucional de 1926 alterou o artigo 72, parágrafo 22 da Constituição de 1891, restringindo o habeas corpus para a defesa exclusiva da "liberdade de locomoção". Com essa medida, impulsionou a discussão política pela criação de um instituto que viesse a substituir a lacuna que existia na defesa dos direitos do cidadão contra o Poder Público. Assim, nesse mesmo ano, foi apresentada a exposição de motivos do Projeto Gudestau Pires (Projeto n. 148/1926) à Câmara dos Deputados, propondo a criação do "mandado de proteção", para que a autoridade se abstivesse da prática lesiva, e do "mandado de restauração", que seria uma ordem para cessar a violência e restituir ao paciente o gozo pleno do direito ofendido (respectivamente arts. 5º e 6º do Projeto). Transcreve-se o texto modificado pela reforma constitucional: "Artigo 72 – (...) § 22 – Dar-se-á o 'habeas corpus' sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção". Apenas a título de comparação, transcreve-se o texto atual do artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal de 1988: "Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder."

75. De resto, já reconhecido por Enrico Tullio Liebman (Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano, cit., p. 490-516).

De outra sorte, no aspecto político, a engenharia institucional de 1891 deixou muito a desejar. O centralismo do poder na figura do Presidente da 1ª República foi muito forte, houve abuso no uso do instituto da intervenção federal e, na doutrina, chegou-se a afirmar que “o Presidente da República era um monarca eletivo que se substituía a cada quadriênio”⁷⁶. Apesar da adquirida representação democrática, seguimos a tradição portuguesa e imperial da “Chefia da Nação”, da “Suprema Magistratura”. Não por acaso, um diplomata inglês, Hambloch, deu força internacional a esse entendimento, escrevendo um texto denominado *His majesty, the President*, no qual descrevia o sistema presidencial brasileiro como uma monarquia eleitoral. Não obstante, como reconhece a doutrina, mesmo com tropeços, o Supremo Tribunal restou cioso de suas obrigações quanto a forma republicana de governo.⁷⁷

A passagem para a próxima constituição foi conturbada. O ambiente político no Brasil não teve grandes períodos de estabilidade. A Revolução de 1930 levou a um levante constitucionalista que resultou na Constituição de 1934.⁷⁸

2.2. O “judicial review” na Constituição de 1934: o advento do mandado de segurança, da ação popular, da ação interventiva e do “full bench”

A Constituição de 1934 foi também uma Constituição democrática – na medida do possível, na época. Manteve a possibilidade de controle judicial dos demais poderes e criou alguns institutos novos fundamentais, entre eles o mandado de segurança (art. 113, 33, suprimindo a lacuna deixada pela reforma constitucional de 1926), a ação popular (art. 113, 38),

76. Paulo Bonavides; Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 3. ed., São Paulo: Paz e Terra, 1991. Contém os textos políticos e jurídicos mais importantes do constitucionalismo brasileiro, inclusive os atos institucionais do período da ditadura militar pós-64 (p. 249-252).

77. Aliomar Baleeiro, *Constituições Brasileiras: 1891*, cit., v. 2, p. 56-57. O autor afirma ter sido Rui Brasbosa o grande responsável pela manutenção dessa estabilidade. Conferir ainda o original, Ernest Hambloch. *His Majesty. The President of Brazil. A Study of Constitutional Brazil*. New York: E.P. Dutton & Company, 1936.

78. Orlando Soares adverte, partindo da sagacidade de Astrogildo Pereira, que o célebre dito de Ribeiro de Andrada – “ façamos a revolução antes que o povo a faça ” – bem denuncia que a revolução de 30 tratou-se de golpe militar contra-revolucionário, para perpetuação das oligarquias no poder. (Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil, cit., p. 56-58).

a ação direta interventiva (art. 12, V, § 2º), a possibilidade de extensão *erga omnes* da decretação de inconstitucionalidade pelo Senado Federal (art. 91, 1, IV) e o *full bench* (art. 179), determinando o julgamento pelo órgão especial (Tribunal Pleno), quando ocorresse o controle de constitucionalidade pelos Tribunais, ou seja, um procedimento agravado de controle de constitucionalidade. Consoante Pontes de Miranda:

“A Constituição de 1934 não retirou ao Poder Judiciário o *judicial control*. Conservou-o com exigências de maior meditação e persuasão: o artigo 179 diz que ‘só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei e de ato do Poder Público.’”⁷⁹

O mandado de segurança brasileiro é um instrumento com especial aptidão para o controle dos atos abusivos e lesivos dos poderes públicos, nesse sentido, similar ao espanhol *juicio de amparo*. Um instituto de defesa do cidadão contra os poderes políticos com a mesma disciplina processual do *habeas corpus*. Versava o artigo 113, 33 da Carta de 1934:

“Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal *de qualquer autoridade*. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes.”⁸⁰

Não escapou à melhor doutrina que a expressão “qualquer autoridade” dava ao mandado de segurança um “absoluto relevo”⁸¹, amplitude que nenhum ordenamento, nem mesmo o norte-americano, concedeu aos *writs* constitucionais para defesa dos direitos do cidadão frente ao Estado.⁸²

79. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, Rio de Janeiro: Guanabara, 1936, v. 1, p. 621.

80. Como foi registrado em outro momento: “Finalmente, atendendo aos anseios de toda a comunidade jurídica e à natural predisposição do sistema jurídico brasileiro para o controle da ilegalidade e do abuso de poder pelo Judiciário, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, consagra o instituto do mandado de segurança (art. 133, inc. 33). A inovação decorreu de iniciativa de João Mangabeira, relator do trecho pertinente às garantias individuais no anteprojeto à Constituição de 1934. Já em 16 de janeiro de 1936 é promulgada a Lei n. 191, que regulou o mandado de segurança.” (Hermes Zaneti Junior, Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001).

81. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, cit., 1936, p. 722.

82. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Do formalismo no processo civil, cit., p. 103.

Apesar de ter mantido a dualidade de “Justiças” a Constituição de 1934 unificou a competência para legislar sobre processo (aqui ponto de relevo). No artigo 5º, determinava ser de competência privativa da União: “XIX – legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e *processual*, registros públicos e juntas comerciais”. Mesmo que sem menção expressa, continuava clara, por implícita ao sistema, a possibilidade de qualquer órgão do Judiciário efetuar o *judicial control* sobre os atos dos demais poderes, fundado na Constituição e na observância do princípio da legalidade.⁸³

2.3. O “judicial review” na Constituição de 1937 (Carta Outorgada)

A Constituição Federal de 10 de novembro de 1937, denominada pejorativamente de “polaca”, carta outorgada pela ditadura do Estado Novo, manteve formalmente o controle judicial de constitucionalidade, diminuindo em muito o papel do Supremo Tribunal Federal. No artigo 96, parágrafo único, era estabelecida a possibilidade de a lei, após ser decretada inconstitucional pelo Tribunal, ser reapreciada nessa inconstitucionalidade pelo exame do parlamento, a pedido do Presidente da República, e no interesse do povo (*sic*). Quando a promoção ou defesa do interesse nacional de “alta monta” exigisse (*sic*), o Congresso, por dois terços dos votos de cada uma das Câmaras, poderia tornar sem efeito a decisão do Tribunal.⁸⁴

A “polaca” foi além, extinguiu o mandado de segurança como garantia constitucional e a ação popular⁸⁵. *Adotou a unidade do Poder Judiciário*,

83. Nesse sentido, apontando para a supremacia da Constituição: “Nenhuma lei brasileira pode ser interpretada ou executada em contradição com o artigo 113 como em contradição com quaisquer outros artigos da Constituição de 1934.” (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, cit., 1936, p. 65). Ver também: Airtton José Sott, A possibilidade do controle judicial de constitucionalidade – Incidental, concreto e difuso – Direito brasileiro anterior à Constituição de 1988 em conexão com os direitos fundamentais, cit., p. 16. A importância de uma constituição rígida e do controle de constitucionalidade para o modelo do constitucionalismo garantista serão explanadas mais adiante, especialmente quanto a implicação da ampliação do princípio da legalidade como legalidade em sentido estrito. Cf. Luigi Ferrajoli. Constitucionalismo Garantista. La Democrazia Attraverso i Diritti, op. cit.

84. A doutrina noticia que esse dispositivo restou inaplicado na vigência da Constituição (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1946 (art. 129-141, § 14), cit., 3. ed., 1960, v. 4, p. 185). Nesse sentido, tratou-se de “recepção recusada” da Constituição polonesa (Peter Häberle, Elementos teóricos de um modelo general de recepción jurídica, cit., p. 178).

85. Trata-se de expediente comum às ditaduras, como já observamos alhures (Hermes Zaneti Junior, Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos, cit., p. 34).

suprimindo a Justiça Federal, sem contudo modificar a competência para legislar sobre direito processual, que continuou sendo da União Federal, dando mais uma prova de que era falsa a relação de necessidade entre a competência legislativa e a unidade do Poder Judiciário; em verdade, o termo unidade/dualidade acaba por gerar uma errônea confusão: a jurisdição no Brasil é una, independentemente das divisões para atender aos aspectos práticos de repartição de competências e do modelo federativo adotado para os órgãos de justiça, que melhor se qualifica como dualidade de organização judiciária.

Mantinha-se o controle judicial, embora limitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, a exemplo do Código de Processo Civil de 1939, que estatuiu novamente o mandado de segurança, porém colocava-lhe uma série de limitações quanto aos atos e às autoridades contra as quais poderia ser manejado.⁸⁶

Foi um período intenso da vida política brasileira. Entre outras heranças culturais, marcadamente atua com destaque a tecnicização do ensino e a tentativa de implementar uma educação para a elite, preparando-a para o exercício do poder. Tratava-se da doutrina das “elites condutoras”, em contraposição a uma educação técnica para os jovens das classes menos abastadas, preparando-os para serem a mão-de-obra industrial. Era a política pedagógica conhecida como “dualismo educacional”, que pretendia formar trabalhadores da inteligência, do braço (da indústria) e do capital⁸⁷. Finalmente, chegava ao interesse do legislador brasileiro o gosto pela separação entre uma cultura mais ampla (bacharelismo)⁸⁸

86. Sobre o mandado de segurança no Código de Processo Civil de 1939, ver Hermes Zanetti Júnior, Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos, cit., p. 34. Sobre o Código de Processo Civil de 1939, aponta Daniel Francisco Mitidiero: “O Código de Processo Civil de 1939, a que se chegou depois de um certo período em que tivemos inúmeros Códigos estaduais na matéria. Informado pela técnica da oralidade, o legislador de 1939 imprimiu ao processo um nítido sabor publicístico, outorgando ao juiz o encargo de dirigi-lo com o fito de alcançar ao povo justiça pronta e eficaz. A anunciada síntese entre romanismo e germanismo, base do processo civil moderno, segundo conhecida lição de Chiovenda, estava então a manifestar-se, ainda que de maneira tímida, limitada basicamente à primeira parte daquele diploma (única, consoante Alfredo Buzaid, elaborada à luz dos ‘princípios modernos da ciência do processo’, na qual Buzaid, ao nosso ver equivocadamente, identificava inclusive a existência de um verdadeiro ‘processo de conhecimento’), com o que ainda se poderia vislumbrar no processo civil de então nítidos traços do processo comum luso-brasileiro.” (Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual, cit., p. 124).

87. Paulo Ghiraldelli Junior, Filosofia e história da educação brasileira, cit., p. 81-92.

88. Sobre o bacharelismo como prática no Brasil e nos Estados-Unidos, ver Sérgio Buarque de Holanda, Raízes do Brasil, cit., p. 114-115.

e o advento do Estado moderno tecnocrático, rompendo com a tradição portuguesa de convivência e mobilidade entre as classes mais e menos abastadas.⁸⁹

2.4. A Constituição de 1946 e a positivação do “judicial review” (“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”)

A Constituição de 1946 retomou a democracia e manteve o sistema republicano. Embora sempre com algumas dificuldades estruturais, a democracia nesse período tomou reforço no Brasil.⁹⁰

Retornaram também, com a Constituição nova e democrática, porque resultado dos ventos democratizantes da queda do fascismo e do nazismo na Europa, o mandado de segurança e a ação popular.

O Supremo Tribunal Federal recuperou a amplitude de sua competência jurisdicional sobre todo e qualquer ato de autoridade, seja qual fosse o poder ou a hierarquia. *Manteve-se a unidade da organização judiciária e criou-se o Tribunal Federal de Recursos, atribuída a ele a competência para julgar em grau de recurso as decisões das Justiças dos Estados em que havia interesse da União.* Como foi dito acima, não existe incompatibilidade no sistema republicano e na técnica federalista (principalmente na nossa Federação centralizadora) entre a competência legislativa exclusiva da União e a dualidade de “Justiças” (dualidade organizacional da Justiça).⁹¹ A Constituição de 1946 criou ainda a Justiça do Trabalho, mantendo a Justiça Militar, e restabeleceu a Justiça Eleitoral. Essa configuração se perpetuou sem sobressaltos, até a Constituição de 1988, quando se extinguiu o Tribunal Federal de Recurso (TFR) e se criou o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

89. “A vida parece ter sido aqui incomparavelmente mais suave, mais acolhedora das dissonâncias sociais, raciais, e morais [em contraposição a uma cultura protestante]. A isso cumpre acrescentar outra face bem típica de sua extraordinária plasticidade social: a ausência completa, ou praticamente completa, entre eles [os colonizadores portugueses], de qualquer orgulho de raça.” (Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, cit., p. 22). Não por outro motivo foi possível aos brasileiros “de letras” alçarem postos na hierarquia social. Sobre essa tradição cultural portuguesa, consultar Sérgio Buarque de Holanda, op. cit., p. 34 e 50-51.

90. Como dificuldade, vale o exemplo da perda do registro pelo Partido Comunista Brasileiro (PCB), em 1947.

91. Somente mais adiante, com o Ato Institucional n. 2, de 1965, seria restabelecida a Justiça Federal.

O mais importante a observar, contudo, é a positivação da recepção do *judicial review*. A grande inovação de 1946 constituiu-se na regra escrita da ubiquidade ou inafastabilidade da jurisdição, segundo a qual a lei não poderia afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão à direitos. Pela primeira vez na história constitucional brasileira, os órgãos do Poder Judiciário tinham por disposição expressa a possibilidade do controle judicial: “Artigo 141 – (...) § 4º – A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”⁹². Chamar-se-á essa disposição de “cláusula aberta do controle judicial”⁹³, por se tratar de norma que não contém uma determinação específica de suporte fático nem uma consequência jurídica expressamente prevista no texto, portanto voltada à consecução dos objetivos de controle de poder no Estado Democrático Constitucional.

Conforme anota Garcia de Enterría, e é do conhecimento geral, trata-se da antiga fórmula do Estado de Direito, “cláusula de coroação do Estado de Direito”, que vem expressa em quase todas as Constituições modernas, nos termos de que “quem foi lesionado em seus direitos por um poder público dispõem de uma via de proteção judicial”, e portanto dela infere-se que “a circularidade deste preceito e o seu caráter absoluto exclui a *radice* que qualquer lei possa fechar o passo a esta via de proteção judicial”⁹⁴. Na doutrina atual, Luigi Ferrajoli identifica o acesso à via judicial como um dos postulados do constitucionalismo garantista, desenvolvido por ele como *princípio da acionabilidade*, com extensão para além do direito individual de ação.⁹⁵

Para Pontes de Miranda essa foi a mais importante criação da Constituição de 1946: “a mais típica e a mais prestante criação de 1946”⁹⁶. Mesmo que antes o intérprete pudesse depreender essa amplitude de

92. Ao que parece, passou despercebido para parte da doutrina que essa disposição permitia expressamente a todos os órgãos do Poder Judiciário a verificação da constitucionalidade dos seus atos e também da sua legalidade (Airton José Sott, A possibilidade do controle judicial de constitucionalidade – Incidental, concreto e difuso – Direito brasileiro anterior à Constituição de 1988 em conexão com os direitos fundamentais, cit., p. 19).

93. Também “cláusula do direito de ação”, “cláusula do acesso à justiça” ou garantia do direito cívico de ação, como propôs Eduardo Juan Couture (Las garantías constitucionales del proceso civil, in Estudios de derecho procesal civil, cit., v. 1, p. 28 e ss.).

94. Eduardo Garcia de Enterría, Democracia, jueces y control de la administración, 4. ed., Madrid: Civitas, 1998, p. 328-329.

95. Luigi Ferrajoli. Costituzionalismo Garantista, § 5.7 (“Il principio di azionabilità e la sua estensione al di là del diritto individuale di azione. Per un Pubblico ministero di garanzia”).

96. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1946 (art. 129-141, § 14), cit., 3. ed., 1960, v. 4, p. 142.

sentido das demais normas constitucionais, sua enunciação expressa foi importante para fixar definitivamente a garantia.

Pode-se afirmar que finalmente foi consolidada a recepção cruzada da jurisprudência norte-americana sobre controle de poder. Por um longo trajeto, com todos os percalços demonstrados, chegou-se ao perfil da inafastabilidade do Judiciário como garantia expressa do cidadão e de seus direitos individuais. Consolida-se o controle judicial dos atos dos demais poderes e nem mesmo a lei poderá afastar esse controle. Os juristas poderiam tê-lo extraído naturalmente do sistema anterior, pois em 1891 já se apresentava a garantia, e exemplo disso foi a extensão conferida ao *habeas corpus*, mas não houve ambiente político para tanto.⁹⁷

Por outro lado, o controle de constitucionalidade no Brasil apresentou algumas modificações significativas em relação à matriz constitucional norte-americana, especialmente pelas alterações a partir de 1965.

A Emenda Constitucional n. 16/65, já sob a égide da ditadura militar instaurada com o golpe de 1964, possibilitou o controle abstrato de constitucionalidade por representação do Procurador Geral da República⁹⁸. O artigo 101, I, “k” autorizava, em seus próprios termos: “a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República”⁹⁹. Trata-se da recepção criativa do modelo concentrado de controle de constitucionalidade proposto por Kelsen e aceito em 1920 pela Constituição austríaca¹⁰⁰. Recepção criativa porque nunca se

97. Como adverte a doutrina: “Não se chegou, porém, ao fim da trajetória. 1930 interrompeu a avançada. Depois 1937. A Constituição de 1946 foi como a reaquisição do tempo perdido: pôs-se em regra jurídica explícita o que se teria obtido, através dos intérpretes, em regra jurídica não-escrita.” (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967 (arts. 153, § 2º-159), 2. ed., 1971, v. 5, esp. p. 104-115 e p. 109).

98. Sobre o ambiente político e jurídico que resultou no golpe de 1964 e as restrições à tutela de direitos, ver breve e eficiente resenha em Lênio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, cit., p. 351-356.

99. A inovação não parou no âmbito federal: “Criou esta mesma oportunidade para os Estados-membros, incluindo, através desta Emenda, o inciso XIII ao artigo 124, assim redigido: ‘a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.’ (Airton José Sott, A possibilidade do controle judicial de constitucionalidade – Incidental, concreto e difuso – Direito brasileiro anterior à Constituição de 1988 em conexão com os direitos fundamentais, cit., p. 18).

100. O modelo italiano, por exemplo, não prevê o Ministério Público junto a Corte Constitucional. A lacuna dessa instituição de garantia é corretamente criticada por Luigi Ferrajoli, relabrando a lição de Kelsen: “Si ricordino le proposte avanzate da Hans Kelsen di

chegou a desenvolver, por total falta de necessidade institucional, um tribunal constitucional autônomo, afastado do Poder Judicial, entre outras distinções importantes.

2.5. O “judicial review” nas cartas constitucionais do golpe militar (1967 e 1969)

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1/69 mantiveram a estrutura do Estado e do controle do poder estabelecidos pela Constituição de 1946, com uma ligeira alteração no texto da “cláusula aberta do controle judicial”, que veio vazada como segue: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 150, § 4º da CF/67 e art. 153, § 4º da EC n. 1/69).¹⁰¹

A “revolução vitoriosa” (*rectius*: Golpe Militar de 1964) e seus comandantes-em-chefe, representando as três armas da nação, exército, marinha e aeronáutica (Gen. Ex. Arthur da Costa e Silva, Ten. Brig. Francisco de Assis Correia de Mello e Vice Alm. Augusto H. R. Grunewald)

estendere tale legittimazione non solo ai tribunali, ma anche agli organi amministrativi e in generale a “ogni pubblica autorità che, nell’applicare una norma, nutra dubbi circa la sua regolarità” [H.Kelsen, La garanzia giurisdizionale cit., § 19, pp.194-195.] e, soprattutto, di istituire presso la Corte costituzionale, un procuratore generale da lui chiamato “difensore della costituzione” con il potere di eccepire l’illegittimità di qualunque atto del Parlamento da lui ritenuto incostituzionale [“Un istituto del tutto nuovo ma che meriterebbe la più seria considerazione sarebbe quello di un difensore della costituzione presso il tribunale costituzionale che, a somiglianza del pubblico ministero nel processo penale, dovrebbe introdurre d’ufficio il procedimento del controllo di costituzionalità per gli atti che ritenesse irregolari. Il titolare di una simile funzione dovrebbe avere evidentemente le più ampie possibili garanzie d’indipendenza sia nei confronti del governo che del parlamento. Per ciò che concerne i ricorsi contro le leggi, sarebbe di estrema importanza attribuire il diritto di proporli anche ad una minoranza qualificata del parlamento” (H.Kelsen, op.ult.cit., § 19, p.196).]: istituzione attuata, peraltro, dall’art.103 della Costituzione brasiliana che affida questo potere, oltre che a un Procuratore generale federale, al Presidente della Repubblica, agli uffici di presidenza delle Camere, ai Governatori degli Stati e perfino ai partiti politici rappresentati in Parlamento e ai sindacati rappresentativi a livello nazionale.” Luigi Ferrajoli. Costitucionalismo Garantista, La Democrazia Attraverso i Diritti. op, cit.

101. Vale um pequeno excursus histórico para visualizar melhor essa aparente continuidade. Em 31 de março de 1964, o General Olímpio Mourão Filho partia de Minas Gerais com as suas tropas para depor o Presidente João “Jango” Goulart e mergulhar o país na noite da ditadura militar, em que só brilharam as estrelas de seus generais. Sobre a conjuntura do golpe militar, além da farta bibliografia recente, consultar, com interessantíssimas notas que hoje parecem sarcásticas sobre o “destino do Brasil” na era do “milagre econômico” e a “legitimação popular do governo dos generais”: Henry J. Steiner; M. Trubeck, Brazil: all power to the generals. Foreign Affairs, p. 464-479, 1970-1971.

mantiveram a Constituição de 1946 até 1967, sem furtar-se, todavia, de explicitar que a revolução e os seus *atos institucionais*, atos normativos “revolucionários”, não se submetiam e muito menos se legitimavam nos atos do Congresso Nacional, sendo considerados soberanos pelo exercício do poder constituinte que da “revolução” emanava, não apenas para institucionalizá-la, como também, para assegurar a continuidade da obra a que se propôs o governo revolucionário (sic).¹⁰²

Um dos primeiros atos fundados nesse poder constituinte originário do golpe militar e decorrente dessa necessidade de institucionalização do “poder golpista” foi a limitação da apreciação judicial dos atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal com fundamento em Atos Institucionais. Neste mesmo ato, se evitou a revisão judicial das cassações e impedimentos de mandatos parlamentares e dos prefeitos, governadores, vereadores e deputados afastados por atos decorrentes do golpe militar.¹⁰³

Nada mais natural. Acompanha as ditaduras o fechamento do debate judicial. Tanto é assim que, considerando as necessidades de ordem da “revolução” para barrar “processos subversivos e de guerra revolucionária” que perturbavam a tranquilidade, a segurança e a harmonia político-social brasileira, editou-se o Ato Institucional n. 5, em 13 de dezembro de 1969, assinado pelo então Presidente da República Costa e Silva. O AI-5, como sempre foi denominado, *suspendeu a garantia do habeas corpus (nos casos de crimes políticos, de crimes contra a segurança nacional, de crimes contra a ordem econômica e social e de crimes contra a economia popular)* e, baseado nele, permitiu-se que, pelo Decreto de 16 de janeiro de 1969, fossem *aposentados compulsoriamente os Ministros do Supremo Tribunal Federal Hermes de Lima, Evandro Cavalcanti Lins e Silva e Victor Nunes Leal*, procurando reduzir a resistência aos abusos do poder constituído.

102. Importante a leitura do seguinte parágrafo da exposição de motivos do Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964: “Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.” (Paulo Bonavides; Paes de Andrade, *História Constitucional do Brasil*, cit., p. 771).

103. O Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, foi assinado pelo então presidente, o General Castello Branco. Esse mesmo ato estabeleceu as eleições indiretas para Presidente da República e introduziu modificações no Poder Judiciário, entre as quais a a composição do Supremo Tribunal Federal, que passou a contar com 16 ministros, e o restabelecimento da Justiça Federal.

Iremos analisar agora o período que se seguiu a absorção do direito pela ditadura militar. Deve-se frisar novamente que se está, hoje, apenas nos pródomos, nos primeiros passos da mais longa democracia vivida pelo Brasil.¹⁰⁴ Foi nesse clima de redemocratização que nasceu a Carta Cidadã, como é chamada a Constituição Federal de 1988. A “Nova Democracia” originada em 1985, é recente, e, mesmo assim, o país nunca teve um período tão longo de respeito aos direitos sociais, às liberdades civis e às instituições políticas democráticas, em toda a sua história.

2.6. A Constituição Federal de 1988 e o Estado Democrático de Constitucional: ampliação do “judicial review” (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ‘ameaça’ a direito”)

O Estado Democrático Constitucional é a junção do direito constitucional e da democracia, ou seja, um Estado de Direito no qual os direitos fundamentais individuais e coletivos exercem o papel contramajoritário e no qual a lei e os atos dos poderes públicos estão submetidos à constituição. Nessa ordem de raciocínio, cabe aprofundar e retomar, duas importantes consequências da inter-relação entre as tradições do *common law* e *civil law* que teve lugar no Brasil, a partir da Constituição Republicana de 1891: *o controle dúplice de constitucionalidade e a unicidade de jurisdição*.

O controle de constitucionalidade das leis no Brasil (sistema difuso e sistema concentrado) dá-se sempre por meio dos órgãos jurisdicionais; não existe jurisdição administrativa ou jurisdição confiada a órgãos políticos como o *Conseil Constitutionnel*, francês, ou o TAR, italiano. O Brasil adota o sistema norte-americano de controle difuso de constitucionalidade (via de exceção), ou seja, o controle é exercido por todos os juízes e tribunais que podem e devem rejeitar a aplicação de norma violadora ou contrária ao escopo da Constituição, no caso concreto.

104. Saindo há pouco da noite da ditadura de 1964. O véu começou a se dissipar somente em 1984, com a campanha das “Diretas Já” e com a eleição “indireta” do primeiro presidente civil, após mais de vinte anos de ditadura, Tancredo Neves, que não chegou a governar, pois morreu antes de tomar posse, sendo substituído por José Sarney. A eleição não foi direta, compôs-se um colégio eleitoral com a participação dos congressistas (inclusive os “biônicos” que haviam sido indicados pelo governo militar, e não pelo voto) e seis deputados estaduais por Estado, indicados pela bancada mais representativa (na época, na maioria dos Estados, era a bancada do PDS que dominava o legislativo estadual e que também era o partido de direito, braço político do governo militar).

Verifica-se em toda a prática judiciária que não raros são os ares-tos que determinam a aplicação imediata dos direitos fundamentais no Brasil, a exemplo da já referida doutrina do *habeas corpus civil*, independentemente de lei específica que os regule como direito subjetivos individualizados.

Disso decorre a afirmação da potencialidade natural de suprir a falta de lei no atingimento dos fins constitucionais pelo juiz, aliás decorrência essencial da eficácia imediata dos direitos fundamentais, dentro da nossa formatação constitucional híbrida¹⁰⁵. Ao lado desse sistema, o Brasil adota também o sistema austríaco de controle concentrado, de competência privativa do Supremo Tribunal Federal (ações diretas de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e de descumprimento de preceito fundamental). A duplicidade dos sistemas de controle faz do Brasil um país de vanguarda na análise da constitucionalidade.¹⁰⁶

Da ligação entre um sistema da legalidade (*L'État légal* e *Rechtsstaat* códigos e predominância do Poder Legislativo) e um sistema da controle de poder baseado na Constituição Norte-Americana e no *common law* (*Rule of Law* – controle dos poderes e vinculatividade das decisões judiciais em um sistema de freios e contrapesos) surgiu a particularidade híbrida do ordenamento brasileiro. Em decorrência da influência norte-americana, também foi incorporado o sistema inglês de unidade da jurisdição. Ocorre, assim e como consequência, a plenitude do acesso à jurisdição, como garantia primeira da Constituição, na proteção do cidadão contra lesão ou ameaça de lesão a direito. Essa plenitude resta potencializada pelo monopólio que o *Poder Judiciário* exerce sobre a jurisdição¹⁰⁷.

Por outro lado, como o Judiciário não se movimenta *ex officio*, uma vez que deve ser impelido e provocado pelos legitimados, e sua atividade

105. Luiz Guilherme Marinoni, A jurisdição no Estado constitucional, Revista Processo e Constituição, Porto Alegre, Faculdade de Direito da UFRGS, n. 2, p. 133-212, maio 2005 (5.3 – O juiz e o controle de constitucionalidade da falta de lei). No mesmo sentido: Humberto Bergman Ávila, Sistema constitucional tributário, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 342.

106. Athos de Gusmão Carneiro, Do mandado de segurança coletivo e suas características, in Da antecipação de tutela no processo civil, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 91-134, item 1. Ver também Luís Roberto Barroso, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, São Paulo: Saraiva, 2004.

107. Jurisdição concentrada no Poder Judiciário. Em sentido contrário: Eduardo Silva da Silva, Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 175. O excelente estudo, muito bem escrito e documentado, mostra os desdobramentos possíveis do conceito de jurisdição nas ADR (alternative disputes resolution), apontando o caráter não-estatal da jurisdição.

é tendencialmente cognitiva (*veritas, non autoritas facit iudicium*¹⁰⁸), torna-se um espaço privilegiado para o discurso democrático, um “motor da democracia” participativa.¹⁰⁹

Tudo isso se potencializou na Constituição Federal de 1988. A “cláusula aberta do controle judicial” foi ampliada para abranger direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) e as ameaças a direito. Formou-se, ao mesmo tempo, *um sistema de tutelas coletivas e um poder geral de urgência* (cautelar ou antecipada). Isso se deu porque se depreende, da nova redação do artigo 5º, XXXV, inserto no capítulo dos *direitos e deveres individuais e coletivos*,

108. Luigi Ferrajoli desenvolveu essa premissa a partir de Hobbes, demonstrando exaustivamente como em um Estado artificial não se possa vincular à jurisdição a uma atividade tendencialmente valorativa, mas apenas tendencialmente cognitiva, a partir do direito e não da moral considerada pelo juiz. Luigi Ferrajoli. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*, op. cit., p. 9, 17, 149, 553; Id. *Principia Iuris: Teoria del Diritto e della Democrazia*. Pi1, p. 876/877.

109. Parafraseando a célebre expressão dos cultores de um tribunal internacional para solução de controvérsias no Mercosul (Hermes Zaneti Junior, A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o protocolo do Mercosul para cooperação jurisdicional em medidas cautelares: perfil de um processo transnacional para a efetividade, in Daniel Francisco Mitidiero; Hermes Zaneti Júnior, Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 231-272). Por essa razão, alguns juristas brasileiros defendem essa característica como muito superior à possibilidade de controle na matriz americana. Nesse sentido, após enumerar os aspectos de limitação do sistema da common law frente ao sistema nacional, salienta Alvaro de Oliveira os benefícios da maior amplitude da jurisdição brasileira, dos quais ressalta “a ilimitada possibilidade de revisão judicial do ato praticado pela Administração, seja qual for a autoridade responsável” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Do formalismo no processo civil, cit., p. 103.). O cidadão brasileiro (e agora com a ampliação dos instrumentos, também a sociedade civil, por meio dos processo coletivos) é mais aparelhado para o fortalecimento da democracia decorrente do controle do Poder Público, por meio da revisão judicial e das tutelas específicas que lhe são disponibilizadas (Essa é uma das oportunidades institucionais abertas para a democracia pós-Estado Social (Boaventura de Sousa Santos; Maria Manoel Leitão Marques; João Pedrozo, Os tribunais nas sociedades contemporâneas, Revista Brasileira de Ciências Sociais, ano 11, n. 30, p. 29-62, fev. 1996). Ver também: Boaventura de Sousa Santos; Leonardo Avritzer, Para ampliar o cânone democrático, in Boaventura de Sousa Santos (Org.), Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa, 2. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-82). Essa lição se complementa com a exortação de que “o ponto é assaz importante e deve servir de estímulo para que o Judiciário brasileiro, imbuído do espírito de defender os direitos do cidadão e não vagos interesses ditos públicos, passe a efetivamente controlar e coibir os eventuais excessos da Administração pública” (Boaventura de Sousa Santos; Maria Manoel Leitão Marques; João Pedrozo, Os tribunais nas sociedades contemporâneas, cit., supra. Sobre essa desmedida tendência ao favorecimento da coisa pública e sua crítica, ver Humberto Bergman Ávila, Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, Revista Trimestral de Direito Público, n. 24, p. 159-180, 1999.).

que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito”.

Observe-se que, de um lado, o constituinte garantiu aos direitos subjetivos coletivos (posições jurídicas de direito subjetivo) o papel de direitos fundamentais e a sua judiciabilidade em caso de descumprimento dessas garantias; por outro, garantiu ao jurisdicionado o direito à tutela de urgência e inibitória do ilícito, para direitos individuais e coletivos.

As ações coletivas são ainda mais necessárias para atingir o objetivo de garantia dos direitos individuais e sociais indisponíveis previstos na Constituição brasileira como direitos fundamentais, dada a abrangência e âmbito da tutela que proporcionam. Na verdade, o reconhecimento dos direitos coletivos só aconteceu na Carta de 1988. Até a Emenda Constitucional n. 1/69, a garantia da ubiquidade da justiça vinha sempre referida aos direitos individuais (*infra*). O Título II da vigente Constituição trata, no entanto, dos direitos e garantias fundamentais, incluindo aí os coletivos *lato sensu*, não persistindo na *antiga limitação aos direitos individuais*. A cláusula atual do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 revela-se *muito mais ampla*.

É preciso observar que a limitação aos direitos individuais, como corolário das regras do racionalismo individualista e da autonomia da vontade, manteve-se na maioria das Constituições européias do pós-guerra. Mostra-se como a regra de que ao titular do direito cabe a plena disponibilidade da sua defesa, verdadeira *golden rule* da legitimação ativa em matéria processual civil¹¹⁰. Contemporaneamente, contudo, os mecanismos processuais da substituição processual (LACP, CDC etc.) permitem que a sociedade seja “representada” por seus entes exponenciais, as associações civis, o Ministério Público etc.

Já a tutela de urgência¹¹¹ e a tutela inibitória revelam-se esforço na busca de medidas adequadas para prevenir o ilícito, garantindo a

110. Hermes Zaneti Junior, Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos, cit., p. 62-68 (direitos e “interesses”) e p. 92-100 (legitimação ativa).

111. Para o estudo no Brasil da tutela de urgência, recomenda-se a leitura de sua matriz teórica em Piero Calamandrei (Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, Padova: Cedam, 1936) e da obra nacional que segue essa doutrina e serve como prova de sua maior difusão entre nós: Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil de 1973, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 8, t. 1. Cabe ainda citar a célebre discussão comentada por Ovídio Araujo Baptista da Silva, que ressalta que a característica inerente às medidas cautelares não reside na provisoriedade, como queria Calamandrei e grande parte dos doutrinadores nacional (entre os quais Galeno Lacerda e José Roberto dos

efetividade do instrumento processual¹¹². No Brasil, a tutela de urgência representa o gênero do qual se exibem como espécies a tutela cautelar, que tem como regra geral o poder geral de cautela inserto no art. 798 do Código de Processo Civil, e a tutela antecipatória, que tem sua disciplina geral determinada atualmente pela redação do art. 273, incisos e parágrafos do Código de Processo Civil¹¹³. Contudo, de muito grande importância é a afirmação de que a *tutela de urgência*, que se subdividiu nos dois grandes grupos acima, *tem sede constitucional*.

Quando o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988 estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a *ameaça* a direito, expressamente autoriza a tutela de urgência e também a tutela preventiva do ilícito¹¹⁴. Essa natureza constitucional foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC n. 4, que determinou que o “*poder de acautelar é imanente ao de julgar*”.

Santos Bedaque), e sim na temporariedade. Essa distinção implica repudiar outra tese da doutrina clássica, a de que as cautelares são processos de instrumentalidade ao quadrado (Piero Calamandrei, op. cit., p. 21), voltados não para a tutela do direito subjetivo de forma imediata, mas para sua tutela “mediata”, quer dizer, para a tutela do processo. Ovídio Araujo Baptista da Silva afirma ser o processo cautelar e as medidas cautelares (mais genericamente) direcionados para a tutela do objeto cautelando, uma situação jurídica de perigo (aparência de direito) que precisa de uma prestação jurisdicional que a assegure, reconhecida como “direito substancial de cautela”, ou seja, um “direito subjetivo material à segurança” (Do processo cautelar, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 67 e ss.; Curso de processo civil: processo cautelar: tutela de urgência, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3.).

112. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Perfil dogmático da tutela de urgência, *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 24, n. 70, p. 219, jun. 2001. E ainda: “É inegável, todavia, que tanto as cautelares quanto as antecipatórias convergem ao objetivo de evitar que o tempo corra direitos e acabe por lesar alguma pessoa: mesmo sem oferecer diretamente ao litigante a fruição do bem ou de algum benefício que essa fruição poderia trazer-lhe, a tutela cautelar evita que o processo se encaminhe para um resultado desfavorável como aconteceria se a testemunha viesse a faltar ou o bem penhorável a ser destruído. Daí a legitimidade da recondução dessas duas ordens de medidas a um gênero só, que as engloba, ou a uma categoria próxima, que é a das medidas de urgência. E à moderna ciência processual, que é avessa a conceitualismos e se preocupa primordialmente com os resultados do processo e do exercício da jurisdição, muito mais relevância tem a descoberta dos elementos comuns que aquelas duas espécies apresentam do que a metafísica busca dos fatores que as diferenciam.” (Cândido Rangel Dinamarco, O regime jurídico das medidas urgentes, *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, ano 26, n. 82, p. 277, jun. 2001 – grifamos).
113. No mesmo sentido: Cândido Rangel Dinamarco, O regime jurídico das medidas urgentes, cit., p. 282.
114. Na doutrina, conferir, por todos: José Manuel de Arruda Alvim, Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós: evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução de nossos dias, *Revista de Processo*, ano 25, n. 97, p. 101-102, jan./mar. 2000, com citações bibliográficas na nota 123.

A relevância dessa disposição para o direito processual moderno está na afirmação de Chiovenda de que “o direito deve dar a quem tem direito, tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito de receber”¹¹⁵. Assim, não pode o direito tutelar apenas o réu. Garantir a efetividade da prestação jurisdicional apenas ao final significaria subjugar o direito do demandante. Daí o acerto da interpretação da norma constitucional que prevê a abertura para o deferimento da tutela.

Em muitos casos e situações da vida, a conduta diversa de tolher o acesso ao bem da vida representa uma injustiça, um favorecimento desmedido, que contraria o axioma chiovendiano, pois quando o tempo impede a máxima coincidência entre o pretendido e o obtido (efetividade), surge a necessidade de garantir o direito do autor, mesmo sem uma instrução probatória completa, mesmo diminuindo, em certa medida, e por um determinado espaço de tempo, a certeza da decisão (segurança jurídica). O essencial para justificar a prestação jurisdicional de urgência, que se liga à segurança do direito, quando cautelar, e a satisfação do direito, quando antecipatória¹¹⁶, identifica-se na presença do binômio *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

A reforma constitucional do Poder Judiciário perpetrada pela Emenda Constitucional n. 45/04¹¹⁷ acresceu ainda uma outra grande mudança estrutural no ordenamento jurídico brasileiro, as “súmulas vinculantes” (art. 103-A, da CF/88).

Ao estabelecer a possibilidade das súmulas vinculantes, abriu espaço para a consolidação da regra de direito norte-americano que já vinha, ao longo da história nacional, consolidando-se de maneira lenta e gradual: o *stare decisis*.¹¹⁸ Trata-se de uma recepção dos precedentes como fonte formal do direito, como se verá.

115. Esse princípio (ou postulado) da máxima coincidência, como vem sendo chamado na doutrina, tem na sua redação original a seguinte expressão: “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire.” (Giuseppe Chiovenda, *Dell’azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 110).

116. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Perfil dogmático da tutela de urgência*, cit., p. 225.

117. A EC 45, de 17 de novembro de 2004, é chamada de Reforma do Judiciário, pois alterou profundamente as bases do Poder Judiciário brasileiro. Sobre a Emenda Constitucional e suas alterações foi produzida grande bibliografia.

118. Na locução completa: “*stare decisis*, et non quieta movere” ou “mantenha o já decidido de modo pacífico”. Observa-se que o brocardo fora traduzido por Aliomar Baleeiro, Ministro do Supremo Tribunal Federal à época, quando do comentário sobre a criação do direito sumular no Brasil pela Constituição Federal de 1946. (O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 127 e ss.).

Destarte, temos a recepção constitucional tardia dos precedentes, que exige dos juristas, na práxis, uma preocupação renovada com o método (não só no cotidiano forense, mas também na teoria e no ensino jurídico). São temas que deverão fazer parte do nosso cotidiano: a *ratio decidendi*, sem a qual se torna inaplicável na prática a jurisprudência dos precedentes; o *distinguishing*, que trata da distinção entre os casos julgados e o caso em julgamento; e as diversas formas de derrogação dos precedentes, como o *overruling*¹¹⁹, alertando para a possibilidade de superação dos precedentes anteriores pela lei e pela própria jurisprudência.

CONCLUSÃO

Os argumentos e a reconstrução histórica e dogmática efetuados desacreditam qualquer afirmação genérica de que o Brasil é um país de *civil law*. O Brasil, em sua história, dogmática e prática judicial, mostrou-se um país híbrido, voltado à garantia dos direitos fundamentais.

Incorreto, consequentemente, o questionamento da doutrina: “...em sistema vinculado ao *civil law*, perante o qual existe previsão constitucional expressa do princípio da legalidade, seria lícito ao Judiciário solucionar suas questões com base tão somente em seus próprios atos? Em função dos graves defeitos que assolam o Poder Legislativo brasileiro, é legítimo deslocar a solução de questões democráticas/parlamentárias para a esfera de decisão do Judiciário?”¹²⁰

O Poder Judiciário não só atua legitimamente como tem o dever constitucional de *judicial review*. Na tradição brasileira é função precípua do Poder Judiciário interpretar a Constituição e garantir sua aplicação uniforme em todo território nacional, especialmente através do Supremo Tribunal Federal, em todas as matérias de direito, público ou privado, submetendo o Poder Público ao crivo da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, como garantia das posições jurídicas individuais e coletivas do cidadão.

119. Aliomar Baleeiro, com apoio no Justice William Douglas, reconhece que o *stare decisis* não é revogado (*overruled*) de imediato pelo precedente que o supera, geralmente se trata de um *fait accompli*, ou seja: “mercê de distinções das circunstâncias dos casos novos há um gradual e relutante repúdio do precedente. Quando a Corte muda a jurisprudência, a evolução está no fim e não no começo.” (Aliomar Baleeiro, O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido, cit., p. 127). Sobre as técnicas do *overrule* e *distinguish* veremos mais adiante considerações em capítulo próprio.

120. Lenio Luiz Streck; Georges Abboud. O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 59.

16

PRESCRIÇÃO: AÇÃO, EXCEÇÃO E PRETENSÃO

Humberto Theodoro Júnior¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Ação e pretensão – 3. A prescrição e a pretensão – 4. Ação e pretensão – 5. Ação e exceção – 6. Exceção e prescrição – 7. Um significativo exemplo do direito comparado – 8. Conexão entre o direito material e o direito processual – 9. Objeção e exceção em matéria de prescrição e decadência – 10. Pretensão e ação, segundo Pontes de Miranda – 11. Algumas conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Antes do Código Civil atual lavrava acendrada divergência na doutrina nacional acerca da prescritibilidade ou não das exceções substanciais oponíveis à ação também em sentido material²: (i) havia desde aqueles que restringiam a aplicabilidade da prescrição apenas à ação e, por consequência, tinham as exceções como absolutamente imprescritíveis³; até

1. Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law. Doutor em Direito. Advogado.
2. Em sentido amplo, as exceções podem versar sobre matérias processuais ou substanciais. Daí falar-se em exceções processuais e exceções substanciais. Para o presente estudo interessa apenas o tema das exceções substanciais, ou seja, aquelas em que o demandado opõe ao autor defesa fundada em contradireito ao direito material formador da causa de pedir em que se fundamenta à ação.
3. Para CARVALHO DE MENDONÇA, por exemplo, a exceção pressuporia a manutenção, pelo demandado, do exercício de um direito “em estado normal”, a respeito do qual não se entrevê “inércia ou negligência” que pudesse “produzir consequências jurídicas”. Já aquele que exercita a ação em juízo procura, ao contrário “sair de uma situação em que se acha e que reputa infensa a seu direito”. Por isso, sempre que a exceção é uma defesa contra uma ação, ela não prescreve” (Doutrina e prática das obrigações, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1956, t. I, nº 438, p. 728). SAVIGNY era, também, um dos que defendiam a “absoluta imprescritibilidade das exceções” (Sistema del derecho romano, trad. espanhola, v. IV, §§ 253-255; *apud* CÂMARA LEAL, Da prescrição e da decadência, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, n. 36, p. 57).

(ii) aqueles que consideravam ação e exceção como realidades que se igualavam, para efeito prescricional, sempre que, para se defender, o réu se valesse de matéria de defesa capaz de, por si só, justificar o exercício de ação como objeto de processo autônomo. Para essa invocação de situação jurídica nova, pela via da exceção substancial, incidiria a prescrição. Diversa seria a situação em que a exceção veiculasse matéria puramente defensiva, sem qualquer possibilidade de seu conteúdo constituir pretensão positiva exercitável contra o adversário em ação própria. Aí, sim, se poderia cogitar de imprescritibilidade, porque, no conteúdo da oposição do demandado à ação do autor, nada mais poderia se ver senão pura defesa passiva⁴. Cabia, portanto, distinguir-se entre (i) *exceções propriamente ditas* e (ii) *exceções impróprias*, para apurar-se a sujeição, ou não, da defesa ao regime prescricional⁵.

Para compreender, com rigor, o regime da exceção substancial no terreno da prescrição é importante determinar, de antemão, os conceitos de ação, pretensão e exceção, temas sobre os quais notável foi a contribuição doutrinária de PONTES DE MIRANDA, como a seguir se verá.

2. AÇÃO E PRETENSÃO

A *ação* é fenômeno que tanto tem sentido no direito material como no direito processual. No sentido material, a ação existe em favor do titular de um direito desde que este nasceu até sua extinção ou preclusão. Esclarece PONTES DE MIRANDA:

“Ao conceito de *ação*, no sentido do direito material, não é preciso fazer-se qualquer referência ao juízo em que se deduz. A ação existe durante todo o tempo que medeia entre *nascer* e *precluir* [o direito material], ou por outro modo se extinguir (...). A *deductio in iudicium* é acidental, na duração da ação; tão acidental, tão estranha ao conteúdo daquela (= tão anterior é ela ao monopólio da justiça pelo Estado), que se pode dar (e é frequente dar-se) que se deduzam em juízo ações [em sentido material] que não existem, tendo o Estado, por seus juízes, de declarar que não existem, ou não existiam quando foram deduzidas”⁶.

4. No sentido do texto, era a lição, entre outros, de CÂMARA LEAL (op. cit., loc. cit.)

5. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. I, p. 357.

6. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, t. I, § 24, p. 128. A propósito da exceção de prescrição, lembra PONTES DE MIRANDA que sua força não é a de precluir a ação em sentido material; “só lhe encobre a eficácia” (op. cit., loc. cit.).

Direito de ação, no plano de direito processual, isto é, de direito público, não decorre da preexistência de um direito subjetivo material a tutelar, mas provém da própria pretensão à prestação jurisdicional. “O direito à tutela jurídica, com a sua pretensão e o exercício desta pelas ‘ações’, é direito, no mais rigoroso e preciso sentido; o Estado – adverte PONTES DE MIRANDA – não é livre de prestar, ou não, a prestação jurisdicional, que prometeu desde que chamou a si a tutela jurídica, a Justiça”⁷.

O direito de ação, no sentido processual, pressupõe não propriamente o direito material da parte que atua em juízo, mas o direito de obter a prestação jurisdicional pacificadora da controvérsia em que se acha envolvido. O Estado, por sua vez, “tem o dever correspondente a esse direito, que é direito subjetivo e dotado de pretensão, um de cujos elementos é a ‘ação’, o remédio jurídico processual”⁸. A parte envolvida em conflito jurídico detém o direito de ação, em sentido processual, e exerce em juízo a pretensão à prestação jurisdicional, mesmo que afinal essa prestação, quando efetivamente realizada, redunde em declaração do direito substancial daquele que exercitou a *actio* em juízo. Pode-se afirmar que, às vezes, coexistem as duas ações e as duas pretensões: as de direito material (visando uma prestação a cargo da parte demandada) e as de direito processual (buscando a prestação jurisdicional).

Outra coisa que não se confunde com a *ação*, seja no sentido material seja no processual, é a *pretensão*, figura que assume papel decisivo na moderna conceituação do instituto da *prescrição* e da *decadência*, sendo certo, no regime do atual Código Civil, que: (i) pode existir *direito* sem *ação* – e, conseqüentemente, sem *pretensão* (*v.g.*, direito real de propriedade cujo exercício nunca sofreu ameaça ou lesão por parte de terceiro); (ii) pode existir direito material insuscetível de gerar *pretensão*, embora possa ser exercitado por meio de *ação* em juízo (é o que ocorre com os direitos formativos ou potestativos); (iii) todo direito violado gera *pretensão*, cuja realização pode ser deduzida em juízo, por meio de *ação*, ou pelas vias extrajudiciais conforme o caso (poder de exigir a prestação a que o violador do direito está obrigado); (iv) e há direitos à tutela jurisdicional, em casos em que não se referem nem a pretensão de exigir prestação reparadora de lesão a direito da parte, nem à constituição de

7. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações cit., I, § 24, p. 130.

8. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado cit., I, § 24, p. 130.

situação jurídica nova, mas apenas *ação* e *pretensão* à certeza jurídica acerca de determinada relação ou situação jurídica de direito material (é o que se passa nas ações puramente declarativas).

Assim, *ação*, no sentido de direito material, e não processual, é a tutela que o Estado deve e assegura, por meio dos órgãos judiciais, ao titular de qualquer direito que sofra lesão ou ameaça de lesão (Constituição, art. 5º, XXXV)⁹. Nesse sentido, dispunha o art. 75 do Código Beviláqua: “A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.

Esse fenômeno deita raízes na *actio* do direito romano, que é coisa muito diversa da *ação* em sentido processual, a qual atua, não na relação privada entre as partes do vínculo jurídico material, mas na relação de direito público que se estabelece com o órgão judicial, para definir a solução do conflito jurídico (o litígio). Esta ação processual manifesta-se, independentemente de ser a parte efetivamente titular do direito material invocado, e se apresenta como um *direito subjetivo público*, naturalmente insuscetível de prescrição¹⁰.

Quando o direito subjetivo corresponde à obrigação do sujeito passivo de realizar em favor do titular uma prestação, e essa a seu devido tempo não é cumprida, dá-se o *inadimplemento*. Dele, segundo o art. 189 do novo Código, nasce a *pretensão*, que nada mais é do que o poder de exigir a prestação devida pelo inadimplente. Esse poder se origina de um direito de crédito, mas pode também derivar de qualquer outro direito, como o direito de família, os direitos reais, o direito das sucessões etc, desde que, em determinada circunstância, surja para alguém o poder de exigir de outrem uma prestação positiva ou negativa.

Pretensão – fenômeno de direito material e não processual – é, para PONTES DE MIRANDA, portanto, “a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”¹¹. Na mesma linha de entendimento é a lição de DÍEZ PICAZO:

Anspruch [pretensão] es – se dice – un derecho dirigido a exigir o a reclamar de outra persona una conducta positiva o negativa, es decir, un hacer o un omitir. La ‘Anspruch’ – que pertenece al mundo del

9. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao novo Código Civil, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. III, t. II, n. 310, p. 191.

10. Cf. nosso Curso de Direito Processual Civil, 53. ed Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. I, n. 50, p. 70.

11. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. V, § 615, p. 451.

derecho substantivo – se distingue perfeitamente de la ‘actio’, entendida como ‘*ius persecuendi in iudicio*’, que se corresponderia en la terminología alemana con la ‘Klage’ o, acaso mejor, con el ‘Klagerecht’. Pero la, ‘Anspruch’ se distingue también del derecho subjetivo considerado como la unidad del poder jurídico conferido a la persona...¹²

3. A PRESCRIÇÃO E A PRETENSÃO

O Código Civil de 1916 silenciou-se sobre os elementos formadores do instituto da prescrição, e o que foi pior, não cogitou sequer de apontar os prazos decadenciais, a fim de que pudessem se distinguir dos prescricionais. Simplesmente ignorou a existência da decadência, agrupando todos os prazos extintivos sob o rótulo único da prescrição. Coube à doutrina e jurisprudência o penoso trabalho de conceituar uns e outros, bem como distinguir o regime a ser observado, diferentemente, na incidência da prescrição e da decadência.

Em linhas gerais, prevaleceu o critério de tratar a prescrição como causa extintiva da *ação* e não do direito subjetivo, enquanto a decadência seria a extinção do próprio *direito*, nascido sob a condição de ser exercido dentro de um prazo fatal. Assim, um direito prescrito continuaria existindo, de maneira que o devedor poderia renunciar ao benefício da prescrição, bem como poderia validamente pagar a dívida por ela atingida, sem que tal pagamento fosse considerado indevido e, consequentemente, sem autorizar a repetição de indébito.

Para evitar as incertezas e confusões que a antiga teoria da prescrição como perda da ação gerava – pois não se conseguia distinguir bem se se referia a *ação* na moderna concepção do direito processual, ou na antiga configuração da *actio* imanente ao direito subjetivo material –, o novo Código Civil brasileiro esposou o entendimento antes consagrado pelo direito alemão, no sentido de conectar a ideia de prescrição ao fenômeno da *pretensão*, ou da “Anspruch”, na linguagem tedesca.

Com esse propósito, o art. 189 dispôs literalmente: “Violado o direito, nasce para o titular a *pretensão*, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

À vista de tal posicionamento do legislador, a jurisprudência logo assentou:

12. DÍEZ PICAZO, Luis. La prescripción en el Código Civil. Barcelona: Bosch, 1964, p. 35.

“O termo inicial da prescrição surge com o nascimento da pretensão (*actio nata*), assim considerada a possibilidade do seu exercício. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito”¹³.

“A prescrição tem início na data do nascimento da pretensão e da ação, que ocorre com a lesão ao direito. Relativamente aos *direitos potestativos* (ou formativos), em face dos quais não corresponde um dever de imediata prestação e sim de sujeição, a lesão não se configura antes do exercício do direito”¹⁴.

Na doutrina, merece ser lembrada a observação de RENAM LOTUFO, de que fez bem o legislador pátrio em vincular a prescrição à *pretensão* em lugar da *ação*. A pretensão, com que se traduz a “*Anspruch*”, do direito alemão, foi entrevista por SAVIGNY e desenvolvida por WINDSCHEID, tendo passado pelo proveitoso trabalho de distinguir aquilo que seria a *ação de direito material* do que vem a ser a *ação de direito processual*. Enquanto a primeira (ação de direito material) nasce da lesão de um direito e se traduz na faculdade do ofendido de reação contra a violação cometida, a segunda (a ação de direito processual) se manifesta pelo modo de agir em juízo, no pressuposto da instauração de um processo, segundo as regras procedimentais¹⁵.

O problema da prescrição, com efeito, não pode ser tratado como questão processual, haja vista que a resolução judicial que acolhe tanto a arguição de prescrição como a de decadência redundam em extinção do processo com julgamento do mérito. Ou seja, em nosso ordenamento jurídico (CPC, art. 269, IV), “a prescrição foi instituída como matéria relativa ao *meritum causae*”¹⁶.

Com efeito, WINDSCHEID, citado por PUGLIESE e lembrado por MOREIRA ALVES, ressalta, quanto à pretensão, a impossibilidade de confundir-la com o direito violado e com a ação que o tutela, de modo que nela se deve entrever:

“un diritto primario (in special modo de un diritto reale) e pertanto come una figura diversa sia da codesto diritto (il quale ne sarebbe il fondamento), sia dall’*actio* (la quale sarebbe condizionata alla mancata soddisfazione dell’ *Anspruch*)”¹⁷.

13. STJ, 1ª Seção, REsp 1.003.955, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 12.08.2009, DJe 27.11.2009.

14. STJ, 1ª T., REsp 1.100.761, Rel. Min. Teori Zavascki, ac. 03.03.2009, DJe 23.03.2009.

15. SAVIGNY. Sistema del diritto romano attuale, trad. de SCIALOJA, Torino: Unione Tipografico- Editrice, 1893, v. V, p. 5; MOREIRA ALVES, José Carlos, A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 150-151.

16. LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 521.

17. *Apud* LOTUFO. Op. cit., p. 521.

4. AÇÃO E PRETENSÃO

Junto com a *pretensão* nasce a *ação* em sentido material, ou seja, o direito à tutela do órgão judicial para obter o resultado prático correspondente à pretensão. No plano processual, o exercício da pretensão provoca a movimentação de ação *condenatória* ou *executiva*, ou seja, justamente aquelas que buscam sujeitar o demandado à realização da prestação a que faz jus o demandante.

A todas pretensões correspondem ações. Mas nem todos os direitos materiais conduzem às pretensões, pois muitos conferem apenas faculdades, cujo exercício depende da vontade do titular, sem entretanto se correlacionarem com obrigação de prestar por parte do sujeito passivo. Desses direitos, ditos *formativos* ou *potestativos*, decorre apenas uma sujeição de quem deve suportar os efeitos do exercício da faculdade por outrem.

Advirta-se, desde logo, que a atuação desse tipo de direito nem sempre se mostra dependente de sentença. Quando, porém, o direito potestativo, por sua própria estrutura legal, só pode se consumir com a intervenção do órgão judicial, ao titular cabe uma *ação* em sentido material, como meio de criar a situação jurídica nova em face do sujeito passivo. Esta ação, entretanto, não entra no regime da prescrição, em virtude de não se fundar em violação de direito e, por isso mesmo, não veicular pretensão a obter qualquer prestação sonogada pelo demandado. O titular do direito potestativo, com efeito, não reclama prestação alguma da contraparte. Impõe-lhe simplesmente o seu poder de criar uma nova situação jurídica. No plano do direito processual, a ação se apresenta como *constitutiva*, cujo exercício não se sujeita à prescrição. Os prazos para seu exercício, quando fixados em lei, são de decadência, e não de prescrição, como se deduz dos arts. 189 e 207, do Código Civil¹⁸.

Há, ainda, as situações de incerteza, que, naturalmente, podem abalar a segurança do direito subjetivo material e, assim, devem contar com a tutela judicial para outorgar-lhes certeza e segurança. No plano processual provocam o aparecimento de ações *declaratórias*, que, por sua

18. Para a Comissão Revisora do Projeto que se converteu no atual Código Civil brasileiro, “os direitos potestativos são direitos sem pretensão, pois são insuscetíveis de violação, já que a eles não se opõe um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém (o meu direito de anular um negócio jurídico não pode ser violado pela parte a quem a anulação prejudica, pois esta está apenas sujeita a sofrer as consequências da anulação decretada pelo juiz, não tendo, portanto, dever algum que possa descumprir)” (MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 155.

própria função, não se sujeitam a prazos prescricionais; duram enquanto durar a incerteza, que visam a eliminar.

5. AÇÃO E EXCEÇÃO

Aos direitos materiais, às pretensões que deles emanam, e às ações que os asseguram, contrapõem-se as *exceções*, meios de defesa com que o sujeito passivo resiste indiretamente ao exercício das pretensões e ações, neutralizando sua eficácia, a despeito da existência e validade do vínculo material entre as partes.

Para PONTES DE MIRANDA, “a exceção, em direito material, contrapõe-se à eficácia do direito, da pretensão, ou da ação, ou de outra exceção. O excipiente exerce pretensão à tutela jurídica, como o que diz ter direito, pretensão e ação: ele o diz; por isso, excepciona”¹⁹.

A exceção, para alguns, teria força constitutiva, por alterar a situação jurídica do que exerce o direito, a pretensão e a ação. PONTES DE MIRANDA, todavia, afirma-lhe a natureza apenas declaratória. Embora seja contradireito, não se destina a eliminar o direito daquele que agiu primeiro. O acionado apenas lhe contrapõe outro direito, para tão-somente “encobrir-lhe” a eficácia. Com a exceção busca-se a declaração a respeito de tal direito. Nada mais.

Ao contrário de negar o direito em vias de exercício, a exceção supõe esse direito, mas supõe também um outro que toca ao excipiente. A propositura de uma exceção, por isso, assemelha-se com o exercício da ação. O que distingue as duas figuras “é apenas o estar a exceção em contraposição a algum direito ou efeito dele, sem no excluir, nem no modificar”²⁰. No sentido processual, a exceção é uma defesa indireta, que atua em juízo sem negar o fato constitutivo do direito do autor, mas contrapondo-lhe outro a benefício do réu, cujos efeitos são capazes de neutralizar os do primeiro.

Os exemplos mais típicos de exceção substancial são o direito de retenção por benfeitorias, a *exceptio non adimpleti contractus* e a prescrição extintiva. A argüição de qualquer dessas defesas não importa negação do direito material do demandante. Apenas lhe contrapõe outro direito do réu que, temporária ou definitivamente, “encobre-lhe” ou “neutraliza-lhe” a eficácia.

19. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado cit., v. VI, § 628, n. 2, p. 5.

20. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado cit., v. VI, § 628, n. 5, p. 7.

6. EXCEÇÃO E PRESCRIÇÃO

Tem se mostrado infundável a discussão sobre sujeitarem-se, ou não, as exceções ao efeito extintivo da prescrição. Os defensores da imprescritibilidade remontam às origens romanas da figura jurídica e se apóiam no brocardo *temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*. Traduzem-no como significando que aquilo que é temporário (prescritível) para a ação é perpétuo (imprescritível) para a exceção²¹.

A solução do impasse, no entanto, está na distinção – que nem todos fazem – entre *exceção independente* (ou autônoma) e *exceção dependente* (ou não-autônoma). É que há exceções que pressupõem uma pretensão a ser exercida pelo titular, e outras que são desvinculadas de qualquer pretensão. Para as dependentes, seria natural que, prescrita a pretensão, extinta também estaria a exceção dela proveniente²². Pense-se na exceção manejada pelo réu visando a opor ao crédito reclamado pelo autor a compensação com outro crédito acaso existente entre as partes, mas de sentido inverso. É óbvio que, estando prescrito o crédito do réu, não lhe será lícito pretender compensá-lo com o crédito do autor, ainda não atingido por prescrição, e que nem sequer teria coexistido com o do réu.

Para as exceções independentes, não se haveria de pensar em prescrição alguma. Como tal modalidade de exceção, por natureza, é algo que só se manifesta posteriormente à ação, não se teria como pensar em prescrição acontecida antes desta. O excipiente não poderia perder o direito à sua defesa antes de ter podido exercê-lo. Imagine-se o caso de um crédito já negado por sentença transitada em julgado e que volte a ser demandado em juízo, muitos anos depois. Qualquer que seja o prazo transcorrido, não se poderá pensar em perda do direito de opor à pretensão do antigo credor à exceção da coisa julgada, como é intuitivo.

21. “Realmente a exceção é um remédio para quem se mantém no uso de um direito, em estado normal. Não há, pois, inércia ou negligência a produzir consequências jurídicas” (MENDONÇA, Carvalho de. Doutrina e prática das obrigações cit., v. I, n. 438, p. 728). “Pode conseguir-se em qualquer tempo a proteção mediante exceção, ainda que tenha desaparecido, em virtude de prescrição extintiva, a proteção mediante ação” (RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil., São Paulo: Saraiva, 1957, v. I, § 34º, p. 354).

22. “A regra é a de que, depois de prescrita a ação, subsiste o direito de invocar a exceção... salvo se o conteúdo da exceção for o próprio conteúdo da ação, porque nesse caso, não havendo propriamente uma exceção, mas sim uma ação alegada pela via processual da exceção, claro está que, prescrita a ação, não subsiste a exceção” (CARPENTER, Luiz F Sauerbronn. Manual do Código Civil. (LACERDA), Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929, v. IV, n. 61, p. 214; CARVALHO SANTOS, João Manuel de. Código Civil brasileiro interpretado, 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. III, p. 402-403).

O que sempre agravou a controvérsia foi o fato de o objeto das exceções nunca ter sido muito bem delimitado e não raro se classificarem, como tais, defesas comuns (extinção da dívida, por exemplo, por pagamento, por novação, por compensação, por decadência etc.).

Daí a tomada de posição do legislador brasileiro, cortando cerce a raiz da divergência. A regra legal é simplesmente a da prescritibilidade das exceções: a exceção prescreverá no mesmo prazo em que a pretensão. A razão é singela: se o réu não pode mais demandar a prestação outrora exigível do autor por meio de ação, não terá como manejá-la tardiamente em defesa por via de exceção. O que perde eficácia no plano da ação, não pode readquirir a mesma eficácia no plano da defesa.

Isso, porém, não elimina a existência de exceções permanentes que, de maneira alguma, podem extinguir-se pelo simples decurso do tempo. Quem, v.g., cogitaria da prescritibilidade da exceção de coisa julgada, da exceção de pagamento, da exceção de compensação consumada antes de findo o prazo prescricional, e outras tantas defesas no mesmo teor? Antes da ação da parte contrária, jamais poderia exercer, o titular de tais exceções, qualquer pretensão que fosse, por inércia, apta a dar fluência ao prazo prescricional. A qualquer tempo, essas exceções que são totalmente independentes, estariam sempre em condições de manejo. Bastaria que a contraparte exercesse a ação, a qualquer tempo, para que se abrisse ensejo à contraposição da exceção. Não importa, nessa conjuntura, desde quanto tempo tenha acontecido o fato constitutivo do direito ao exercício da defesa que nela se traduz²³.

A regra, portanto, do art. 190 do atual Código Civil, de que a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão, aplica-se tão somente aos casos em que, pela via de exceção, o demandado oponha ao demandante o mesmo direito que antes poderia ter manejado, como pretensão, em via de ação. Refere-se naturalmente, às “exceções dependentes”, já que são estas as que se acham expostas ao regime prescricional e não às “exceções independentes”.

23. “Não prescrevem as exceções autônomas ou independentes” (as que nunca dependeram de pretensão ou que já não mais dependem, isto é, não prescrevem “as não fundadas em uma contraprestação” (PIETRO, F. Pantaleón. Prescripción. Verbete in Enciclopedia Jurídica Básica. Madrid: Editorial Civitas, 1995, v III, p. 5009). Quem já pagou ou já compensou o débito não será obstado na oposição de tais defesas, a pretexto de prescrição. Sua invocação atual não envolve pretensão contra o demandante. Mas, se pretender compensar o débito atual com crédito antigo já prescrito, a exceção, que se funda em pretensão, estará extinta pela prescrição.

Esse foi, sem dúvida, o propósito do legislador, como se deduz do parecer da Comissão Revisora do Projeto, que assim defendeu a regra finalmente traduzida no texto do art. 190: “... o que se quer evitar é que, prescrita a pretensão, o direito com pretensão prescrita possa ser utilizado perpetuamente a título de exceção, como defesa”²⁴.

O apoio doutrinário, buscado pela Comissão em HÉLIO TORNAGHI, torna bem evidente o propósito e o alcance do dispositivo comentado:

“Note-se esta observação de HÉLIO TORNAGHI (*Instituições de processo penal*, v. I, p. 353, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1959): ‘Quando a exceção se funda em um direito do réu (por exemplo: a compensação se baseia no crédito do réu contra o autor), prescrito este, não há mais como excepcioná-lo’. Se a exceção não prescrevesse, perduraria (a pretensão) *ad infinitum*...”²⁵.

CARPENTER lembra uma situação aventada por SAVIGNY que se presta bem a exemplificar quando terá cabimento a regra do art. 190 do novo Código Civil brasileiro: se o comprador de um animal o perdeu em razão de vício oculto e deixou escoar o prazo extintivo da ação redibitória sem intentá-la para exonerar-se do pagamento, não poderá, quando acionado pelo preço, opor a exceção relativa aos defeitos do animal. Em tal situação, a prescrição da ação redibitória importou na extinção da exceção, porque esta teria o mesmo conteúdo daquela. Seria a própria ação prescrita que tardiamente intentaria²⁶.

O direito positivo brasileiro atual adotou a lição, entre outros, de CARPENTER, que segundo o testemunho de CARVALHO SANTOS traduz a melhor doutrina, e que, no seu modo de ver, é a verdadeira²⁷.

Na verdade, observa PONTES DE MIRANDA, com sua natural argúcia, que, nos aludidos casos, nem é mesmo a exceção que prescreve. Se esta é fundada em alguma pretensão, com a prescrição desta extingue-se a própria exceção. A rigor, conclui o grande tratadista, “não há prescrição de exceção: ou a exceção dura sempre, ou se extingue com a prescrição da ação ou da pretensão”²⁸. Quando, pois, o artigo 190 do atual Código Civil dispõe que “a exceção prescreve no mesmo prazo em que

24. MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro cit., p. 152.

25. MOREIRA ALVES, José Carlos. Ob. cit., pp. 152-153.

26. CARPENTER, Luiz F. Manual cit., p. 214, *apud* CARVALHO SANTOS, J.M.. Código Civil cit., v. III, p. 402.

27. CARVALHO SANTOS. Ob. cit., loc. cit.

28. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado cit, t. VI, § 635, p. 25.

a pretensão”, está querendo afirmar que prescrita a pretensão em que se funda a exceção, não poderá esta subsistir. A parte que antes poderia manejá-la já não mais terá como fazê-lo, diante da extinção da pretensão que lhe serviria de fundamento. Enfim, a prescrição é sempre da pretensão, pouco importando que esta seja manejada em ação ou em exceção. O que o Código quis banir definitivamente do direito civil foi a eternização das pretensões sob o falso pretexto da imprescritibilidade das exceções.

7. UM SIGNIFICATIVO EXEMPLO DO DIREITO COMPARADO

O moderno Código Civil de Quebec dá ao problema da prescritibilidade da exceção solução que se equipara à do novo Código Civil brasileiro. Em seu art. 2.882 está previsto que:

Même si le délai pour s'en prévaloir par action directe est expiré, le moyen que tend à repousser une action peut toujours être invoqué, à la condition qu'il ait pu constituer un moyen de défense valable à l'action, au moment où il pouvait encore fonder une action directe. Ce moyen, s'il est reçu, ne fait pas revivre l'action directe prescrite”.

Na interpretação jurisprudencial, a regra do novo Código de Quebec, que já constava do Código anterior, tem o sentido, por exemplo, de que

para que um crédito prescrito possa ser oposto em compensação é necessário que a compensação tenha produzido seu efeito antes da prescrição”; e que “o comprador demandado pelo pagamento do preço da venda não pode se apoiar no art. 2.446 do CCBC (atual art. 2.882 do CCQ) para invocar em defesa a existência de vício oculto, visto que ele tinha a obrigação legal de denunciá-lo ao vendedor em um prazo razoável após sua descoberta.”²⁹

O novo Código brasileiro está, como se vê, em boa companhia, na tese esposada no art. 190, se se fizer sua adequada leitura, ou seja, se se limitar a aplicá-la às exceções dependentes (aquelas que reproduzem a ação).

8. CONEXÃO ENTRE O DIREITO MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL

Já se acentuou que a prescrição se instala numa relação entre credor e devedor, quando aquele não reage contra a violação por este praticada.

29. BAUDOUIN, Jean-Louis; RENAUD, Yvon. Code Civil du Québec annoté. 4 ed., Montréal: W&L, 2001, t. II, p. 3.544, notas 1 e 2 ao art. 2.882.

Na prescrição, há, destarte, um direito e uma obrigação em confronto. Na decadência apenas um sujeito se apresenta como titular de uma faculdade. Não há obrigação descumprida. Daí porque é no terreno dos direitos potestativos (ou facultativos) que opera a decadência.

Cotejando o direito subjetivo do titular de um direito potestativo com o sistema processual, ver-se-á que, na classificação das ações pela eficácia da sentença, a prescrição é aplicável às ações condenatórias, e a decadência, às ações constitutivas.

É que nas ações condenatórias o que se obtém em juízo é um comando judicial tendente a impor a realização, pelo demandado, de uma prestação em favor do demandante. As pretensões, que se extinguem pela prescrição, são justamente as exigências de prestações não cumpridas a seu tempo pelo obrigado. Daí a conclusão de que são as ações condenatórias as que ensejam a prescrição, quando não exercitadas no prazo da lei.

Já nas ações constitutivas, o que se busca é a atuação de faculdades do demandante capazes de operar alteração na situação jurídica existente entre ele e o demandado. São ações que versam sobre direitos sem pretensão, porque não correspondem a prestações sonegadas pelo réu. A decadência, desta maneira, é fenômeno próprio das ações constitutivas³⁰.

Convém observar, no entanto, que o direito potestativo nem sempre depende de sentença para implementar-se. Muitas vezes pode ser exercitado extrajudicialmente (como no direito de opção, no direito de renovação de certos contratos, no direito de retrovenda etc.). Sempre, porém, que se tiver de exercer em juízo o direito potestativo, a ação adequada será a constitutiva. Por outro lado, é de destacar que alguns direitos potestativos são insuscetíveis de prazo extintivo, como os ligados ao estado de família.

Feitas estas ressalvas, o critério de correlação entre as ações de direito material e as de direito processual é correto e útil, tendo a grande virtude de ligar o problema da prescrição à existência da pretensão, como no direito alemão e no novo direito brasileiro; e de permitir por meio da noção de direito potestativo, “visão mais clara do problema da decadência”³¹.

30. “Os direitos desprovidos de pretensão, os chamados direitos potestativos, se necessário seu exercício por meio de ação judicial, demandam sentença constitutiva” (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 302, p. 454.

31. GOMES, Orlando. *Introdução cit.*, n. 302, p. 509.

É nesse rumo que – desde o famoso estudo de AGNELO AMORIM FILHO – já se encaminhava a doutrina brasileira, mesmo antes do advento do atual Código Civil, que veio, sem dúvida, prestigiar a consolidar o entendimento exposto³². Pode-se, de tal maneira, sintetizar o quadro de diferenciação entre a prescrição e a decadência da seguinte forma: a) as ações condenatórias sujeitam-se aos efeitos da prescrição; b) as ações constitutivas sujeitam-se à decadência do direito potestativo que as fundamenta; e c) as ações constitutivas, que não têm prazo especial de exercício fixado em lei, e todas as ações declaratórias não se sujeitam nem à decadência nem à prescrição³³⁻³⁴.

9. OBJEÇÃO E EXCEÇÃO EM MATÉRIA DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Ao disciplinar os efeitos da citação válida, o art. 219, caput, do CPC, neles incluía o de interromper a prescrição, regra que se harmonizava com o art. 172, I, do CC/1916, assim redigido: “A prescrição interrompe-se: I – pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente”.

O § 1º do art. 219 do CPC, porém, havia introduzido um mecanismo de retroatividade que não existia na sistemática da lei material, segundo o qual, embora a causa interruptiva da prescrição fosse realmente a citação, os seus efeitos retroagiam “à data da propositura da ação”.

O novo Código Civil foi além da literalidade do art. 219 do CPC e dispôs que o ato que interrompe a prescrição não é mais a citação, mas o despacho do juiz que ordena sua realização (CC/2002, art. 202, I). Ressalvou, contudo, que esse despacho somente interromperá a prescrição se o interessado, de fato promover a citação no prazo previsto na lei processual.

32. “A preferência dos estudos mais modernos sobre a distinção entre a prescrição e a decadência parece se fixar no tema do cotejo entre as ações condenatórias e as ações constitutivas. Dessa forma a prescrição diz respeito a direitos já constituídos e que são ofendidos pelo sujeito passivo, sem que o respectivo titular tenha reagido por via de ação condenatória, no prazo devido. Já a decadência refere-se a direitos potestativos, cuja ação constitutiva não foi manejada em tempo útil pelo titular (cf. GUIMARÃES, Carlos da Rocha. Prescrição e decadência. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, n. 27, p. 103; AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista dos Tribunais, v. 300, p. 7-37; out/1960; PINTO, Nelson Luiz. Ação de usucapião. São Paulo: Ed. RT, 1987, n. 3.2.1, p. 33 e n. 3.2.2, p. 39).

33. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico cit., p. 37.

34. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. Revista dos Tribunais, vol. 836, p. 66-67. Jun./2005.

A inovação, desta maneira, se deu apenas literalmente, porque se a citação ocorrer fora o prazo do art. 219, § 2º, do CPC, não terá força interruptiva o despacho que a ordenou. Tudo na prática se manteve na mesma situação: sem a consumação da citação não há interrupção alguma. Sempre haverá de realizar-se a citação, e o efeito se manifestará na data do despacho que a ordenou somente quando o cumprimento do ato citatório for tempestivo, segundo a lei processual. Mudaram-se os termos do enunciado legal, mas conservou-se o mesmo efeito concreto.

A efetiva derrogação do preceito processual ocorreu em face do § 5º, do art. 219 do CPC, onde se vedava o conhecimento de ofício, pelo juiz, da prescrição de direitos patrimoniais. É que o Código Civil de 2002 criou uma regra especial em relação aos débitos do absolutamente incapaz, autorizando ao juiz conhecer da prescrição independentemente de alegação da parte quando beneficiar devedor privado da capacidade civil, em caráter absoluto (CC/2002, art. 194).

O Código Civil de 2002, ao permitir o conhecimento ex officio da prescrição benéfica ao incapaz, não só derogou o art. 219, § 5º, do CPC, como quebrou a clássica distinção entre os casos de objeção e exceção, em matéria de prescrição e decadência.

Com efeito, historicamente exceção substancial sempre se entendeu como defesa que o demandado opõe à eficácia da pretensão do demandante, de sorte que o juiz somente pode apreciá-la quando exercida pela parte. Como a prescrição corresponde a uma exceção substancial, a regra observada pelo Código Civil de 1916 e pelo Código de Processo Civil atual era a de que não podia o magistrado conhecer de ofício os efeitos da prescrição³⁵. Já para a decadência, vigorava o regime da objeção – isto é, o de causa não de paralisação da pretensão, mas a eliminação ou extinção dela – de sorte que natural era o poder do juiz de apreciá-la ex officio. Afinal, a caducidade representa o desaparecimento completo do direito potestativo de alguém. Se não mais existe o direito subjetivo, não pode evidente o juiz tutelá-lo³⁶.

35. “A exceção é direito negativo; mas, no negar, não nega a existência, nem a validade, nem desfaz, nem co-elimina atos de realização da pretensão..., só encobre a eficácia do direito” (PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. VI, pp. 10-11). “A exceção opera no plano de eficácia. Quem excetua não nega a eficácia, busca neutralizá-la ou retardá-la” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Regras processuais no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, n. 3.3.1, p. 21).

36. Para CALMON DE PASSOS, o fato impeditivo ou extintivo, configurador da exceção, quando o juiz o ignorava porque a parte não o arguiu, não leva a uma sentença injusta (no

Por isso, sempre se manteve a observância, entre nós, no plano do processo civil, do princípio de que a decadência, como objeção que é, haveria de ser conhecida e levada em conta pelo julgador, na solução do litígio, quer tivesse sido, ou não, argüida pelo demandado³⁷.

Nada obstante essa tradição, o Código Civil de 2002 escolheu novos rumos para disciplinar o tratamento, processual da prescrição e da decadência, pois:

- a) embora continuasse em geral a vigorar a regra das exceções no tocante à necessidade de provocação do demandado, para a prescrição em benefício do absolutamente incapaz a norma não mais vigoraria, visto que o juiz poderia acolhê-la de ofício (CC/2002, art. 194, em seu texto primitivo, anterior à lei nº 11.280/2006);
- b) Quanto à decadência, a cognoscibilidade *ex officio* continuou prevalecendo para as causas extintivas *legais*. Quanto, porém, a hipótese for de prazo convencional de caducidade, o regime não será o clássico da decadência, mas o das exceções, ou seja, o juiz não poderá atuar para seu reconhecimento sem provocação do demandado (CC/2002, art. 211).

Nessa perspectiva, pode-se concluir, com DIDIER JÚNIOR, que “o legislador civil, atento aos aspectos práticos, e preocupado com a justiça das decisões, passou por cima da distinção teórica entre exceção e objeção substancial, aplicando a uma, em alguns casos, o regime processual da outra”³⁸. É sempre bom ter presente que o legislador não fica jungido às construções teóricas do doutrinador, quando busca disciplinar concretamente as relações sociais por meio do direito positivo. Ao jurista é que cabe conformar suas teorias à nova ordem jurídica imposta pelo legislador. Este só não pode ir contra a natureza da coisa. Quanto às sistematizações doutrinárias, o legislador pode adotá-las, modificá-las ou ignorá-las, segundo as conveniências políticas e práticas perseguidas³⁹.

sentido de ser contrariado o direito). Pelo princípio dispositivo somente ao interessado cabe decidir sobre a conveniência de opor ou não a exceção de que dispõe. A objeção, contudo, corresponde a fatos impeditivos ou extintivos que o magistrado não pode ignorar, “porquanto a sua existência impede a prolação de uma sentença favorável, que será sempre injusta (contrária ao direito), se não foram aqueles fatos levados em consideração pelo juiz, tenha ou não havido provocação do interessado” (CALMON DE PASSOS, J.J.. Comentários ao Código de Processo Civil, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. III, p 255).

37. “Costumava-se dizer que a decadência era uma objeção, e como tal, poderia ser conhecida *ex officio* pelo juiz” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. cit., n. 3.3.2, p. 25).

38. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. cit., p. 25.

39. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica cit., p. 67-68.

O afastamento do Código do sistema que tradicionalmente afetava à objeção a arguição de decadência, e à exceção, a de prescrição, se tornou completo, a partir da Lei nº 11.280, que revogou o art. 194 do Código Civil e que introduziu no Código de Processo Civil o poder do juiz de pronunciar de ofício tanto a decadência como a prescrição (art. 219, § 5º, em sua nova redação). Hoje, portanto, a prescrição se apresenta como arguível em simples objeção, pelo devedor, e não mais por exceção, em seu sentido clássico.

10. PRETENSÃO E AÇÃO, SEGUNDO PONTES DE MIRANDA

Para PONTES DE MIRANDA há rigorosamente três posições jurídicas em vertical: “o direito subjetivo, a pretensão e a ação, separáveis”⁴⁰. No seu entender, o Código Civil alemão teria cometido equívoco ao definir pretensão como “o direito” de exigir de outro uma prestação (“fazer ou não fazer”) (§ 194), porque assim procedendo confundiu as duas figuras, o direito e a pretensão; definiu “o efeito pela causa”⁴¹.

A crítica, no entanto, esquece-se de que o direito não é uma ciência do ser, mas do dever ser, de sorte que as entidades jurídicas assumem o conteúdo que a ordem jurídica lhes atribui, podendo ou não conformar-se com o plano idealizado pelo jurista.

Se é possível entrever, teoricamente, um sistema normativo em que a pretensão seja algo indefinível como “direito”, mas como simples “poder de exigir de outrem uma prestação”, isto não impede o legislador de instituir um sistema positivo em que a obrigação nasça para gerar o direito subjetivo do credor, sem que dele se origine concomitantemente o direito de exigir, desde logo, a correspondente prestação.

Na sequência da censura ao Código alemão, PONTES DE MIRANDA qualifica de infeliz a norma com que seu § 194 submete o “direito de exigir de outrem a prestação”. A pretensão, segundo ele, “nasce, ainda que nasça sem a exigibilidade de pessoa a pessoa”⁴². Por isso, não seria correto a afirmativa dos autores alemães de que, principalmente em face

40. PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, § 615, p. 451.

41. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., V, § 615, p. 452.

42. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., V, § 617, p. 457.

dos direitos reais, a pretensão só se origina de sua violação por terceiro. O que nasce da infração do dever geral de abstenção não é a pretensão é a ação. A pretensão de não ser molestado o titular da propriedade a teria sempre erga omnes, em regra. “Se há turbação ou esbulho, havendo a pretensão, nasce a ação”⁴³.

Data venia, a censura não procede. O direito positivo, tem, sem dúvida, o poder primário de optar por um sistema que, funcionalmente, vincula a ação e a pretensão a fatos dissociados do nascimento do direito subjetivo, e que podem acontecer em momentos posteriores ao surgimento do próprio direito material da parte. E se assim é, não se pode ter como incorreto o sistema do direito positivo, desde, é claro, que não se detecte uma incoerência lógica entre seus termos. O direito, repita-se, não é uma ciência de ser, mas do dever ser, e quem diz o que deve ser é a lei e não a doutrina.

Se a lei não adota uma expressa manifestação sobre um instituto ou uma categoria jurídica, cabe à doutrina suprir-lhe a lacuna, dentro da sistemática que melhor se adapte à tradição e à funcionalidade do direito posto. Porém, se o legislador já tomou posição expressa, é esta que a doutrina tem de adotar como ponto de partida para a compreensão e aplicação da ordem jurídica positiva, e não aquela que argumentivamente poderia ser melhor, mas não foi eleita de lege lata.

Assim, tendo o nosso Código, a exemplo do alemão, considerado, de maneira expressa, que a pretensão nasce no momento em que o direito subjetivo é violado (Cód. Civil de 2002, art. 189), não prevalece, pelo menos entre nós, a tese doutrinária daqueles que a qualificam como uma faculdade presente para o titular do direito desde a respectiva origem. Legem habemus.

O direito pode nascer concomitantemente com a pretensão e a ação, quando de um só fato, como o ato ilícito, decorrem o direito subjetivo à prestação indenizatória, a faculdade de exigi-la e o direito de perseguir sua satisfação em juízo. Entretanto, numa situação de direito real ou de obrigação a termo, não há pretensão nem ação que possam ser imediatamente reconhecidas ao titular. Enquanto o direito real não for violado

43. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., V, § 617, p. 461. Para o mestre, “os que negam a existência de pretensão erga omnes, em se tratando de direitos absolutos, discutem a respeito de ação e falam de pretensão: a ação é que há de ter sujeito passivo singular” (op. cit., V, § 618, p. 463).

e a prestação não se tornar exigível pelo devedor, não terá ocorrido o nascimento da pretensão e tampouco da ação para torná-la efetiva sob a proteção jurisdicional.

Esta é, sem dúvida, a tese que corresponde à disposição do art. 189 do Código Civil atual, e que se harmoniza com a lei processual civil, segundo a qual o exercício do direito de ação requer legitimação e interesse (CPC, art. 3º). Portanto, sem exigibilidade de alguma prestação, não se pode, perante nosso direito positivo, cogitar de pretensão e ação, salvo apenas naqueles casos em que o direito subjetivo é daqueles que não pressupõem prestação alguma de parte do sujeito passivo, mas apenas sujeição, como se passa com os direitos potestativos. Aí, sim, se poderá aceitar que a sujeição da parte passiva se dará por via de ação, independentemente da falta de qualquer prestação a seu cargo.

11. ALGUMAS CONCLUSÕES

O Código Civil de 2002 enfrentou os mais graves problemas relacionados com a regulamentação legal da prescrição e da decadência. Relacionou a prescrição com a pretensão e não mais com a ação, evidenciando sua natureza de fenômeno do direito material, o que a liga ao mérito da causa, fora, portanto, do terreno das preliminares processuais.

Já a decadência, como fator extintivo do próprio direito material, não se relaciona diretamente com a ação, nem com a pretensão. Por isso, em regra, a prescrição deveria ser arguida pelo interessado por via de exceção substancial, enquanto a decadência sempre se mostrou cognoscível em juízo independentemente de arguição da parte. Assim, se é a parte que toma a iniciativa de acusar a ocorrência da caducidade, fá-lo-á por meio de simples objeção, em regra.

A Lei nº 11.280, de 16.02.2006, no entanto, descaracterizou a natureza de exceção, tradicional e universalmente proclamada como a forma processual a ser observada pelo litigante para opor, à pretensão deduzida em juízo, a defesa indireta da prescrição. É que a referida reforma legislativa introduziu no § 5º do art. 219 do CPC a inovação de autorizar o juiz a se pronunciar, de ofício, sobre a prescrição.

Isto, no entanto, não lhe permite aplicar de surpresa a prescrição. Dentro das garantias fundamentais do processo, a Constituição impõe o respeito ao contraditório e à ampla defesa (CF, art. 5º, LV). De tal sorte, nenhuma causa ou questão será solucionada em juízo com fundamento

acerca do qual às partes não tenha sido dada a oportunidade de se manifestar e discutir, mesmo quando se trate de matéria de ordem pública apreciável pelo juiz de ofício. A fiel e adequada compreensão do contraditório previsto na Constituição não só garante a faculdade das partes de influir na formação do provimento judicial, como veda, com rigor, as decisões-surpresa, pelos juízes e tribunais⁴⁴. Portanto, pode haver decretação de prescrição sem a prévia exceção ou objeção formulada pela parte, mas somente depois de posta a questão, pelo juiz, em debate entre os litigantes.

Em uma só hipótese é possível a decretação de prescrição ou decadência antes da citação do réu: é quando o autor, na petição inicial, já pretenda negar a prescrição ou a decadência, apresentando os argumentos que sustentam sua tese. Nesse caso, verificando o juiz que os argumentos do autor são improcedentes, poderá decretar a limiar improcedência do pedido: o caso será de inépcia da petição inicial, por absoluta inviabilidade do pedido. A petição inicial, com efeito, é passível de indeferimento in limine litis “quando o juiz verificar, desde logo, decadência ou a prescrição” (CPC, art. 295, IV, c/c art. 219, § 5º).

In casu, não ocorrerá quebra do contraditório, nem decisão-surpresa, porque, em relação ao autor, a sentença será uma resposta ao pedido e aos seus fundamentos já expostos na inicial. Em relação ao réu, por sua vez, não haveria prejuízo algum pela circunstância de a extinção do processo ter ocorrido antes da citação, já que a sentença nenhum prejuízo lhe acarretará e, ao contrário, só o beneficiará. Pas de nullité sans grief. Faltaria interesse para exigir que a decretação de prescrição ou decadência, preconizada pelo art. 295, IV, do CPC, só fosse possível após a citação do demandado.

44. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. I, n. 24, p. 37; ANDRADE, Érico. O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, n. 2.4.8, p. 144; MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil, 2. ed São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 151; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório, Revista de Processo, v. 73, p. 10, jan.-mar./1994; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, Revista de Processo, v. 137, p. 30-31, jul./2006; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil, São Paulo: Atlas, 2010, v. I, § 11, p. 39-40; NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá Ed., 2008, n. 7.4.2, p. 244-231, e n. 7.4.2.1, p. 224-239.

17

ANÁLISE PRAGMÁTICA EM TORNO DA MODERNA CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

Jadison Juarez Cavalcante Dias¹

SUMÁRIO – 1. Prolegômenos – 2. Da Ação: 2.1. Teoria Civilista da Ação; 2.2. Polêmica Windscheid versus Muther; 2.3. Teoria do Direito Concreto da Ação; 2.4. Teoria do Direito Abstrato da Ação; 2.5. Teoria Eclética da Ação – 3. A ação e o plano processual: 3.1. Direito subjetivo processual; 3.2. Pretensão à tutela jurídica estatal; 3.3. “Ação” processual – 4. A ação e o plano material: 4.1. Direito subjetivo material; 4.2. Pretensão material; 4.3. Ação material; 4.4. Classificação das ações materiais – 5. A classificação das ações e a carga de eficácia das sentenças – 6. Classificação Trinária: 6.1. Ação Declaratória; 6.2. Ação Constitutiva; 6.3. Ação Condenatória – 7. Classificação Quinária: 7.1. Ação Mandamental; 7.2. Ação Executiva “Lato Sensu” – 8. Classificação Quaternária da Ação – 9. Do aporte pragmático – Considerações derradeiras – Referências.

1. PROLEGÔMENOS

Sabidamente, o Direito e as teorias que o permeiam só servem e apenas servem quando podem ser alvo de adequada interpretação e aplicação. Nessa linha, o profundo pensar a respeito da correção dos institutos conduz ao construir paulatino do entendimento que melhor se amolde aos anseios de determinada época. É exatamente assim que também se perfectibiliza a evolução do pensamento jurídico-processual, se acompanhado desde priscas eras até a modernidade, desde o Direito aplicado por sacerdotes-juizes até a mais recente ordem jurídica estabelecida.

A esse respeito se insere, de forma inarredável, o norte de progresso da classificação por que passaram e passam as ações materiais, com a sua correspondente equivalência e carga de eficácia no processo civil (ou a possibilidade curiosa de não equivalência no caso da “ação

1. Advogado licenciado, Assessor de Juiz de Direito, Sócio Honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil.

condenatória”). Ocorre que hodiernamente alguns pontos são merecedores de peculiar atenção em torno dessa temática, por vezes olvidada, tanto para se chegar às teorias passíveis de utilização, como para se alcançar o reflexo pragmático das mesmas, o que facilitará, com vigor hercúleo, a vida de quem maneja o processo, ampliando-se as margens da visão e transcendendo rumos muitas vezes obscurecidos.

A tudo isso se soma o fato de que discorrer a respeito da ação, seja em sentido processual ou material, bem assim no tocante às classificações, exige efetivamente acuidade peculiar, pois as denominações em muito entremearam horizontes de névoa, trilharam caminhos desnivelados e acabaram não raramente se baralhando, com o que – até hoje – se tem certa dificuldade na adequada distinção dos institutos, os quais merecem ser amplamente difundidos, cotejados e, sobretudo, clarificados.

Fincar marcos de clareza é, portanto, o ideal do intérprete. E alcançar o entendimento prático e objetivo a que se destinam as teorias é, sem dúvida, uma das maiores realizações nessa tortuosa trilha.

Então é que os questionamentos em torno da ação (*v.g.*, o que é ação?) e das classificações (o que significa classificar as ações? O que são as Classificações Trinária, Quaternária e Quinária? Como se aplicam as Classificações? Qual a importância das mesmas? Qual a carga de valor a ser conferido a essa temática?), bem assim as considerações práticas que envolvem esse meandro, se evidenciam de relevância insofismável na atualidade, não apenas por retratar a evolução do pensamento jurídico, mas precipuamente por refletir a própria essência que liga o processo à eventual entrega do bem da vida.

Assim é que o examinador mais atento, após deambular pelo traçado que corta os planos da ação (material e processual), verificará que a senda das classificações desfecha justamente no âmbito material e que encontrará apenas correspondência no plano processual, pelas nominações das cargas de eficácia da sentença.

A confusão atual reside justamente nesse ponto. Entender que a classificação das ações (Trinária, Quinária e, modernamente, a Quaternária) passa pelo plano material e não primeiramente pelo plano do processo. O que acontece é que ao final do processo, no caso tão-somente de julgamento de procedência, se verificará que a entrega do bem da vida corresponde, mediante carga de eficácia, a uma das classificações trazidas pelo plano material.

Por isso, para fins elucidativos, se pode até mesmo analisar a classificação das ações deixando adormecida em primeiro momento a esfera do processo, o que virá a clarificar de modo estreme de dúvidas como funcionam as principais diretrizes que contornam essa temática.

Compreendido esse exame, releva notar e antecipar que logicamente não se pretende expungir a legítima atuação jurisdicional e tampouco afastar a utilização do processo como meio adequado, próprio e muitas vezes inevitável para a solução dos litígios. O que se anseia, repita-se, é elucidar pontos não raramente obscuros e que não se relacionam, na grande essência, à esfera processual.

O liame material, portanto, ocorrerá ao fim e ao cabo do processo se houver uma sentença de procedência, sendo certo que essa análise nem de longe retira a propriedade da classificação das ações (materiais). O fato de a “ação” (processual) poder ser exercida mesmo por aquele que não seja titular da ação (material) é algo que se explica pelo entendimento voltado à formação da ciência do processo, com sujeitos que se diferenciam na estrutura.

Evidente que teorias atuais de não menos prestígio surgiram, ao entendimento de maior efetividade, ignorando o modelo central da classificação das ações e priorizando o *direito à tutela do direito*, em que se ligam os planos material e processual, privilegiando a atividade do juízo. Esse ponderar certamente também é oportuno e louvável, mas em nenhum momento repele ou tampouco mitiga a forma de se classificar as ações, cuja necessidade se mostra de relevância insofismável.

Tanto é assim que situações do plano material eventualmente se solucionam sem ter passado por um processo gerido pelo Estado. Em tais casos, todo o desdobramento da formação do direito subjetivo, da pretensão e da ação em sentido material se realizaram e, por consequência, podem ser alvo de classificação. Ou seja, não houve relação processual, mas a ação material, estando presente, pode ser classificada conforme se verá no cotejo adiante.

Desse modo, desprezar a relevância da classificação das ações seria um tanto quanto temerário, sendo oportuno ponderar o contexto atual em que essa temática se situa. Logo, saber e entender se determinada ação é declaratória, “condenatória”, constitutiva, mandamental ou executiva *lato sensu*, carrega a própria densidade onde repousa a essência da ação e se relaciona estritamente com os reflexos do próprio bem da

vida pretendido. Por conseguinte, avançar no tema e ver o caráter prático e valorativo dessa ponderação abrirá as escotilhas do pensar com maior propriedade.

Assim, passando por toda a conceituação que se mostra de rigor no caso em apreço, de exame pragmático e pontual a respeito da classificação das ações, analisa-se a subdivisão dos planos material e processual, adentrando à configuração das classificações, com o cotejo da aplicação concreta no mundo dos fatos, desfechando-se no panorama abrangente do tema.

Por isso é que se busca a forma mais confortável de exame dessa intrincada matéria, ao que se procura transcender da teoria à prática, de conceitos muitas vezes de difícil abordagem para a sua percepção no mundo dos acontecimentos, fatores que – aliás – guardam relação com a própria lógica existencial de todo o sistema.

2. DA AÇÃO

É sabido que o conceito de ação foi se transmutando e recebeu contornos relevantes no decorrer dos tempos, tanto que para Alessandro Pekelis, *apud* Araken de Assis (2002, p.55), impera uma “confusão babélica” no que se refere às teorias da ação. Nessa linha, Assis, interpretando Pekelis, prefere chamar essas repetidas contradições de um “invencível desacerto” (2002, p.55) – o que denota a profundidade do tema e os dissensos que o permeiam.

Nesse compasso, percebe-se que houve intensa dificuldade em se delimitar definições precisas acerca da ação, cumprindo ressaltar que, por vezes, confundiram-se nesse meandro as esferas material e processual (ASSIS, 2002).

Assim, sem a pretensão de lançar nota em conteúdo aleatório, mostra-se fundamental a análise das principais teorias e inovações em torno da ação, com o que se chegará, na sequência, ao âmbito da classificação e, mais adiante, nas suas implicações práticas.

2.1. Teoria Civilista da Ação

É de consenso que a definição para a *actio* em sede de teoria civilista (também chamada de imamentista ou clássica) passa distante ao que toca à “ação” processual, valendo as palavras do insigne Tesheiner (1993,

p.85) quando afirma que “a ação mal se distingue do direito subjetivo a que visa assegurar”. Denota-se, nesses moldes, perfeita sinonímia entre a ação e o direito subjetivo material.

Ou seja, essa teoria trata de modo único o direito subjetivo, a ação material e “ação” processual. Contudo, o fato de a violação do direito ensejar à possibilidade do ingresso em juízo não esgota essa matéria, sendo certo que outras teorias dão melhor guarida à verdadeira compreensão entre a possibilidade de ingresso com a “ação” processual (direcionada ao Estado) e o que vem a ser ação material, movida em desfavor do obrigado – conceitos que merecem nítida distinção (CAVALCANTE DIAS, 2009, p. 03).

Por isso, em vista da dificuldade em distinguir a ação material, o direito subjetivo e a “ação” processual, referida teoria foi paulatinamente sendo abandonada.

2.2. Polêmica Windscheid versus Muther

Ao prosseguir na senda da evolução histórica da *actio*, afigura-se necessário mencionar a colaboração de Windscheid e Muther, os quais ao mesmo tempo em que esgrimiram diferentes posições, acabaram por enriquecer o estudo em torno da ação.

Objetivamente, o acréscimo trazido por Bernhard Windscheid é de notoriedade científica, mormente por definir a *actio* (romana) como direito material, sendo que, conforme seus escritos, da violação ao direito subjetivo surgirá a pretensão a quem foi lesado (ASSIS, 2002).

Nada obstante, consoante J.E. Carreira Alvim *apud* Mitidiero (2004, p.69), “ao contrário do que sustentava Windscheid, procurou Muther demonstrar que havia perfeita coincidência entre a ‘actio’ romana e a ‘Klage’ germânica”.

Nessa alheta, Muther conseguiu demonstrar, com nitidez, que a “ação” no plano processual deve ser direcionada ao Estado, competente para a solução dos conflitos, e não mais a quem tem por obrigação fazer frente ao cumprimento do direito material (MITIDIERO, 2004).

2.3. Teoria do Direito Concreto da Ação

Constatados os dissensos acima esposados, passa-se a registrar o surgimento da Teoria do Direito Concreto da Ação, segundo a qual, “a

ação é considerada concreta quando se sustenta que seu exercício só pode desembocar em uma sentença favorável” (MITIDIERO, 2004, p.71).

Através desse prisma, releva notar que, especificamente em 1885, Adolf Wach, notadamente através da obra *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, destoa da Teoria Civilista da Ação e traz à baila a definição de ação como direito autônomo e concreto (MITIDIERO, 2004). Nessa concepção, a ação seria o “direito público subjetivo de quem tem razão, a fim de que o Estado lhe outorgue a tutela jurídica, mediante pronunciamento favorável” (TESHEINER, 1993, p. 91).

Entrementes, a explicação para a sentença de improcedência não encontra guarida, uma vez que a referida “ação” processual seria exercida tão-somente pelo titular do direito subjetivo material (BAPTISTA DA SILVA, 2002).

2.4. Teoria do Direito Abstrato da Ação

Para essa teoria, independentemente de existir, ou não, o direito subjetivo material (e, posteriormente, a pretensão e a ação material), poderá o demandante buscar o amparo da tutela jurídica junto ao Estado. Externa-se, dessa forma, como o Direito a uma resposta jurisdicional mesmo daquele que não tem razão (CAVALCANTE DIAS, 2009).

Por essa via, não se pode olvidar a contribuição levada a efeito por essa teoria, precipuamente em face da necessidade de vindicar o direito subjetivo em relação ao Estado (subsequente “ação” processual), detendo-se, ou não, o direito material (MITIDIERO, 2004).

2.5. Teoria Eclética da Ação

Nem Teoria do Direito Abstrato, nem Teoria do Direito Concreto; ou as duas em uma só. Eis a teoria criada por Enrico Tullio Liebman, nomeadamente Teoria Eclética da Ação (MITIDIERO, 2004). Para conceituá-la, obtemperou Liebman (2004, pp. 97/98) que “do ponto de vista processual, a ação é o direito ao julgamento do pedido, não a determinado resultado favorável do processo”.

3. A AÇÃO E O PLANO PROCESSUAL

Com as observações traçadas alhures, importa conduzir o exame ao plano do processo, desde o direito subjetivo, passando pela pretensão até alcançar a “ação”, colhendo assim a visão panorâmica da temática.

3.1. Direito subjetivo processual

Na forma já adiantada, é de se pontuar que em matéria de Direito, assim como qualquer outra ciência, as conceituações devem ser cristalinas, remansosas e estreme de dúvidas. Daí porque ora se colaciona, especificamente no que toca ao direito subjetivo processual, as palavras de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1972, p. 90), o qual grava:

'Direito de ação', no sentido privatístico, é expressão que se deve evitar: há ação, se há direito, ainda que de outrem, direito de ação é confusão entre ação e a ligação dela ao direito. A confusão mais longe, porque, no direito público, se fala de direito de ação (*Klagrecht*) como de direito subjetivo à tutela jurídica, a que corresponde a pretensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a 'ação'. Ora, deduzindo-se *in iudicium*, há direito deduzido, pretensão deduzida e ação deduzida; não há direito à pretensão, nem direito à ação.

Portanto, o direito subjetivo público, como leciona Mitidiero (2004, p. 96), “enquanto direito, não é ainda pretensão, tampouco, ação, com o que por si só, em sua estática, não tem o condão de desencadear a atividade judicial, instaurando-se o processo”.

3.2. Pretensão à tutela jurídica estatal

Partindo dessas considerações do direito subjetivo processual, não há como, em sede de melhor complementação do estudo, deixar de adentrar na esfera da pretensão à tutela jurídica estatal, a qual surge ulteriormente àquele.

À guisa de elucidação, os ensinamentos de Baptista da Silva se demonstram, mais uma vez, assaz esclarecedores, bastando referir textualmente as palavras daquele:

Diz-se pretensão de tutela jurídica a este poder atribuído a qualquer pessoa de exigir do Estado a prestação da atividade jurisdicional, consistente não no auxílio que o juiz possa dar àquele em favor de quem ele haja reconhecido a existência do direito e julgado procedente o pedido, mas na simples atividade jurisdicional, mesmo que esta conclua por negar ao interessado a proteção que o juiz daria se a situação que o autor descreve no processo fosse verdadeira e não infirmada pela prova (2002, pp. 89/90).

Desse modo, extirpando dissensos acerca da pretensão à tutela jurídica estatal, é de se afirmar que esta é a faculdade de exigir o direito

subjetivo anteriormente visto, sendo certo que este poder de exigir, para que surta resultados práticos, precisa de impulsos efetivos, necessita de agir processual, o qual será melhor estudado posteriormente (Cavalcante Dias, 2006).

3.3. “Ação” processual

Percebida a abrangência da pretensão processual, resta prosseguir com a formação da “ação” processual, a qual foi definida de modo eloquente por Pontes de Miranda. Nesse sentido, argumentou referido Mestre:

A ação exerce-se principalmente por meio de “ação” (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele (sic), que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se a relação processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica” (1972, pp. 110/111).

Consequentemente, “aquele que exerce a ‘ação’ processual *age*, a parte adversa contra quem a ‘ação’ é exercida defende-se, reage à ação do autor” (BAPTISTA DA SILVA, 2002, p. 89). Logo, a entrada em movimento do autor, no que diz com a exigência feita ao Estado, para que este lhe preste o serviço jurisdicional devido (tendo em vista que chamou a si a responsabilidade para dirimir litígios), caracteriza uma flagrante “ação” processual (CAVALCANTE DIAS, 2009).

Dessarte, restam plenamente diferenciados os conceitos de direito subjetivo processual (direito de se obter a tutela jurisdicional), pretensão à tutela jurídica estatal (poder de exigir o direito subjetivo processual) e “ação”, em sentido processual (efetivo agir, vindicando do Estado a guarida do direito material, mesmo em casos que não se possua, modo real, este) (CAVALCANTE DIAS, 2009).

4. A AÇÃO E O PLANO MATERIAL

4.1. Direito subjetivo material

Satisfeitas as exigibilidades de conceituação acerca do direito subjetivo, da pretensão e da ação no plano formal, elucidando-se importantes aspectos que rodeiam a “ação” processual, há o mister de um cotejo acerca da ação material, bem como do direito subjetivo material e pretensão que lhe são inerentes – matéria que se demonstra imprescindível ao tema,

porquanto a classificação das ações (ulteriormente analisadas) se referem ao plano material (por isso é lícito dizer: “classificação da ação material”).

Assim, é recomendável começar pelo direito subjetivo material, bastando salientar, precedentemente, que o direito objetivo estatui normas de conduta. Quando determinado fato se amolda à regra jurídica (tais normas de conduta), pode-se dizer que houve fato jurídico. Via de consequência, o direito subjetivo será a vantagem que alguém colherá desse fato (ASSIS, 2002).

De modo simplificado, portanto, pode-se concluir que o “direito subjetivo ‘é poder jurídico de ter a faculdade’, sendo, pois, ‘meio jurídico para a satisfação desses interesses” (Mitidiero, 2004, p. 89), ou ainda, que “a locução ‘ter direito’ se afeiçoa ao conceito científico exato de ‘direito subjetivo” (ASSIS, 2002, p. 76).

4.2. Pretensão material

Pontes de Miranda, da mesma forma que bem trata da perfeita definição de direito subjetivo material, igualmente conceitua de modo peculiar a pretensão em sede de direito material, assentando: “Pretensão é, pois, a ‘tensão’ para algum ato ou omissão dirigida a alguém. [...] Na pretensão, o direito “tende” para diante de si, dirigindo-se para que alguém cumpra o dever jurídico” (grifos originais) (1970, p. 452).

Na senda dessas linhas pautadas com precisão, Mitidiero ensina que “quando a vantagem, a qual encerra o direito de alguém, é inatendida, resulta para o seu titular um poder de exigir esta vantagem, sendo este poder de exigir algo, cientificamente, o conteúdo da pretensão material” (2004, p. 89).

De tal forma, é de se entender que a pretensão material pode ir além do poder de exercício, ou seja, poderá se constituir em exercício efetivo, sendo certo que, se este restar inexitoso (sem a satisfação de quem ostenta aquele direito), daí abrir-se-á ensanchas à ação material (MITIDIERO, 2004).

4.3. Ação material

Por consectário do direito subjetivo material e da pretensão material, tem-se a ação material, que, segundo os delineamentos de Pontes de Miranda (1972, pp. 110/111):

Exerce-se principalmente por meio de “ação” (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou”. A ação exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que êle (sic), que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica.

Através desse prisma, constata-se que a ação material surge em prol do titular do direito, notadamente no momento em que o obrigado não satisfaz seu dever jurídico, ou, em caso de pretensões realizáveis com atos positivos ou negativos, existe a interrupção de tal conduta (ASSIS, 2002).

Nessa esteira, salienta-se que a ação material, exsurgida após a configuração do direito material e subsequente insatisfação da pretensão (nos moldes amplamente cotejados anteriormente), é meio pelo qual se caracteriza o *agir*, efetivo, do sujeito ativo, em prol do que lhe está, pela norma, assegurado (CAVALCANTE DIAS, 2006).

4.4. Classificação das ações materiais

Chegando-se à ação material, a qual não se pode confundir com a “ação” processual, dadas as peculiaridades anteriormente descritas e demasiadamente repisadas, é necessário – considerando as relações jurídicas através daquele prisma – adentrar ao instituto da classificação das ações.

Embora a dificuldade de se delimitar com precisão o ponto histórico da gênese do estudo da classificação das ações, Assis conseguiu explicitar, em mensagem enviada cordialmente por e-mail:

A classificação pelos efeitos iniciou com W. Kish (Beiträge), que se perguntava o que acontecia com a regra jurídica concreta, estabelecida na sentença, retornava ao plano do direito material (*rectius*: das relações jurídicas e sociais litigiosas). E que ela apanha dados do direito material. Um dos maiores erros, neste assunto, é perder esta última noção (2005, p. 01).

Assim, tendo clara essa primeira ideia, é importante referir que a ação é classificada segundo o respectivo *quantum* de eficácia. Logo, em acompanhamento às linhas traçadas anteriormente, é de se mencionar (conquanto se demarque a necessária tautologia) que a possibilidade de classificação existe somente no tocante às ações materiais. Registre-se

e clarifique-se a impossibilidade de classificar as “ações” processuais. O que se classificam, repise-se (e isso nunca é demais repetir), são as ações materiais; e nesse sentido bem leciona Mitidiero (2004, p. 102), *verbis*:

Ao se examinar as classificações das ações de direito material (únicas que se prestam à classificação, porque seus conteúdos advêm, justamente, da conformação jurídica do direito e da pretensão aos quais se ligam, de suas estruturas íntimas, ao passo que a “ação” processual não passa de veículo), deparamo-nos com três principais orientações: a trinária, a quinária e a quaternária.

Dito isso, pode-se afirmar a existência de várias espécies de classificações, como a Classificação Trinária (com surgimento na Europa), Classificação Quinária (amplamente difundida por Pontes de Miranda aqui no Brasil) e a Classificação Quaternária (trazida, modernamente, por Ovídio Araújo Baptista da Silva) – Mitidiero, 2004 –, embora ainda se tenha notícia da Classificação Binária, advinda da Europa em período próximo ao da Trinária (PONTES DE MIRANDA, 1972). Todavia, a análise mais acurada das classificações das ações dar-se-á adiante, momento em que se verificará a subdivisão e a implicação de cada uma delas, dada a extensão da matéria.

Dessarte, após verificar todo o transcurso das diversas concepções em torno da ação material e da “ação” processual no decorrer dos tempos, assim como analisar as estritas definições dos direitos subjetivos e pretensões a elas inerentes, chega-se à classificação das ações materiais.

5. A CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES E A CARGA DE EFICÁCIA DAS SENTENÇAS

Sabidamente, o ato sentencial pode, ou não, adentrar no mérito da causa. Logo, merece se ponderar objetivamente que a sentença, quando atinge o mérito da causa e, mais que isso, quando o mérito resulta em procedência, faz refletir ao mesmo tempo a carga de eficácia.

Por esse diapasão, Baptista da Silva deixa claro que “mérito é julgamento, apenas, de procedência ou improcedência. A sentença de procedência, no entanto, poderá ter outras eficácias, como partes de seu conteúdo” (1988, p. 311).

Não menos certo é afirmar que as eficácias da sentença (de procedência) correspondem efetivamente à ação material vista anteriormente – daí exsurgem as classificações de ambas (eficácia da sentença e ação material). Nesse sentido, Assis se demonstra objetivo ao lecionar:

A sentença de procedência, acolhendo o pedido formulado, produzirá a eficácia ínsita à ação material, ou seja, o ato estatal concederá a vantagem, prevista no direito subjetivo, que originariamente o titular alcançaria por intermédio do agir privado. Logo, apesar de uma taxionomia processual, como as demais, porque considera a demanda o seu fundamento, repousa ela, desenganeamente, no direito material (2002, pp. 88/89).

Coadunando-se ao que se descreveu até então, releva notar a lição por demais esclarecedora de Baptista da Silva, o qual afirma: “Esta classificação diz respeito às *sentenças de procedência*, de modo que **é ilusória a suposição de que ela seja uma forma apenas processual de classificarem-se as sentenças**”. (2002, p. 112) (grifamos).

Afastam-se, pois, eventuais óbices à compreensão afeta à correspondência da classificação das ações materiais com a classificação das eficácias das sentenças de procedência, sendo ambas imanente ligadas, transformando-se, pela regra, em institutos idênticos.

6. CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA

Igualmente conhecida por classificação ternária, é a mais tradicional das classificações. Estreita as suas ramificações em ação declaratória, ação constitutiva e ação condenatória – construção germânica iniciada por Adolf Wach no século XIX (PORTO, 1996). De forma escoreita, preleciona Mitidiero:

A doutrina dominante costuma apontar três possíveis eficácias de ações: a declaratória (positiva e negativa), a constitutiva (positiva e negativa) e a condenatória. Tal entendimento descende, como buscamos deixar claro em estudo anterior, da compreensão da jurisdição como tutela meramente normativa possibilitada pelo fenômeno da universalização da tutela condenatória (isto é, da *actio romana* e de seu procedimento, o *ordo iudiciorum privatorum*), suprimindo-se quaisquer tutelas interditais do campo de preocupação dos processualistas talhados pela tradição jurídica romano-canônica (2004, pp. 102/103).

Araken de Assis complementa ao ensinar que “no direito continental prevalece, como rememora Alfredo Buzaid, a classificação tripartida das ações (declaratória, condenatória e constitutiva)” (2002, p. 91).

Considerando essas linhas, não se pode olvidar que, para se chegar a esse estágio de acréscimo jurídico, houve vários óbices no decorrer dos tempos (alguns anteriormente analisados), sendo certo afirmar que

ainda hodiernamente tal entendimento não se demonstra pacificado, embora, de modo geral, sua contribuição seja cristalinamente válida (ASSIS, 2002).

Destarte, é relevante enriquecer o presente estudo, subsequencialmente, com as espécies de ações que são parte integrante da classificação trinária.

6.1. Ação Declaratória

O preciso conceito de ação declaratória encontra guarida no escólio de Pontes de Miranda, que ensina com lucidez peculiar:

A ação declarativa é ação a respeito de ser ou não-ser a relação jurídica. Supõe a pureza (relativa) do enunciado que se postula; por êle (sic), não se pede condenação, nem constituição (sic), nem mandamento, nem execução. Só se pede que se torne *claro* (de-clare), que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver se é, ou se não é, a relação jurídica de que se trata. O enunciado é só enunciado de existência. A prestação jurisdicional consiste em simples clarificação (1972, p. 119 – grifos originais).

De forma também escorreita, Mitidiero leciona que “seja como for, nesse espectro de compreensão, à declaração calha o objetivo de gerar certeza jurídica. Persegue-se o sim ou não” (2004, p. 103). Ainda, Tesheiner, tratando da sentença declaratória (relembre-se a correspondência entre ação material e eficácia da sentença), nos ensina: “O estudo da sentença declaratória, contraposta à sentença de condenação é que levantou o problema da classificação das sentenças pelo critério de seus efeitos, relegando-se para um segundo plano as classificações tradicionais” (1993, p. 145).

Assim, não restam dúvidas acerca do caráter de clarificação da ação declaratória, a qual tem por fito principal firmar a existência, ou não, de determinada relação jurídica de direito material, nos moldes analisados acima.

6.2. Ação Constitutiva

Conforme Assis, “a ação constitutiva implica mudança (criação, modificação ou extinção) na relação jurídica” (2002, p. 95). Sabe-se que, “de regra, a ação constitutiva prende-se à pretensão constitutiva, *res deducta*, quando se exerce a pretensão à tutela jurídica” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 120).

Para tanto, “o titular da ação *age* para a constituição (sic), a que tem direito, ou por ato próprio (direito de denúncia, direito de resolução), ou através de ato judicial (sentença), ou de outra autoridade que o juiz” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 120, grifo do original).

Por força de a ação constitutiva ter a possibilidade de criar ou extinguir a relação jurídica, acrescenta-se que aquela pode constituir ou desconstituir, apresentando sinais positivos ou negativos. Quando positivos se dizem constitutivas positivas, quando negativos, chamam-se constitutivas negativas (SILVA, 2002).

A ação constitutiva, pois, vai além da declaração, podendo, conforme referido, criar, modificar, ou extinguir dada relação jurídica, sem carecer de provimento executório superveniente.

6.3. Ação Condenatória

Noutra feita já alertou Araken de Assis: “De todas as eficácias tradicionais, a que se oferece mais enigmática ao estudioso é a condenatória. A natureza da antiga fórmula (*condemnatio*) a todos atormenta, grassando divergências intensas” (2002, p. 96) (grifo original).

Baseando-se nisso, é de concluir que os dissensos acerca dessa classificação recebem plausibilidade. Antes, porém, é de bom alvitre constatar as definições mais elucidativas a respeito da ação condenatória.

Das palavras de Porto, verifica-se que “na ação de natureza condenatória, pretende o autor impor uma sanção ao demandado. São exemplos clássicos as ações de indenização em geral [...]” (1996, p. 24). Enquanto para Pontes de Miranda,

a ação de condenação supõe que aquele (sic) ou aqueles (sic), a quem ela se dirige, tenham obrado contra direito, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (con-damnare). Não se vai até à prática do con-dano; mas já se inscreve no mundo jurídico que houve a danação, de que se acusou alguém, e pede-se a condenação. À ação executiva é que compete, depois, ou concomitantemente, ou por adiantamento, levar ao plano fático o que a condenação estabelece no plano jurídico. (1972, pp. 121/122).

Por isso se pode dizer que a sentença de condenação, “além de afirmar devida pelo réu uma prestação (elemento declaratório da sentença), cria, para o autor, o poder de sujeitá-lo à execução” (TESHEINER, 1993, p. 148).

Delimitadas tais conceituações, ainda é relevante mencionar que a sentença condenatória, considerada por seus efeitos, possui força capaz de ensinar, em etapa posterior, a ação executória, embora não possua, no ato de seu pronunciamento, a força de transformação física como ocorre na executiva (ASSIS, 2002).

Desse modo, sendo certo que a ação condenatória se demonstra digna de intensos dissensos (Assis, 2002), sendo melhor explicada, unicamente, a sentença de condenação, resta por ora firmada a definição, até porque a sua implicação como categoria meramente formal será melhor analisada no próximo capítulo, atendendo assim à análise necessária da classificação quaternária.

7. CLASSIFICAÇÃO QUINÁRIA

Conforme Porto (1996), a classificação trinária das ações por muito tempo transitou exclusivamente no campo do direito brasileiro, sendo que a partir de Pontes de Miranda – o qual questionou os limites daquela – surgiu o propalado embasamento da classificação quinária das ações segundo as respectivas eficácias. Esclarecendo um pouco mais acerca dessa teoria, Mitidiero explana:

A classificação quinária das ações, vocacionada a retomar as formas de tutelas interditais dentro do direito moderno (que restaram obscurecidas pela universalização do binômio *actio-condemnatio*, verdadeiro paradigma do sistema do Código de 1973, ao menos em sua primitiva concepção), acresce àquelas três dantes mencionadas mais duas: as cargas mandamental e executiva *lato sensu* (2004, p. 104) (grifos originais).

Aqui se deixa claro o acréscimo de mais duas classificações das ações segundo as cargas de eficácia. Nesse sentido, estando bem identificada a Classificação Trinária (conhecida por subdividir as ações em declaratórias, condenatórias e constitutivas), sobressai no Direito Pátrio uma outra forma de se pensar as classificações, acrescentando-se as ações mandamentais e as ações executivas *lato sensu* àquelas três anteriormente descritas.

Dito isso, passa-se por conseguinte à verificação um pouco mais pormenorizada das ações mandamentais e das ações executivas *lato sensu*, nunca perdendo de vista que as outras três (declaratória, constitutiva e condenatória – que também fazem parte da classificação quinária) já foram antes analisadas.

7.1. AÇÃO MANDAMENTAL

No que tange à ação mandamental, de forma escoreta, pela lição do insigne Araken de Assis tem-se que “o mandado, incrustado no núcleo da sentença, irradia efeitos bem discerníveis, em razão de inerente caráter estatal” (2002, p. 101). No ponto, auxiliando a clarificação, Silva e Gomes ensinam:

A sentença, ao invés de simplesmente condenar o réu, para que a execução forçada se faça noutro processo, à semelhança das executivas vai mais longe e, desde logo, torna efetiva a pretensão formulada pelo autor vitorioso, independentemente também de um processo subsequente de execução forçada. Destas últimas, contudo – das executivas –, diferem as mandamentais em ponto fundamental relativo à qualidade de sua eficácia preponderante” (2000, p. 267).

Essas são as proposições que devem permanecer esclarecidas no que respeita à ação mandamental (forte no mandado oriundo da autoridade judicial, com a possibilidade de satisfazer de plano a pretensão do autor), considerando ainda que “a sentença mandamental é caracterizada por dirigir uma ordem para coagir o réu; o seu escopo é o de convencer o réu a observar o direito por ela declarado” (MARINONI, 2001, p. 440).

7.2. Ação Executiva “Lato Sensu”

Mais uma classificação acrescentada por Pontes de Miranda, complementando, assim, o pleno diferencial em relação à Classificação Tri-nária das ações. A respeito, diz Sérgio Gilberto Porto:

Representa a possibilidade de que ações integrantes do processo de conhecimento tragam em si embutida a capacidade executória” (1996, p. 25). Significando que “existe um determinado tipo de demanda na qual o juízo, ao reconhecer a procedência da postulação, determina, desde logo e independentemente de qualquer outra providência por parte do autor, a entrega do bem da vida que é objeto da lide” (PORTO, 1996, p. 25).

Certamente, “a ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 122). E, em decorrência, completa o mesmo Mestre: “Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor, ex-secutio*). No definir títulos executivos e em apontá-los, o direito material reputa-os suficientes para começo (*sic*) de execução (cognição incompleta).

É comum às sentenças condenatórias que passam em julgado terem em si elementos de cognição completa para a execução, salvo *lex specialis*" (1972, p. 122) (grifos originais).

Portanto, diferentemente da ação condenatória (observe-se que se verificará na sequência a verdadeira inexistência da ação condenatória no âmbito material, embora seja a mesma considerada para os defensores da Classificação Quinária), a executiva *lato sensu* visará a entregar efetivamente o bem da vida – se utilizando para isso dos atos executórios forçados –, não unicamente preparará, obviamente, a execução posterior (SILVA e GOMES, 2000).

8. CLASSIFICAÇÃO QUATERNÁRIA DA AÇÃO

Eis a Classificação Quaternária da ação, teoria trazida por Ovídio Araújo Baptista da Silva (2001), a qual, afastando-se um pouco da Classificação Quinária proposta por Pontes de Miranda, demonstra inovações deveras interessantes ao mundo jurídico, configurando, quiçá, o mais adequado modo de pensar as classificações das ações no âmbito do Processo Civil Brasileiro.

Consoante lecionou Mitidiero, “a classificação quaternária tem por desiderato demonstrar que toda a teorização acerca da natureza da ação condenatória fora coisa vã, posto que esta, materialmente considerada, inexistente” (2004, p. 106).

Nota-se que Ovídio Baptista não recusou as outras propostas de Pontes de Miranda (como as ações mandamentais e executivas, mantendo ainda as tradicionais declaratórias e constitutivas), ressaltando-se que, além do afastamento da ação condenatória (do âmbito material), também subdividiu as ações executivas em reais e obrigacionais.

9. DO APORTE PRAGMÁTICO

Sabe-se que a grande inovação trazida pela moderna classificação quaternária vem expressa em considerar a ação condenatória como categoria meramente formal; ou seja, entende-se que a ação condenatória em momento algum pode ser classificada como ação material, porquanto é, unicamente, previsão formada pela ordem processual. Nesse sentido, Ovídio Araújo Baptista da Silva, de modo peculiarmente esclarecedor, revela o seguinte:

A finalidade da presente exposição é investigar alguns aspectos conceituais da sentença condenatória, procurando mostrar que essa categoria, embora estando ligada a Direitos das Obrigações, é uma criação do direito processual que não encontra – enquanto ação – correspondência no direito material, sob a forma de uma pretensão e a respectiva ação que lhe corresponda” (2001, p. 233).

O mesmo Doutrinador, nessa linha, ensina que as sentenças com cargas de eficácia declaratória, constitutiva, executiva ou mandamental correspondem limpidamente às pretensões e ações de direito material, enquanto, por outro lado, a sentença condenatória não encontra no plano material uma pretensão e subsequente ação de condenação, porquanto é um instituto concebido apenas pelo direito processual (SILVA, 2001).

Todavia, deve-se estabelecer que, conquanto inexistia ação condenatória (campo material), não se pode afastar a necessidade das sentenças condenatórias – embora estas não advenham pela correspondência com a ação condenatória (SILVA, 2001). Através desse prisma, entende-se o seguinte:

No plano do direito material, o titular do direito (verdadeiro titular, porque no direito material não existem os falsos titulares de direito) pode *exigir* (exercer pretensão) do destinatário do dever jurídico que ele declare, crie ou desfaça uma certa relação jurídica, execute ou cumpra ordens, derivadas de exercício regular do direito, porém não haverá lugar para que ele exija do *devedor* um certo comportamento que se possa identificar como o exercício ou o resultado de uma condenação (SILVA, 2001, p. 233) (grifos originais).

Assim, esclareça-se que essa teoria, embora negue a correspondência da ação material condenatória com a subsequente carga de eficácia condenatória, firma que: com base na relação obrigacional originar-se-á a sentença condenatória, mas sem se afastar da ideia de que tão-somente o direito processual irá conter tal eficácia (CAVALCANTE DIAS, 2009). Desse modo, em momento suficientemente elucidativo, Baptista da Silva delineou, *in verbis*:

Haveremos, portanto, de classificar as ações não em cinco classes, como o fez Pontes de Miranda, mas em quatro – declaratórias, constitutivas, executivas e mandamentais – posto que esta, como as demais classificações possíveis, referem-se às *ações de direito material*” (2001, p. 234).

Certamente, a passagem acima foi a que melhor demonstrou o distanciamento de Ovídio Araújo B. da Silva (2001) da Classificação Quinária de Pontes de Miranda (1972), do qual até então se evidenciava seguidor.

No entanto, nesse ponto (ação condenatória), Silva (2001) diverge de plano de Pontes de Miranda, expressando que o mesmo claudicou ao explicar o conceito daquela e que até mesmo se tornou redundante ao afirmar que a ação de condenação é pretensão à tutela jurídica contra quem causou dano a outrem. É justamente rebatendo esse posicionamento de Pontes que preleciona:

Ora, nem só pelas condenatórias, efetiva-se a proteção jurisdicional contra o dano. Pode haver dano a que corresponda pretensão de outra espécie, até como pressuposto para as constitutivas, especialmente negativa. Para limitarmos-nos a um exemplo, colhido ao acaso: **a fraude contra credores pressupõe dano, mas a pretensão não é condenatória**. Depois, ao dizer Pontes que, para que a condenatoriedade se fizesse presente, seria necessário que o autor não se excedesse no pedido, a ponto de ‘forçar’ o demandado a ‘executar’, estava a propor solução ao problema conceitual da condenatória contrária a seus próprios ensinamentos, sabido como é que a sentença condenatória não “força” o condenado a nada, especialmente a ‘executar’ (SILVA, 2001, p. 237) (Grifamos).

Desse modo, Silva observa o esquecimento de Pontes, assim como do resto da doutrina, que definem a ação condenatória pelo conceito material, sempre assentando, por outra via, os efeitos da mesma. Ou seja, como alegam de regra que “a condenação, indefinível em si mesma, somente é capaz de ser explicada por seus efeitos, declaratório e executivo” (SILVA, 2001, p. 238).

Por isso se vai além, busca-se a conceituação histórica, sem se descurar da dicotomia: ação material x ação processual, de modo a se chegar claramente no entendimento de que a ação condenatória inexistente, embora se perdue e necessite, no atual sistema processual, de sentença condenatória (não confundir sentença condenatória com ação condenatória – a primeira existe e se mostra necessária no âmbito processual, a segunda é ficção de corte processual, merecendo ser desconsiderada por não se mostrar presente no âmbito material) (CAVALCANTE DIAS, 2009).

Nesse compasso, verifica-se que é temerário falar em exercício de ação quando se trata da condenatória. Isso porque não se tem exercício de ação, mas tem-se, isto sim, exercício de pretensão, porque com a pretensão unicamente se tem o poder de exigir o direito (perfeitamente como ocorre com a condenatória), não se está a agir efetivamente (SILVA, 2001).

Assim, repisa-se o que se disse anteriormente, no sentido de a sentença condenatória expressar de modo único e absoluto o exercício de uma pretensão (material) – nunca o exercício de uma ação –, tendo em vista, mormente, que a distinção entre aquela e as demais sentenças é que as outras correspondem efetivamente às ações de direito material, enquanto a condenatória deixa de satisfazer qualquer coisa (SILVA, 2001).

Daí que nos serve ponderar, para os fins pragmáticos, que o processo é, inevitavelmente, um instrumento dissociado do plano material. Por mais próximos que possam e devam andar, não se pode perder a noção de que se está diante de planos distintos.

Se por um lado – óbvia e definitivamente – o processo precisa, necessita, carece atingir o fim principal que é a realização do justo, não menos certo seria afirmar que é **instrumento** distinto do plano material. Se por vezes andam lado a lado, se não raras vezes o processo acaba por transmitir a efetiva realização do direito e da ação na forma material, não se pode esquecer jamais que não há sinonímia em tal contexto.

Esquecer dessas diferenças, cedo ou tarde, retrocederia ao entendimento tendente ou próximo à teoria civilista (por demais criticada e arredada na atualidade pelos motivos já elencados). De forma penosa, no decorrer dos tempos, se galgaram conceitos de maior excelência e significado, chegando-se à perfeita distinção dos planos e se captando a utilidade da classificação das ações, fatores que merecem realce e revigorado prestígio.

Logo, se os institutos são diferentes e dessas diferenças não se pode descurar, e se a carga eficaz da sentença somente corresponde ao plano material (pois somente as ações materiais se classificam), logicamente que se deve atentar de forma muito própria quanto à inexistência de ação condenatória.

Desse modo, em visão muito simples, podemos comparar e/ou identificar a ação como o objetivo visado. Ou seja, quando se ajuíza uma ação de cobrança, pretende-se ver o demandado condenado, ou se quer propriamente **executar** para ver o crédito satisfeito? Quer-se uma sentença que tem força de pretensão, ou se quer receber valores?

Lembre-se que não se está a desmerecer a sentença condenatória. Como dito, pelo atual estágio jurídico-processual, mostra-se necessário uma sentença de condenação para o subsequente deslinde executivo. Mas tal sentença jamais coincidirá com a ação do plano material a ponto

de se afirmar que existe uma ação condenatória (mais uma vez, sempre vale lembrar: classificam-se as ações materiais e no plano material não existe condenação).

Aliás, se a pretensão se esgotasse na condenação, teríamos uma “meia” ação, o que é inadmissível, pois ela (a condenação), por si, satisfação alguma representa. A correspondência dos planos deve, e precisa, ficar clara ao profissional do Direito. Quem, em sã consciência, gostaria de um mero provimento condenatório, se não fosse a ficção jurídico-processual de este provimento ensejar à futura execução? Isoladamente, qual seria para o credor a eficácia da sentença condenatória?

In casu, avança-se para, de forma exclusiva, elencar alguns pontos trazidos pelo saudoso Ovídio Araújo Baptista da Silva, doutrinador de escol, estudioso e conhecedor como poucos da obra Pontiana, que por intermédio de mensagem por *e-mail* clarificou a matéria com a nitidez que lhe era peculiar, concepção que ficará guardada na retina e na memória, servindo ao aperfeiçoamento do Direito e se constituindo como base às futuras gerações. Senão vejamos:

“[...] Devo observar que não discuto a existência nem a relevância da condenação, como disse Araken, enquanto juízo de reprovação, legitimamente expresso pela sentença condenatória. Digo, apenas, que não existe no direito material uma pretensão à condenação, de que possa resultar a correspondente ação de condenação. A ação de cobrança (que é a mais típica ou comum desse gênero) não tem por fim obter condenação, e sim obter pagamento. Meu raciocínio é de um advogado forense: – quando o cliente procura-me outorgando procuração para uma ação de cobrança, o que ele quer ver ‘satisfeita’ é sua pretensão a receber o pagamento. A sentença de condenação será apenas uma ‘estação intermediária’, uma sentença incidental, que deverá abrir a segunda etapa de uma mesma ação, que deveria ser considerada ‘condenatório-executiva’, posto começar com a petição inicial e encerrar-se com a entrega do numerário ao credor. Digo que existem sentenças condenatórias, mas não ações (materiais) condenatórias, porque meu conceito de ação de direito material deriva da concepção de Pontes de ser toda ação uma atividade capaz (independentemente da colaboração do devedor) de realizar minha pretensão. Isto a sentença condenatória é incapaz de fazer: – depois de transitar em julgado a sentença de condenação, ainda dependo da boa vontade do devedor que, espontaneamente, se quiser, cumprirá a sentença (art. 580 e respectivo parágrafo único). Para que eu aceitasse a existência de uma ação condenatória no direito material, exigiria que se concebesse uma ação somente condenatória, suficiente

para atender à 'reprovação' a que se refere Araken. Assim como a declaração se basta-se assim como a constituição igualmente se basta; teríamos de defender a existência de uma sentença condenatória que se bastasse, sem necessitar do processo executivo. Neste caso, teríamos atendido a esse interesse identificado por Araken como a 'reprovação'. Sobra a seguinte indagação: se, ao invés de condenação, a ação for declaratória, tendo a sentença proclamado que o réu, por haver-se conduzido ilicitamente é declarado culpado por indenização, não estaríamos também em presença de um juízo de 'reprovação'? Por que seria necessário, nesta sentença, acrescentar essa palavra mágica 'condeno', para que o processo executivo se tornasse possível? Afinal, qual a diferença, no planos das pretensões e ações de direito material entre o juízo declaratório e o condenatório? Não seria, como disse Barbosa Moreira, a condenação um simples duplicado da declaração? [...] (2005, p. 01).

De conformidade com o visto acima, em que momento se percebe a ação condenatória? Ora, a partir do momento que ajo (materialmente falando) – no sentido de colher o patrimônio do devedor – não há falar em condenação, a qual pressupõe que o obrigado possa, espontaneamente, restituir-me.

O exame acima é tão claro e elucidativo quanto pragmático, pois acaba expressando, a um só tempo, a aplicação da teoria na prática e a relevância da clarificação dos institutos nos tempos hodiernos.

Além disso, mais um ponto a ser realçado e ainda pouco difundido é que a Classificação Quaternária expressa justa e curiosamente a concepção de Pontes de Miranda. O assombro poderia vir por não restar dúvidas de que o mesmo foi o precursor da Classificação Quinária. Contudo, basta colher na exatidão os posicionamentos de Pontes e os adequar à correta forma de aplicação das classificações – seguindo seus próprios escritos –, ao que se poderá tranquilamente excluir de vez a ação “condenatória” do âmbito de classificação.

Sem confundir sentença condenatória – amplamente necessária ao processo – com ação condenatória (a qual não encontra qualquer correspondência no plano material, no mundo dos acontecimentos, na orbe dos fatos), mostra-se de rigor pautar pela precisão conceitual, galgando-se foros de excelência no sentido da aplicação dos institutos.

Até mesmo porque, segundo é cediço, o valor maior, o valor-fim é a concretização da Justiça. Mas essa não se realiza na plenitude passando

por visão turva e obnubilada. Enquanto os conceitos permanecerem opacos e despidos de clarificação se mostra de difícil aplicabilidade a realização do justo, razão pela qual o descortinamento prático das teorias revelam profunda confluência com os mais puros ideais.

Afastando-se da visão formal do processo, perquirindo-se a essência que permeia a justiça e com os olhos voltados na correção dos institutos, pode-se ver que muitas vezes o que se tem por relacionado ao mundo processual não corresponde a este âmbito.

A “ação” condenatória, vista da teoria à prática, de fato não corresponde ao mundo material. Ao reverso, é criação da processualística, que por consequência não deve se enquadrar no âmbito das classificações – as quais se limitam muito propriamente ao plano material.

As nuances do cotidiano revelam e comprovam esse fator, consoante visto acima. A análise da teoria na prática demonstra que efetivamente se tem um novo contexto em torno da classificação das ações que não pode passar despercebido, merecendo amplo cotejo e reflexão.

Dessarte, o laço que se faz entre o teórico e o pragmático, com o direcionamento voltado aos valores e à realização do justo, trazem um panorama de inovação a respeito da matéria, deveras apaixonante, mas por vezes olvidada, que enseja a uma releitura dos institutos e das próprias observações da lida diária.

CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

Deambulando pela esfera das ações, mostrou-se inarredável, primeiramente, o cotejo das principais teorias que as permeiam, desfechando na hipótese de classificação das ações materiais, com as principais nuances que lhes são inerentes.

Como matéria sobejamente controvertida no decorrer dos tempos, a ação, conforme se percebeu, ganhou foros de conceitos turvos. Configurou-se passível de críticas desde o período romano, sendo constantemente aperfeiçoada até os tempos hodiernos.

Nessa linha, sempre se repisando a necessidade de encontrar a ação material de forma apartada da “ação” processual, chegou-se a uma forma de classificar as ações, nunca esquecendo que se viabilizam as classificações das primeiras (ações materiais).

Por conseguinte, do exame das principais classificações, chegou-se à moderna Classificação Quaternária, ao que se nota a clarificação da inexistência de uma típica ação condenatória na orbe do plano material.

Avançando-se na matéria, percebendo-se que a teoria, por mais bela que seja, merece contorno prático e objetivo, visou-se a construir e identificar o afinamento pragmático que realmente evidencia a inexistência da ação condenatória no plano material, trazendo-se exemplos simples e do cotidiano, modo a arredar dúvidas e assentar a propriedade do mais atual entendimento.

Destarte, o pragmatismo a reger a nossa concepção e interpretação do Direito deve lançar suas luzes também através do prisma da moderna classificação das ações, ora sob um olhar mais efetivo e de objetividade solar, de modo que se galgue a mais perfeita forma de adequar os institutos aos casos que por vezes nos são transmitidos no mundo dos acontecimentos, com o que somente assim será descortinado o justo e o sublime também no âmbito do processo.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. *A polêmica em torno da "Ação de Direito Material"*. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, n.º 97, ano XXXII, março de 2005.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide. Ed. 1992.
- ASSIS, Araken. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Mensagem enviada por e-mail para <jdias@tj.rs.gov.br>*, na data de 20 de abril de 2005.
- BRASIL, Código de Processo Civil. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAVALCANTE DIAS, Jadison Juarez. *O que é necessário saber (modernamente) sobre a classificação das ações materiais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009.
- _____. *Reflexões acerca da classificação quaternária da ação*. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil. n.º 40. Ano XI. Curitiba. Julho-dezembro de 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume 1. As relações processuais. A relação processual ordinária de cognição. São Paulo: Editora Saraiva, 1969.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Valores, Processo e Sentença*. São Paulo: Ltr, 2003.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento* / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Por uma nova teoria geral da ação: As Orientações Unitárias e a Orientação Dualista da Ação*. pp. 63/114. In Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Forense, 2008.
- _____. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *O problema da eficácia da sentença*. Disponível em <www.tex.pro.br>. Acesso em 29.06.2005, às 12h00min.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Tomo I, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada; ensaios*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *A Ação Condenatória como Categoria Processual*. In: Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 233/251.
- _____. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, volume I. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Mensagem enviada por e-mail para <jdias@tj.rs.gov.br>*, na data de 14 de setembro de 2005, às 14h40min.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Sentença: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro. Aide, 1991. 1ª edição.

18

UMA ANÁLISE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS CONTINUADAS À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.¹

SUMÁRIO – 1. Considerações iniciais – 2. Breve noção sobre a teoria do fato jurídico – 3. O fenômeno jurídico da incidência nas relações jurídicas instantâneas, permanentes e sucessivas – 4. As relações jurídicas permanentes e sucessivas e os limites temporais da coisa julgada – 5. Conclusões – Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Foi com muita extrema satisfação que recebi o convite para participar desta obra coletiva em homenagem a Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, o maior jurista brasileiro de todos os tempos, quiçá o maior jurista do século XX.

Pontes de Miranda com a sua “teoria do fato jurídico”, assim denominada pelo Professor Marcos Bernardes, que tão bem a divulgou e desenvolveu, criou uma teoria do direito, própria, original, coerente e mais adequada a enfrentar o fenômeno jurídico em sua dimensão normativa, que diversas outras teorias positivistas mundo afora².

A teoria do fato jurídico tem como pontos centrais: (i) o Direito como um processo de adaptação social; (ii) o fenômeno da incidência, que juridiciza os fatos que compõem o mundo, tornando-os jurídicos; (iii) a

-
1. Advogado sócio do Escritório Nóbrega Farias & Trajano Advogados Associados. Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Professor da Escola Superior da Advocacia na Paraíba – ESA-PB. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).
 2. Basta perceber que Pontes de Miranda, através da incidência explica a obrigatoriedade do direito de forma bem mais convincente e coerente que os sancionistas e imperativistas. Sobre uma análise dessas correntes, recomenda-se a leitura de BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico, p. 147-160; 181-196; assim como: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência, p. 03-05.

estrutura lógica da norma jurídica; (iv) a fenomenologia da juridicização; (v) a divisão do mundo jurídico nos planos da existência, da validade e da eficácia e, (vi) a dissociação entre incidência e aplicação da norma jurídica.

Pois bem, o objeto do presente ensaio consiste em analisar as relações jurídicas continuadas à luz da teoria do fato jurídico, haja vista a grande contribuição que a fenomenologia da juridicização (a incidência da norma jurídica) pode dar ao melhor entendimento do tema.

2. BREVE NOÇÃO SOBRE A TEORIA DO FATO JURÍDICO

Pontes de Miranda considera o Direito como um dos processos de adaptação social, como a Religião, a Moral, a Arte, a Economia, a Política e a Ciência, ou seja, como um instrumento apto a conformar a conduta dos homens, possibilitando a vida em sociedade³.

Sendo o direito um processo de adaptação social, “por ele, e através dele, o ser humano regula condutas, permitindo a vida em sociedade, contendo as subjetividades em sua *ipseidade*, em proveito da *alteridade* social”⁴.

A diferença do Direito para os demais processos de adaptação social reside na sua coercibilidade, decorrente da incidência incondicional e infalível das normas jurídicas, que as torna obrigatórias, independentemente, da adesão daqueles a que a incidência da regra possa interessar⁵.

Para Pontes de Miranda “a noção fundamental do direito é a de fato jurídico; depois, a de relação jurídica”⁶. E tal conclusão é bastante lógica, pois é a partir do fato jurídico que se forma o mundo jurídico, possibilitando o nascimento das relações jurídicas com a produção de toda a sua eficácia, constituída por direitos-deveres, pretensões-obrigações, ações, exceções e outras categorias eficaciais (situações jurídicas)⁷. Logo, imprescindível esclarecer antes de tudo o que vem a ser fato jurídico⁸.

3. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado da Ação Rescisória, p. 35. No mesmo sentido: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência, p. 03-05.

4. COSTA, Adriano Soares da. Teoria da Incidência da Norma Jurídica, p. 27.

5. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, tomo I, p. 16. No mesmo sentido: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência, p. 75.

6. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, tomo I, p. XVI.

7. Nesse sentido: GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de; ARAÚJO, Gabriela Expósito de. Da noção de direito ao remédio jurídico processual à especialidade dos procedimentos das execuções fundadas em título extrajudicial: ensaio a partir do pensamento de Pontes de Miranda, p. 506. No mesmo sentido: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais, p.749-753.

8. MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit., p. 20. No mesmo sentido, recomenda-se, ainda, a leitura da seguinte obra, que analisa a teoria do fato jurídico, em sua plenitude, com

Pois bem, há fatos que são tidos como relevantes para o direito e outros não. A valoração do que tem relevância para o relacionamento inter-humano e, conseqüentemente, para o direito, encontra-se nas normas jurídicas editadas pela comunidade jurídica, que, na sua finalidade de ordenar a conduta humana, atribuem relevância a determinados fatos, prevendo-os no seu suporte fático⁹ e atribuindo-lhes conseqüências, quando da sua concretização no mundo fático.

“Parece claro, daí, que a norma jurídica atua sobre os fatos que compõem o mundo, atribuindo-lhes conseqüências específicas (efeitos jurídicos) em relação aos homens, os quais constituem um *plus* quanto à natureza do fato em si. A norma jurídica, desse modo, adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos – o ser fato jurídico”¹⁰.

Resta claro, portanto, que há fatos relevantes, a que a norma jurídica *imputa* efeitos no plano do relacionamento inter-humano – os fatos jurídicos – e, fatos que, considerados irrelevantes, permanecem sem normatização; donde se permite distinguir, dentro do universo dos fatos, que é o mundo em geral – ou mundo fático –, um conjunto – o mundo jurídico – formado apenas pelos fatos jurídicos¹¹.

Ou seja, a norma jurídica é que, através de sua incidência¹² sobre o suporte fático concretizado no mundo dos fatos, gera os fatos jurídicos, que compõem o mundo jurídico, e de onde se possibilita o nascimento de relações jurídicas com a produção de toda a sua eficácia, constituída por

destaque para o fenômeno da incidência: GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples: Ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito.

9. Afigura-se importante a distinção que o Prof. Marcos Bernardes de Mello faz entre (a) o suporte fático, que designa o enunciado lógico da norma em que se representa a hipótese fática condicionante de sua incidência – denominado de suporte fático hipotético ou abstrato e, (b) que nomeia o próprio fato quando materializado no mundo dos fatos, denominado de suporte fático concreto. Nesse sentido, leia-se a seguinte transcrição: “(a) Ao suporte fático, enquanto considerado apenas como enunciado lógico da norma jurídica, se dá o nome de suporte fático hipotético ou abstrato, uma vez que existe, somente, como hipótese prevista pela norma sobre a qual, se ocorrer, dar-se-á a sua incidência. (b) Ao suporte fático quando já materializado, isto é, quando o fato previsto como hipótese se concretiza no mundo fático, denomina-se suporte fático concreto.” In: Op. Cit., p. 42.
10. MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit., p. 09.
11. MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit., p. 09.
12. Sobre a incidência na teoria ponteana, recomenda-se, ainda, a leitura das seguintes obras: NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica, p. 279-283; SILVA, Beclau-te Oliveira. Considerações acerca da incidência na teoria de Pontes de Miranda, p. 217-249.

direitos-deveres, pretensões-obrigações, ações, exceções e outras categorias eficaciais¹³.

Não se pode olvidar que a entrada dos fatos no mundo jurídico é fruto do fenômeno da juridicização, que, em toda a sua complexidade, envolve diversos momentos interdependentes, a saber: “(a) a definição pela norma jurídica da hipótese fática (definição normativa hipotética do fato jurídico); (b) a concreção desta hipótese no mundo dos fatos; (c) a sua consequente juridicização por força da incidência da norma e sua entrada como fato jurídico no plano da existência do mundo do direito; (d) a passagem dos fatos jurídicos lícitos, fundados na vontade humana (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico), pelo plano da validade, onde se verificará se são válidos, nulos ou anuláveis; (e) a chegada do fato jurídico ao plano da eficácia onde nascem as situações jurídicas, simples ou complexas (relações jurídicas, os direitos-deveres, pretensões-obrigações, ações-situações de acionado, exceções-situações do exceptuado, que constituem conteúdo eficazial específico de cada fato jurídico”¹⁴.

Por conseguinte, resta mais que evidente a relevância do fenômeno da incidência, que tem como efeito primordial (denominado eficácia legal, por Pontes de Miranda) gerar o fato jurídico, do qual decorrem outros efeitos como as relações jurídicas, com a produção de toda a sua eficácia, constituída por direitos-deveres, pretensões-obrigações, ações, exceções e outras categorias eficaciais.

Somente com a incidência e o consequente surgimento do fato jurídico é que se pode falar de eficácia jurídica (relação jurídica, direitos, deveres e demais categorias eficaciais¹⁵.

Assinale-se, por oportuno, que a norma, contendo a previsão normativa do fato jurídico, constitui-se numa proposição, “através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (= suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas consequências no plano do relacionamento intersubjetivo (= efeitos jurídicos)”¹⁶.

Destarte, a estrutura lógica da norma jurídica exige ao menos uma proposição jurídica que contenha: (a) a descrição de um suporte fático

13. Ibidem, p. 20.

14. Ibidem, p. 11-12.

15. Ibidem, p. 74.

16. MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit., p. 20.

do qual resultará o fato jurídico e, (b) a prescrição dos efeitos atribuídos ao fato jurídico respectivo¹⁷.

Como afirma o Prof. Marcos Bernardes de Mello, “do ponto de vista lógico-formal, a norma jurídica constitui uma proposição hipotética que, usando-se a linguagem da lógica tradicional, pode ser assim expressada: ‘se SF então deve ser P’, em que a hipótese é representada pelo suporte fático (SF) e a tese pelo preceito (P)”¹⁸.

O suporte fático da norma jurídica é composto por (a) *elementos nucleares*, que por serem considerados essenciais à sua incidência e à consequente criação do fato jurídico, constituem-se no cerne, cuja ausência ou deficiência, acarreta a inexistência do fato jurídico; (b) *elementos completantes*, que junto ao elemento cerne constituem o próprio suporte fático do fato, de modo que sua integral concreção no mundo é pressuposto necessário à existência do fato jurídico; (c) *elementos complementares*, não integram o núcleo do suporte fático, apenas o complementam (não completam) e se referem, exclusivamente, à perfeição de seus elementos, repercutindo apenas nos planos da validade e eficácia dos atos jurídicos *stricto sensu* e do negócios jurídicos – fundados na vontade humana – e, (d) *elementos integrativos*, que também não compõem o suporte fático do negócio jurídico, sendo atos praticados por terceiros, em geral autoridade pública, que integram o negócio jurídico, repercutindo apenas no plano da eficácia, a fim de que se irradie certo efeito que se adiciona à eficácia normal do negócio jurídico¹⁹.

Como se percebe a suficiência dos *elementos nucleares* e *completantes* refere-se à própria existência do fato jurídico; ao passo que os *elementos complementares* e *integrativos* relacionam-se à validade e eficácia do ato jurídico a que dizem respeito, de forma que a ausência de quaisquer deles pode ensejar a invalidade ou ineficácia do ato, nunca sua inexistência²⁰.

A fenomenologia da juridicização (a incidência da norma jurídica) apresenta determinadas características e exige alguns pressupostos para sua configuração.

As características mais marcantes da incidência são sua *incondicionalidade* e *infallibilidade* e, a *inesgotabilidade*.

17. Ibidem, p. 32.

18. Idem.

19. Ibidem, p. 52-56.

20. Ibidem, p. 62-63.

Quanto à incondicionalidade e infalibilidade, cumpre ressaltar que ocorridos os fatos que constituem o seu suporte fático da norma jurídica, a mesma incide, incondicional e infalivelmente, isto é, independentemente do *querer* das pessoas. Isso é o que distingue as normas jurídicas das demais normas de convivência social, como as da moral, da etiqueta, da religião e dos outros processos de adaptação social, exatamente porque as torna obrigatórias, independentemente da adesão daqueles a que a incidência da regra possa interessar²¹.

Já a *inesgotabilidade* quer significar que “a incidência não se esgota por haver ocorrido uma vez. Ao contrário, toda vez que o suporte fático se compuser, a norma incidirá”²². “A possibilidade de incidir somente deixa de existir quando a norma jurídica perde a sua vigência”²³

Do que até aqui foi exposto acerca da “teoria do fato jurídico”, facilmente, percebe-se que os pressupostos à incidência são: (a) a vigência da norma jurídica e, (b) a concreção do suporte fático suficiente²⁴.

Quanto à *vigência*, cumpre ressaltar que “a norma jurídica somente pode incidir após estar em vigor”²⁵. E, “a norma jurídica existe com vigência, quando tem a possibilidade de produzir seus efeitos específicos, incidindo sobre seu suporte fático e, pela criação do fato jurídico respectivo, ordenar a conduta humana no sentido de seus comandos”²⁶.

No que pertine à *concreção do suporte fático suficiente*, muito já foi dito, cabendo ressaltar sua ocorrência, quando se verifica a integral concreção no mundo fático dos *elementos nucleares e completantes do suporte fático hipotético* ou *abstrato* previsto na norma jurídica.

Para Pontes de Miranda, o mundo jurídico – composto pelos fatos jurídicos – divide-se em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia, “nos quais se desenvolveria a *vida* dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações”²⁷.

De forma bastante sucinta, por não se relacionar tão diretamente à análise das relações jurídicas continuadas, apresenta-se, nos parágrafos seguintes, breves considerações sobre os três planos do mundo jurídico.

21. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, tomo I, p. 16.

22. MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit., p. 79.

23. Ibidem, p. 80.

24. Idem.

25. Idem.

26. Ibidem, p. 83.

27. MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit., p. 99.

Os fatos do mundo fático ingressam no mundo jurídico, ao sofrerem a incidência de norma *juridicizante*²⁸, tornando-se fatos jurídicos e, portanto, adentrando no plano da existência.

Nesse plano, que é plano do *ser*, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos²⁹. Contudo, é importante destacar que somente o fato jurídico – logo, existente – gera eficácia jurídica³⁰.

Se o fato jurídico existe e é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico) há de passar pelo plano da validade, onde o direito fará a triagem entre o que é perfeito (que não tem qualquer vício invalidante) e o que está eivado de defeito invalidante.³¹

Já o plano da eficácia, é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos-deveres, pretensões-obrigações, ações e exceções, ou extinguindo³².

Vale salientar que, quando se fala em *ineficácia* do fato jurídico, está-se referindo à ineficácia quanto aos seus efeitos próprios e completos, porque, ao que parece, não existe uma ineficácia total³³.

Por fim, contribuição fundamental à análise das relações jurídicas continuadas à luz da “teoria do fato jurídico” se extrai da dissociação realizada por Pontes de Miranda entre incidência e aplicação da norma jurídica.

A incidência é *anterius*, com relação à aplicação, e se dá no mundo dos nossos pensamentos, ocorrendo de modo incondicional e infalível sempre que se concretizar no mundo fático o suporte fático previsto na norma jurídica. A aplicação é ato humano exteriorizado, é ato de execução, isto é, vida humana objetivada. É *posterius* em relação à incidência. Nem sempre coincidem a incidência e a aplicação, podendo, portanto, haver aplicação com desrespeito à norma sem que isso afaste a incidência e sua incondicionalidade.³⁴ “A inafastabilidade da incidência pela conduta

28. Destaca-se as normas juridicizantes, porque normas de Pré-exclusão de juridicidade e de desjuridicização não têm o efeito de proporcionar a entrada dos fatos no mundo jurídico.

29. MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit., p. 99.

30. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit., p. 4.

31. MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit., p. 100.

32. Ibidem, 101.

33. Vide nota de rodapé nº 102, na página 98, in: MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit.

34. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit., p. 36-37.

humana contrária – salvo quando permitida –, porém, tem como resultado considerar-se *contra legem* as atitudes que tornem incoincidentes a aplicação e a incidência, e não incorrida esta”³⁵.

Nas palavras de Pontes de Miranda, se fossem coincidentes a incidência e a aplicação, seria o ideal da justiça, mas a falibilidade humana faz com que nem sempre a aplicação da norma jurídica atenda à sua incidência e, por tal motivo é que o sistema, em busca da justiça, prevê a rescindibilidade das decisões civis (CPC, art. 485, V e IX), e a revisibilidade da sentença penal (CPP, art. 621, I a III), quando a aplicação se deu contra direito expresso (em sentido contrário à incidência) ou quando houver erro sobre os fatos (= suporte fático) em que se baseou³⁶.

Portanto, não se pode perder de vista que a aplicação pressupõe a incidência, de forma que tal noção deve ser levada em consideração na análise das relações jurídicas continuadas, onde, em regra, ocorre o contrário, na medida em que a sentença (aplicação), mediante a suposição de que o fenômeno da incidência continuará se dando da mesma forma – pela permanência do mesmo parâmetro jurídico³⁷ e a reiteração do *suporte fático concreto* – regula os efeitos de fatos futuros e incertos, embora prováveis, ainda não juridicizados pela incidência.

3. O FENÔMENO JURÍDICO DA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS INSTANTÂNEAS, PERMANENTES E SUCESSIVAS

A função jurisdicional cognitiva compõe atividades destinadas a formular juízo acerca da incidência ou não de norma jurídica sobre determinado fato. Tais atividades consistem, primordialmente, em coletar

35. MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit., p. 76.

36. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit., p. 36; MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit., p. 79.

37. Sobre a forte carga normativa das decisões dos Tribunais Superiores, recomenda-se a leitura das seguintes obras: “Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro”; “Uma proposta de sistematização eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC” e, “A impugnação ao título judicial pautado em fundamento inconstitucional como parte de um sistema de precedentes”, todas de autoria de ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Em sentido semelhante, tratando da mudança do parâmetro jurídico apta a ensejar a modificação da sentença, em virtude da superveniência de decisão do STF, recomenda-se a leitura de: SOUZA JR., Antônio Carlos Ferreira de. A cessação dos efeitos da coisa julgada das relações tributárias continuativas em face de superveniente decisão do STF..

e examinar as provas sobre o ato ou fato em questão; construir a partir do ordenamento jurídico a norma de regência da matéria e, por fim, declarar as consequências jurídicas decorrentes da incidência ou, se for o caso, declarar que não houve incidência; que inexistiu fato jurídico e, conseqüentemente, relação jurídica ou que esta não se deu da forma e na extensão pretendida.³⁸⁻³⁹

Assim, trabalhar sobre as normas e os fatos é trabalhar sobre o fenômeno jurídico da incidência. Daí pode-se concluir que toda sentença tem um conteúdo declaratório e que toda aplicação da norma é um enunciado de incidência.

Ocorre que nem sempre é fácil saber qual a *norma jurídica* (dispositivo de lei ou orientação jurisprudencial firme) que deve incidir sobre determinados fatos, aptos a ensejar relação jurídica, pois o fenômeno da incidência nem sempre é instantâneo.⁴⁰

Quando o ato ou fato ocorreu e produziu todos os seus efeitos sob a égide de uma determinada norma jurídica, não há dificuldade alguma,

38. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I, p. XVII.

39. No mesmo sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 80.

40. O civilista Caio Pereira preocupava-se muito com a questão do direito intertemporal, relativamente, aos efeitos futuros dos atos e fatos passados. Leia-se:

“[...] A lei velha, até o momento em que se extingue a sua eficácia, regulava todas as ações humanas, e sob o seu império tiveram nascimento direitos subjetivos individuais, criaram-se situações legais, constituíram-se posições jurídicas, regulou-se, em suma, pelos seus preceitos a vida civil. Instituída uma nova norma, por ela passaram a ter origem os direitos, dela surgiram outras situações e, numa palavra, a vida social entrou a pautar-se pelos seus ditames. Aparentemente, tudo é muito simples. E singelo é ainda o quadro se o observador encara aquelas situações jurídicas oriundas de fatos ocorridos ao tempo da lei caduca, cujo ciclo de produção de efeitos se desenvolveu todo, e encerrou-se antes do início da eficácia da lei nova.

Mas a complexidade da vida em sociedade não se subordina a um esquema tão apertado. Revogada a lei antiga, e substituída pelas novas disposições, encontram-se direitos subjetivos ou situações legais geradas por fatos ocorridos antes do império da lei modificadora, que não chegaram a produzir todos os seus efeitos. A lei velha estabelecia condições para a constituição das situações jurídicas, regulava a produção de seus efeitos, ou pautava o exercício dos direitos individuais, e vem a nova lei alterando umas e outras.

[...]

Sob qualquer denominação, o conflito temporal de leis pode resumir-se numa indagação: Por qual das duas leis, a nova ou a velha, devem ser reguladas as consequências dos fatos ocorridos antes de entrar em vigor a lei revogadora? Noutros termos: A lei velha deve continuar regulando as situações originadas durante sua vigência, ou a lei nova as alcança ao entrar em vigor?”. In: Instituições de Direito Civil, Volume 1, p. 89-90.

pois, conforme já exposto em item anterior, deve ser aplicada a norma vigente ao seu tempo.

Porém, há atos ou fatos ocorridos sob a égide de uma norma jurídica cujos efeitos não se produziram totalmente antes de sua revogação ou modificação. Há, ainda, atos e fatos cujos efeitos têm aptidão para se projetar no futuro, para além, inclusive, do momento da sentença que os apreciou⁴¹.

Daí a importância da análise, à luz da “teoria do fato jurídico” das relações jurídicas, classificadas quanto às circunstâncias temporais do *suporte fático concreto*, em: **a) relações instantâneas; b) permanentes e, c) sucessivas**.⁴²

Instantânea é a relação jurídica derivada de fato jurídico que se consuma imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrai a incidência da norma quando estiver inteiramente formado⁴³. A título de exemplo: *a)* a obrigação de indenizar pelo protesto indevido de um título de crédito; *b)* a obrigação de pagar o imposto de transmissão decorrente da venda de um imóvel e, *c)* a obrigação previdenciária de pagar os proventos de aposentadoria por tempo de serviço àquele que atingiu certa idade e completou determinado número de anos de trabalho ou de contribuição – esse seria um exemplo de relação instantânea com efeitos desdobrados ou diferidos no tempo, tendo em vista que o fato gerador (número de anos de trabalho ou de contribuição) já se encontra inteiramente consumado; embora se encontre diferida no tempo, por imposição legal, a obrigação de pagar os proventos⁴⁴.

A relação jurídica *permanente* é aquela “que nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo”⁴⁵. O exemplo clássico desse tipo de relação jurídica, também apresentado por Zavascki, é a obrigação previdenciária que dá ensejo ao benefício de auxílio-doença. O suporte fático em tal caso é a incapacidade temporária

41. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V, p. 147. No mesmo sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 80-81.

42. ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 81.

43. ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 81-82.

44. ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 83.

45. ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 82.

do segurado para exercer as suas atividades laborais, estado de fato que, prolongado no tempo, acarreta uma espécie de incidência contínua e ininterrupta da norma, gerando a obrigação, também continuada, de pagar a prestação. Dessa mesma classe é a obrigação de pagar alimentos, aqui, o suporte fático, desdobrado no tempo, constitui-se no binômio necessidade-possibilidade, ou melhor, a necessidade real do alimentando e a possibilidade ou capacidade econômica e financeira do alimentante em custear tais necessidades (Código Civil, arts. 1.694, §1º, 1.695).

Já a relação jurídica *sucessiva*, é aquela que nasce de fatos instantâneos que, todavia, repetem-se no tempo de maneira uniforme e continuada. Na verdade, as relações sucessivas compõem-se de uma série de relações instantâneas de idêntica natureza, que, pela sua reiteração e homogeneidade, podem receber tratamento jurídico conjunto. Em regra, as relações sucessivas pressupõem uma situação jurídica mais ampla, um determinado *status* das partes, um determinado regime etc.⁴⁶. Exemplifica-se tal tipo de relação jurídica com: *a*) a obrigação do comerciante de pagar o ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias) – note-se aqui o *status* de contribuinte do ICMS; *b*) a obrigação da empresa de prestação de serviço de recolher o ISS (imposto sobre serviço) sobre o valor do serviço – observe-se o *status* de contribuinte do ISS; *c*) a obrigação do Estado de pagar os vencimentos do servidor público – anote-se o *status* de servidor e o regime estatutário; *d*) a obrigação do empregador de pagar o salário do seu empregado – veja-se o *status* de empregado e o regime celetista.

Por conseguinte, os efeitos jurídicos da incidência, à luz da “teoria do fato jurídico”, devem levar em consideração os 03 (três) supracitados tipos de relações jurídicas.

Com efeito, no que se refere às relações *instantâneas*, se o *suporte fático concreto* esgota-se imediatamente, ensejando a incidência da norma num determinado momento, não há que se falar alteração dos efeitos jurídicos decorrentes da incidência, pois não há espaço para a alteração do parâmetro fático ou jurídico. Por exemplo, se um ato danoso fora praticado em 2008, quando a orientação jurisprudencial firme era no sentido de que não se constituía em ilícito, por ser exercício regular de um direito reconhecido, não pode o agente ser condenado com

46. Idem.

fulcro no fato do STJ, no ano de 2010, ter passado a entender que o tal ato danoso não se configura em exercício regular do direito, mas sim em abuso de direito.

No mesmo norte, imagine-se que determinado segurado aposentou-se por tempo de serviço, na vigência de uma orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, no sentido de que não havia necessidade de se cumular a idade mínima com o tempo de serviço; na hipótese de surgir um novo precedente, entendendo que, para adquirir o direito à aposentadoria, o segurado deve cumular os dois supracitados requisitos, é óbvio que tal “nova norma jurídica” não pode retroagir para desconstituir a aposentadoria do segurado, pois o *suporte fático concreto* já se encontrava inteiramente consumado, quando se alterou o parâmetro jurídico, não podendo este alterar os efeitos futuros da relação jurídica.

Por outro lado, quanto às relações *permanentes* ou *sucessivas*, onde o fenômeno da incidência da norma sobre os fatos se prolonga no tempo, ou ocorre sucessivas e repetidas vezes, a mudança do parâmetro jurídico surte efeitos imediatos^{47/48/49}. Exemplificando: *a)* se, em 2005, o segurado passou a auferir o benefício do auxílio acidente, quando a orientação do STJ era no sentido de que a moléstia de que era vítima ocasionava a incapacidade temporária para o trabalho, a superveniência, em 2006, de novo precedente do STJ entendendo que aquela moléstia não ensejava incapacidade para o trabalho, faz cessar o benefício, sem, porém, obrigar a restituição do que o segurado recebeu; *b)* do mesmo modo, suponha-se

47 Zavascki (Op. Cit., p. 80-85) e Talamini (In: Coisa Julgada e sua Revisão, p. 95) entendem que a alteração do quadro normativo surte efeitos imediatos sobre as relações continuativas, fazendo cessar automaticamente os efeitos da coisa julgada, exceto nas exceções legais, que demandam o ajuizamento de ação própria, como por exemplo: a ação de exoneração ou revisão de alimentos e a ação revisional de aluguel.

48. Em sentido diverso, posiciona-se Pontes de Miranda (In: Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V, p. 148-152) exigindo uma ação de modificação, para fazer cessar os efeitos da coisa julgada. No mesmo sentido: SOUZA JR., Antônio Carlos Ferreira de. A cessação dos efeitos da coisa julgada das relações tributárias continuativas em face de superveniente decisão do STF.

49. Com apoio nos princípios da celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, bem como no sistema de precedente em formação no Brasil, há que se concordar com a primeira corrente, defendida por Zavascki e Talamini. Imagine-se se toda vez que cessasse a incapacidade temporária para o trabalho de um segurado beneficiário de auxílio doença o órgão previdenciário tivesse que ajuizar uma “ação de modificação”? Nesses casos, a certificação judicial da modificabilidade, dar-se-ia de forma diferida se e quando a parte movesse ação judicial questionando o ato administrativo que modificou a execução da sentença motu propria data.

que o STJ, em 2006, mantinha entendimento pacífico no sentido de que determinadas atividades empresariais não se submetiam ao pagamento do PIS/COFINS e, outras deveriam recolher sob a alíquota “X”; se em fevereiro de 2007, a orientação jurisprudencial do STJ passou a ser no sentido de que aquelas determinadas atividades empresariais também deveriam recolher o PIS/COFINS e, outras, que recolhiam sob a alíquota “X”, deveriam passar a recolher sob a alíquota “Y”, tal orientação deve ser imediatamente observada, fazendo cessar a isenção e obrigar o recolhimento com base na alíquota “Y”.

Observe-se a título de exemplo, o julgado abaixo do STJ, da lavra do Min. Zavascki, tratando da incidência do novo precedente sobre relação jurídica sucessiva:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO ASSEGURADA POR DECISÃO JUDICIAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEI FIXANDO NOVOS VENCIMENTOS. ABSORÇÃO DAS VANTAGENS ANTERIORES, ASSEGURADA A IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS. LEGITIMIDADE. EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA, OBSERVADA A CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. PRECEDENTES (MS 11.145, CE, MIN. JOÃO OTÁVIO, DJE 03/11/08).

1. Ao pronunciar juízos de certeza sobre a existência, a inexistência ou o modo de ser das relações jurídicas, a sentença leva em consideração as circunstâncias de fato e de direito que se apresentam no momento da sua prolação. Tratando-se de relação jurídica de trato continuado, a eficácia temporal da sentença permanece enquanto se mantiverem inalterados esses pressupostos fáticos e jurídicos que lhe serviram de suporte (cláusula *rebus sic stantibus*). Assim, não atenta contra a coisa julgada a superveniente alteração do estado de direito, em que a nova norma jurídica tem eficácia *ex nunc*, sem efeitos retroativos. Precedentes da CE e de Turmas do STJ.

2. No caso, a superveniente Lei 10.475/02, dispondo sobre os vencimentos de servidores públicos, operou a absorção dos valores anteriores, inclusive o das vantagens asseguradas por sentença, mas preservou a irredutibilidade mediante o pagamento de eventuais diferenças como direito individual (art. 6º). Legitimidade da norma, conforme decisão do STF, adotada como fundamento do ato atacado.

3. Mandado de segurança denegado.

(MS 11.045/DF, Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 03 fev. 2010, DJe 25 fev. 2010).

4. AS RELAÇÕES JURÍDICAS PERMANENTES E SUCESSIVAS E OS LIMITES TEMPORAIS DA COISA JULGADA⁵⁰⁻⁵¹

É importante destacar que, nas relações *permanentes* e *sucessivas*, até mesmo a coisa julgada, pode ter seus efeitos temporais limitados, pela superveniência de nova *norma jurídica* (nova lei ou orientação jurisprudencial) ou alteração do suporte fático.

A sentença ao examinar o fenômeno de incidência em determinada relação jurídica, pronunciando as consequências jurídicas daí decorrentes, leva em consideração as circunstâncias de fato e de direito, então presentes^{52/53}.

Ou seja, a sentença em regra opera sobre o passado, já que seu juízo se formou com relação a fatos ocorridos⁵⁴. O juiz ao decidir a causa, define, em regra, os efeitos de fatos já acontecidos, não de fatos ainda por vir. Por isso é que a sentença, regra geral, tem eficácia retroativa⁵⁵.

Ocorre que, nas relações jurídicas *permanentes* e *sucessivas*, que se compõem ou de uma situação jurídica de caráter permanente, ou de

50 Essa questão dos limites temporais da coisa julgada está inserida numa questão maior, qual seja, dos limites objetivos da coisa julgada, pois a alteração do quadro fático-normativo nas relações continuadas revela, na verdade, a alteração da causa de pedir e, consequentemente, da ação de direito material, autorizando nova discussão judicial, eis que não albergada pela sentença transitada em julgado. Nesse sentido: TALAMINI, Eduardo. Op. Cit., p. 87. No mesmo sentido, e com maior rigor técnico: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V, p. 147.

51. No mesmo sentido, e com maior rigor técnico: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V, p. 147.

52. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V, p. 147. No mesmo sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 80-82.

53. Ainda no mesmo sentido, CARNELUTTI, Francesco. Instituições do Processo Civil, p. 117-118: "Quando está vinculada (infra, nº 191), a jurisdição se resolve na verificação dos dados de direito e de fato relevantes em relação a uma relação jurídica, ou seja, dos preceitos e dos fatos dos quais depende sua existência ou inexistência; conforme os resultados dessa verificação o juiz declara que a situação existe ou não existe. Tal declaração, quando o juiz a faz em caráter oficial e com eficácia imperativa, tem o nome de declaração de certeza; (...) A declaração de certeza consiste, pois, na declaração imperativa de que ocorreu um fato ao qual a norma jurídica vincula um efeito jurídico. O fundamento teórico dessa noção está na teoria dos fatos jurídicos ou, mais amplamente, das mutações jurídicas, que é uma parte muito importante da teoria geral do direito."

54. DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário, p. 202-203.

55. ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 84. No mesmo sentido: PORTO, Sérgio Gilberto. Coisa Julgada Civil, p. 80-82.

relações instantâneas homogêneas, há uma certa estabilidade no fenômeno de incidência, o que, conseqüentemente, dá aptidão à sentença de regular os efeitos de fatos futuros, que são recorrentes àquela situação jurídica concreta e presente, no momento da prolação da sentença.

Porém, é importante que se diga que essa “ultratividade” da sentença somente pode existir, enquanto persistir o mesmo quadro fático-normativo sobre o qual se estabeleceu o juízo de certeza, tendo em vista que na medida em que houver alteração do *suporte fático concreto* ou da norma jurídica, haverá um novo fenômeno de incidência, que poderá ensejar conseqüências diversas das estabelecidas no momento da sentença.

Pontes de Miranda afirma, como muita lucidez, que há sentenças que projetam no tempo os seus próprios pressupostos, porém, admitindo variação nos seus parâmetros fático-jurídicos, o que enseja nova incidência e, assim, novas conseqüências jurídicas, sem que isso signifique afronta à coisa julgada formal ou material, pois “é o direito material⁵⁶ que determina a qualidade das suas regras, de modo que a coisa julgada formal ou material não é ofendida por essa mutabilidade, nem pela conseqüente alterabilidade dos termos da interpretação ou versão *executiva* inicial da sentença”⁵⁷

Com efeito, se a sentença concluiu que uma relação jurídica existe ou que tem certo conteúdo, é porque se embasou num determinado comando normativo (norma jurídica) e numa determinada situação de fato (suporte fático concreto). Da mesma forma, se concluiu que determinada relação jurídica não existe, embasou-se na inexistência ou do comando normativo, ou da situação de fato, ou dos dois. Ou seja, a mudança de qualquer desses elementos em que se fulcra a sentença compromete a conclusão final acerca do fenômeno de incidência e das conseqüências do fato jurídico⁵⁸.

Por tais motivos, é que se fala que a coisa julgada, mormente a constituída nas relações jurídicas continuativas, contém, em si, a cláusula *rebus sic stantibus*, estando apta a produzir seus efeitos, enquanto se mantiverem inalterados o estado de direito e o suporte fático, ou melhor,

56. Sobre a ação de direito material recomenda-se a leitura da relevante obra: Teoria da Ação de Direito Material, de autoria de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira.

57. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V, p. 147.

58. ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 88.

enquanto se mantiver inalterado o quadro fático-normativo vigente ao tempo de sua formação^{59/60}.

O art. 471 do CPC trata da matéria, estabelecendo que a parte pode pedir revisão do que fora estatuído na sentença, se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito.

O Enunciado nº 239 da Súmula do STF também trata do tema, estabelecendo que: *“Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”*.

Observe-se que o sentido do supracitado Enunciado não pode ser o literal, até porque seu verbete não expressa a *ratio decidendi* do precedente que lhe deu origem (Agravo de Petição nº 11.227). É que, em tal julgado, o STF, em voto condutor do Min. Castro Nunes, decidiu que a coisa julgada terá que se limitar aos termos da controvérsia, de forma que, se o objeto da ação é um dado lançamento que se houve por nulo em certo exercício, a renovação do lançamento no exercício seguinte não estará obstada pelo julgado. Porém, se a decisão fora sobre o tributo em si mesmo, declarando-o indevido ou inconstitucional, a coisa julgada, enquanto não rescindida, obsta a cobrança nos exercícios seguintes. Saliente-se que o precedente, quanto aos limites temporais da coisa julgada, sequer ressalva a manutenção do mesmo quadro fático-normativo, consoante se depreende da transcrição de trecho do voto do relator:

(...) O que é possível dizer, sem sair, aliás, dos princípios que governam a coisa julgada, é que esta se terá de liminar aos termos da controvérsia. Se o objeto da questão é um dado lançamento que houve por nulo em certo exercício, claro que a renovação do lançamento no exercício seguinte não estará obstada pelo julgado. É a exposição dos expositores acima citados.

Do mesmo modo, para exemplificar com outra hipótese que não precludirá nova controvérsia: a prescrição do imposto referente a um dado exercício, que estará prescrito, e assim terá sido julgado,

59. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V, p. 147. Leia-se: “quando, no caso de solução a respeito de relação jurídica contínua, a sentença contém explícita ou implícita, em virtude do art. 471, I, a cláusula de modificabilidade mesma...”.

60. TALAMINI (In: Op. Cit., p. 90) critica o emprego da expressão de que a coisa julgada está submetida à cláusula *rebus sic stantibus*, a menos, que se pretenda dar essa classificação a toda e qualquer hipótese de coisa julgada.

sem que, todavia, a administração fiscal fique impedida de lançar o mesmo contribuinte em períodos subsequentes, que não estão prescritos nem terão sido objeto do litígio anterior.

Mas se os tribunais estatuíram sobre o imposto em si mesmo, se o declararam indevido, se isentaram o contribuinte por interpretação da lei ou de cláusula contratual, se houveram o tributo por ilegítimo, porque não assente em lei a sua criação ou por inconstitucional a lei que o criou, em qualquer desses casos o pronunciamento judicial poderá ser rescindido pelo meio próprio, mas enquanto subsistir será um obstáculo à cobrança, que, admitida sob a razão especiosa de que a soma exigida é diversa, importaria praticamente em suprimir a garantia jurisdicional do contribuinte, que teria tido, ganhado a demanda a que o arrastara o Fisco, em verdadeira vitória de Pirro.

Ora, no caso dos autos, o mesmo contribuinte novamente lançado para pagar imposto de renda sobre juros de apólices já obtivera o reconhecimento judicial do seu direito de não pagar o imposto sobre tal renda.

Não importa que haja julgados posteriores em outras espécies sufragando entendimento diverso, aliás com o meu voto. Nem impressiona o argumento de que o caso julgado fere a regra da igualdade tributária, por isso que, em qualquer matéria, essa desigualdade de tratamento, fiscal ou não, é uma consequência necessária da intervenção do Judiciário, que só age por provocação da parte e não decisão senão em espécie.

Pelo exposto, rejeito os embargos.

(STF, Pleno, AgPet nº 11.227, Relator: Min. Castro Nunes, P. DJ 10 fev. 1945)

O próprio STF, posteriormente, no Recurso Extraordinário nº 99.435/MG, tratou de interpretar o Enunciado nº 239 de sua Súmula, restringindo-lhe o alcance, no sentido de que com relação às decisões que tratam da relação de direito tributário material, para dizer inexistente a pretensão fiscal do sujeito ativo, por inexistência de fonte legal da relação jurídica que obrigue o sujeito passivo, faz coisa julgada, impedindo o lançamento nos exercícios seguintes, a menos que ocorra mudança dos termos da relação jurídico-tributária pelo advento de uma nova norma jurídica. Nesse sentido, leia-se a ementa do acordo e o trecho do voto do relator, Min. Rafael Mayer:

ICM. Coisa julgada Declaração de intributabilidade. Súmula 239. – A declaração de intributabilidade, no pertinente a relações jurídicas originadas de fatos geradores que se sucedem no tempo, não

pode ter o caráter de imutabilidade e de normatividade a abranger eventos futuros. Recurso extraordinário conhecido e provido.

VOTO

(...)

Entretanto, no atinente à divergência com a Súmula 239, cuidou esteja demonstrada. Na verdade, a declaração de intributabilidade, no pertinente a relações jurídicas originadas de fatos geradores que se sucedem, no tempo, não pode ter o caráter de imutabilidade e de normatividade a abranger os eventos futuros. A exigência de tributo advinda de fatos impositivos posteriores aos que foram contemplados em determinado julgado, embora se verifique entre as mesmas partes, e seja o mesmo tributo, abstratamente considerado, não apresenta o mesmo objeto e causa de pedir que a demanda anteriormente decidida. Esse é o sentido da Súmula 239, com a qual conflita o acórdão recorrido.

Por isso, conheço do recurso, pela divergência, e lhe dou provimento.

Resumindo, a correta aceção do Enunciado nº 239 da Súmula do STF é no sentido de que a decisão que reconhece a inexistência do dever do contribuinte de pagar determinado tributo, em virtude de isenção, imunidade ou não incidência (por exemplo), permanece eficaz enquanto permanecer o mesmo quadro fático-normativo. Se o estado de direito do tributo sofrer alteração no exercício posterior, a decisão que houver reconhecido a inexistência do dever de contribuir, no exercício anterior, não mais se aplica⁶¹⁻⁶².

61. ROSAS, Roberto. Direito Sumular, p. 94.

62. Ressalte-se que, lamentavelmente, no dia 08 de abril do corrente ano fora publicada notícia no sítio do STJ, informando sobre decisão que vai de encontro à melhor doutrina e ao sentido que o STF vem dando ao E. nº 239 de sua S. Leia-se: "RECURSO REPETITIVO. Decisão transitada que desobriga recolhimento da CSLL não é atingida por posterior julgamento de constitucionalidade. Contribuintes que tenham a seu favor decisão judicial transitada (sem possibilidade de recurso) em julgado declarando inconstitucionalidade formal e material da CSLL - Contribuição Sobre Lucro Líquido, conforme concebida pela Lei n. 7.689/1988, não podem ser cobrados em razão de o Supremo Tribunal Federal (STF) ter, posteriormente, se manifestado em sentido oposto à decisão. (...) O ministro Arnaldo Esteves Lima, relator do processo, reconheceu que a Lei n. 7.689/88 já foi considerada constitucional pelo STF. 'Ocorre que, em favor da parte recorrente, há sentença transitada em julgado que, ao reconhecer a inconstitucionalidade da lei, declarou haver inexistência da obrigação de pagar a CSLL', observou. 'O fato do STF posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar a validade à existência do controle difuso de inconstitucionalidade', explicou. (...) Com essas considerações, a Seção decidiu haver

Isso quer significar que nem mesmo a coisa julgada impede que os novos fatos jurídicos geradores das relações jurídicas continuativas observem de imediato a alteração do quadro fático-normativo⁶³.

Por exemplo, imagine-se que uma empresa obteve sentença favorável, reconhecendo o direito à isenção do ICMS, porque se entendeu que a mesma era uma mera prestadora de serviço, ou porque a interpretação sistemática da lei então vigente conduzia à conclusão de isenção para tal ramo empresarial. Se, após o trânsito em julgado da sentença, houve alteração do *suporte fático concreto* – a empresa alterou seu contrato social, passando a ter como objeto a venda de produtos – ou alteração do estado jurídico – surgiu uma nova lei, cuja interpretação sistemática era uníssona no sentido da tributação pelo ICMS daquele específico ramo empresarial –, é óbvio que os efeitos da sentença não alcançam os fatos jurídicos posteriores a tais alterações fático-normativas.

Logo, é evidente que um precedente judicial de Tribunal Superior, que anuncia uma *nova norma jurídica*, pode ser imediatamente observado, fazendo cessar, quanto aos fatos jurídicos futuros, e só quanto a estes, os efeitos decorrentes de sentença transitada em julgado com base em anterior quadro normativo⁶⁴.

Destaque-se, no entanto, que a alteração do quadro normativo – *v.g.*, a superveniência de lei extinguindo imunidade tributária – não tem eficácia retroativa sobre a coisa julgada, de forma que os efeitos até então produzidos pela sentença são plenamente válidos, não havendo que se falar em cobrança do que se deixou de pagar, ou em repetição de indébito do que se pagou indevidamente⁶⁵.

ofensa à coisa julgada e proveu o recurso do contribuinte para anular a ação de execução da Fazenda”

63. TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e Processo, p. 51-52.

64. TALAMINI (In: Op. Cit., p. 398) discorda dessa conclusão, para ele a simples alteração jurisprudencial seguida de sua estabilização não autoriza a cessação dos efeitos da sentença nas relações de trato continuado. Entende que a alteração do direito somente ocorre quando o novo sentido atribuído ao dispositivo decorrer de mudança do quadro fático e (ou) axiológico. Porém, no estágio atual Direito brasileiro, não há que se concordar com essa conclusão, tendo em vista o alto grau normativo das decisões dos Tribunais Superiores, que, no mais das vezes, ultrapassa os interesses subjetivos das partes em litígio.

65. Nesse sentido, as lições de Pontes de Miranda, ao defender que a sentença na ação de modificação tem eficácia *ex nunc*. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V, p. 152-153. Em sentido semelhante: MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada Inconstitucional, p. 159.

5. CONCLUSÕES

O presente ensaio teve como escopo analisar questões ainda controvertidas acerca das relações jurídicas continuadas e procurou fazê-lo à luz da “teoria do fato jurídico”. Com base nessas premissas é que apresentamos as seguintes inferências:

- » A “teoria do fato jurídico”, através de seus pontos centrais – *v.g., o fenômeno da incidência, que juridiciza os fatos que compõem o mundo, tornando-os jurídicos; a fenomenologia da juridicização e, a dissociação entre incidência e aplicação da norma jurídica* – traz grande contribuição a uma melhor compreensão do tema das relações jurídicas continuadas.
- » Nas relações jurídicas continuadas, a sentença (aplicação), mediante a suposição de que o fenômeno da incidência continuará se dando da mesma forma – pela permanência do mesmo parâmetro jurídico e a reiteração do *suporte fático concreto* – regula os efeitos de fatos futuros e incertos, embora prováveis, ainda não juridicizados pela incidência.
- » Ou seja, nas relações jurídicas continuadas, pela suposição de estabilidade do parâmetro fático-jurídico (incidência da mesma norma jurídica, sobre os mesmos fatos), inverte-se a lógica adiantando-se, pela sentença (aplicação), os efeitos de fatos que sequer foram juridicizados, por ainda não terem se concretizado no mundo dos fatos e, conseqüentemente, não ter havido a incidência.
- » Por conseguinte, sendo a aplicação *posterius* em relação à incidência e, tendo esta como pressupostos (a) a vigência da norma jurídica e (b) a concreção do suporte fático suficiente; dúvida inexistente quanto à possibilidade de modificação dos efeitos da sentença, em caso de alteração do parâmetro fático-jurídico, sem que isso configure afronta à coisa julgada formal ou material, pois a incidência ocorrerá de forma diversa da antevista no momento da aplicação (que excepcionalmente ocorreu anteriormente à incidência), seja pela ausência de vigor da norma jurídica aplicada, seja pela não concreção do suporte fático da forma como esperada.
- » A “ultratividade” da sentença nas relações jurídicas continuadas somente pode existir, enquanto persistir o mesmo quadro fático-normativo sobre o qual se estabeleceu o juízo de certeza, tendo em vista que na medida em que houver alteração do *suporte fático*

concreto ou da norma jurídica, haverá um novo fenômeno de incidência, que poderá ensejar consequências diversas das estabelecidas no momento da sentença.

- » Por fim, como bem observou Pontes de Miranda, há sentenças que projetam no tempo os seus próprios pressupostos, porém, admitindo variação nos seus parâmetros fático-jurídicos, o que enseja nova incidência e, assim, novas consequências jurídicas, sem que isso signifique afronta à coisa julgada formal ou material, pois “é o direito material que determina a qualidade das suas regras, de modo que a coisa julgada formal ou material não é ofendida por essa mutabilidade, nem pela consequente alterabilidade dos termos da interpretação ou versão *executiva* inicial da sentença”.⁶⁶

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Uma proposta de sistematização eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: DIDIER Jr., L. C.; BASTOS, A. A.. (Org.). **O Projeto de Novo Código de Processo Civil - Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos**. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. A impugnação ao título judicial pautado em fundamento inconstitucional como parte de um sistema de precedentes. In: DIDIER Jr., F.; CUNHA, L. C.; BASTOS, A. A.. (Org.). **Execução e Cautelar - Estudos em homenagem a José de Moura Rocha**. Salvador: Juspodivm, 2012.

BOBBIO, Nobberto. **O Positivismo Jurídico**. Tradução de Mário Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria geral do direito**. 3 ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Nova Ed. 5 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999 (Reimpressão 2006).

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. 1 v.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da Incidência da Norma Jurídica** - Crítica ao Realismo Linguístico de Paulo de Barros Carvalho. 2 ed., rev., cor. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

66. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V, p. 147.

- DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: Proteção da Confiança, Boa-Fé Objetiva e Irretroatividade como Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. São Paulo: Noeses, 2009.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples**: Ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito. Universidade Católica de Pernambuco, Recife, set. 2008.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de; ARAÚJO, Gabriela Expósito de. *Da noção de direito ao remédio jurídico processual à especialidade dos procedimentos das execuções fundadas em título extrajudicial: ensaio a partir do pensamento de Pontes de Miranda*. In: DIDIER Jr., F.; CUNHA, L. C.; BASTOS, A. A.. (Org.). **Execução e Cautelar - Estudos em homenagem a José de Moura Rocha**. Salvador: Juspodivm, 2012.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: Juspodivm, 2008.
- _____. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., F. (Org.). **Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial**. Salvador: Juspodivm, 2010. 2 v.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte**. 6 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, a. 1, n. 01., p. 267-283, Março 1964.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 1 v.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003.
- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V: arts. 1º a 45. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 5 ed. Rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V: arts. 444 a 475. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 3 ed. Rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. **Tratado de direito privado**, t. I. 4 ed. São Paulo: RT, 1983.
- PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Civil**. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular. Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 8 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Beclaute Oliveira. Considerações acerca da incidência na teoria de Pontes de Miranda. **Revista do Mestrado e Direito da Universidade Federal de Alagoas**, Salvador, a. I, n. 01., p. 217-249, Jan/Dez 2005.

SOUZA JR., Antônio Carlos Ferreira de. **A cessação dos efeitos da coisa julgada das relações tributárias continuativas em face de superveniente decisão do STF**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito. Universidade Católica de Pernambuco, Recife, set. 2011.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

19

A RESOLUÇÃO PARCIAL DO MÉRITO NO SANEAMENTO DO PROCESSO E A NATUREZA JURÍDICA DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL: DA DOCTRINA DE PONTES DE MIRANDA AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

José Carlos Van Cleef de Almeida Santos¹

SUMÁRIO – 1. Notas introdutórias de delimitação geral – 2. Breve investigação quanto ao mérito no direito processual civil brasileiro – 3. O princípio da unidade e unicidade da sentença – 4. O saneamento do processo como uma estruturação inicial que valorizou a concepção do julgamento fracionado do mérito no direito processual civil brasileiro: da evolução do Código de Processo Civil de 1939 ao Projeto do Novo Código de Processo Civil, passando pela doutrina de Pontes de Miranda. 5. A natureza jurídica do pronunciamento judicial que em sede de saneamento do processo resolve parte do mérito da causa – [Referências bibliográficas.](#)

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS DE DELIMITAÇÃO GERALT

Inúmeros juristas de expressão nacional e universal têm criticado o novo Código de Processo Civil, apontando falhas, umas consideradas superáveis e outras reconhecidas como intransponíveis. Ao lado desses processualistas, cujo rigor dos ataques nem sempre é cientificamente justificado, existem outros que, cotejando o código pretérito com o regente, demonstram a superioridade orgânica e prática do atual, não só pelas variadas inovações apresentadas, mas por um conjunto de qualidades que o tornam uma dos mais perfeitos de nosso tempo.²

-
1. Mestre e especialista em direito processual civil pela PUC-SP. Graduado em direito pela PUC-SP. Professor assistente na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Curso de Especialização em Processo Civil da Escola Paulista de Direito. Professor do Curso Dogma. Advogado em São Paulo.
 2. PRADÉ, Péricles Luiz Medeiros. Apresentação. In: PRADÉ, Péricles Luiz Medeiros (Coord.). Estudos sobre o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Resenha Tributária Ltda., 1974, p. 11.

O trecho acima transcrito foi retirado do livro “Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil” publicado quando da promulgação do Código de Processo Civil de 1973 e revela inegável atualidade. Referida obra, que reuniu os ensinamentos de diversos processualistas de renome – dentre os quais o saudoso Pontes de Miranda-, a quem desde logo dedicamos o presente ensaio, indica que independente do momento histórico as mudanças das legislações, sobretudo as codificadas, impactam sobremaneira no comportamento da doutrina e tornam-se motivo de grande discussão acadêmica. Nunca foi diferente em nosso país, ao menos na seara do direito processual civil³.

Nos últimos tempos, foi com a instituição, pelo ato n.º 379, de 30 de setembro de 2009, da Comissão de Juristas destinada a elaboração de um anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, que a doutrina processual civil brasileira iniciou um grande movimento de debate sobre a reforma de nosso atual diploma processual, o que ganhou intensidade com a elaboração do Projeto Lei do Senado n.º 166/2010, que atualmente encontra-se em trâmite perante a Câmara dos Deputados, sob o número PL n.º 8.046/2010⁴.

Em tempos de grandes discussões acerca de diversos institutos processuais, a proposta do presente estudo tem por objetivo levantar e discutir as problemáticas existentes sobre um assunto que gera polêmica entre os processualistas desde o Código de Processo Civil de 1939 e que recebe um tratamento novo e expresso pelos termos do Projeto do Novo Código de Processo Civil: a resolução parcial do mérito no saneamento do processo e a natureza do respectivo pronunciamento jurisdicional.

Para tanto, tomaremos como base a posição doutrinária de um dos maiores juristas que nosso país conheceu – Pontes de Miranda -, e amparados no escólio de outros processualistas contemporâneos ao homenageado e de outros mais recentes (nacionais e estrangeiros), buscaremos defender uma proposta de sistematização da matéria de acordo com o

3. Para uma visão ampla da evolução histórica do processo civil brasileiro, consultar o segundo e o terceiro capítulo do nosso trabalho: ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

4. Até a finalização do presente ensaio, a última versão do Projeto restou disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1037367&filename=Tramitacao-PL+6025/2005. Acesso em 12.01.2013.

sistema processual civil brasileiro atual, confrontando-a com as posições contidas no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

A comparação entre as ideias de um dos maiores processualistas brasileiros, o grande Pontes de Miranda – cunhadas em seu tempo histórico e inegavelmente influenciadoras de nosso sistema processual civil –, com as posições da doutrina mais atual e as propostas contidas no Projeto do Novo Código de Processo Civil é uma proposta extremamente instigante e rica, razão pela qual rendo desde já as minhas homenagens aos coordenadores e autores da presente coletânea, pela brilhante iniciativa e por mais uma publicação de destaque no cenário jurídico brasileiro.

2. BREVE INVESTIGAÇÃO QUANTO AO MÉRITO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Para tratarmos, corretamente, da resolução parcial do mérito, temos, primeiramente, que tecer algumas conclusões prévias quanto ao próprio instituto do mérito, uma vez que ainda hoje o conceito de mérito não possui expressa disposição legal, tampouco encontra estabilidade na doutrina, mormente por estar enraizado em bases da legislação tidas por muitos doutrinadores como imprecisas⁵. Não há como identificarmos “se” e “como” o juiz pode resolver parte do mérito no curso do processo – sobretudo no momento de saneamento –, se não tivermos em mente o que seja mérito.

Parte da doutrina, amparada nas premissas da Exposição de Motivos do nosso atual Código de Processo Civil, entende que nossa legislação emprega a palavra “lide”, e só ela, para designar o que seja o “mérito” da causa. “Lide”, nessa ótica, seria, então, “o objeto principal do processo”.

Alfredo Buzaid, autor do anteprojeto que deu origem ao nosso Código de Processo Civil, responsável pela idealização sistêmica nele contida,

5. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 02; DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 6ª Ed. São Paulo: Malheiro, 2010, t. I; LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1976; e CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil. Porto Alegre: Fabris, 1992; ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

inegavelmente simpatizante da doutrina carneluttiana⁶, em uma de suas principais obras deixa claro que a lide é o “objeto fundamental do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”⁷. Foi amparado nesta concepção, portanto, que a nossa legislação identificou o conceito de mérito como sendo a própria lide, que seria, por sua vez, o objeto central do processo⁸.

Com efeito, a partir das inovações empregadas por Carnelutti ao processo civil, especialmente advindas de sua construção teórica sobre a lide (que até suas obras doutrinárias sequer tinha um significado científico preciso), parte da doutrina passou a entender que o conceito processual de lide se prestava de modo fecundo a caracterizar o próprio mérito da causa⁹, já que em torno dela tudo ocorria na seara processual.

Interpretava-se, nesse sentido, que uma vez que a lide era o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro, o julgamento desse conflito de pretensões, pelo qual o juiz determinava de quem era a razão, constituía-se verdadeira decisão definitiva de mérito¹⁰. O juiz, ao garantir a justa composição da lide, com o julgamento, conquistava o verdadeiro fim do processo, resolvendo seu *meritum causae*¹¹.

-
6. Revisitando a doutrina de Carnelutti (fonte inspiradora de Buzaid), podemos concluir que lide é o “conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida)”. Em que “la pretensión es exigencia de subordinación de un interés ajeno el interés propio. La resistencia es la no adaptación a la subordinación de un interés propio al interés ajeno, y se distingue en contestación (no tengo de subordinar mi interés al ajeno) y lesión (no lo subordino) de la pretensión”. In: CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro S.A, 1997, vol. 01, p. 28.
 7. BUZAID, Alfredo. Do agravo de petição no sistema do código de processo civil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 104.
 8. Rogério Lauria Tucci destaca que, com efeito, “a conceituação de mérito, em processo civil, consubstancia-se na própria lide, submetida à apreciação do órgão jurisdicional, com os limites impostos pelo autor, ao deduzir sua pretensão em juízo, por meio de uma petição inicial”. In: TUCCI, Rogério Lauria. Temas e problemas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 149.
 9. BUZAID, Alfredo. Do agravo de petição no sistema do código de processo civil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 103.
 10. BUZAID, Alfredo. Do agravo de petição no sistema do código de processo civil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 105.
 11. Inegavelmente nosso Código de Processo Civil possui verdadeiro vestígio desta idealização (influenciado, como visto, pela doutrina carneluttiana), uma vez que emprega a expressão lide como verdadeiro sinônimo de mérito em diversas de suas passagens. Exemplo típico desta construção está na Seção II, do Capítulo V, do Título VIII, do Livro I, do Código de Processo Civil, que trata do “Julgamento antecipado da lide”, em referência às hipóteses de julgamento

Nada obstante o nosso Código de Processo Civil ter assimilado diretamente os conceitos de mérito e lide (supostamente amparado na construção de Carnelutti), autorizada doutrina¹² frisa que na bem da verdade nem mesmo Carnelutti assim procedeu de forma tão clara, uma vez que embora Carnelutti conceitue o mérito a partir da lide, não diz, propriamente, que ele seja a lide. Ao contrário, para Carnelutti o mérito seria o complexo das questões materiais que a lide apresenta.

Com efeito, Carnelutti salientava que “a las cuestiones materiales tanto la práctica como la ley suelen darles el nombre de cuestiones de fondo; fondo de la litis, por tanto significa el conjunto de las cuestiones materiales que presenta la litis¹³”.

Na doutrina de Calamandrei¹⁴ encontramos importante fundamento para questionarmos se de fato nosso Código de Processo Civil foi conceitualmente correto ao assimilar o mérito à lide. Calamandrei em sua crítica à doutrina de Carnelutti identifica que em determinadas situações mesmo que despidas de lide (conflito de interesses qualificado), clamavam por um processo jurisdicional, que, por sua vez, possuía objeto tal como aqueles nos quais a lide era evidenciada. Nestas, mesmo inexistindo lide, permanecia o autor com interesse de agir, bem como juiz com o dever de estabelecer a verdade dos fatos ainda controversos, restando inalterado o objeto de decisão.

Entre nós, foi Liebman – em crítica à doutrina de Carnelutti –, quem ressaltou que de fato não se podia admitir, sem ressalvas, a assimilação direta entre a lide e processo, sendo este o continente e aquela o conteúdo (mérito da causa)¹⁵. Para referido autor, o conflito de interesse instau-

antecipado do mérito da causa (CPC 330). Outro típico exemplo no qual o Código de Processo Civil emprega o vocábulo lide com intuito de designar o mérito da causa está em seu artigo 468, no qual consta que a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (conferir, ainda, art. 22, 110, 126, 462).

12. DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 6ª Ed. São Paulo: Malheiro, 2010, t. I, p. 320.
13. CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. Tradução por Santiago Sentís Melendro. Buenos Aires: Librería El Foro S.A, 1997, vol. 01, p. 37.
14. CALAMANDREI, Piero. El concepto de “litis” en el pensamiento de Francesco Carnelutti. In: Estudios sobre el proceso civil. Tradução Espanhola por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 280 e ss. Ver, ainda: GIORGIS, José Carlos Teixeira. A lide como categoria comum do processo. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda., 1991, p. 35.
15. LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 113-114.

rado entre as partes fora do processo é apenas a razão de ser do processo (causa remota) e, não, propriamente, o seu objeto¹⁶.

Nesta perspectiva, o objeto do processo seria a manifestação da vontade dirigida à autoridade judiciária requerendo dela uma atividade de determinado conteúdo. Seria, pois, o pedido do autor¹⁷, e não a lide, tal como proposto por Carnelutti.

Se por um lado, aparentemente, Liebman buscou dissociar a ideia de lide como objeto central do processo, acaba por utilizar a própria lide para compor sua definição de mérito, uma vez que, segundo Liebman, o “conflito de pedidos forma a matéria lógica do processo e o elemento formal de seu objeto, ao passo que o conflito de interesses, na medida que foi deduzido em juízo, representa seu substrato material. Este conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a lide, ou seja o mérito da causa. A lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes, e vazado nos pedidos formulados ao juiz¹⁸”.

Destaca-se, todavia, que Cândido Rangel Dinamarco, em profundo estudo sobre o tema, sustenta que mesmo tendo Liebman avançado acerca da perquirição do conceito de mérito (diferenciando-o da forma como a doutrina o fazia da ótica da teoria de Carnelutti), não logrou êxito em isolar, conceitualmente, o que de fato seria mérito¹⁹. Dinamarco aponta,

-
16. LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pelegrini Grinover. 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 118.
 17. LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pelegrini Grinover. 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 118.
 18. LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pelegrini Grinover. 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 121. Do mesmo raciocínio partilha Thereza Alvim ao frisar que: “O objeto litigioso é a lide, ou seja, o conflito de interesses tal como trazido a juízo e delimitado pela pretensão do autor. “Este conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a lide, ou seja, o mérito da causa”, podendo ser efetivo ou virtual, afirma Liebman, apesar do ilustre jurista usar a expressão “pedidos correspondentes”, e, mais adiante, asseverar que a “lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes, e vazado nos pedidos formulados ao juiz” assevera que a iniciativa cabe ao autor que suscita a lide e fixa o mérito da causa. Ao réu só cabe contestar o pedido, não tendo repercussões sua inatividade (revelia) no que tange às dimensões da lide, pois o magistrado julgará a lide procedente ou não, independentemente de sua atitude: com esta posição estamos perfeitamente de acordo”. In: ALVIM, Thereza. Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada. São Paulo: RT, 1977, p. 9.
 19. E as razões apontadas pelo conceituado processualista parece-nos bastante acertadas. A primeira delas é que nem sempre existe um conflito de interesses entre as partes, já que estas podem até desejar o mesmo resultado do processo e, inobstante, é indispensável que o resultado se obtenha (tal como ocorre com os direitos indisponível, v.g. ação de destituição do poder familiar) ou mesmo inexistir a litigiosidade típica da pretensão resistida caracterizadora da

nesse sentido, que é equivocado assimilar a lide ao objeto litigioso do processo de modo a fazer alcançá-la a condição de mérito do processo²⁰.

Parece-nos, portanto, que assiste razão a doutrina que assevera que como conceito sociológico, a lide presta-se com muita utilidade a justificar didaticamente a necessidade do processo e do exercício da jurisdição, mas o conceito mostra-se inadequado e, mesmo com as adaptações que vão sendo tentadas, não serve para figurar assim ao centro da ciência do processo, tampouco a definir o que seja mérito no processo civil.

Há quem identifique, ainda, que a demanda é o ponto chave para a conceituação do mérito. A demanda, conforme dita a doutrina mundial, deve ser compreendida – tecnicamente –, como o ato do interessado de comparecimento em juízo clamando pela proteção jurisdicional sobre determinada pretensão deduzida (ato = demanda)²¹.

lide (tal como ocorre nas hipóteses de revelia ou reconhecimento jurídico do pedido). Nestes casos, não há como sustentar que inexistia mérito da causa. Com efeito, se a lide fosse, verdadeiramente, o *meritum cause*, na ausência de conflito de interesses instaurado entre as partes, haveria espaço para um processo sem objeto (mérito), o que não nos parece, definitivamente, a melhor construção. A segunda razão pela qual Dinamarco aduz que a lide não é, de qualquer forma, vinculável à ideia de mérito, reside no fato de que nem toda a lide existente na vida das pessoas é trazida a juízo, não havendo elementos certos para se determinar se se está diante de uma lide total ou parcial. Portanto, afirmar que o objeto do processo é somente a porção da lide trazida ao juiz (como sustenta Liebman), para aqueles que sustentam ser a lide o mérito, equivale a dizer que esse objeto é, na bem da verdade, representado só pela pretensão deduzida – e não pela lide propriamente dita (o que, para Dinamarco, torna a concepção de lide = mérito ao menos inútil, porque a assimila ao de pretensão deduzida). Assim, mesmo que com adaptações, o conceito de mérito não se assimilaria, de qualquer forma, ao de lide, mas, apenas, ao de pretensão deduzida – demanda. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 02, p. 188 e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiro, 2010, t. I, p. 321.

20. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 02, p. 188

21. Destaca-se, de imediato, que não se deve confundir demanda com pretensão. Este ensaio não é o momento adequado para a discussão do tema, mas frise-se que uma coisa é a demanda que nada mais é do que o ato de provocação da jurisdição pela parte, e outra coisa é a pretensão – que nada obstante estar inserta na demanda –, revela-se como o objeto litigioso do processo. Verificar, detalhadamente, o tema em nosso trabalho: ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 176 e ss. Sobre a definição de demanda, destacamos: O Código de Processo Civil Italiano, que estabelece em seu artigo 99, sob o título “Dell’esercizio dell’azione”, o que determina de “Principio della domanda”, pelo qual tipifica que: “Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente”, ou seja: “quem quer fazer valer um direito em juízo deve propor demanda ao juiz competente”. Para Salvatore Satta: “postular un juicio favorable implica afirmar un derecho en relación a otro sujeto, y esta afirmación es esencialmente la demanda”. In: SATTA, Salvatore.

De acordo com o escólio de Jaime Guasp, a

“declaración de voluntad de parte, que asume la forma de una petición, puesto que se pide el comienzo del proceso, recibe en la doctrina y en la legislación procesales el nombre técnico de demanda. La demanda, es, por tanto, el acto típico y ordinario de iniciación procesal o, dicho con más extensión, aquella declaración de voluntad de una parte por la cual éste solicita que se dé vida a un proceso y que comience su tramitación²²”.

Com efeito, Cândido Rangel Dinamarco²³ e Fredie Didier Jr.²⁴ lembram que em nosso ordenamento jurídico por demanda deve-se entender o ato de vir a juízo pedir tutela jurisdicional.

Diante da ideia de que é a provocação do autor que fixa o conteúdo sobre o qual o juiz desempenhará sua função jurisdicional, alguns autores identificam na demanda o próprio mérito da causa. Um dos defensores desta concepção foi Chiovenda, para quem a demanda é o ato “com qual a parte (autor), afirmando a existência de uma vontade concreta da lei, que lhe garante um bem, declara a vontade de que seja

Manual de Derecho Procesal Civil, vol. I. Tradução Espanhola da 7ª Ed. Italiana por Santiago Sentís Melendo e Fernando de la Rúa. In: Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, vol. 01, p. 133-134. Liebman, no mesmo sentido, destaca que a demanda: “se ejercita proponiendo en las debidas formas la demanda en juicio, representa, pues, para la parte ante todo una carga, el acto necesario para dar inicio a un procedimiento mediante el cual cuenta con obtener la protección de su derecho”. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de derecho procesal civil. Tradução espanhola dos três volumes da obra Manuale di diritto processuale civile por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, p. 109. Na Alemanha a demanda também é compreendida como a forma de iniciação de todos os processos dirigidos ao pronunciamento de uma sentença. E como lembra Leo Rosenberg “demanda es la solicitud de otorgamiento de tutela jurídica mediante sentencia”. Para referido autor “con la demanda se inicia el procedimiento de resolución; con la sentencia, termina”. In: ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tradução Espanhola da 5ª Ed. Alemã por Angela Romeña Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, vol. 02, p. 3. Na doutrina argentina, Ricardo Reimundin destaca que “la demanda es, pues, el acto procesal del actor en el que solicita el pronunciamiento de la sentencia definitiva que ponga fin al litigio”. In: RAIMUNDIN, Ricardo. Derecho procesal civil: doctrina, jurisprudencia, legislación argentina y comparada. Buenos Aires: Editorial Viracocha S.A, 1957, t. II, p. 10.

22. GUASP, Jaime. Derecho procesal Civil. 7ª Ed. Navarra: Civitas, 2005, t. I, p. 351. E no mesmo sentido estão os ensinamentos de L. Prieto Castro, para quem a demanda é o ato processual escrito da parte autora, pelo qual exercita a ação processual, solicitando do tribunal um ato de tutela jurídica frente ao demandado. In: PRIETO CASTRO, Leonardo. Derecho procesal civil. Zaragoza: Librería General Zaragoza, 1949, t. I, p. 253.
23. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 02, p. 106.
24. DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2009, vol. 01, p. 177.

atuada em face da outra parte (réu) e invoca, para esse fim, a autoridade do órgão jurisdicional²⁵”.

O Mestre da Universidade de Roma identifica que o mérito reside na própria demanda, uma vez que entende que a sentença de mérito “es la resolución del juez que estima o rechaza la demanda de actor dirigida a obtener la declaración de la existencia de una voluntad de leu que garantice un bien, o de la inexistencia de una voluntad de ley que lo garantice al demandado”.²⁶

Considerando que demandar é o ato de vir a juízo clamar por intervenção jurisdicional sobre a pretensão do autor (nela consubstanciada), estabelece-se um paralelo entre a demanda e o pedido. Em razão disso, assimila-se demanda ao mérito²⁷.

Frise-se, contudo, com o devido respeito, que não nos parece a melhor concepção. A nosso ver a demanda é o ato pelo qual se quebra a inércia da jurisdição – *nemo iudex sine actore*. A ideia de demanda não se liga ao pedido ou ao mérito. A demanda possui um conteúdo próprio, que se revela em uma pretensão²⁸. A demanda não é a pretensão (pedido), este é o seu conteúdo. Logo “o *petitium* não é a demanda, está na demanda²⁹”.

Temos, nesse senda, que não há como compreendermos o mérito como sendo a lide, tampouco como sendo a demanda. É necessário, portanto, identificarmos o melhor conceito de mérito.

É neste ponto que assume especial relevância a doutrina de Pontes de Miranda. Jurista completo e extremamente familiarizado com a doutrina estrangeira, foi em seu tempo responsável por influenciar nossa doutrina com posições inovadoras, que refletiam as mais aprofundadas

25. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Tradução da 2ª Ed. Italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. 01, p. 157.

26. CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil. Tradução Espanhola da 3ª Ed. Italiana e prólogo por José Casais y Santaló. Notas de Alfredo Salvador. Madrid: Reus S.A., 1977, t. I, p. 179. Cândido Rangel Dinamarco lembra, ainda, que a mesma concepção está na obra de Luigi Montesano, para quem sentenças de mérito são aquelas que acolhem ou rejeitam a demanda. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 6ª Ed. São Paulo: Malheiro, 2010, t. I, p. 314.

27. Vide sobre a questão, a análise crítica de Dinamarco. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 02, p. 111.

28. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 02, p. 106.

29. CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 69.

teses jurídicas e as diversas tendências doutrinárias ao redor do mundo – as quais até hoje se fazem presentes.

Pontes de Miranda – no mesmo sentido da doutrina alemã³⁰, desenvolveu em várias oportunidades³¹ a noção de pretensão no processo civil, e classificou-a como sendo “o poder de exigir alguma prestação”³².

Sabe-se que integrando a demanda está o *petitium* (que é, inclusive, um de seus elementos identificadores, v.g. CPC 282 e ss.), o qual expressa exatamente a pretensão processual, que, por sua vez, define o objeto litigioso do processo³³.

Amparado nesta concepção, Pontes de Miranda partilhou do entendimento de que o mérito no processo civil é a pretensão processual da parte interessada, ou seja, a pretensão contida no pedido³⁴.

-
30. Com efeito, foram os alemães os que mais se debruçaram sobre o estudo do objeto litigioso do processo (*Streitgegenstand*), e nestes empregam destaque e atenção diferenciados para o instituto da *Anspruch* (pretensão). O foco de estudo dos alemães acerca da pretensão decorre do fato da lei processual civil alemã utilizar-se da *Anspruch* (pretensão) para designar o objeto litigioso do processo (ZPO, § 147). De acordo com a obra de fôlego do clássico jurista alemão Karl Heinz Schwab – “*Der Streitgegenstand im Zivilprozess*” –, que com muita propriedade engajou-se no estudo científico do objeto litigioso do processo, a ZPO alemã, em geral, se refere ao objeto litigioso do processo como sendo a pretensão, mas esta pretensão, tal como contida na lei processual, não pode ser entendida como a mesma pretensão a que se refere o Código Civil Alemão. Tratam-se de institutos jurídicos diversos. In: SCHWAB, Karl Heinz. El objeto litigioso en el proceso civil. Tradução Espanhola por Tomas. A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968, p. 5. Nessa senda, Leo Rosenberg lembra em sua obra que a ZPO usa a expressão “objeto litigioso” em múltiplos sentidos, mas na grande maioria das vezes o emprega como sinônimo de pretensão. In: ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tradução Espanhola da 5ª Ed. Alemã por Angela Romena Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, vol. 02, p. 27.
 31. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. III; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. IV.
 32. Para Pontes de Miranda, “do outro lado da relação jurídica está o obrigado, que talvez tenha, também ele, a sua pretensão, ou as suas pretensões. Tanto àquele quanto a esse o Estado reconhece a pretensão à tutela jurídica, com que, passando a si fazer justiça, substitui o antigo direito de se fazer justiça com as próprias mãos”. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 11.
 33. CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 69. Ver, ainda: SCHWAB, Karl Heinz. El objeto litigioso en el proceso civil. Tradução Espanhola por Tomas. A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968.
 34. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 12.

Após longos anos de profundo e dedicado estudo sobre o instituto da pretensão processual, a doutrina alemã – com destaque para a obra do jurista Karl Heinz Schwab – “*Der Streitgegenstand im Zivilprozess*” –, chegou à conclusão que a pretensão (*Anspruch*), tal como prevista na ZPO, corresponde a um conceito puramente processual, motivo pelo qual a pretensão processual é identificável como uma categoria autônoma e correspondente ao objeto litigioso do processo³⁵.

Assumindo que a essência do objeto litigioso encerra, pois, ao mesmo tempo, a da essência da pretensão processual, Schwab esclarece que a pretensão processual é o objeto do litígio, mas, também, da resolução, já que é sobre o objeto litigioso que o tribunal tem que resolver³⁶. Assim, considerando que é sobre o objeto litigioso que o tribunal volta sua resolução, podemos fazer um seguro paralelo entre o objeto litigioso e o pedido do autor, já que este revela a pretensão do autor no âmbito do processo. São nestas exatas linhas as colocação de Pontes de Miranda, quando assemelha a pretensão ao mérito no processo civil.

Para o Professor da Universidade de Munique, o “objeto litigioso es la petición de la resolución judicial señalada en la solicitud³⁷”. Uma vez que na teoria de Schwab uma pretensão processual corresponde a uma solicitação de decisão, referido autor identifica no pedido o único elemento capaz de determinar a unidade ou a pluralidade de pretensões processuais. É esta a grande luz para a determinação do que seja mérito no processo civil, a nosso ver.

Com efeito, Pontes de Miranda acolheu este raciocínio ao apontar que o *petitium* é o que se pede; é o objeto imediato e mediato da demanda – assim esclarecendo que o *petitium* é o objeto litigioso do processo –, uma vez que em sua concepção demanda é a própria relação jurídica

35. Ver, ainda, sobre o tema, a doutrina espanhola: GUASP, Jaime. Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil. Madrid: M. Aguilar Editor, 1943, t. I, p. 339.

36. SCHWAB, Karl Heinz. El objeto litigioso en el proceso civil. Tradução Espanhola por Tomas. A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968, p. 5 – 6.

37. Ou seja: “o objeto litigioso é a solicitação, requerida no pedido, de uma decisão judicial”. In: SCHWAB, Karl Heinz. El objeto litigioso en el proceso civil. Tradução Espanhola por Tomas. A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968, p. 262. Para uma visão completa quanto a tradução da ilustre frase de Schwab, ver: ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 196, nota de rodapé n.º 526.

processual³⁸. Para o referido autor, o objeto sobre o qual vai se pronunciar o juiz –*meritum causae* –, é a pretensão do autor que se revela do pedido³⁹.

Considerando que “mérito, *meritum*, provém do verbo latino *mereo* (*merere*), que entre outros significados, tem o de “pedir, pôr preço”, temos que *meritum causae* é aquilo que alguém vem a juízo pedir, postular, exigir. O significado etimológico da expressão “mérito” já indica se tratar da exigência que, através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz⁴⁰”.

Sendo mérito a pretensão deduzida em juízo, parece-nos que a decisão jurisdicional possui um eixo sistemático⁴¹ com o pedido – pois representa a concessão ou denegação da pretensão neste representada –, de forma que a decisão de mérito é aquela que, de certa forma, responde, positiva ou negativamente, à pretensão do autor exposta no processo através da demanda – é a decisão que solve o objeto litigioso do processo, representado pela pretensão processual – acolhendo ou rejeitando o pedido do autor⁴².

Assim, partilhamos do entendimento de que o mérito no processo civil é a pretensão processual contida no pedido, de forma que decisão de mérito é aquela que soluciona o “pedido no todo, ou em relação a alguma das questões de fundo que integram o objeto litigioso do processo⁴³”.

38. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. IV, p. 31-32.

39. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 12.

40. DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 6ª Ed. São Paulo: Malheiro, 2010, t. I, p. 322.

41. Expressão empregada por Cândido Rangel Dinamarco. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 6ª Ed. São Paulo: Malheiro, 2010, t. I, p. 306, p. 347-348.

42. Como bem apontam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery “fazendo-se a correlação entre a petição inicial e sentença, poder-se-ia dizer que a parte final da petição inicial, isto é, o pedido, corresponde à parte final da sentença, vale dizer, o dispositivo. Assim, o conjunto formado pelo conjunto e o dispositivo é alcançado pela coisa julgada”. Por outro lado, “poder-se-ia dizer que os motivos de fato e de direito contidos na petição inicial (causa de pedir) correspondem à fundamentação da sentença. Assim, o conjunto formado pela causa de pedir e fundamentação não seria atingido pela coisa julgada material”. In: NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 732.

43. THEODORO JUNIOR, Humberto. A ação rescisória e os julgamentos fracionados do mérito da causa. In: ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo, NERY JR., Nelson e outros (Coord.). Direito Civil e Processo: estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2008, p. 566.

3. O PRINCÍPIO DA UNIDADE E UNICIDADE DA SENTENÇA

Por longos anos o princípio da unidade e unicidade da sentença influenciou a doutrina processual mundial. A doutrina clássica, ao banir os procedimentos materialmente sumários do sistema processual para, no lugar, construir o procedimento comum (assim compreendido como o procedimento de cognição plena e exauriente), priorizou, decisivamente, o valor da segurança jurídica sobre o da tempestividade⁴⁴. O princípio “*della unità e unicità della decisione*” assumiu importante papel para a conquista de tal intento⁴⁵.

Chiovenda foi um dos principais defensores do princípio em comento. Em sua famosa obra “*Saggi di diritto processuale civile*”⁴⁶, o grande jurista italiano – como lembra Luiz Guilherme Marinoni-, sustenta que “não haveria racionalidade em admitir a fragmentação do mérito, pois a demanda, ainda que necessitasse de provas somente em parte, seria julgada com mais qualidade e perfeição caso fosse apreciada em sua integralidade”⁴⁷.

Esse princípio influenciou, sobremaneira, o processo civil brasileiro⁴⁸. Entre nós, por muito tempo, defendeu-se que a solução da causa – in-

44. MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 13.

45. Em razão do amoldamento do processo civil voltado para a defesa da verdade, sempre muito se discutiu acerca dos procedimentos de cognição parcial, de modo que – como lembra Chiovenda -, estes eram considerados contrários aos princípios e objetivos da civilização moderna. O processo civil, desta ótica, foi pensado para garantir ao juiz um procedimento cujos atos concatenavam-se da melhor forma para lhe orientar ao ponto final do processo, momento em que, após ampla produção probatória e através de cognição plena e exauriente, ditava o direito aplicável à espécie, resolvendo o mérito da causa de uma só vez. Conferir, nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 14.

46. CHIOVENDA, Guiuseppe. Ensayos de derecho procesal civil. Tradução Espanhola de “Saggi di diritto processuale civile”, publicados por Società Editrice “Foro Italiano”, vol. 01, Roma: 1930 e vol. 02, Roma: 1931 por Santiago Sentís Meleno. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949.

47. MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 49. Ver, ainda, CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil. Tradução Espanhola da 3ª Ed. Italiana e prólogo por José Casais y Santaló. Notas de Alfredo Salvador. Madrid: Reus S.A., 1977; e CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil. Tradução Espanhola da 3ª Ed. Italiana e prólogo por José Casais y Santaló. Notas de Alfredo Salvador. Madrid: Reus S.A., 1977, t. I e II, §§ 5º e 58.

48. Com efeito, nosso atual Código de Processo Civil nasceu sob a influência do princípio da unidade e unicidade da sentença e principalmente da ótica de sua sistematização original

dependentemente da maturidade do processo ou de partes do respectivo mérito –, deveria ocorrer em momento único, especificamente, na sentença⁴⁹.

Pontes de Miranda, influenciado pelas concepções de sua época, também partilhava do entendimento de que o *meritum causae* tinha momento próprio para ser enfrentado pelo juiz, justamente na sentença. Para o grande processualista, não se concebia da possibilidade de parte do mérito ser enfrentada e resolvida de forma apartada e antes da sentença (v.g. quando da decisão de saneamento), de modo que o princípio da “*della unità e unicità della decisione*” também foi prestigiado e sua obra⁵⁰.

O princípio ora em comento foi um dos responsáveis pelo direito processual civil brasileiro ter se desenvolvido, por muito tempo, sem um regramento expresso quanto as hipóteses de fracionamento do mérito e revela-se, também, como um dos responsáveis pela adaptação ao nosso sistema das teorias ligadas à sentença parcial (ao invés da mais correta

sugere que “o juiz deve proferir uma única decisão ao final do processo, após a instrução probatória” para resolver, de uma única vez, o *meritum causae*. É o que, inclusive, indica a redação de seus artigos 458 e 459. Conferir: SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. Novos contornos do instituto da tutela antecipada e os novos paradigmas do sistema processual civil (Lei 10.444/2002). Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, n.º 112, p. 100.

49. Um dos principais defensores do princípio em tela foi Cândido Rangel Dinamarco, para quem “o Código de Processo Civil não abre a menor possibilidade de cindir o julgamento do mérito mediante a antecipação do exame de algumas questões diretamente ligadas a ele. Pela dicção explícita do art. 459 do Código de Processo Civil, e feita sua interpretação em conjunto com o art. 458, é na sentença que se concentram o exame e o pronunciamento do juiz acerca de todos os pontos relevantes para a procedência ou improcedência da demanda”. Ver no mesmo sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de derecho procesal civil. Tradução espanhola dos três volumes da obra Manuale di diritto processuale civile por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, ns. 274-276, p. 420-424.
50. Em passagens de seus “Comentários ao Código de Processo Civil” e do conhecido “Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões” é possível evidenciarmos que, com efeito, Pontes de Miranda afastava a possibilidade de resolução fracionada do mérito da causa ao longo do procedimento, exatamente porquanto entender que o momento adequado para tanto seria a sentença. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1947, t. II, p. 401 e ss. Tratando, especificamente, sobre a ação rescisória, Pontes de Miranda faz interessante colocação sobre a distinção entre apresentação e entrega da prestação jurisdicional, tencionado sua opinião no sentido de que a efetiva entrega da prestação jurisdicional, ou seja, a efetiva resolução do pedido do autor (mérito) somente ocorre quando não mais couber recurso. Eis o clássico trecho de sua obra: “a sentença, de que cabe recurso e de que ainda pode ser interposto, apenas constitui apresentação da prestação jurisdicional, e não entrega. Essa só ocorre quando não cabe, ou não mais cabe recurso; ou quando já não cabe, ou a lei não o dá, de decisão que a confirmou ou a reformou”. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 351.

concepção que é a da decisão interlocutória de mérito). Na bem da verdade, hodiernamente, o princípio da unidade e unicidade da sentença sofreu grande abrandamento⁵¹ e foi superado por uma nova concepção quanto ao momento adequado para a resolução do mérito da causa⁵², sobretudo em razão do reconhecimento ao jurisdicionado de um direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva⁵³.

Em nossa história processual, podemos identificar que foi das discussões quanto ao saneamento do processo que surgiram as primeiras propostas relacionadas à possibilidade da resolução fracionada do mérito (quebrando-se, assim, o dogma da unidade e unicidade da sentença), e Pontes de Miranda contribuiu muito – embora contrário à tese-, para o aperfeiçoamento do tema.

-
51. Nesse sentido, é precisa a lição de Luiz Guilherme Marinoni: “O princípio della unità e unicITÀ della decisione foi moldado por Chiovenda – como não seria difícil instruir, uma vez que coube a ele o mérito de ter dado origem ao debate em torno da oralidade no processo civil italiano, identificando-a em um todo incindível, composto pelo caráter meramente preparatório da escrita sobre o debate oral e pelas mencionadas características da concentração, da imediatidade e da identidade física do juiz. Entretanto, o projeto de Chiovenda, ligado à oralidade, esvaziou-se tanto na Itália quanto no Brasil. A falta de estrutura do Poder Judiciário para dar conta das inúmeras causas apresentadas tornou impossível a concentração dos atos processuais, enquanto a demora do processo trouxe grande dificuldade para a implementação da identidade física, o que, por consequência lógica, reduziu a quase zero o benefício que poder ser trazido pela imediatidade. Tudo isso, aliado à falta de percepção de que a imediatidade é fundamental ao livre convencimento, acabou esvaziando a oralidade. Ainda que o abandono da oralidade deva ser lamentada, não é racional manter intocado um princípio (o da sentença única) que pressuponha o seu fracionamento. A ruptura do princípio da unidade e unicidade da sentença não pode ser associada com a simples falência da oralidade, mas também com o agravamento da lentidão do processo civil, com o incentivo, a partir do princípio da economia processual à cumulação de pedidos, e ainda com as novas situações de direito substancial”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 109-110.
 52. Para um estudo completo sobre a questão, conferir: ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.
 53. Com efeito, como bem ressalta José Robertos dos Santos Bedaque “entre os grandes problemas da Justiça está, sem dúvida, a excessiva demora dos processos. Talvez seja o maior deles. Além da notória deficiência estrutural do Poder Judiciário e da produção desenfreada de normas legais pelos juristas de plantão, sempre prontos a atender aos interesses não necessariamente legítimos dos detentores ocasionais do Poder; existe outra causa para a morosidade do processo, que é o aumento excessivo do número de demandas, que decorre, paradoxalmente, da adoção de técnicas destinadas a facilitar o acesso à justiça àqueles que necessitam da tutela jurisdicional”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46-47. Ver, ainda: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e processo. São Paulo: RT, 1997.

4. O SANEAMENTO DO PROCESSO COMO UMA ESTRUTURAÇÃO INICIAL QUE VALORIZOU A CONCEPÇÃO DO JULGAMENTO FRACIONADO DO MÉRITO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL **BRASILEIRO: DA EVOLUÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939 AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, PASSANDO PELA DOUTRINA DE PONTES DE MIRANDA**

Como visto, a partir do momento em que o autor provoca a jurisdição (inerte por natureza) através da demanda, apresenta em juízo sua pretensão processual veiculada no pedido. Esta pretensão processual (pedido em si mesmo) é o mérito da causa e o objeto litigioso do processo⁵⁴, para cuja resolução toda a atividade jurisdicional é tencionada.

Uma das grandes discussões que tomou conta dos processualistas brasileiros residiu em saber se ao juiz era possível, antes da sentença, resolver o objeto litigioso do processo apenas em parte, relegando para o momento final do processo a parcela que não pôde ser anteriormente decidida⁵⁵.

A nosso ver, foi a evolução da figura do “despacho saneador” (CPC 39) o que nos proporcionou as primeiras discussões acerca da possibilidade, neste momento processual, de se resolver fracionadamente o mérito da causa.

Como se sabe, nada obstante o instituto do saneamento do processo tal como desenvolvido em nosso sistema processual civil desde 1939 ter particularidades que lhe singulariza dos demais institutos afins existentes em outros ordenamentos jurídicos -como bem pondera Galeno Lacerda em uma das maiores obras sobre o tema⁵⁶-, é inegável as suas simi-

54. Há quem se posicione contra esta tese, entendendo que o objeto litigioso do processo não engloba somente o pedido. Conferir, nesse sentido: ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 1998.

55. Como ponderou Alfredo Buzaid sobre a possibilidade do julgamento fracionado do meritum causae: “Não se deve esquecer, por outro lado, que essa antecipada decisão do mérito contraria a sistemática do Código de Processo Civil que, adotando os princípios da oralidade, da concentração e da identidade física do juiz, ordena que a prova seja produzida na audiência de instrução e julgamento. Os debates devem realizar-se na audiência e suprimi-la significa eliminar um termo essencial do processo oral e concentrado”. In: BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, vol. 01, p. 37-38.

56. LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 34-35.

litudes, principalmente, como a figura do despacho saneador do direito português, que foi inicialmente conhecido pelo sistema processual civil lusitano através do Decreto n.º 03, de 29 de maio de 1907⁵⁷.

De acordo com a doutrina, para o direito português o despacho saneador teve nítida função dupla – saneadora e julgadora-, porque nele o juiz saneava o processo e podia – em certos casos-, julgar também o mérito da causa. Nosso despacho saneador foi delineado, todavia, somente para exercer atividade saneadora, nada obstante nunca ter existido em nosso sistema regra que expressamente proibisse em tal momento o juiz exercer verdadeira atividade julgadora do mérito⁵⁸.

É deveras comum na literatura processual civil brasileira a afirmação de que o despacho saneador – quando de sua concepção original em 1939-, não poderia analisar o mérito da causa, sob pena de se desfigurar como despacho técnico que era⁵⁹.

Pontes de Miranda foi um dos defensores da impossibilidade do juiz resolver parte do *meritum causae* quando do saneamento do processo, mesmo que já tivesse condições de assim o fazer (ou seja, mesmo que parte do pedido ou alguns dos pedidos cumulados já estivesse maduro para resolução definitiva).

O grande processualista alagoano realmente afirmava que “nada de que é mérito pode ser objeto de saneamento do processual. Não importa sentir-se o juiz apto a decidir, desde logo, a controvérsia; o despacho, que então lhe incumbe dar, é a meio caminho da viagem: pode parar até aí, não pular até o mérito. O despacho saneador poder resolver todas as questões que, resolvidas, não importariam em deferimento, ainda parcial, ou indeferimento, ainda parcial, do pedido⁶⁰”.

57. REIS, José Alberto dos. Código de processo civil anotado. 3ª Ed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, vol. 03, p. 181.

58. Ver sobre estas ponderações: ROSA, Eliézer. Dicionário de processo civil. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 170 e MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, vol. 03, p. 220.

59. Ver: BUZAID, Alfredo. Estudos de direito. São Paulo: Saraiva, 1972, vol. 01, p. 36-38; ROSA, Eliézer. Dicionário de processo civil. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 171; MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, vol. 03, p. 221; e LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 98 e ss.

60. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1947, t. II, p. 401 e ss.

Levando em conta o que já foi visto em relação à definição de mérito por Pontes de Miranda, e tendo como base que este processualista prestigiou o princípio da unidade e unicidade da sentença, evidencia-se que em seu tempo Pontes de Miranda não concordava com a cisão da resolução do mérito no procedimento de conhecimento do processo em primeiro grau de jurisdição, sobretudo quando da decisão de saneamento⁶¹.

É ponto fora de discussão – em qualquer momento e propósito –, que a doutrina de Pontes de Miranda foi uma das mais influenciadoras e vigorosas de nosso país e que permanece com inegável atualidade. Todavia, no que se refere ao instituto da resolução parcial do mérito – sobretudo quando do saneamento do processo –, as concepções de Pontes de Miranda foram superadas.

O distanciamento das concepções doutrinárias de Pontes de Miranda sobre a matéria – absolutamente majoritária em seu tempo –, é agora refletida de forma expressa no Projeto do Novo Código de Processo Civil, que dedica, como veremos abaixo, uma seção exclusiva apenas para tratar do “julgamento antecipado parcial do mérito”⁶².

Sabe-se que uma das únicas razões que embasavam a doutrina daquela época em negar a possibilidade do juiz resolver parte do mérito quando do saneamento do processo – como lembra Liebman –, “é que o mérito não podia ser decidido sem a realização da audiência de instrução e julgamento”⁶³. Esta ideia ligava-se, claramente, ao princípio da unidade e unicidade da sentença, como já visto.

Na bem da verdade, como destacou com muita precisão Galeno Lacerda – em sua obra prima sobre o tema⁶⁴ –, o que importava não era saber se as questões de mérito *deveriam* ser analisadas quando do despacho saneador, mas, sim, na verdade, o que se cuidava era saber se as

61. Em que pese Pontes de Miranda já sinalizar, naquele momento, para a possibilidade do juiz reunir o necessário ao julgamento parcial do mérito quando do saneamento do processo (maturidade do processo neste momento procedimental), negava, realmente, a possibilidade da resolução fracionada do mérito..

62. Conforme Seção III, do Capítulo IX, do Título I, do Livro I, do Projeto, conforme última versão disponível na Câmara dos Deputados em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1037367&filename=Tramitacao-PL+6025/2005. Acesso em 13.01.2013.

63. LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 108.

64. LACERDA, Galeno. Despacho saneador. 3ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 141.

questões de mérito *poderiam* ser decididas por ocasião desse despacho (*rectius*: decisão interlocutória)⁶⁵.

Para Galeno Lacerda, era totalmente possível “o juiz decidir, por ocasião do despacho saneador, do mérito da causa, em seus múltiplos aspectos”, sempre de acordo com a “evidência da prova já produzida e consequente inutilidade de ulterior”.⁶⁶ Com efeito, se não fosse necessário a realização de audiência de instrução e julgamento – mesmo que para parte do mérito da causa-, seria possível ao juiz dispensar tal ato e resolver a parte do *meritum causae* que já comportasse imediato conhecimento.

Foi, todavia, as influências do direito estrangeiro que iniciaram uma guinada na opinião da doutrina quanto ao tema em destaque, fazendo com que a posição de Pontes de Miranda (e de outros processualistas de renome) passasse a minoritária ao longo dos anos.

Coube, assim, na evolução da teoria do fracionamento do mérito da causa, aprendermos com o direito comparado, sobretudo o português, que, brilhantemente, emprega há anos (desde 1907⁶⁷) a possibilidade de julgamento parcial do mérito quando da decisão de saneamento, prestigiando a economia processual, a celeridade e a eficiência da jurisdição⁶⁸.

O direito processual português, cujas raízes foram as bases das nossas, desenvolveu técnica – através do despacho saneador –, de adiantamento da atividade cognitiva do juiz, pautada na resolução parcial do

65. O eminente processualista gaúcho já afirmava na égide do Código de Processo Civil de 1939 que “a solução antecipada de tais questões permitiria realizar economia processual. Seria, portanto, ato de saneamento em sentido amplo”, demonstrando raciocínio extremamente avançado (e correto) para o tempo em que assim sustentou. Com efeito, os estudos e as colocações de Galeno Lacerda demonstram que, desde 1939, nosso sistema processual civil já demonstrava uma acolhida sistemática para a resolução parcial do mérito no curso do processo, embora se tratasse de tese bastante polêmica para os padrões doutrinários da época. In: LACERDA, Galeno. Despacho saneador. 3ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 141.

66. LACERDA, Galeno. Despacho saneador. 3ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 152.

67. REIS, José Alberto dos. Código de processo civil anotado. 3ª Ed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, vol. 03, p. 181.

68. Inegável que o direito processual civil português, quando da concepção do despacho saneador no processo civil brasileiro (CPC 1939), era bastante mais avançado do que o nosso, tendo “sobre nós trinta anos de experiência em matéria de despacho saneador”. Talvez por isso – falta de experiência e vivência com a matéria –, nossos doutrinadores de então, ao conhecerem a figura do “despacho saneador”, incomodavam-se quanto a possibilidade de julgamento do mérito neste momento procedimental. Como dito, ainda havia grande apego aos ideais da oralidade e era um “espanto” a quebra do princípio da unidade e unicidade da sentença. Ver: LACERDA, Galeno. Despacho saneador. 3ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 146.

meritum causae quando do saneamento do processo, nas hipóteses em que o processo se apresentasse maduro para tanto nesta fase procedimental. A regra e a ideologia eram, literalmente, “não deixar para depois, o que se pode resolver agora”.

Com efeito, este ideal – tão vantajoso em tempos de extrema morosidade judiciária, representava conquista que poderia ter servido de lição e exemplo para a doutrina nacional já em 1939, mas, infelizmente, passamos a prestigiar as benesses desta construção portuguesa somente após a promulgação do Código de Processo Civil de 1973.

Foi na segunda fase legislativa do direito processual civil português, iniciada, como pondera Alberto dos Reis, pelo Decreto n.º 18.552 de 03 de julho de 1930, que o “despacho saneador ganhou ainda mais importância. À função puramente saneadora acresceu função genuinamente julgadora; por outras palavras, além de sentença de forma, passou também a ser, em certos casos, sentença de mérito⁶⁹”.

Assim, passaram a ser resolvidas no despacho saneador todas as questões para as quais o processo já apresentasse devidamente instruído⁷⁰. A maturidade do processo passou a ser levada em conta para fins de resolver o mérito da causa em fases. Quanto antes partes do mérito se tornassem maduras, antes seriam resolvidas. E o despacho saneador era um dos momentos adequados para tanto.

Assim desenvolveu-se o “despacho saneador” português, estruturando-se no Código de Processo Civil Português de 1939 de forma expressa em admitir o julgamento parcial do mérito nos seguintes termos:

Artigo 514º (Despacho saneador). Concluída a discussão, dentro de dez dias será proferido despacho para os fins seguintes: (...) 3.º Conhecer do pedido, se a questão de mérito for unicamente de direito e puder ser decidida neste momento com perfeita segurança, ou se, sendo a questão de direito e de facto, ou só de facto, o processo contiver todos os elementos necessários para uma decisão conscienciosa.⁷¹

69. REIS, José Alberto dos. Código de processo civil anotado. 3ª Ed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, vol. 03, p. 182.

70. Ver sobre a evolução histórica, também: TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1997, n.º 86, p. 80-85.

71. REIS, José Alberto dos. Código de processo civil anotado. 3ª Ed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, vol. 03, p. 180-181.

E o escopo da redação da legislação processual civil de 1939 manteve-se até o presente momento, como demonstra o artigo 510º do atual Código de Processo Civil Português:

Artigo 510º (Despacho saneador). 1. Findos os articulados, se não houver que proceder à convocação da audiência preliminar, o juiz profere, no prazo de 20 dias, despacho saneador destinado a: (...) b) Conhecer imediatamente do mérito da causa, sempre que o estado do processo permitir, sem necessidade de mais provas, a apreciação, total ou parcial, do ou dos pedidos deduzidos ou de alguma exceção peremptória.⁷²

Revela-se inegável o avanço tomado pelo processo civil português desde antes de 1939, que se voltou para o desenvolvimento desta específica técnica garantidora de celeridade processual e tutela jurisdicional tempestiva, de modo que no bojo do processo o juiz passou a ter um momento especial para, antes da sentença, se assim fosse possível, dar resposta à pretensão processual da parte (mesmo que de forma parcial), satisfazendo-lhe de imediato.

Alberto dos Reis traduz bem a essência do movimento legislativo português ao destacar que “não se compreendia, na verdade, que, contando os autos todos os elementos necessários para o mérito da causa poder ser apreciado e julgado nesta altura, o processo houvesse de seguir até sentença final. Se o fruto está maduro, porque não há-de colher-se imediatamente, em vez se o deixar apodrecer?⁷³”, questionava o conhecido doutrinador luso.

Com efeito, é de nos questionarmos a razão pela qual esta simples concepção tardou em prevalecer, também, entre nós. Era de se prestigiar o pensamento pelo qual não se deveria deixar para a sentença questões que poderiam, perfeitamente, ser arrumadas e decididas de forma prévia (no despacho saneador). “Que a questão seja de forma ou de fundo, pouco importa, desde que o estado do processo habilitasse o juiz a julgar no despacho saneador era dever do magistrado não relegar a questão para a sentença⁷⁴”.

72. BRITO, Wanda Ferraz de, e MESQUITA, Duarte Romeira de. Código de processo civil anotado. 18ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 459.

73. REIS, José Alberto dos. Código de processo civil anotado. 3ª Ed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, vol. 03, p. 182.

74. REIS, José Alberto dos. Código de processo civil anotado. 3ª Ed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, vol. 03, p. 193. José João Batista ensina que de fato o que sempre orientou o

E note-se que, como bem pondera Fernando B. Ferreira Pinto, este julgamento de mérito no despacho saneador poderia ser total ou, então, parcial, não havendo de se falar em interpretação restritiva. Sempre se aconselhou, nos dizeres do autor, “a possibilidade do conhecimento parcial, porque o que a lei pretende é que na altura do despacho saneador se resolvam todas as questões que já possam ser decididas conscienciosamente, quer estas questões sejam de forma ou de fundo⁷⁵”.

A sistemática processual civil de Portugal em torno do saneamento do processo tardou, mas não deixou de influenciar nossos legisladores e doutrina, de modo que, com o passar dos anos, sobretudo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973 – que muito contribuiu para a evolução da fase de saneamento do direito processual civil brasileiro – a concepção do julgamento fracionado do mérito passou a estruturar-se também entre nós com mais nitidez.

Como lembra Eduardo Talamini “o Código de 1973 adicionou às hipóteses previstas no diploma anterior a possibilidade de, em tal momento, o juiz já conhecer do mérito da causa – não só quando houver revelia (como no Decreto-lei n.º 960/38), como também se os elementos constantes dos autos já lhe permitirem a formação de convencimento⁷⁶”. E anota a doutrina, que essa inovação ocorreu exata e assumidamente em razão da influência do direito português, que como visto, já experimentava bons resultados de otimização da tutela jurisdicional com esta técnica processual⁷⁷.

A partir desse momento nossa doutrina passou a se afastar das concepções de Pontes de Miranda sobre o tema e, infelizmente, o destino

processo civil português – especificamente quanto ao regime do despacho saneador –, é que “sempre que o estado do processo (face aos elementos de prova dele já constante neste momento) o permitir, sem necessidade portanto de mais provas, o juiz deverá conhecer e decidir sobre o mérito da causa”. In: BAPTISTA, José João. *Processo civil I: parte geral e processo declarativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 413. No mesmo sentido: LEITÃO, Helder Martins. *Da audiência preliminar e da instrução do processo civil*. 7ª Ed., Porto: Almeida e Leitão Lda., 2012, p. 40 e ss.; e PINTO, Fernando Brandão Ferreira. *Lições de direito processual civil*. 2ª Ed., Porto: Almeida e Leitão Lda., 2001, p. 381-382.

75. PINTO, Fernando Brandão Ferreira. *Lições de direito processual civil*. 2ª Ed., Porto: Almeida e Leitão Lda., 2001, p. 381.

76. TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n.º 86, p. 91.

77. Ver: MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Exegese do CPC, IV, I*. Rio de Janeiro: AIDE, s.d., p.14 e 28 e TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n.º 86, p. 91.

se encarregou de interromper a produção científica do grande mestre, que logo após a promulgação do Código de Processo Civil de 1973 deixou-nos, aos 87 anos, precisamente em 22 de dezembro de 1979, sem desenvolver o tema em comento da ótica das novas concepções (o que, com efeito, foi uma pena).

Como aponta Adroaldo Furtado Fabrício, a ideia do legislador de 1973 era impor ao juiz o exercício, de forma especialmente concentrada, na fase de saneamento do processo, os “seus poderes de inspeção, com vistas à comprovação da regularidade do processo e com adoção, se necessário, de alguma ou algumas das providências preliminares, que servem ou à complementação da fase postulatória ou à extirpação de vícios ou imperfeições capazes de comprometer a validade dos atos futuros”⁷⁸.

Assim, na “fase de saneamento” o juiz deveria cumprir, em necessária sucessividade e em obrigatória ordem as possibilidades de “extinção do processo” (CPC 329) e de “julgamento antecipado da lide”, se desnecessária a produção de mais provas⁷⁹.

Anota-se, que mesmo antes da entrada em vigor de nosso atual Código, o título que trata do saneamento do processo foi alterado e recebeu a designação de “Do saneamento do processo” por força da Lei n.º 5.925, de 1º de outubro de 1973. Anos mais tarde, criou-se, através da Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994 a audiência preliminar, que não se destinava “apenas à tentativa de conciliação. Não alcançada esta última, criou o legislador excelente oportunidade para a realização do saneamento do processo, com a interessante colaboração das partes e de seus procuradores”⁸⁰. Em razão desta sistemática, título “Do saneamento do processo” sofreria outra modificação, imposta pela Lei n.º 10.444 de 07 de maio de 2002, e passaria a ser identificado como “Da Audiência Preliminar”.

Como bem destacada Eduardo Talamini “àquele leque maior de providências possíveis encartados antes sob a rubrica do “despacho saneador”

78. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In: Saneamento do processo: Estudos em homenagem ao Professor Galeno Lacerda Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 18.

79. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In: Saneamento do processo: Estudos em homenagem ao Professor Galeno Lacerda Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 18

80. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Manual de direito processual civil. 15ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 1071.

o Código de 1973 reservou o termo “julgamento conforme o estado do processo” (capítulo, no diploma, do qual o “saneamento” é uma das seções)”, razão pela qual, é inegável que para a correta compreensão do instituto do saneamento do processo tal como articulado em nosso atual código, é essencial que “não se tome em conta apenas a seção “Do Saneamento do Processo” do Código de 1973 (atual “Da Audiência Preliminar”) – mas sim a disciplina global do “julgamento conforme o estado do processo” e alguns pontos constantes das “providências preliminares⁸¹”.

Inegável que após a evolução do instituto em comento, as atividades de saneamento do processo passaram a compreender as providências tomadas pelo juiz de forma preliminar (CPC 323 a 328); a averiguação do juiz quanto a possibilidade de extinção do processo, sem ou com julgamento do mérito (CPC 329); o julgamento antecipado do mérito da causa (CPC 330) e, ainda, as disposições constantes da seção “Da audiência preliminar”, na qual, não ocorrendo qualquer das hipóteses das seções precedentes e não logrando êxito o juiz em conciliar as partes (nas causas sobre direitos que admitam transação), fixará os pontos controvertidos e após declarar saneado o processo⁸², determinará a produção das provas necessárias (CPC 331) ao prosseguimento do feito.

Assim, da mescla do saneamento do processo (estrito) e o julgamento antecipado do mérito brotou, nitidamente, a possibilidade do fracionamento da resolução do mérito da causa no direito processual civil brasileiro.

Com efeito, o campo processual formado pela transição entre a fase postulatória e a fase instrutória do procedimento de conhecimento em primeiro grau de jurisdição, no qual se misturam atividades jurisdicionais, é extremamente propício para que, reunidos os elementos necessários, parte do mérito da causa seja desde logo resolvida, através de uma verdadeira cisão do julgamento do mérito, por decisão interlocutória (conforme abaixo melhor explicitado)⁸³.

81. TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1997, n.º 86, p. 78.

82. Diz Pontes de Miranda que se trata de pronunciamento judicial declarativo de sanação, constitutivo de deferimento dos atos das partes e da própria nomeação do perito e mandamental no tocante a designação da audiência de instrução e julgamento, do comparecimento das partes, peritos e assistentes técnicos e testemunhas. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. IV, p. 207.

83. Para se aprofundar sobre a questão ver: ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do

Mesmo com o avanço proporcionado pelo atual diploma processual civil à matéria em discussão, parte da doutrina negava a possibilidade de julgamento parcial do mérito quando do despacho saneador⁸⁴, mas aos poucos as influências advindas dos portugueses passou a operar reais efeitos entre nós, e nos permitiu enxergar na fase saneadora um momento extremamente estratégico e interessante para diminuir a quantidade de matéria posta em juízo para a sentença, de modo que se o mérito pudesse ser ali julgado, assim deveria ocorrer, mesmo que de forma parcial. Assim, inclusive, já orientava Galeno Lacerda desde 1939.

Eis a razão de afirmarmos que o “despacho saneador” – que mais tarde daria lugar à decisão interlocutória de saneamento e aos procedimentos ligados ao saneamento em sentido amplo, com todas as suas peculiaridades e complexidades-, é, entre nós, um dos primeiros institutos que possibilitou o amadurecimento da teoria da resolução parcial do mérito ao longo do procedimento de conhecimento em primeiro grau de jurisdição. Mais tarde, como sabido, outros institutos fomentariam ainda mais esta discussão, tal como ocorreu com a criação do artigo 273, §6º, do Código de Processo Civil pela Lei n.º 10.444 de 07 de maio de 2002⁸⁵.

procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

84. Pontes de Miranda, José Frederico Marques e Calmon de Passos assim se posicionavam. In: TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1997, n.º 86, p. 94-95.
85. Para um estudo aprofundado acerca do artigo em questão, conferir: ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 428 e ss.; CARREIRA ALVIM, Luciana. Tutela antecipada e decisão interlocutória de mérito. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, n.º 112; SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Novos contornos do instituto da tutela antecipada e os novos paradigmas do sistema processual civil (Lei 10.444/2002). Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, n.º 112; MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011; MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2008; CARREIRA ALVIM, J. E. Tutela antecipada na reforma processual: antecipação da tutela na ação de reparação de dano. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 1999; BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 2004; NERY JUNIOR. Procedimentos e tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: RT, 1997; NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2012; JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JR., Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. A nova reforma processual. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003; ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008; ARAÚJO, José Henrique Mouta. Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito. Curitiba: Juruá 2008; MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: RT, 2002, entre outros.

Com efeito, reiteramos, nesse sentido, as colocações de José Rogério Cruz e Tucci, para quem “é de suma importância que o processo civil disponha de mecanismos aptos a realizar a função institucional que lhe toca”, de modo que as legislações modernas necessitam, cada vez mais “construir procedimentos que tutelem de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos. O ideal é que existam tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo no processo”.⁸⁶ A admissão do julgamento parcial do mérito, pois, nada mais é do que uma destas tutelas e deve ser prestigiada pelo operador do direito.

É o que deixa bastante claro, também, Eduardo Talamini, ao frisar que uma vez aceitável, largamente, em sede de doutrina, a resolução parcial do processo sem julgamento do mérito – mesmo que não haja previsão expressa nesse sentido no artigo 329 do Código de Processo Civil –, o mesmo deve ocorrer quanto a resolução parcial do processo com julgamento do mérito, mesmo não havendo previsão expressa no artigo 330 do mesmo diploma legal⁸⁷.

Concordamos plenamente com o referido autor e, assim como já pregava Galeno Lacerda desde a égide do Código de Processo Civil de 1939, acreditamos que a única equalização possível da questão recai sobre a maturidade do processo, independentemente do estágio procedimental que se encontre. Se o processo já está suficientemente maduro para possibilitar a resolução do mérito quando do saneamento (ou mesmo em outros momentos do processo), assim deve proceder o juiz, relegando para a sentença apenas a parte do objeto litigioso do processo que ainda dependa de atividade jurisdicional para a outorga da respectiva tutela jurisdicional.

Foi com base nestas concepções – inegavelmente sintetizadas no presente ensaio-, que o legislador e a doutrina brasileira distanciaram-se do quanto sustentado por Pontes de Miranda, de modo que o julgamento parcial do mérito quando do saneamento do processo (e o instituto em si, seja qual for o momento processual) passou de possibilidade para realidade (e, também, necessidade), e representa atualmente importante ferramenta do juiz para otimizar a tutela jurisdicional e fazer valer no caso concreto a garantia fundamental da celeridade e duração razoável do processo, prestigiando, ainda, o direito à tutela jurisdicional tempestiva⁸⁸.

86. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e processo. São Paulo: RT, 1997, p. 64.

87. TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1997, n.º 86, p. 95.

88. Conforme ensina Nelson Nery Jr: “A EC 45/04 acrescentou ao rol dos direitos fundamentais da CF 5º o inciso LXXVII: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados

Afirma-se, por conseguinte, que na medida em que o pedido ou algum dos pedidos cumulados do autor (*meritum causae*) dispensar a averiguação de algumas questões prévias para seu enfrentamento ou ser desnecessária a instrução do processo para o enfrentamento dos mesmos, o juiz fica livre para, desde logo, dar a devida resposta ao jurisdicionado – resolvendo o mérito da causa (verdadeira quebra do dogma da unidade e unicidade da sentença). Tal intento, inegavelmente, pode ocorrer quando do saneamento do processo (e, frise-se, em qualquer momento do arco procedimental). Isso se aplica à pretensão processual como um todo ou em alguma de suas partes, desde que independentes entre si. A concepção de que somente ao final do processo tem-se uma prestação jurisdicional completa e, portanto, justa, não mais corresponde a realidade, e deve ser vista pela exegeta *cum grano salis*.

O processo, em uma de suas concepções, destina-se exatamente a construir o campo necessário e propício para que o juiz dite sobre o pedido contido na demanda (*meritum causae*), vale dizer, para que responda a pretensão processual da parte, acolhendo-a ou rechaçando-a. Na medida em que o processo já está pronto para liberar o juiz quanto a realização deste mister, entendemos que é sua obrigação assim proceder⁸⁹, independentemente do regular tramite procedimental ulterior quanto a eventual parte do pedido ou outros pedidos cumulados, para os quais ainda é necessário o desenvolvimento de atividade jurisdicional para a devida solução.

Assim, se a pretensão processual da parte (no todo, em alguma parte, ou um dos pedidos cumulados) puder ser enfrentada antes do final do processo (v.g. quando do saneamento do processo) isso deve ocorrer e esta possibilidade é assegurada ao juiz, já que é seu dever a rápida e eficaz proteção dos interesses das partes.

A evolução desta concepção não só tomou campo na doutrina, como visto acima, como também foi objeto de atenção do legislador. O Projeto

a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Adotou-se, expressamente, no direito constitucional brasileiro o princípio da duração razoável do processo – judicial e administrativo – e celeridade de sua tramitação. Trata-se de desdobramento do princípio do direito de ação (CF 5º XXXV), que definimos como garantidor do direito de obter-se a tutela jurisdicional adequada.” In: NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na constituição federal. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 316.

89. No mesmo sentido: REIS, José Alberto dos. Código de processo civil anotado. 3ª Ed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, vol. 03, p. 180 e ss.

do Novo Código de Processo Civil – nesse sentido e de forma totalmente diferente do quanto posto no Código de Processo civil de 1939 e 1973 (que dependem de uma interpretação sistêmica para assegurar a tese)-, propõe a sistematização da matéria de forma expressa, conforme conta de seu artigo 363⁹⁰:

Art. 363. O juiz decidirá parcialmente o mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I – mostrar-se incontroverso;

II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 362.

§ 1º. A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º. A decisão que julgar parcialmente o mérito é impugnável por agravo.

§ 3º. A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso dela interposto. Se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º. A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser promovidos em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

De uma forma geral, portanto, para finalizar as colocações que ora se fizeram, mesmo que a previsão no Projeto do Novo Código de Processo Civil não se torne realidade expressa em nosso ordenamento, a interpretação da matéria não deve ser modificada. Nesse sentido, é importante ao leitor enxergar que mesmo quando era sugerida a concentração da resolução do mérito na sentença, nosso sistema processual civil não era incompatível com a teoria da resolução parcial do mérito no procedimento de conhecimento do processo em primeiro grau de jurisdição. Com o passar dos anos, com o aprendizado advindo do direito comparado e com o desenvolvimento de nosso sistema processual civil, passou-se a admitir, cada vez mais, que quando do saneamento do processo pudessem o juiz, se assim estivesse maduro o processo para tanto, resolver parte do objeto litigioso do processo, otimizando e adiantando a prestação jurisdicional definitiva à parte interessada.

90. Conforme redação da última versão do Projeto disponibilizada pela Câmara dos Deputados em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1037367&filename=Tramitacao-PL+6025/2005. Acesso em 13.01.2013.

Assim, nada obstante as conclusões que se chegaram neste tópico divergirem das orientações do saudoso Pontes de Miranda, parece-nos que atualmente não há outra posição válida senão a que aponta pela possibilidade da resolução parcial do mérito ao longo do procedimento de conhecimento do processo em primeiro grau de jurisdição e que o saneamento do processo é momento propício para tanto. A decisão que o faz, como veremos a seguir, é verdadeira decisão interlocutória de mérito.

5. A NATUREZA JURÍDICA DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE EM SEDE DE SANEAMENTO DO PROCESSO RESOLVE PARTE DO MÉRITO DA CAUSA

Certamente este não é o momento adequado para uma ampla investigação acerca dos pronunciamentos judiciais e as diversas celeumas que giram em torno desta complexa matéria processual. Todavia, cumpre-nos – mesmo que em breves linhas-, definir qual a natureza jurídica da decisão do juiz que, em sede de saneamento do processo, resolve parte do mérito da causa, sem que implique em encerramento das atividades jurisdicionais quanto ao prosseguimento do processo de conhecimento.

Conforme já tivemos a oportunidade de ressaltar⁹¹, nosso sistema processual possui duas espécies de pronunciamentos judiciais com caráter decisório em primeiro grau de jurisdição. São eles: a sentença e a decisão interlocutória (CPC 162, §§ 1º e 2º).

Quanto ao despacho (CPC 162. §§ 3º e 4º) – como orienta a doutrina do próprio Pontes de Miranda-, trata-se de pronunciamento sem caráter decisório⁹².

91. ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef de. O transito em julgado progressivo das decisões de mérito – uma visão da ótica das decisões interlocutórias. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2011, n.º 202. P. 370 e ss.; e ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 120 e ss.

92. Com efeito, para o referido autor “se algo se decide com o despacho há decisão agravável, ou sentença apelável, ou outro recurso. Expediente é apenas o que se há de considerar rotina diária, ou de simples uso geral, o que apenas facilita o prosseguimento do processo, ou entra no trabalho ordinatório do juízo ou do corpo coletivo. (...) O conceito afasta quaisquer atos em que se resolvam questões incidentes, atos que apenas servem à impulsão do procedimento, à sua continuação”. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VII, p. 119.

O ato decisório por excelência, desde as concepções romanas é a sentença. Como bem pondera Chiovenda, a *sententia* romana era o pronunciamento judicial “que reconhecia ou desconhecia um bem da vida, a dizer, recebia ou rejeitava a demanda, soava em lugar da verdade – “*res iudicata pro veritate accipitur*”⁹³”.

As disposições romanas sobre o instituto da sentença – sobretudo após o movimento de recepção do direito romano pelos “estados nacionais” que surgiram no Oriente a partir do século XIII -, influenciaram diversos ordenamentos ao redor do mundo, inclusive o português, e se fizeram presentes, por conseguinte, também em nossa legislação⁹⁴.

Lembra Liebman que nosso direito processual restaurando a antiga terminologia latina, manifestou tendência de restringir o uso da expressão sentença “unicamente para as decisões definitivas de mérito⁹⁵”, em manobra que prestigiou o critério finalístico do ato para a classificação do instituto.

Este aspecto da sentença tomou especial relevância com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, que sufragou o critério finalístico para a conceituação da sentença (CPC 162, §1º)⁹⁶, o qual

-
93. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Tradução da 2ª Ed. Italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. 01, p. 121.
94. Liebman, estudando nosso direito pátrio, lembrou que no direito romano “sentença era só a decisão final da causa. *Sententia* era o ato que decidia a controvérsia, condenando ou absolvendo o réu. A todos os decretos do juiz para ordenar a marcha do processo, chamava os romanos de *interlocutiones* e não tinham nem a forma, nem eficácia da sentença”. Por esta razão, concluiu o insigne jurista que nosso direito processual civil sofreu – assim como diversos outros ordenamentos -, influências diretas do direito romano, sobretudo no que se refere aos pronunciamentos do juiz com caráter decisório. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. Decisão e coisa julgada. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1947, n.º 109, p. 330.
95. LIEBMAN, Enrico Tullio. Decisão e coisa julgada. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1947, n.º 109, p. 331.
96. A nosso ver, é inafastável a conclusão de que a sistematização dos pronunciamentos judiciais de acordo com a versão original do Código de Processo Civil de 1973 decorreu da evolução do direito processual civil ao longo de anos, conquistada após o enfrentamento de diversos – e sérios-, problemas ligados a identificação das espécies de decisão e os meios de impugnabilidade das mesmas. Com efeito, não se tratou de uma proposta imatura. Justificando a essência e importância do critério finalístico para a classificação da sentença, inclusive com base em vasta investigação histórica e de direito comparado, ver: ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

representou não só o resultado da sistematização dos pronunciamentos judiciais (juntamente com os demais parágrafos do CPC 162), como, também, uma estratégia sanativa dos corriqueiros problemas decorrentes do sistema recursal que ocorriam entre nós até então⁹⁷.

É nesse sentido, o escólio de Pontes de Miranda, que analisando a proposta contida em nosso atual Código de Processo Civil, afirmou que este “definiu sentença com precisão: ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não, o mérito da causa⁹⁸”.

Com efeito – conforme bem pondera Nelson Nery Jr. -, “a pedra de toque estabelecida pelo Código de Processo Civil para classificar os pronunciamentos do juiz de primeiro grau de jurisdição era somente a finalidade do ato, seu objetivo, seu sentido teleológico, sua consequência⁹⁹”.

-
97. O critério finalístico insito da sentença é seu traço marcante. A doutrina mundial parece ter consenso quanto ao fato de que a sentença vera e própria é aquela que se situa no final do processo – aquela que se revela como ato decisório final. Ver, nesse sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tradução Espanhola da 3ª Ed. Italiana e prólogo por José Casais y Santaló. Notas de Alfredo Salvador. Madrid: Reus S.A., 1977, t. II, p. 421-422; SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I. Tradução Espanhola da 7ª Ed. Italiana por Santiago Sentís Melendo e Fernando de la Rúa. In: *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, vol. 01, p. 346; SCHONKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil*. Tradução Espanhola da 5ª Ed. Alemã por Leonardo Prieto Castro, com colaboração de José M.ª Cabrera Claver e Víctor Fairén Guillén. Barcelona: BOCH, 1950, p. 256; ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tradução Espanhola da 5ª Ed. Alemã por Angela Romena Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, vol. 02, p. 324; GUASP, Jaime. *Derecho procesal Civil*. 7ª Ed. Navarra: Civitas, 2005, t. I, p. 533; PRIETO CASTRO, Leonardo. *Derecho procesal civil*. Zaragoza: Librería General Zaragoza, 1949, t. I, p. 231; COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario jurídico*. 4ª Ed., Montevideo: BdeF, 2010, p. 672; RAIMUNDIR, Ricardo. *Derecho procesal civil: doctrina, jurisprudencia, legislación argentina y comparada*. Buenos Aires: Editorial Viracocha S.A, 1957, t. II, p. 70; e REIS, José Alberto dos. *Código de processo civil anotado*. 3ª Ed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, vol. 01, p. 283.
98. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. III, p. 86. Para o conceituado autor, cuja lição é extremamente atual, “a sentença pode ser, quanto ao alcance, a) sentenças sobre o mérito, ou de mérito, ou sentenças sobre o fundo, e b) sentenças sobre processualidade (= sentenças que não julgam o mérito). Há sentença sobre o mérito quando se decide sobre a res deducta, sobre a relação jurídica que se controverte, sobre o objeto do pedido (Sachurteil = BGB., § 212, alínea 1ª: “in der Sache selbst entscheidendes Urteil”). Há sentença sobre o processual (Prozessurteil) quando só se decide quanto a algum tipo de ato jurídico processual, ou pontos de direito processual, ou sobre a própria relação jurídica processual, sem se atingir a relação jurídica controvertida”. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. V, p. 77.
99. NERY JUNIOR, Nelson. Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, § 1º, que não alterou o conceito de sentença. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 522.

Durante mais de trinta anos esta foi a absoluta sistemática legal relacionada com a sentença, sem que houvesse grande divergência doutrinária a respeito¹⁰⁰. “O conceito de sentença baseava-se em um critério puramente topológico, não substancial. O que interessava não era o conteúdo do ato, mas a pura e simples posição por ele ocupada no itinerário do feito. Na arquitetura característica do Código, a sentença assinalava o ponto final de um processo¹⁰¹”.

Com a edição da Lei n.º 11.232/2005, que passou a vigorar entre nós a partir de 24 de junho de 2006, instaurou-se no processo civil brasileiro uma específica técnica de desenvolvimento procedimental que pôs fim à autonomia do processo de execução e tornou o processo sincrético¹⁰². Em razão do sincretismo processual, o legislador foi obrigado a repensar a definição legal da sentença, já que não mais se concebia da ideia da finalização do processo para a conceituação deste instituto.

100. Isso considerando, apenas, a sistemática posta pelo CPC/73, uma vez que já no CPC/39 era forte a tendência doutrinária de encarar como sentença verdadeira e pura apenas o pronunciamento final da causa, aquele que fosse apto a resolver a lide instaurada entre os litigantes. Assim considerada, a estruturação da sentença como típico ato final do procedimento de primeiro grau de jurisdição conta com mais de setenta anos.

101. BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 168. Todavia, não se desconhece que parte da doutrina defendia que o critério finalístico adotado pelo legislador de 1973 não era apto a distinguir e classificar corretamente as sentenças, sendo voz exponencial Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem “o único elemento por meio do qual se pode identificar as sentenças é seu conteúdo”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 27 e 29. Ver também: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O conteúdo da decisões judiciais como fator determinante para sua classificação e para a indicação dos recursos cabíveis. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n.º 162.

102. Pondera, com propriedade, Nelson Nery Jr. que “o novo sistema, instituído pela Lei 11.232/2005, não extinguiu as ações de liquidação de sentença e de execução. Extinguiu os “processos” autônomos de liquidação de sentença e de execução, transformando-os em “fases” do processo de conhecimento, permitindo sua procedimentalização mais célere, desburocratizada, sem todas as formalidades do Livro II do CPC”. In: NERY JUNIOR, Nelson. Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, § 1º, que não alterou o conceito de sentença. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 524. No mesmo sentido é o escólio de Barbosa Moreira, que lembra que inobstante a técnica do processo sincrético, esta “em nada influi na distinção ontológica entre as atividades de conhecimento e execução. Cognição e execução constituem segmentos diferentes da função jurisdicional. A lei pode combiná-los de maneira variável, traçar ou não uma fronteira mais ou menos nítida entre os respectivos âmbitos, inserir no bojo de qualquer deles atos típicos do outro, dar procedência a este sobre aquele, juntá-los, separá-los ou entremear-los, conforme lhe pareça mais conveniente do ponto de vista prático. O que a lei não pode fazer, porque contrário à natureza das coisas, é torná-los iguais”. In: BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 169.

Foi então, que através da mesma modificação legislativa, o legislador estabeleceu uma nova conceituação legal para a sentença, alterando o § 1º, do artigo 162 do Código de Processo Civil para estes termos: “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

Evidencia-se, que o legislador pátrio adotou a posição da doutrina que sustentava ser o conteúdo do ato o traço característico da sentença, e passou a tipificá-la dentro do sistema processual tão somente com base neste critério, apagando – ao menos da letra da lei -, toda a tradição de nosso direito e ignorando as bases nas quais nosso sistema processual, sobretudo o recursal, foi escorado¹⁰³.

Como já tivemos a oportunidade de destacar, “mesmo diante da opção do legislador moderno, para entendermos corretamente as espécies dos atos decisórios do juiz e classificá-los de acordo com a sistemática do processo civil, mister irmos além do que resta literalmente tipificado no artigo 162 do Código de Processo Civil¹⁰⁴”.

Acompanhamos, nesse sentido, a posição de Nelson Nery Jr., que é enfático ao asseverar que a Lei n.º 11.232/2005 modificou, apenas, o “rótulo” do artigo 162, §1º, do Código de Processo Civil, “mas não a sua essência¹⁰⁵”.

Com efeito, ao se analisar a alteração imposta pela Lei n.º 11.232/2005, o primeiro aspecto que chama a atenção é que a reforma não alterou o conceito de decisão interlocutória, ou seja, manteve a sistemática de classificação desta espécie de pronunciamento com caráter decisório de primeiro grau de jurisdição, tal como prevista na base original do Código de Processo Civil: exatamente a finalidade do ato.

103. Humberto Theodoro Junior critica a manobra do legislador e frisa que “a reforma ficou no meio do caminho; criou um grave problema e não cuidou de dar-lhe solução, quer no campo da maior precisão do que deveria ser sentença, quer na adaptação do sistema recursal à nova definição de sentença”. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas reformas do código de processo civil. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5.

104. ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef de. O transito em julgado progressivo das decisões de mérito – uma visão da ótica das decisões interlocutórias. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2011, n.º 202, p. 387.

105. NERY JUNIOR, Nelson. Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, § 1º, que não alterou o conceito de sentença. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 522.

Isso nos revela, de imediato, que permanece inalterado no sistema o critério adotado na concepção original do Código de Processo Civil, de forma que o legislador, mesmo após a Lei n.º 11.232/2005 não levou em conta *apenas* o conteúdo para a classificação dos pronunciamentos judiciais (CPC 162, §1º), mas “igualmente considerou a finalidade (CPC 162, §§ 2º e 3º) do ato como critério classificatório¹⁰⁶”.

É plenamente válida, pois, a despeito da literalidade do §1º, do artigo 162, do Código de Processo Civil a lição de Humberto Theodoro Junior para quem “a distinção entre sentença e decisão interlocutória não leva em conta a matéria decidida, mas apenas o efeito do ato judicial impedir, ou não, o prosseguimento do processo¹⁰⁷”, uma vez que a conceituação da decisão interlocutória é ainda calcada, apenas, na finalidade do ato.

Consideramos – como sustentado em outras oportunidades¹⁰⁸, que “que o conteúdo que se diz próprio da sentença não lhe é exclusivo, pois pode estar relacionado a uma decisão que não encerra o procedimento – e, portanto, não pode ser sentença, ao menos em relação ao direito positivo brasileiro¹⁰⁹”.

Nada obstante a doutrina da sentença parcial ter surgido para “orientar” a confusão estabelecida com a reforma de 2005, partilhamos do entendimento de que ausente o critério finalístico do ato, o mesmo não pode ser classificado como sentença, razão pela qual – detendo cunho decisório – de mérito ou não –, o pronunciamento deve ser corretamente classificado como decisão interlocutória¹¹⁰.

106. NERY JUNIOR, Nelson. Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, § 1º, que não alterou o conceito de sentença. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 523.

107. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de processo civil anotado. 11ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 125.

108. ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef de. O transito em julgado progressivo das decisões de mérito – uma visão da ótica das decisões interlocutórias. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2011, n.º 202. P. 370 e ss.; e ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 250 e ss.

109. DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2009, vol. 02, p. 282.

110. Com efeito, não basta a alteração de um dispositivo legal, para todos o sistema se adapte a ele. O que ocorre, na verdade, é que mesmo com a alteração de sua redação, toda e qualquer

E a lição de Pontes de Miranda é extremamente rica nesse sentido. Referido autor, em seus comentários ao Código de Processo Civil de 1973, ensina que a decisão interlocutória é o pronunciamento judicial que se coloca entre falas e como tal, resolve questão incidente¹¹¹ no processo sem dar ensejo à extinção da relação jurídica processual¹¹².

disposição de lei deve se adaptar ao sistema, nunca o contrário. Nosso sistema processual civil erigiu de uma base na qual o critério finalístico da sentença é marcante e próprio – servindo, inclusive, de fato estrutural do sistema recursal -, de modo que mesmo que o mérito seja analisado pelo juiz durante o arco procedimental, caso não haja a finalização da etapa de conhecimento do processo, o pronunciamento judicial é verdadeira decisão interlocutória e, jamais, sentença.

111. Ressalta-se que a expressão “incidente” constante do CPC 162, § 2º – erroneamente interpretada por muitos autores -, não tem, e na verdade nunca teve, o condão de traduzir a impossibilidade de parte do mérito ser resolvida por decisão interlocutória. Nesse sentido, sempre afastamos a teoria da sentença parcial para o nosso ordenamento jurídico. Utilizando-nos, mais uma vez, do significado etimológico das palavras, temos que o vocábulo “incidente” se origina do latim escolástico *incidens*, -tis, do verbo *incido*, -ere, que significa, nos dizeres de Eduardo J. Couture “cair entre, cair sobre”. In: COUTURE, Eduardo J. Vocabulário jurídico. 4ª Ed., Montevideo: BdeF, 2010, p. 398. No mesmo sentido ver: FERNANDES, Antonio Scarance. Incidente processual: questão incidental – procedimento incidental. São Paulo: RT, 1991, p. 28. Nesse sentido, parece-nos claro que o emprego da expressão “incidente” conjuntamente com “questão”, ao longo da história do processo civil, para qualificar os pronunciamentos judiciais interlocutórios, não leva em consideração a significação de superveniência ou de incidência do vocábulo (surgir, cair sobre, em cima, dentro), mas apenas remete à ideia de um acontecimento que ocorre no curso do processo, uma questão que se forma “entre falas” e que, por isso mesmo, deve ser decidida pelo juiz no iter procedimental. Com acerto, a nosso ver, pois, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, que alertam que a redação do conceito de decisão interlocutória no Código de Processo Civil é problemática. In: DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2009, vol. 02, p. 283. A expressão “questão incidente” contida na redação de nosso codex processual para conceituar decisão interlocutória deve ser vista cum grano salis, e de acordo com nosso entendimento, na exata perspectiva do proposto por Quemada (In: QUEMADA, Vicente Herce. *Questiones incidentales*. In: Nueva enciclopedia jurídica. Barcelona: Francisco Seix Editor, 1954, vol. VI, p. 98) quando trata das questões incidentes em sentido lato, e por Scarance Fernandes quando indica ser uma série de atos processuais que dilatam o procedimento principal, ou seja: questões que surgem ao longo do processo (inter falas – entre petição inicial e sentença –, e, por isso, incidentes, In: FERNANDES, Antonio Scarance. Incidente processual: questão incidental – procedimento incidental. São Paulo: RT, 1991, p. 31) , e que devem ser enfrentadas pelo juiz no decorrer do procedimento. A decisão interlocutória, pois, mesmo que definida por ser o pronunciamento que resolve questão incidente, não deixa de ter como objeto, também, o mérito do processo, quando resolvido no arco procedimental, entre a propositura da demanda e a prolação da sentença. Para uma visão completa do tema, conferir: ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 301 e ss.
112. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. III, p. 86.

Com efeito, a própria etimologia da palavra “interlocutória” traduz sua essência. Do latim “*interlocutorius, -a, -um*” do verbo “*interloquor, -i*”, que significa “interromper a fala”, vemos que a locução “interlocutória” literalmente expressa “falar no meio”¹¹³. Trata-se da “fala” que ocorre entre a propositura da demanda (ato do autor) e a sentença (ato do juiz).

Como bem pondera Francesco Menestrina “la decisione del giudice dunque, lungi dall’essere quella semplicissima argomentazione che a molti proceduristi piace far credere si può scomporre in una lunga e ininterrotta catena di atti del pensiero”¹¹⁴.

Em razão desta alongada tarefa jurisdicional, é inegável que o juiz depara-se, antes de se debruçar sobre o mérito propriamente dito, a diversas questões ligadas ao processo em si mesmo e a ação, bem como a questões que mesmo diferentes destas duas órbitas devem ser resolvidas antes do enfrentamento das questões de mérito¹¹⁵. A decisão interlocutória de mérito é o pronunciamento judicial no qual, após o enfrentamento das questões prévias de mérito relacionadas ao processo e à ação, o juiz enfrenta questões de mérito¹¹⁶ na fundamentação do

113. COUTURE, Eduardo J. Vocabulário jurídico. 4ª Ed., Montevideo: BdeF, 2010, p. 423.

114. MENESTRINA, Francesco. La pregiudiziale nel proceso civile. Milão: Giuffré, 1963, p. 47.

115. Ver nesse sentido: ALVIM, Thereza. Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada. São Paulo: RT, 1977, p. 11-17. Liebman, em conhecido ensaio, destaca que as questões prévias ao mérito são: pressupostos processuais, condições da ação, nulidades processuais e situações terminativas do processo. Para o conceituado processualista, todas estas questões devem ser analisadas pelo juiz anteriormente ao mérito. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pelegrini Grinover. 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 123-133. Ver sobre o tema: BUZAID, Alfredo. Do agravo de petição no sistema do código de processo civil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 115-116; DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 6ª Ed. São Paulo: Malheiro, 2010, t. I, p. 327; e DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 71 e ss.

Há dois grupos de questões prévias ao mérito: as questões de admissibilidade do julgamento do mérito e as questões de mérito. Após o enfrentamento destes grupos de questões, mesmo que em partes, pode o juiz resolver o mérito da causa. Isso ocorre, no decorrer do processo, por decisão interlocutória e não por sentença parcial.

116. É Carnelutti que define com maestria o que vem a ser questão no processo civil. Para o conceituado autor, questão é um ponto de fato ou de direito, sobre o qual instaurou-se uma dúvida, que é relegada à decisão do juiz. Para o conceituado autor “del análisis acerca de los conceptos de razón, de pretensión y de contestación surge otra noción, que hace falta explicar, con objeto de poder comprender el mecanismo del proceso. Esa noción es la cuestión. Cuando una afirmación comprendida en la razón (de la pretensión o de la discusión) pueda engendrar dudas y, por tanto, haya de ser verificada, se convierte en una cuestión. La cuestión se puede definir, pues, como un punto dudoso, de hecho o de derecho, y su noción es correlativa de la afirmación”. In: CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho

*decisum*¹¹⁷ e resolve o próprio mérito na parte dispositiva do mesmo. Quer dizer, diz “sim” ou “não” a parte do pedido ou a um dos pedidos cumulados, conforme veiculado na demanda.

Ao resolver as questões ligadas aos fatos e aos fundamentos jurídicos evocados pelo autor (realizando a subsunção), não está o juiz, propriamente, resolvendo o mérito, mas, apenas, enfrentando os elementos básicos e essenciais acerca dos quais restavam dúvidas (questões), e cujo enfrentamento representa caminho necessário pelo qual será o juiz conduzido ao ponto propício para dar solução ao mérito da causa propriamente dito, resolvendo-o. Realizando este passo, o juiz dá resposta à questão de mérito, que servirá de fundamento para o passo seguinte, que é a resolução (ou não) do mérito da causa. Podemos afirmar, pois, que se esta sistemática ocorrer no arco procedimental e o juiz resolver parte do mérito da causa de forma apartada, o pronunciamento judicial respectivo é decisão interlocutória. Caso tal intento ocorra no final do processo, com a resolução do *meritum causae* de forma concentrada, o pronunciamento será sentença.

Nada obstante as interferências provocadas pela promulgação da Lei n.º 11.232/2005 e em que pese a defesa por parte de alguns da teoria da sentença parcial, temos que a decisão do juiz que em sede de saneamento do processo resolve parte do mérito da causa possui natureza de decisão interlocutória, porquanto carente do elemento finalístico próprio da sentença (= por termo ao procedimento, etapa ou fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição).

Na esteira do mais refinado ensinamento doutrinário – dente o qual destaca-se o de Pontes de Miranda-, e reconhecendo a grande confusão que a redação isolada do atual artigo 162, §1º, do Código de Processo Civil traz ao sistema, o legislador pátrio parece disposto a por uma pá de cal sobre a polêmica e – inclusive concertando a imprecisa redação do §2º do mesmo dispositivo legal -, reestrutura por completo a redação da lei no Projeto do Novo Código de Processo Civil (prestigiando o sistema

procesal civil. Tradução por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944 vol. 02, p. 15.

117. Na fundamentação da própria decisão interlocutória. Frise-se, que as questões de mérito são questões prévias ao mérito, e em conjunto com as demais questões prévias (preliminares e prejudiciais) devem ser resolvidas antes do próprio mérito. Tal pode ocorrer em sentença ou em decisão interlocutória de mérito, tudo conforme a finalidade do pronunciamento dentro do processo.

criado por Buzaid) e propõe o quanto segue para reger a matéria em destaque:

Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º. Ressalvadas as previsões expressas nos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 495 e 497, põe fim ao processo ou a alguma de suas fases.

§ 2º. Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre na descrição do § 1º. (...) ¹¹⁸

Salta aos olhos a intenção deliberada do legislador em assumir o caráter misto para classificação da sentença, tal como proposto, atualmente, por parte da doutrina,¹¹⁹ mantendo sua base sistêmica original conforme

-
118. Conforme a última versão do Projeto que está disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1037367&filename=Tramitacao-PL+6025/2005. Acesso em 14.01.2013. O artigo 203 da última versão do Projeto corresponde, em iguais termos, ao artigo 170 com redação do texto substitutivo do Senado, o qual, por sua vez, corresponde, também em iguais termos, ao artigo 158 do texto original.
119. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007; NERY JUNIOR, Nelson. Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, § 1º, que não alterou o conceito de sentença. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008; NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2010; THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas reformas do código de processo civil. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007; JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JR., Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. A terceira da reforma processual civil. São Paulo: Saraiva, 2006; ARAÚJO, José Henrique Mouta. Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito. Curitiba: Juruá 2008; MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011; ARRUDA ALVIM, Eduardo. O perfil da sentença e suas repercussões na Lei n. 11.232/2005. In: Nogueira, Gustavo Santana (Coord.). A nova reforma processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; BUENO, Cassio Scarpinella. A nova etapa da reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 01; e RIBEIRO, Loenardo Ferres da Silva. A definição dos pronunciamentos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias, e despachos) após as últimas alterações legislativas: impacto e efeitos no plano recursal. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008; ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef de. O transito em julgado progressivo das decisões de mérito – uma visão da ótica das decisões interlocutórias. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2011, n.º 202. ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. *A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

prevista no Código de Processo Civil de 1973 (critério finalístico) e adotando um critério residual – de forma a excluir qualquer interpretação favorável à doutrina de sentença parcial -, deixa expresso que independentemente do conteúdo do pronunciamento, se este contiver caráter decisório, mas não encerrar a fase cognitiva do procedimento comum, será qualificado como decisão interlocutória.

Nada obstante o teor – brilhante, diga-se de passagem-, do texto do Projeto do Novo Código de Processo Civil, assumimos que a decisão interlocutória de mérito já é realidade viva em nosso atual sistema processual civil¹²⁰ e a decisão de saneamento do processo (ou aquela proferida quando do saneamento do processo – CPC 323 a 331) que resolva parte do *meritum causae* sem por fim ao procedimento, etapa ou fase de conhecimento do processo tem natureza de decisão interlocutória e assim deve ser compreendida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef de. *O transito em julgado progressivo das decisões de mérito – uma visão da ótica das decisões interlocutórias*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2011, n.º 202.
- ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. *A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.
- ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá 2008.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. *O perfil da sentença e suas repercussões na Lei n. 11.232/2005*. In: Nogueira, Gustavo Santana (Coord.). *A nova reforma processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 15ª Ed. São Paulo: RT, 2012.

120. Como sustentamos largamente em: ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef de. *O transito em julgado progressivo das decisões de mérito – uma visão da ótica das decisões interlocutórias*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2011, n.º 202 e, principalmente, em : ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. *A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

- BAPTISTA, José João. *Processo civil I: parte geral e processo declarativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil: Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 467 a 565*. 13ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. 05, p. 245.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRITO, Wanda Ferraz de, e MESQUITA, Duarte Romeira de. *Código de processo civil anotado*. 18ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 01.
- BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1956.
- BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, vol. 01.
- CALAMANDREI, Piero. *El concepto de "litis" en el pensamiento de Francesco Carnelutti*. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Tradução Espanhola por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendro. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944 vols. 01, 02, 03 e 04.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução por Santiago Sentís Melendro. Buenos Aires: Librería El Foro S.A, 1997, vols. 01, 02 e 03.
- CARREIRA ALVIM, J. E. *Tutela antecipada na reforma processual: antecipação da tutela na ação de reparação de dano*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- CARREIRA ALVIM, Luciana. *Tutela antecipada e decisão interlocutória de mérito*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, n.º 112.
- CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª Ed. Italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. 01.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tradução Espanhola da 3ª Ed. Italiana e prólogo por José Casais y Santaló. Notas de Alfredo Salvador. Madrid: Reus S.A., 1977, t. I.

- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª Ed., 17ª reimpr. Bueno Aires: Depalma. 1993.
- COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario jurídico*. 4ª Ed., Montevideo: BdeF, 2010.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.
- DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento, arts. 102 a 242*. SILVA, Ovídio A. Baptista (Coord.) São Paulo: RT, 2000, v. 02.
- DIDIER JR., Fredie. *Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênisis, 2002, vol. 26.
- DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2009, vol. 01.
- DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2009, vol. 02.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 02.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiro, 2010, t. I e II.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa*. In: *Saneamento do processo: Estudos em homenagem ao Professor Galeno Lacerda* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Incidente processual: questão incidental – procedimento incidental*. São Paulo: RT, 1991.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A lide como categoria comum do processo*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda., 1991.
- GUASP, Jaime. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Madrid: M. Aguilar Editor, 1943, t. I.
- GUASP, Jaime. *Derecho procesal Civil*. 7ª Ed. Navarra: Civitas, 2005, t. I.
- JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JR., Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JORGE, Flávio Cheim e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A sentença, a interlocutória e os recursos*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os*

poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

LEITÃO, Helder Martins. *Da audiência preliminar e da instrução do processo civil*. 7ª Ed., Porto: Almeida e Leitão Lda., 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Decisão e coisa julgada*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1947, n.º 109.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pelegrini Grinover*. 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Tradução espanhola dos três volumes da obra *Manuale di diritto processuale civile* por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, vol. 03.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel proceso civile*. Milão: Giuffrè, 1963.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil: Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts 154 a 269*. 10ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. 02.

NERY JUNIOR. *Procedimentos e tutela antecipada*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. *Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, § 1º, que não alterou o conceito de sentença*. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

- NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2012.
- PINTO, Fernando Brandão Ferreira. *Lições de direito processual civil*. 2ª Ed., Porto: Almeida e Leitão Lda., 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1947, t. II.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. III.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. IV.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. V.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VII.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- PRADE, Péricles Luiz Medeiros. *Apresentação*. In: PRADE, Péricles Luiz Medeiros (Coord.). *Estudos sobre o novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Resenha Tributária Ltda., 1974.
- PRIETO CASTRO, Leonardo. *Derecho procesal civil*. Zaragoza: Libreria General Zaragoza, 1949, t. I.
- QUEMADA, Vicente Herce. *Questiones incidentales*. In: *Nueva enciclopedia jurídica*. Barcelona: Francisco Seix Editor, 1954, vol. VI.
- RAIMUNDIN, Ricardo. *Derecho procesal civil: doctrina, jurisprudencia, legislación argentina y comparada*. Buenos Aires: Editorial Viracocha S.A, 1957, t. II.
- REIS, José Alberto dos. *Código de processo civil anotado*. 3ª Ed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, vol. 01.
- REIS, José Alberto dos. *Código de processo civil anotado*. 3ª Ed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, vol. 03.
- RIBEIRO, Loenardo Ferres da Silva. *A definição dos pronunciamentos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias, e despachos) após as últimas alterações legislativas: impacto e efeitos no plano recursal*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.
- ROSA, Eliézer. *Dicionário de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1973.

- ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tradução Espanhola da 5ª Ed. Alemã por Angela Romena Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, vol. 02.
- SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. *Novos contornos do instituto da tutela antecipada e os novos paradigmas do sistema processual civil (Lei 10.444/2002)*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, n.º 112.
- SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I. Tradução Espanhola da 7ª Ed. Italiana por Santiago Sentís Melendo e Fernando de la Rúa. In: *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, vol. 01.
- SCHONKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil*. Tradução Espanhola da 5ª Ed. Alemã por Leonardo Prieto Castro, com colaboração de José M.ª Cabrera Claver e Víctor Fairén Guillén. Barcelona: BOCH, 1950.
- TALAMINI, Eduardo. *Saneamento do processo*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1997, n.º 86.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *A ação rescisória e os julgamentos fracionados do mérito da causa*. In: ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo, NERY JR., Nelson e outros (Coord.). *Direito Civil e Processo: estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Temas e problemas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O conteúdo da decisões judiciais como fator determinante para sua classificação e para a indicação dos recursos cabíveis*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n.º 162.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

20

RESCISÓRIA, DECISÃO INTERLOCUTÓRIA E COISA JULGADA **PROGRESSIVA: UMA** SEGUNDA VISÃO SOBRE O PROJETO DO Novo CPC

José Henrique Mouta Araújo¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Os momentos de resolução do mérito e a impugnação recursal total ou parcial: divergência interpretativa – 3. Resolução parcial de mérito no NCPC e seus reflexos: necessidade de revisão conceitual.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente quero agradecer ao convite para elaborar este pequeno ensaio em homenagem a Pontes de Miranda, professor de todos nós, cujo trabalho configura fonte de inspiração aos estudiosos da ciência do direito. Estou duplamente honrado, pois, de um lado, trata-se de mais uma coletânea da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP e, de outro, tem por objetivo homenagear o mestre alagoano.

O tema a ser enfrentado refere-se a formação progressiva da coisa julgada no projeto do novo CPC (*que será mencionado como NCPC*), tomando por base dispositivos do atual Código, do Projeto (versão da Câmara Federal), além de aspectos jurisprudenciais e doutrinários.

Aliás, em relação à doutrina, desde já merece registro o pensamento do homenageado, que será apresentado no decorrer do ensaio, no que respeita a possibilidade de formação da coisa julgada em vários momentos durante o andamento da relação processual.

1. Pós-doutor (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), doutor e mestre em direito (Universidade Federal do Pará), Professor Titular da Universidade da Amazônia, do Centro Universitário do Estado do Pará e da Faculdade Ideal, procurador do estado do Pará e advogado. www.henriquemouta.com.br.

Assim, visando enfrentar problemas ligados à ação rescisória e aos graus cognitivos das decisões judiciais, serão abordadas as características e os conceitos dos pronunciamentos judiciais, a evolução interpretativa do conceito de sentença e as perspectivas ligadas ao projeto do novo CPC quanto às interlocutórias, a formação da coisa julgada em vários momentos processuais e, conseqüentemente, a possibilidade de várias rescisórias visando desconstituir decisões oriundas de um mesmo processo.

Deve-se registrar, nesta introdução, que já possuo textos e livros publicados² nos quais enfrento o tema ligado às interlocutórias de mérito e a polêmica sobre a existência de sentenças parciais, a partir das reformas ocorridas no CPC de 1973. Este é o segundo ensaio sobre o NCPD no qual procuro enfrentar, agora com outro enfoque, o problema das resoluções parciais de mérito³.

Com efeito, especialmente após as alterações ocorridas nos arts. 162, §1º, 267, 269 e 273 do atual CPC, parte da doutrina e jurisprudência passaram a admitir a existência de sentenças parciais⁴ (*decisões que, mesmo não encerrando a fase de conhecimento, se enquadram nos arts. 267 e 269 da legislação processual*), enquanto outra parte defende a permanência conceitual das decisões interlocutórias de mérito.

O tema é importante e reflete no projeto do NCPD, que consagra expressamente a possibilidade de interposição do recurso de agravo de instrumento contra as resoluções parciais de mérito⁵.

-
2. Sobre o tema ver, dentre outros, o livro, de minha autoria, intitulado *Coisa julgada progressiva & resolução parcial de mérito*. Curitiba, Juruá, 2007, o artigo *Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual?* Revista de Processo n. 116, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004 e o texto publicado na coletânea em homenagem ao professor José de Albuquerque Rocha (decisão interlocutória de mérito no projeto do novo CPC: reflexões necessárias. In *O projeto do Novo Código de Processo Civil* – Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Klippel – organizadores, Salvador : Poduivm, 2011, pp. 219-230.
 3. O primeiro foi o ensaio, indicado na nota anterior, publicado na coletânea em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha.
 4. A tese da unicidade da sentença tem sido excepcionada pelo cabimento de sentenças parciais. Sobre o tema ver, dentre outros: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª edição, São Paulo : Malheiros, 2009, v. 3, p. 700; MITIDIERO, Daniel. *Conceito de sentença*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord). *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro : Forense, 2006, p. 8-9 e REDONDO, Bruno Garcia. *Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares*. RePro n. 160, jun/2008, pp. 154-155.
 5. Aliás, neste texto, quando se falar do projeto do NCPD, será mencionada a redação contida na versão original e na advinda das modificações da Câmara dos Deputados.

Os pontos ora apresentados trazem importantes consequências, uma vez que a coisa julgada não ocorrerá em um só momento⁶, o que reflete na fluência do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória e na possibilidade de execução definitiva (cumprimento de sentença) em momentos diferenciados, como se passa a demonstrar:

2. OS MOMENTOS DE RESOLUÇÃO DO MÉRITO E A IMPUGNAÇÃO RECURSAL TOTAL OU PARCIAL: DIVERGÊNCIA INTERPRETATIVA

No início deste item, vale destacar uma premissa: *o mais importante para um pronunciamento judicial é a verificação de seu conteúdo*; e se terá ou não o grau cognitivo suficiente para imunizar-se pela coisa julgada.

Há, no sistema processual atual, várias situações jurídicas em que a decisão, apesar de não encerrar o processo ou uma de suas fases, possui cognição suficiente para a formação da coisa julgada. Destarte, na tutela antecipada da parte incontroversa da demanda (art. 273, §6º, do atual CPC e 364, I do projeto do NCPC – versão Câmara), está-se diante de resolução parcial de mérito, deixando para apreciação na sentença apenas dos pedidos não resolvidos antecipadamente.

Esta hipótese, aliás, provoca duas reflexões importantes: a) a possibilidade de resolução parcial de mérito (*verdadeiro julgamento antecipado parcial do mérito*)⁷ gerar imutabilidade (coisa julgada material); b) a previsão de coisa julgada em momentos diferenciados numa mesma relação jurídica processual.

Aliás, a possibilidade de resolução parcial de mérito não é nova e, portanto, não advém apenas e tão somente da tutela antecipada do pedido incontroverso do incontroverso. Destarte, nos casos de reconvenção indeferida por decadência ou cujo mérito foi resolvido *initio litis* (art. 295, IV, 285-A c/c 269, IV, do atual CPC)⁸ ou mesmo nos casos de renúncia

6. Sobre o tema formação progressiva da coisa julgada (*formazione progressiva del giudicato*), vide: CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. p. 272 et seq.

7. Na versão da Câmara do NCPC há capítulo específico sobre o julgamento antecipado parcial do mérito, cuja decisão estará sujeita ao recurso de agravo (art. 364, §2º, do projeto – versão Câmara).

8. Existem posicionamentos em sentido contrário, entendendo que é cabível apelação contra esta decisão, tendo em vista a natureza jurídica de sentença. Aliás, talvez as alterações dos arts. 162 e 269 do CPC (advindas da Lei 11.232/05) passem a fomentar novos argumentos

ou transação em relação a algum litisconsorte são alguns exemplos de resoluções parciais que podem restar definitivamente imutáveis caso não ocorra a interposição de recurso⁹.

Além dos casos de resolução parcial de mérito, é dever refletir quais são as consequências processuais dos recursos que impugnam apenas parte (s) de uma decisão complexa (recursos parciais). Imagine a seguinte hipótese: A move demanda em face de B com 5 pedidos cumulados (cumulação simples). Considerando que todos foram considerados procedentes, o réu interpôs recurso de apelação pugnando pela reforma da sentença em relação aos três últimos pedidos.

In casu, em que pese o art. 515 do CPC atual estar localizado no capítulo que trata do recurso de apelação, na verdade é aplicável a toda sistemática recursal, resumindo-se no seguinte entendimento: os capítulos recorridos são devolvidos e os não recorridos transitam em julgado formal ou materialmente, dependendo do conteúdo do *decisum*.¹⁰

Tal afirmação não deve causar espécie, considerando a necessidade de um processo de resultados – o que atende aos princípios antes aduzidos, especialmente os da efetividade, da celeridade e da duração razoável – não havendo irresignação específica em relação a um dos pedidos cumulados de forma simples, é vedado ao Tribunal conhecê-lo. Pelo

nesse sentido. De toda sorte, como enfrentado em seguidas passagens, mesmo tendo cognição suficiente para ensejar coisa julgada, defende-se tratar-se de resolução de mérito progressiva e parcial, mediante interlocutória de mérito. Aliás, importante destacar que Adroaldo Furtado Fabrício denomina de extinção imprópria do processo as hipóteses que se enquadram nos arts. 267 e 269 do CPC, mas apenas parcialmente, tendo em vista que não geram a extinção do processo (ou a resolução do mérito, consoante nova redação do art. 269). Sobre o assunto, ver seu Ensaio de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 237.

9. Estas hipóteses constam expressamente no projeto do NCPD como impugnáveis por agravo de instrumento não apelação parcial (ou apelação por instrumento), como se pode observar na redação proposta para os arts. 345, §2º e 1037, VII, VIII e XII. Por falar em apelação por instrumento, pela versão da Câmara, este recurso será interposto no tribunal estadual ou regional federal, por meio de instrumento e com documentos obrigatórios, sendo admitida nas hipóteses dos arts. 1031 e 1032.
10. Como bem afirmam Maricé Giannico e Murício Giannico, “a consciência de que a sentença é dividida em capítulos deve orientar a interpretação do disposto no caput do art. 515 do CPC. Quando ali se diz que ‘a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada’, deve-se entender que ao tribunal só será lícito dispor sobre o capítulo que lhe houver sido proposto pelo recurso, porque matéria impugnada é o capítulo do qual se recorreu”. Efeito suspensivo dos recursos e capítulos das decisões. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5. p. 401).

contrário, o sucumbente que não recorreu de parte do *decisum*, conformou-se com o seu conteúdo.

Qual a consequência, portanto, do recurso parcial? A limitação da atuação do órgão *ad quem*, no julgamento do apelo.

Aliás, a limitação, nos planos horizontal e vertical, dos efeitos devolutivo, suspensivo e substitutivo, gera imutabilidade aos capítulos recursais não especificamente impugnados¹¹. Neste sentido, vale lembrar que o efeito suspensivo decorrente de eventual recurso de apelação interposto contra sentença impositiva de qualquer conduta ao réu está limitado ao capítulo recorrido.

Logo, em caso de recurso parcial há coisa julgada da parte não recorrida e possibilidade de cumprimento definitivo, desde que se verifique a autonomia dos capítulos¹².

Cândido Dinamarco observa que:

Quando o recurso interposto é integral, abrangendo todos os capítulos de que se compõe o ato recorrido, não se opera preclusão alguma, notadamente a coisa julgada; quando ele é parcial, os capítulos de sentença não impugnados recebem a coisa julgada e tornam-se, a partir daí, inatacáveis.¹³

O instituto da coisa julgada não deve ser analisado como sinônimo de imutabilidade perene e em momento único, sob pena de se desviar a sua real função de pacificação dos conflitos.¹⁴ Como será destacado posteriormente, ao que tudo indica o projeto do NCPC caminhará no mesmo

-
11. Em trabalho específico, analisei os efeitos dos recursos e seus reflexos na rescisória. Ver meu Notas sobre o efeito substitutivo do recurso e seu reflexo na ação rescisória. Revista de Processo n. 145 (2007), pp. 9-23.
 12. Nelson Nery Jr ainda indica a necessidade de cindibilidade dos capítulos, in Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos. 2ª edição, São Paulo, p. 214.
 13. DINAMARCO, Cândido Rangel. Capítulos de sentença. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 99.
 14. Logo, havendo capítulos relativamente autônomos em uma mesma decisão, é possível a ocorrência de coisa julgada em momentos diferenciados. Sobre o assunto, vide: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Efeitos imediatos da decisão e impugnação parcial e total. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 531. Aliás, em passagem que merece transcrição, atesta o professor paulista que: “os capítulos da decisão são fragmentados ou, simplesmente, a decomposição do provimento jurisdicional e têm grande importância no que diz respeito à apreciação dos pedidos autônomos deduzidos pelo demandante, pois a independência de cada um dos capítulos das decisões acerca dos pedidos e seus efeitos autoriza a execução definitiva daqueles pedidos que não foram objeto de impugnação (autonomia concreta)”. (Ibidem, p. 531).

sentido, permitindo que ocorram decisões de mérito no curso do processo sujeitas a agravo de instrumento e, conseqüentemente, passíveis de formação de coisa julgada e irresignação por meio de rescisória.

Este entendimento reflete na execução e no prazo bienal para ajuizamento da ação rescisória, pelo que se faz necessário apresentar mais duas indagações que serão respondidas a seguir: a) havendo recurso parcial, o pedido não recorrido e autônomo em relação ao recorrido ensejará execução provisória ou definitiva? b) o prazo decadencial da ação rescisória terá como *dies a quo* o julgamento do recurso parcial, mesmo em relação aos capítulos da sentença não recorridos?

Necessário caminhar por etapas, inclusive analisando o pensamento do homenageado. Em seu clássico *Tratado da Ação Rescisória*, ensina Pontes de Miranda:

O prazo preclusivo para a rescisão da sentença que foi proferida, sem recurso, ou com decisão que dele não conheceu, começa com o trânsito em julgado de tal sentença irrecorrida. Se houve recurso quanto a algum ponto, ou alguns pontos, ou todos, tem-se de distinguir aquilo de que se conheceu e o de que não se conheceu. Há o prazo preclusivo a contar da coisa julgada naqueles pontos que foram julgados pelo segundo grau de jurisdição. A extensão da ação rescisória não é dada pelo pedido. É dada pela sentença em que se compõe o pressuposto da rescindibilidade. Se a mesma petição continha três pedidos e o trânsito em julgado, a respeito do julgamento de cada um, foi em três graus de jurisdição, há tantas rescisórias quantos os graus de jurisdição.¹⁵

Nesta passagem, percebe-se que há a possibilidade de ajuizamento de tantas rescisórias quantos forem os graus de jurisdição, variando em torno dos aspectos ligados ao conteúdo do recurso, ao momento de apreciação, ao efeito devolutivo e suspensivo¹⁶.

As observações devem ser desde logo sedimentadas, tendo em vista que o Projeto do NCPC traça caminho no sentido, consagrando previsões ligadas a possibilidade de interlocutória resolver o mérito (art. 1037, II – versão Câmara), rescisória sendo admitida em decisões de mérito e não

15. *Tratado da ação rescisória – das sentenças e de outras decisões*. Campinas: Bookseller, 2ª edição, 2003, p. 355.

16. Também José Carlos Barbosa Moreira, ao citar passagem do mestre alagoano, elucida que: “se partes distintas da sentença transitaram em julgado em momentos também distintos, a cada qual corresponderá um prazo decadencial com seu próprio *dies a quo*: vide PONTES DE MIRANDA, Trad. Da ação resc, 5ª Ed., pág. 353”. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume V, Forense, 7ª edição, 1998, p. 215, nota 224.

apenas sentença de mérito (art. 987 – Versão Câmara), além da possibilidade de resoluções parciais de mérito (art. 364- Versão Câmara).

Cumpre tentar responder as duas indagações apresentadas anteriormente. Neste contexto, é possível afirmar que, nos casos envolvendo recurso parcial, haverá um capítulo do decisório controvertido e outro incontrovertido – este último ligado à parte não recorrida da decisão e que, diante da falta de irresignação, forma coisa julgada precocemente, sujeitando-se à rescisória, caso tenha conteúdo decisório¹⁷ e se enquadre em alguma hipótese do art. 485 do atual CPC (art. 987 do Projeto – versão Câmara).

O mesmo raciocínio pode ser dado caso haja anulação da sentença pelo tribunal, caso em que a decretação do vício do julgado de piso será adstrita ao capítulo recorrido, restando imune de discussão o capítulo já transitado em julgado.¹⁸

Ademais, em relação ao capítulo não impugnado e em decorrência da aquiescência, ocorrerá verdadeira coisa julgada (*parcial e progressiva*), não podendo esta ser desconstituída pelo eventual provimento do recurso.

Com efeito, o recurso pendente, limitado pelo efeito devolutivo apresentado pelo próprio recorrente, não é substitutivo de ação rescisória, cujo prazo para propositura inicia imediatamente após o trânsito em julgado do capítulo não recorrido. Tal aspecto ratifica o entendimento de que há, no sistema processual, verdadeira progressividade da coisa julgada, não sendo esta observada em apenas um dado momento¹⁹.

17. Aliás, esse trânsito em julgado também pode variar no aspecto subjetivo, levando em conta a possibilidade de existência de parte com prazo diferenciado como, v.g., a fazenda pública. Assim, nada impede que em caso de sucumbência recíproca, o prazo bienal para a rescisória da pessoa jurídica de direito público comece a fluir após o prazo do particular.

18. Na doutrina estrangeira, é possível transcrever os ensinamentos de Enrico Redenti, especificamente comentando o art. 338 da legislação italiana: “*Resta a vedere soltanto quale sia il valore dell’ultima proposizione dell’art. 338: ‘salvo che ne siano stati modificati gli effetti ecc.’. La proposizione non può riferirsi se non alla ipotesi, che nel giudizio di appello sia stata pronunciata, prima della estinzione, una sentenza parziale di riforma della sentenza di primo grado. In questo caso pensiamo tuttavia che passi in giudicato quel tanto del contenuto di merito della sentenza di primo grado che non sia stato annullato nè riformato, semprechè ben si intende sia scindibile dal resto e posso assumere un valore autonomo e indipendente. E lo stesso dovrà ritenersi del contenuto di merito della sentenza parziale di secondo grado che si sostituisce in parte qua al contenuto della sentenza precedente, semprechè questo suo contenuto possa assumere a sa volta vlore autonomo ed indipendente*”. (REDENTI, Enrico. Diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1949. v. 2. p. 105).

19. Aliás, no que respeita ao tema matérias que podem ser apreciadas pelo tribunal, ensina Flávio Luiz Yarshell: “operando-se o trânsito em julgado, não há como conhecer em

Como indica Pontes de Miranda, na passagem citada anteriormente, o pressuposto da rescindibilidade é dado pelo teor da decisão e o momento de seu julgamento. Aliás, não se deve esquecer que a imutabilidade de parte da decisão advém da clara *acquiescência* do recorrente em relação ao capítulo não recorrido.²⁰

Esta concordância quanto ao capítulo recursal decidido e não impugnado no apelo também tem previsão expressa no art. 512 do atual CPC. A propósito, Proto Pisani ressalta que: “l’impugnazione parziale comporta acquiescenza alle parti della sentenza non impugnate”.²¹

De outro prisma, vale repisar que no projeto do NCPC, versão Câmara, há previsão expressa das hipóteses em que será cabível o agravo por instrumento, dentre as quais constam os casos das resoluções parciais de mérito (art. 1037, II) e de indeferimento da reconvenção (art. 1037, XII).

A segurança jurídica prestigia claro sistema de imutabilidade à decisão de mérito no momento em que não houver interposição de recurso impugnando o capítulo específico.²²

profundidade daquilo que, em extensão, já não comporta exame. Permitir-se tal exame seria, como já dito, dar a um recurso o efeito de rescindir decisão transitada em julgado – o que, como sabido, só pode ser feito através do devido processo legal; que, no caso, traduz-se na ação rescisória”. Em seguida, conclui afirmando que: “o argumento de que a matéria ‘transladada’ ao tribunal é de ordem pública (e, como tal, pode e deve ser conhecida de ofício) é relevante, mas só pode ser entendido no contexto do que se devolveu em extensão e, por isso, escapou à preclusão. Aceitar-se que a matéria de ordem pública atinja a parte da sentença ou acórdão já preclusos seria o mesmo que dizer que sentenças ou acórdãos dados em violação a normas de ordem pública simplesmente não transitam em julgado; o que seria simplesmente desconsiderar a regra do art. 485 do CPC”. Ação rescisória : juízos rescindente e rescisório. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 66 e 67.

20. Há posicionamentos doutrinários contrários à formação de coisa julgada (parcial e progressiva) em caso de recurso parcial, especialmente no que respeita à possibilidade de o tribunal acolher matérias de ordem pública. Nelson Nery Jr., por exemplo, entende que a interposição de recurso parcial adia o trânsito em julgado quanto a essas matérias, embora tivesse havido preclusão para o réu em relação ao capítulo não recorrido. NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 485-6. No direito italiano, também defendendo a impossibilidade de *acquiescência* no que respeita às questões de ordem pública, vide: MATTIROLO, Luigi. Trattato di diritto giudiziario civile italiano. 5. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1904. v. 4. p. 279.
21. PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di diritto processuale civile. 4. ed. Napoli: Juvenc, 2002. p. 483.
22. Em decorrência do efeito devolutivo da apelação, é possível ratificar a ocorrência de coisa julgada em relação aos capítulos não impugnados no recurso. Ovídio Baptista da Silva observa que: “Mas os limites do efeito devolutivo na apelação ainda podem ser reduzidos pelo próprio apelante nos casos em que ele, podendo pedir a reforma integral da sentença, em toda a extensão da sucumbência, decida recorrer apenas de uma porção dela, conformando-se quanto ao mais com sua derrota. Teremos, neste caso, um recurso parcial, em

Óbvio que, na prática forense, poderá até ocorrer certa incongruência entre julgados oriundos da mesma relação processual e imunizados em momentos diferentes; contudo, tal aspecto não pode ser levado em consideração para se desconsiderar a possibilidade de progressividade do fenômeno da coisa julgada material. Como bem observa Leonardo José Carneiro da Cunha:

Se o recurso for parcial, a análise do tribunal restringe-se a essa parte, não devendo incursionar na outra parte, não atacada pelo recurso.

(...)

Ora, se é certo que a sentença pode ser impugnada no todo ou em parte (CPC, art. 515), é curial que a parte não atacada terá transitado em julgado, operando-se a coisa julgada material. Desse modo, caso o tribunal desfaça toda a sentença, tendo o recurso sido parcial, exsurgirá ofensa à coisa julgada.²³

A dificuldade não pode ser desconsiderada. O correto não é a expedição apenas de uma certidão de trânsito em julgado quando, por exemplo, pretende o interessado ajuizar ação rescisória, mas várias certidões dependendo de quantos capítulos forem imutabilizados no decorrer da relação processual.

A jurisprudência pátria se comporta de forma divergente no que respeita à formação progressiva da coisa julgada nos casos envolvendo recurso parcial. Inicialmente, vale citar julgados do STJ favoráveis à formação progressiva da imunização máxima:

Processual civil. Ação rescisória. Prazo decadencial. Termo inicial. Trânsito material da decisão. 1. O prazo decadencial para a propositura da ação rescisória conta-se a partir do trânsito em julgado material da decisão rescindenda, e não do trânsito formal. Aplicação da regra de que o recurso parcial não impede o trânsito

que a matéria impugnada pelo recorrente não alcança todos os capítulos da sentença. E, naturalmente, segundo o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, aquilo que o recurso devolve à instância superior será apenas o conhecimento da matéria impugnada pelo recorrente. A este respeito, diz o art. 515 do CPC: 'A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada'. E apenas da matéria impugnada, ficando vedado ao tribunal o exame das outras questões não compreendidas na apelação, sobre as quais o silêncio das partes fez com que se consumasse a coisa julgada". (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Curso de processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 429).

23. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, capítulos de sentença e recurso parcial (REsp 415.586-DF-STJ). Revista de Processo. n. 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 219-20.

em julgado da parte da sentença recorrida que não foi por ele impugnada. 2. Não abrangendo a apelação nem o recurso especial interpostos o tema que ora motiva a rescisória, é a partir da sentença de primeiro grau que deve correr o biênio legal. Proposta a ação rescisória fora desse prazo, imperioso o reconhecimento da decadência. 3. Recurso não conhecido (5ª T, REsp. 201.668-PR, rel. Min. Edson Vidigal, unânime, DJ de 28.06.1999, p. 143).

Recurso especial. Civil e processual civil. Ação rescisória. Prazo para o ajuizamento. Termo inicial. Decadência. Questões autônomas em uma só decisão. Irresignação parcial. Trânsito em julgado da matéria não impugnada. Prazos distintos. Recurso não conhecido. 1. O termo inicial do prazo decadencial para a proposição de ação rescisória não se conta da última decisão proferida no processo, mas, sim, do trânsito em julgado da que decidiu a questão que a parte pretende rescindir. 2. Deliberando o magistrado acerca de questões autônomas, ainda que dentro de uma mesma decisão, e, como na espécie, inconformando-se a parte tão-somente com ponto específico do *decisum*, olvidando-se, é certo, de impugnar, oportunamente, a matéria remanescente, tem-se-na indubitavelmente por transitada em julgado. 3. A interposição de recurso especial parcial não obsta o trânsito em julgado da parte do acórdão federal recorrido que não foi pela insurgência abrangido. 4. Se partes distintas da sentença transitaram em julgado em momentos também distintos, a cada qual corresponderá um prazo decadencial com o seu próprio *dies a quo*: vide Pontes de Miranda, *Trat. da ação rescisória*, 5 ed., p. 353 (In: José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, vol. V, p. 215, nota de rodapé 224). 5. Precedentes do STJ. 6. Recurso não conhecido (6ª T, REsp 212.286-RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, unânime, DJ de 29.10.2001, p. 276).

Recurso especial. Ação rescisória. Prazo decadencial. Impugnação parcial. Coisa julgada.

Tendo sido parcial a impugnação à sentença, forma-se coisa julgada sobre a parte que não fora objeto do recurso, contando-se desta data o prazo para propor ação rescisória.

Recurso desprovido (REsp 278614/RS – 5ª Turma – Rel. Min. Ministro JORGE Scartezini – J. de 04/09/2001 – DJ de 08.10.2001 p. 240).

Contudo, em outros julgados (como os AR 846, ED AR 1.275, ERESP 404.777) o STJ tem afirmado que o prazo para a ação rescisória conta-se a partir do trânsito em julgado da última decisão.

Este tema (*momento da coisa julgada*) é polêmico também em sede jurisprudencial e, como será melhor tratado no próximo item, está merecendo enfrentamento específico no projeto do NCP, senão vejamos:

3. RESOLUÇÃO PARCIAL DE MÉRITO NO NCPC E SEUS REFLEXOS: NECESSIDADE DE REVISÃO CONCEITUAL

Como restou demonstrado, há controvérsia conceitual acerca da aceitação ou não da formação gradual e progressiva da coisa julgada, além da possibilidade de existência de várias resoluções parciais de mérito oriundas de uma mesma relação processual.

Tal assunto não passou inerte no projeto do novo CPC, tendo em vista que, quer em sua versão original quer nas modificações do Senado e da Câmara, consagra a imutabilidade progressiva da decisão de mérito.

O projeto da nova legislação processual também enfrenta o tema ligado aos conceitos dos pronunciamentos judiciais. No art. 184 da versão da Câmara, o NCPC procura classificá-los e, em resumo, passa a indicar que sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz põe fim ao processo ou a alguma de suas fases. Por outro lado, decisão interlocutória é qualquer pronunciamento judicial decisório que não se enquadre na descrição de sentença.

Ora, já foi observado no decorrer deste ensaio que, ao analisar redação do art. 162 do atual CPC, foram estabelecidas duas correntes doutrinárias para tentar conceituar os pronunciamentos judiciais que, no curso do processo, resolvem parcialmente o mérito (*decisões interlocutórias de mérito ou sentenças parciais de mérito*) sem encerrar o feito.

Esta bifurcação interpretativa gerou reflexos no sistema recursal, na formação gradual da coisa julgada e no cabimento de rescisória contra resoluções parciais de mérito. Contudo, parece que o projeto do NCPC irá colocar a última pá de cal em parte desta discussão, tendo em vista que, em várias passagens, menciona a existência de interlocutórias de mérito sujeitas ao recurso de agravo de instrumento.

Ademais, como mencionado, o NCPC pretende conceituar sentença como o ato que põe fim ao processo ou algumas de suas fases (art. 184, §1º – versão Câmara). Portanto, pelo que se percebe, procura a proposta legislativa conceituá-la de acordo com a consequência e a recorribilidade sem vedar a possibilidade de existência de resoluções parciais de mérito em momentos anteriores.

Acredita-se, mantido o texto nas passagens indicadas neste trabalho, que o NCPC deixará clara a possibilidade de, no curso da relação

processual, ocorrer decisão com caráter definitivo parcial (como no caso do julgamento antecipado parcial do mérito – art. 364, da exclusão de um litisconsorte, da apreciação antecipada da reconvenção, da resolução de um dos pedidos cumulados e outros enquadrados no art. 1037 – versão Câmara), sendo enquadrados como interlocutória de mérito e não sentença parcial.

E não é só. Além destes existem outros dispositivos no projeto do NCPC (versão Câmara) que indicam a possibilidade de existência de várias decisões de mérito capazes de formar coisa julgada material:

Art. 184, 1º – consagra a sentença como ato final do processo ou de uma de suas fases;

Art. 184, §2º – prevê a possibilidade de pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no conceito de sentença;

Art. 364, §2º – indica que a decisão que resolver parcialmente o mérito estará sujeita ao recurso de agravo;

Arts. 517 e 518 – ao apresentarem o conceito de coisa julgada material, indicam que esta ocorre nos casos de decisão de mérito (e não sentença de mérito, como consta o atual CPC – art. 467);

Art. 530, I – indica que são títulos judiciais as decisões proferidas no processo civil que reconheçam obrigação de pagar quantia, fazer, não fazer ou entrega de coisa (ao contrário do atual CPC que, no art. 475-N, I, consagra apenas a sentença como a formadora de título executivo judicial);

Art. 548 – cumprimento de decisão sobre parcela incontroversa (e não cumprimento de sentença);

Art. 987 – ao consagrar o cabimento de ação rescisória, ao contrário do atual art. 485 do CPC atual (que indica apenas sentença de mérito), prevê expressamente a hipótese de qualquer decisão de mérito transitada em julgado.

E quais seriam os reflexos dessas passagens do projeto do NCPC, especialmente no que respeita à rescisória e à coisa julgada? Penso que será admitida, sem maiores questionamentos, a formação progressiva e gradual da coisa julgada e a possibilidade de execução definitiva de partes do mérito resolvidas em momentos diferenciados. Além disso, o recurso contra estas decisões parciais de mérito será, expressamente, o agravo de instrumento e não apelação.

Este raciocínio ligado ao conceito de interlocutória de mérito também reflete no prazo para ajuizamento de ação rescisória²⁴ e trará, como consequência, a necessidade de revisitação de alguns aspectos conceituais.

Como mencionado, em que pese a previsão do atual CPC (art. 485) limitar-se apenas à sentença, é fato que a ação rescisória é cabível contra *decisão* (em sentido amplo) *de mérito* – seja efetivamente sentença, acórdão ou interlocutória – como expressamente consagrado no art. 987 do NCPC – versão da Câmara. Esta observação serve para ratificar o aduzido em texto anterior em relação a algumas reflexões práticas²⁵ como:

- a) a necessidade de se demonstrar, mediante certidão, o trânsito em julgado da resolução (quaisquer das três – sentença, interlocutória ou mesmo acórdão) de mérito;
- b) a possibilidade de conciliar o instituto do cumprimento definitivo de um pedido apreciado prematuramente com outro sequer transitado em julgado;
- c) possibilidade de coexistir a execução (cumprimento) provisória e definitiva na mesma relação jurídica processual, etc.

Logo, haverá, a meu ver, a necessidade de revisitar o posicionamento de alguns julgados, inclusive do próprio STJ, que indicam a coisa julgada como fenômeno que ocorre apenas após o julgamento do último recurso. A rigor, aliás, deverão ser revisitados conceitos tradicionais como o de *coisa julgada*, *rescisória*, *trânsito em julgado*, *decisão de mérito*, *prazo decadencial para desconstituição do decisum*, etc.

De mais a mais, levando em conta existência de uma única relação jurídica processual com possibilidade de mais de um pronunciamento de mérito, é possível fazer as seguintes conclusões:

- a) a resolução de mérito nem sempre é obtida mediante sentença;
- b) mesmo havendo uma só decisão meritória, ela pode ser analisada em seus múltiplos capítulos, refletindo no interesse recursal e no processo de formação da coisa julgada.

24. Aliás, na versão original do projeto do NCPC, este prazo é reduzido para um ano (art. 893 c/c art. 928 do substitutivo do Senado). Contudo, na versão da Câmara, há a consagração dos dois anos para sua propositura (art. 996).

25. Ver meu Decisão interlocutória de mérito no projeto do novo CPC: reflexões necessárias. In O projeto do Novo Código de Processo Civil – Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Klippel – organizadores, Salvador : Poduivm, 2011, pp. 230.

Logo, estas resoluções parciais de mérito, se não forem recorridas por meio de agravo de instrumento, irão provocar a formação da coisa julgada, o início da fluência do prazo para a rescisória e a possibilidade de cumprimento definitivo. Da mesma forma, nos casos de recursos parciais, os capítulos autônomos não recorridos são atingidos precocemente pela coisa julgada.

Como derradeira passagem, espero que os conceitos de sentença e de resolução parcial de mérito, que vêm gerando polêmica interpretativa nos últimos anos, encontrem um caminho final e bem delineado, pelo menos é o que se pode observar pelos indicativos textuais do NCPC.

21

ABREVIADAS PONDERAÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO: APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE PONTES DE MIRANDA

José Maria Rosa Tesheiner¹

Carlos Alberto Molinaro²

Mariângela Guerreiro Milhoranza³

SUMÁRIO – Introdução – 1. Jurisdição: 1.1. Sobre o argumento da ideia de Jurisdição: 1.1.1. Atividade de substituição; 1.1.2. Coisa julgada; 1.1.3. Lide; 1.1.4. Imparcialidade. 1.2. O conceito de jurisdição: pretexto e contexto – 2. Concisos apontamentos sobre Jurisdição em Pontes de Miranda – Considerações finais.

Jurisdição é a atividade do Estado para aplicar as leis, como função específica. O Poder Legislativo, o Poder Executivo e os próprios particulares aplicam a lei, porém falta a todos a especificidade da função. (Pontes de Miranda)⁴

INTRODUÇÃO

Direito, Estado e Segurança comungam a mesma base simbólica subjacente: a possibilidade de existência, manutenção e desenvolvimento das relações humanas havidas em um espaço social definido e em um tempo dado. Uma visão crítica desta realidade está ancorada numa perspectiva de pluralismo que obriga o desenvolvimento de uma tolerância maior entre os grupos que apresentam diferenças em suas visões da realidade.

-
1. Professor no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Desembargador aposentado do TJRS e Livre Docente pela UFRGS.
 2. Professor no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Pesquisador no NEADEF-PUCRS. Doutor em Direito.
 3. Professora da UCS/RS. Doutoranda em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Advogada.
 4. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I, 5ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1999, p. 81.

Pois a realidade que vivemos tem sua definição ditada pelos grupos sociais e culturais a que pertencemos, e uma orientação numa dada realidade pode parecer ilógica e mesmo insana se vista a partir de outra; e tudo está, pois, compartilhado pelo Direito entre o Estado e a Justiça.

É o direito um mecanismo eficiente de controle frente aos conflitos sociais? Numa visão crítica, sabe-se que o direito, como qualquer outro sistema de normação predicativa de comportamento não é totalmente eficiente para conter os conflitos decorrentes do tráfico social, apenas se atenuam os efeitos. Entendido que não há sociedade moderna sem direito, entende-se que não há sociedade conformada num Estado juridicizado onde a base fundamental não seja à garantia dada ao e pelo próprio direito. Contudo, esta garantia tem suas fronteiras nos exatos limites da força simbólica de acomodação do direito aos interesses regradados.

Esses limites são especialmente percebidos pela atividade do hermenêuta. Hermenêutica (ερμηνεία *hermyneia* – interpretação, vai reproduzir ερμηνευτική – *hermenêutica*) modernamente é tida como uma teoria ou filosofia da interpretação capaz de tornar compreensível o objeto de estudo mais do que sua simples aparência ou superficialidade. A palavra grega *hermeios* (ερμειος) remete-nos para o deus Hermes que, segundo a mitologia grega, foi o descobridor da linguagem e da escrita. Assim, Hermes era tido como aquele que descobriu o objeto utilizado pela compreensão humana para alcançar o significado das coisas e para transmiti-lo às outras pessoas. O deus Hermes era vinculado a uma função de transmutação, ou seja, transformava aquilo que a compreensão humana não alcançava em algo que esta compreensão conseguisse compreender.

O verbo "interpretar", em nossos dicionários, significa ajuizar a intenção ao sentido de..., isto é, explicar ou aclarar o sentido de..., traduzir; decifrar, esclarecer, etc. Entretanto, é preciso esclarecer que a hermenêutica visa revelar, descobrir, ou perceber qual o significado mais profundo daquilo que está na realidade manifesta. Pela hermenêutica descobre-se o significado oculto, não manifesto, não só de um texto (*es-tritamente*), mas também da linguagem. Em verdade, pode-se dizer que através da hermenêutica chegamos a conhecer realmente o próprio ser humano, a realidade em que vive, a sua história e sua própria existência.

A *hermenêutica jurídica* apresenta uma peculiaridade importantíssima, qual seja, permite interpretar o ordenamento jurídico dando-lhe um novo significado que muitas vezes não foi almejado pelo próprio

legislador. Considera-se a organização legal (conjunto de leis), os fatos e valores originários e supervenientes ao ordenamento jurídico. À hermenêutica jurídica cabe reconhecer os valores que estão subjacentes à letra da lei e, mais que isto, cuidar para que estes valores continuem direcionados para a causa do homem e da sociedade.

A hermenêutica jurídica só se justifica quando serve à dignidade e à natureza humana. Todavia, em não servindo à dignidade e à natureza humana, pode ser utilizada para justificar verdadeiros absurdos jurídicos que, na maioria das vezes, sendo legalizados, transformam-se em formas de dominação e exploração econômica, social e política. A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito que ocorre com isso está obviamente reservada ao juiz, mas este se encontra, por sua vez, sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica.

Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto (Gadamer). A hermenêutica jurídica desempenha uma função essencial no *direito*. A existência do ordenamento jurídico, por si só, não garante o fim do *direito*, qual seja, a *justiça*. Se assim fosse, já teríamos computadores recolhendo os casos concretos e aplicando sobre eles as leis pertinentes. A natureza e a realidade humana não podem ser tratadas como números ou fórmulas. É a existência e a aplicação da hermenêutica jurídica que aproxima o *direito* da *justiça*. Porém, reafirme-se, quando mal utilizada, a hermenêutica jurídica transforma-se num dos maiores instrumentos de dominação e poder já criados no mundo político-jurídico, servindo aos governos despóticos e políticos sofistas para justificar seu arbítrio e opressão.

Tanto a criação da lei como a sua aplicação devem objetivar o denominado “*bem comum*”. Se assim não for, a lei não estará cumprindo a sua finalidade. Elaborar a lei para benefício de minoria é uma aberração. Aplicar e interpretar a lei sem objetivar a máxima vantagem social além de absurdo é violento.

Todo o ordenamento jurídico brasileiro está iluminado pelo valor “dignidade” emprestada ao humano (artigo 1º, III da CF/1988). Os direitos fundamentais, individuais e sociais alcançam proteção da política jurisdicional última através do Supremo Tribunal Federal, contudo, sem

exclusividade, pois a formatação vigente abriga casos em abstrato e casos em concreto, irradiando-se uma jurisdição constitucional, por vezes concentrada, vezes difusas frente aos Tribunais e demais magistrados de primeiro grau. Ao postular-se por uma efetiva política jurisdicional não se está postulando pela sobreposição de poder-função, antes se proclama a supremacia da Constituição. Não estamos propugnando a eliminação do princípio da legalidade, antes o ampliando, pois uma prática constitucional comprometida e adequada à concretização dos direitos fundamentais sociais exige o cumprimento do direito objetivo vigente, com a efetiva constitucionalidade de todos os atos estatais. O juiz não é um “*ciborg*”, automatizado por princípios e regras no diapasão do “tudo ou nada”, ele é um ser humano que responde à realidade de seu tempo e é o único que ao interpretar a Constituição o faz com o poder de vincular compulsoriamente.

Cuidando de uma postura sociocultural do direito, a jurisdição numa perspectiva de alcance político é a única saída para transformar a justiciabilidade em razão de *empowerment* social – é uma ponte entre *regulação* e *emancipação*. Um lugar comum onde uma efetiva proteção dos direitos públicos subjetivos pode coincidir com a promoção e defesa de um direito objetivo existente, válido e eficaz. Portanto, *ultima ratio*, através da ponderação consequente e num jogo articulado de funções estatais deve prevalecer sempre a da jurisdição no assecuramento dos direitos fundamentais, o que justifica impor-se o cumprimento dos deveres constitucionais relativos a esses direitos. Controlar política e gestão, nelas intervindo diretamente, sempre que fraudados por incompetência ou negligência (sem mencionar os ilícitos cotidianos) é o dever máximo da jurisdição: a efetividade.

1. JURISDIÇÃO

O Estado, ao vedar a chamada “justiça pelas próprias mãos” ou autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição, obrigando-se a solucionar os conflitos de interesses que inevitavelmente nascem da convivência humana.

O direito à jurisdição insere-se no rol dos direitos fundamentais do cidadão, servindo, inclusive, para proteção contra abusos do próprio Estado. O direito à jurisdição está consagrado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A busca da efetividade do processo advém do direito constitucional, firme pela garantia constitucional de acesso à adequada prestação jurisdicional, que deve ser proporcionada dentro de um prazo razoável, como determinado pela Emenda Constitucional nº 45/2002, com a introdução do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, cabendo ao Estado, e mais especificamente, ao Poder Judiciário, o monopólio da jurisdição, vedada qualquer espécie de justiça particular ou de autotutela. A existência de órgãos do contencioso administrativo (Conselhos de Contribuintes, Tribunais de Recursos Fiscais) não implica ofensa ao monopólio da jurisdição, porque suas decisões não têm força de coisa julgada, submetendo-se a reexame pelo Judiciário.

Jurisdição, do latim *jurisdictio*, revela a ação de administrar a justiça. Juiz é quem diz o direito, na condição de órgão do Estado. Ao dizer o direito, o juiz não emite um parecer ou uma opinião, mas declara com eficácia imperativa. A jurisdição apresenta, assim, como inseparável do “*imperium*”. Trata-se de um poder do Estado⁵. Não se trata de uma atividade meramente declarativa, mas imperativa, motivo por que envolve o poder de executar, isto é, o de conformar a realidade ao direito declarado.

1.1. Sobre o argumento da ideia de Jurisdição

Não se empreende uma indagação sobre um conceito jurídico, como o de jurisdição, com o intuito de se apontar a “essência” de um instituto. A ambição é bem mais modesta. Trata-se, em primeiro lugar, de se propiciar um acordo semântico, tendo-se consciência de que as características descobertas são verdadeiras se, e somente se, entre determinadas coordenadas de tempo e espaço. Ainda que com essas limitações, passamos ao exame de algumas das teorias da jurisdição, ainda que do século passado, vinculadas ao Estado liberal e de autores italianos que influenciaram a doutrina brasileira.

1.1.1. Atividade de substituição

Jurisdição, afirmava Chiovenda, é “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela

5. Para Araken de Assis, “O poder do Estado destinado a eliminar o conflito se chama jurisdição”. Assis, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.52.

atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.

a) Na cognição, a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade *intelectiva* do juiz à atividade intelectual, não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei *concernente* às partes.

b) E quanto à atuação definitiva da vontade verificada, se se trata de uma vontade só executável pelos órgãos públicos, tal execução em si não é jurisdição: assim, não é jurisdição a execução da sentença penal. Quando, porém, se trata de uma vontade de lei executável pela parte em causa, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constranger o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade. Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida em lugar de outrem (não, entendamos, em representação de outros).

Não existe jurisdição somente quando, no curso da execução, surgem contestações que precisam ser resolvidas (seja sobre a existência de ações executórias ou sobre certas medidas executórias); antes, importa em jurisdição a própria aplicação das medidas executórias, porque se coordena com a atuação da lei [...] Na (anterior) doutrina italiana [...] dominava a opinião de que a execução constituía mero exercício de império, atividade administrativa, e de que a jurisdição se adscrevia à cognição e se exauria com a sentença. Suposto o conceito, então corrente, de escopo processual (definição de controvérsia), isso era compreensível.

Mas plausível não era a tentativa de justificar semelhante conceito com a ideia romana do *jus dicere* ligada ao especial ordenamento judiciário dos romanos. Só no direito comum foi que se desenvolveu o princípio *jurisdictio in sola notione consistit*, acolhido, depois, pela doutrina italiana e francesa.

Ora, não devemos contrapor império e jurisdição como qualitativamente diversos: a jurisdição não é, ao contrário, mais que um complexo de atos de império reagrupados por determinado escopo que o caracteriza, e emanados em virtude dos correspondentes poderes postos a serviço desse escopo e da função jurisdicional.⁶

Em crítica a essa concepção, Galeno Lacerda observou que, nas atividades que dizem respeito à própria atividade do juiz (ao se pronunciar,

6. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2, p. 4-11.

por exemplo, sobre a própria competência ou suspeição), não há qualquer traço de substitutividade.⁷ Na mesma linha, objeta Araken de Assis:

O fato de o processo, geralmente, restaurar valores que os particulares – ou a Administração – desrespeitaram, sub-rogando-se, portanto, àquela conduta, induziu conclusão errônea, considerando “substitutiva” a atividade jurisdicional. Ora, ao aplicar as regras de competência, por exemplo, a ninguém o juiz substituirá, à medida que tais normas a ele, e não às partes, se destinam. Des-cobre-se, aí, a cognição sobre o próprio processo.

Mais relevante (parece-nos) é o motivo apresentado por Ovídio Araújo Baptista da Silva para rejeitar essa concepção: “A objeção a ser feita à célebre doutrina chiovendiana sobre a jurisdição, está em que o eminente processualista italiano, sob a influência ainda das ideias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX, concebia como coisas separadas e até, em certo sentido, antagônicas a função de legislar e a função de aplicar a lei.”⁸

Efetivamente, há um abismo entre as concepções de ontem e de hoje sobre a função jurisdicional. O princípio da legalidade, que reinava soberano foi suplantado pelas diretrizes traçadas pela Constituição, seus princípios explícitos e implícitos e, sobretudo, pelos direitos fundamentais nela proclamados. O Poder Judiciário, antes geralmente submisso aos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, passou frequentemente a julgá-los, em nome da Constituição e dos direitos fundamentais.

1.1.2. Coisa julgada

De outro modo, para Allorio, jurisdicional é apenas a sentença que produza certeza jurídica. Seu ponto de partida é uma lição de Kelsen, no sentido de que as funções do Estado não se distinguem por seus fins (o juízo quanto à finalidade é sociológico), mas apenas pelas formas e consequentes efeitos. O direito é ciência dos efeitos jurídicos e não haveria interesse em estudar a função jurisdicional como atividade distinta se não fossem diversos os seus efeitos. Ora, a sentença produz um efeito jurídico que lhe é peculiar e que não se encontra em qualquer outro ato: é o efeito declarativo, a coisa julgada material.

7. LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. III, t. I, p. 22.

8. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1991. v. I, p. 21.

Se for verdade que esta não ocorre nos atos administrativos, inclusive nos de "jurisdição" voluntária, e se for verdade que ela se faz presente na jurisdição propriamente dita, por que não apontar tal circunstância como característica e elemento diferenciador? Entre a jurisdição voluntária e a contenciosa não há diferença de substância, mas apenas de forma, o que explica a fungibilidade de determinadas matérias, enquadradas pelo direito positivo ora numa ora noutra categoria. A sentença constitutiva proferida em sede contenciosa produz coisa julgada material. É, portanto, incondicionalmente jurisdicional, sendo correto afirmar-se que a mudança jurídica dela decorrente devia produzir-se porque presentes os pressupostos legais. Quanto aos atos de instrução, é evidente que são atos processuais, mas não jurisdicionais. Quanto às medidas cautelares, é certo que não produzem coisa julgada material. Deste modo, não são jurisdicionais, o que não significa que entrem no âmbito da jurisdição voluntária.

A coisa julgada é que diferencia a jurisdição em sentido próprio, mas isso não significa que a falta de coisa julgada seja um fenômeno exclusivo da "jurisdição" voluntária, pois é óbvio que não produzem tal efeito os atos legislativos e os administrativos; nem por isso a legislação e a administração entram na "jurisdição" voluntária. Em suma, jurisdicional é todo ato e só o ato que produza coisa julgada material, entendida esta nos termos do art. 2.909 do Código Civil italiano ("A declaração de certeza contida na sentença passada em julgado forma estado para todo efeito entre as partes, seus herdeiros e sucessores").⁹

Embora nada impeça que se convençione chamar de jurisdicionais apenas as decisões aptas a produzir coisa julgada material, certo é que uma teoria processual nada ganha com essa redução conceitual, que exclui de seu âmbito não apenas os atos judiciais executivos e cautelares, mas, dentro mesmo do processo de conhecimento, os atos de instrução e as sentenças meramente processuais.

Mais relevante, porém, é apontar para o fato de que, em comparação com o passado, o princípio da segurança jurídica e, com ele, o instituto da coisa julgada, perdeu importância, como prova a forte aceitação, entre nós, do movimento de "relativização da coisa julgada".

Observa Eugênio Facchini Neto que, agora, o juiz não é mais somente intérprete da lei, mas intérprete e resolutor direto dos conflitos e

9. ALLORIO, Enrico. Problemi di Diritto. Milano: Giuffrè, 1957, v. 2.

mediador dos interesses. Ao lado de sua clássica função de fornecer segurança aos particulares, o Estado assumiu prevalentemente as funções de reformulação e de retificação de equilíbrios sociais através da distribuição e redistribuição de recursos, do que resultou a redução da importância do valor da certeza do direito que, segundo o autor, não deve ser uma grande preocupação do juiz, pois “[...] Enquanto antigamente o juiz era chamado, sobretudo para decidir com o olhar voltado para o passado – de moído, pode-se dizer retrospectivo – hoje é frequentemente chamado a escolher, relativamente às possíveis alternativas que lhe são explicitamente deixadas abertas, aquela que melhor se presta a satisfazer os objetivos pré-fixados no horizonte constitucional”.¹⁰

Ora, a coisa julgada não pode senão se referir ao passado. A sentença pode ser imutável, porque o passado é imutável. Mas não se pode atribuir imutabilidade a uma sentença prospectiva, emitida para regular o futuro, porque este é incerto e sujeito a alterações decorrentes de fatos imprevistos e imprevisíveis.

1.1.3. Lide

O conceito de lide, tal como construído por Carnelutti, tem fundamental importância para aqueles tantos que veem na lide o objeto do processo, definindo a jurisdição como atividade voltada à sua composição.

Ao conceito de lide chega-se passo a passo a partir da ideia de “interesse”. Interesse é a relação entre o homem e os bens. Sujeito do interesse é o homem; o bem, o seu objeto. O trágico está em que os interesses humanos são ilimitados, mas limitados os bens.¹¹ Já o conflito de interesses ocorre se duas ou mais pessoas têm interesse pelo mesmo bem, que a uma só possa satisfazer, tem-se um conflito intersubjetivo de interesses ou, simplesmente, um conflito de interesses. Por outro lado, a pretensão é o ato de se exigir a subordinação do interesse de outrem ao próprio.¹² E,

10. FACCHINI NETO, Eugenio. O Judiciário no mundo contemporâneo. Porto Alegre: In Revista da Ajuris, n. 108, 139-166, dez/2007.

11. (Interesse, "situazione favorevole al soddisfacimento di un bisogno" – Francesco Carnelutti, Lezione di diritto processuale civile, Padova: CEDAM, 1931, v. 1, p. 5 – "o meglio, possibilità del soddisfacimento di un bisogno mediante un bene" – Principi del proceso penale, Napoli: Morano, 1960, p. 44).

12. "Il concetto di pretesa, assai variamente inteso, era stato da me definito, dopo alcune incertezze, quale esigenza della soddisfazione di un proprio interesse in confronto con um interesse altrui" (Carnelutti, Sistema de derecho procesal civil, Buenos Aires: Uthea, 1944,

por fim, a lide conceituada como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.¹³

Inicialmente, Carnelutti excluiu a execução do conceito de jurisdição:

Não me preocupa que no transcurso da história e inclusive na lei atual a palavra 'jurisdição' se utilize fora dos limites de seu significado natural, para indicar qualquer função processual. Tal uso se deve à preponderância que teve o processo jurisdicional na lenta elaboração do pensamento acerca dos fenômenos processuais. O processo executivo e, em geral, os outros tipos de processo permaneceram até ontem na sombra, e desse modo a noção de jurisdição absorveu integralmente a noção de processo.¹⁴

Posteriormente, veio a ampliar o conceito de lide, para incluir não só as pretensões negadas ou resistidas, mas também as pretensões reconhecidas, mas insatisfeitas (lides de pretensão insatisfeita), estas correspondentes aos processos de execução.

A concepção de Carnelutti é atraente, pela simplicidade de seu ponto de partida e bem explica as ações fundadas em alegados direitos de crédito, negados ou insatisfeitos. Mas não abrange sequer todo o universo das ações individuais, como demonstrou Calamandrei, argumentando com as sentenças constitutivas necessárias.¹⁵ Tome-se o exemplo da ação anulatória de casamento. A anulação, requerida por um dos cônjuges, somente pode ser decretada por sentença judicial, e não importa que o outro concorde (submissão à pretensão) ou não (resistência à pretensão).

De igual forma, é irrelevante, no processo penal, a submissão do réu. Ainda que ele concorde com a pena pretendida pelo Ministério Público, é necessária a sentença, para que ela possa efetivamente ser aplicada. Por outro lado, o desaparecimento da pretensão acarreta o da lide e deveria, por consequência lógica, determinar a extinção do processo. Contudo, e isso pode ocorrer em processo penal, pode o Ministério Público pedir a

v. 1, p. 40; Istituzioni, v. 1, p. 78; Teoria generale del diritto, p. 20, Diritto e processo, Napoli: Morano, 1958, p. 53; e Principi del processo penale. Napoli: Morano, 1960, p. 93).

13. "La lite é il confitto di interessi tra due persone qualificato dalla pretesa dell'una e dalla resistenza dell'altra" (Carnelutti, Sistema, cit., p. 40, Istituzioni, cit., p. 78; Teoria, cit., p. 20; Diritto e processo, Napoli: Morano, 1958, p. 53; e Principi del processo penale. Napoli: Morano, 1960, p. 93).

14. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I, p. 222.

15. Litis y jurisdicción, in Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1961.

absolvição do réu (renúncia à pretensão) e condená-lo o juiz. E não parece razoável afirmar-se que a atividade do juiz é administrativa ou jurisdicional, conforme o réu concorde ou não com a pretensão do autor, quando juridicamente irrelevante a opção do demandado.

Já anotava José Frederico Marques, que há lide, no processo penal, mesmo quando o Ministério Público pede a absolvição, caso em que permanece latente¹⁶, mas o próprio Carnelutti veio a afirmar que no processo penal não há lide, o que o levou a enquadrá-lo na categoria da jurisdição voluntária.¹⁷

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover sempre se expressou pela seguinte formulação:

É certo que Calamandrei criticou o conceito de lide de Carnelutti, afirmando ter ele sentido sociológico e não jurídico; também Liebman realçou que o conflito de interesses *existente* entre as partes fora do processo é a razão de ser, a causa remota, mas não o objeto do processo. Mas para transferir a posição de Carnelutti do plano *sociológico* para o plano jurídico, basta identificar o mérito com aquela parcela de lide que é deduzida pelo autor, em juízo, através da pretensão, e à qual o réu resiste, através de suas exceções ou da mera insatisfação.¹⁸

Mas, com essa restrição, já não é a lide que se apresenta como objeto do processo, mas o pedido do autor, isto é, a parcela da lide deduzida em juízo. E se a lide, como tal, não é o objeto do processo, não se pode definir jurisdição como atividade tendente à sua composição.

Mais importante do que essas críticas pontuais é destacar que, de então para cá, a jurisdição passou a ter por objeto matérias que vão muito além do conflito individual de interesses, que Carnelutti teve em mente, ao construir sua teoria.

Não cabem no esquema carneluttiano: a ação popular, para anular ato lesivo ao patrimônio público (Constituição, art. LXXIII); o mandado de injunção, por falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais (Const., art. 5º, § 1º); a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (Const., art.

16. Ensaio sobre a jurisdição voluntária, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1959, p. 253

17. Principi del processo penale. Napoli: Morano, 1960. p. 48-9

18. As condições da ação penal: São Paulo, Bushatsky, 1977, p. 10-1

129)¹⁹, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (Const., art. 103, § 2º) e, de um modo geral, as ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Em outras palavras, a jurisdição já não se limita à resolução de conflitos entre particulares ou mesmo entre um particular e o poder público. Ampliou-se o seu objeto, tornando insuficientes explicações que, por pretéritas, não levaram em conta esse dado novo.

1.1.4. Imparcialidade

Deixemos de lado os autores italianos do século passado, para colher a lição de um processualista brasileiro e contemporâneo. Nesse sentido, para Ovídio Araújo Baptista da Silva são características da jurisdição a estatalidade e a imparcialidade:

a) O ato jurisdicional é praticado pelo juiz, autoridade estatal, que o pratica com a finalidade específica de aplicar a lei ao caso concreto, o que o distingue do ato administrativo, porque o administrador desenvolve a atividade específica de sua função, tendo a lei por limite e o bem comum por objetivo, o que vai além da simples aplicação da lei ao caso concreto.

b) Ao praticar o ato jurisdicional, o juiz encontra-se numa posição de independência e estraneidade, relativamente aos interesses em jogo.²⁰

Define-se, assim, a jurisdição como regulação de uma relação interpessoal por um terceiro imparcial. Como fundamento dessa concepção, pode-se apontar o artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde se lê: “Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”.

Indicam-se, aí, (i) o *conteúdo* ou *matéria* jurisdicional: determinação dos direitos e deveres de uma pessoa em face de outra (jurisdição civil);

19. Considere-se, por exemplo, a liminar conseguida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, impedindo a cobrança da Taxa de Liquidação Antecipada (TLA) pelo Banco Santander, nos casos em que o cliente pretende quitar antecipadamente um empréstimo ou uma operação de leasing (Valor. São Paulo, 10/04/2008. C2).

20. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 24.

(ii) o exame de acusação formulada contra alguém, em matéria penal (jurisdição penal). Pode-se apontar, como elemento *formal* da jurisdição, a circunstância de emanar tal regulação de um órgão “independente e imparcial”, como parece decorrer do citado artigo da Declaração dos Direitos do Homem?

Não se trata, é evidente, da *virtude* da imparcialidade, que se exige, sim, do juiz, sem que se possa, entretanto, transformá-la em fundamento da jurisdição, pena de se criar uma teoria processual limitada aos juízes virtuosos; nem se trata de imparcialidade no sentido em que o juiz não deva ter um interesse direto e pessoal na causa, diverso do interesse geral e impessoal do Estado, o que também se exige do administrador público, não se constituindo em característica da jurisdição. A imparcialidade deve ser entendida no sentido: a) de que existam partes, um autor e um réu; b) que o juiz não seja uma delas, pois ninguém é juiz em causa própria (*Nemo iudex in rem suam*); c) que o juiz seja “independente”, isto é, não subordinado nem ao autor nem ao réu, o que implicaria, em última análise, a transformação de uma das partes em juiz. Jurisdição implica, pois, heterorregulação: regulação de relações estranhas ao julgador; não de relações de que seja parte.

Na jurisdição civil, abstraídos os casos em que o próprio Estado seja uma das partes, não há dificuldade em se ver no juiz um terceiro, independente e imparcial. Todavia, na jurisdição penal (e essa é uma possível crítica à caracterização da jurisdição a partir da ideia de imparcialidade), não se pode olvidar que o juiz é órgão do Estado e, portanto, está o Estado a regular relação entre ele próprio e o acusado e não relação a que seja estranho. A essa objeção pode-se responder dizendo que, realmente, não é senão através do artifício da distinção entre Estado-juiz e Estado-acusador que se atribui ao julgador a condição de terceiro.

Parcializa-se o Ministério Público para que se possa ter um juiz imparcial. Trata-se, sim, de um artifício, mas que atinge o seu objetivo. A jurisdição penal é possível porque se pode separar a função de acusar da função de julgar. Há possibilidade lógica, porque o juiz, embora seja órgão do Estado, não se confunde com o Estado (a parte. não se confunde com o todo em que se integra). Há possibilidade psicológica, porque nada impede que o juiz se posicione com independência em face de outro órgão do Estado. Há possibilidade jurídica, porque se pode atribuir a órgãos diversos as funções essencialmente diversas de acusar e de julgar.

Por fim, observa-se que, de fato, pode ocorrer que o juiz não seja nem independente nem imparcial, sem que isso afete os efeitos da sentença. É que, no composto *poder jurisdicional*, desaparecido o jurisdicional, resta ainda a realidade bruta do poder. Que isso não surpreenda, porque o direito não representa senão um imenso esforço para coibir o arbítrio e transformar a força bruta em justiça.

1.2. O conceito de jurisdição: pretexto e contexto

Em todo conceito há um pretexto (aquilo que encobre uma razão verossímil) e um contexto (ou o mínimo irreduzível de texto estabelecido pelas formações ideológicas, como crenças, convenções, etc., para a produção de um enunciado, desde a participação comprometida do falante e do ouvinte) que dá origem ao discurso. Com o conceito de jurisdição dá-se o mesmo. Há um pretexto e um contexto muito especializado. O pretexto está na expressão “divisão de poderes”, que intenta congelar os *topoi* justiciáveis na fragmentação do poder estatal.

O pretexto não leva em conta que não mais se pode falar de “divisão dos poderes”, antes devemos falar de funções do poder, dado a unicidade deste. O pretexto está, v.g., no denominado princípio da reserva legal como o entendeu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 322348 AgR/SC (assim ementado: O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO). Já o contexto é mais largo. No contexto há comprometimento, revela-se como um *locus* eloquente, onde o enunciado não tem a pretensão de verdade absoluta, antes de verossimilhança com o objeto que descreve, vale dizer, a jurisdição revela o direito objetivo; funcionalmente, independente da função-poder estatal. Portanto, a jurisdição enquanto poder, poder-função, é política, é administrativa, e mais é judicial onde se revela em um “monopólio”, pois como leciona Francisco Raitani, efetiva-se “*no exame dos atos administrativos e na solução de todas as relações jurídicas, impugnadas por serem contrárias às leis ou à Constituição*”²¹. Atente-se que o texto constitucional brasileiro por incorporar garantias e programas assegurados e vinculantes, neste contexto, se implica ao juízo constitucional o dever político de atuação própria, até mesmo em caráter substitutivo, na perseguição da concretização normativo-constitucional, pois Jurisdição é Poder do

21. RAITANI, Francisco, *Prática de Processo Civil*. São Paulo: Ed; Saraiva, 2000, p. 113.

Estado. Soberania, exercida nos limites da ordem jurídica do Estado, como tal irradia-se como direito fundamental (art. 5º, inciso XXXV da CF/1988) do cidadão.

Assim, evidente o alcance político da jurisdição que tem por objetivo nuclear dizer o direito objetivo e ao dizê-lo concretizá-lo, pois se não pode fazê-lo supletivamente (quando omissos o Estado), de que vale o epíteto de “Guardião da Constituição” (?). Ainda que larga a citação, valioso reproduzir o que escreveu a jurista Cármen Lúcia Antunes Rocha, nos idos de 1.997:

[...] O Poder Judiciário passou a desempenhar um papel relevantíssimo na garantia efetiva e eficiente dos direitos fundamentais, pois esses – diversamente de outros que são havidos nos diferentes sistemas aos particulares – não se põe a ressarcimento posterior ou reparação, mas são indisponíveis e inadiáveis em seu exercício: garante-se o direito à vida ou nada haverá, em um dia vindouro, a se garantir; garante-se a liberdade, porque se tal segurança não se impuser de pronto estará ela perdida naquele momento e não se lhe poderá repor; garante-se a segurança ou a insegurança já se terá instalado no futuro e reparação não é reposição de direitos fundamentais. Ao Poder Judiciário cabe, no constitucionalismo contemporâneo, a tarefa mais elevada de impedir afrontas e desfazer, com eficácia e eficiência imprescindíveis, os desmandos que acometem, ameaça e agride os direitos fundamentais. Por isso compete a ele fazer-se pronto na dimensão dessa competência, sem o exercício da qual os direitos fundamentais são atingidos irremediavelmente e as agressões lesam todo o sistema jurídico, colocando abaixo a própria jurisdição como um direito. No exercício dessa competência, ademais, compete ao Poder Judiciário fazer-se alerta para interpretar os direitos fundamentais considerando o texto e o contexto constitucional, a sede e a afluência dos direitos sobre os quais se questiona estender-se tão amplamente quanto seja necessário e possível para que ele realize uma tarefa de Justiça social e não de injustiças menores. Ao Judiciário cabe a tarefa de oferecer respostas concretas e engajadas às questões que lhe são postas em condições históricas definidas e experimentadas. Não há de prender-se mais às elaborações filosóficas e retóricas que às situações determinadas e determinantes ocorridas num contexto social específico e apurável pelos juízes que vivem o seu tempo de Direito com o Direito do seu tempo²².

22. ROCHA, Cármen Lucia Antunes da, O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Revista CEJ – v. 1 n. 3 set./ dez. 1997. Brasília: CJF, 1997 p. 76-91.

2. CONCISOS APONTAMENTOS SOBRE JURISDIÇÃO EM PONTES DE MIRANDA

No Estado Democrático de Direito²³ é basilar a existência de um sistema de direitos fundamentais, justiça social, igualdade e legalidade, como também possível uma discussão, democrática e instrutiva, da dogmática jurídica²⁴. Enfim, é sob esse ângulo de discussão, dentro do Estado Social e Democrático de Direito como catalizador da realização dos direitos fundamentais (situando-se nestes o princípio da efetividade processual previsto na Constituição Federal) que vem à baila o estudo da jurisdição na perspectiva de Pontes de Miranda.

Entre os poderes que constituem o Estado sempre haverá um ponto em comum: a manifestação do poder soberano, sendo este uno e indivisível, deixando assim evidente que independente da função que esteja sendo exercida pelo Estado. Portanto, há que se atentar para os princípios norteadores da organização estatal. Tendo em vista que vivemos em um Estado Democrático de Direito, sempre que o poder estatal é exercido devem ser seguidas e observadas características desse tipo de organização estatal, assim tanto o exercício da função jurisdicional quanto as demais funções do Estado, deve ser "Democrática de Direito", evitando que se afrontem as normas constitucionais.

Seja como for, a jurisdição é função do Estado e é vedada qualquer prática de justiça particular, especificamente no Brasil a jurisdição é de grande importância na busca de resolver problemas e reger a lei de forma justa, perante conflitos de interesses onde duas ou mais partes desejam o mesmo objeto, mas que somente um deles é detentor do direito pretendido. Nesse sentido assim se expressava Pontes de Miranda:

23. Lenio Luiz Streck, por seu turno, ao fazer constatações sobre o Estado Democrático, salienta que: "Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático agrega um plus (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter no seu interior as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o welfare state não passou de um simulacro." STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais sociais. In Revista da Ajuris, n.92, dez. 2003, p.206.

24. Nesse aspecto, diz Leonel Ohlweiler que "a dogmática jurídica, dentro de uma perspectiva hermenêutica, funciona como a possibilidade mesma de ter acesso à compreensão". Ohlweiler, Leonel. Direito Administrativo em Perspectiva. Os termos indeterminados à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.154.

A finalidade preponderante, hoje, do processo é realizar o Direito, o direito objetivo, e não só, menos ainda precipuamente, os direitos subjetivos. Na parte do direito público, tendente a subordinar os fatos da vida social à ordem jurídica (sociologicamente, a prover ao bom funcionamento do processo de adaptação social que é o Direito), uma das funções é a da atividade jurisdicional (dissemos uma das funções, porque muitas outras existem, como a da polícia preventiva, a da fiscalidade, a da administração e a da própria atuação educacional do Estado).²⁵

Assim, para Pontes de Miranda, a jurisdição é uma função sociológica do Estado, vamos lembrar que o eminente jurista considerava a Constituição como um “sistema de conclusões sociológicas” (!). Ainda nesse mesmo sentido, Pontes de Miranda conceitua a jurisdição:

[...] a atividade do Estado para aplicar as leis, como função específica. O Poder Legislativo, o Poder Executivo e os próprios particulares aplicam a lei, porém falta a todos a especificidade da função. Quando A e B acordam em que B reduza a escrito o que prove a dívida de B a C, A e B aplicaram lei, sem terem função específica de aplica-la, sem jurisdição. Antes de ter o Estado monopolizado a função de julgar, havia a justiça de mão própria, mas essa justiça ainda não era aplicação da lei como função específica.²⁶

Pois, pontua Pontes de Miranda:

A especificidade da função de julgar, atribuída ao Estado, teve por fito impedir a desordem, os excessos (e, pois, injustiças) da justiça de mão própria e assegurar a realização menos imperfeita possível (em cada momento) das regras jurídicas. Daí as regras jurídicas penais que colimam impedir que as pessoas retomassem a aplicação da lei aos casos controversos ou dificilmente resolúveis, por si mesmos – o que, certamente, no sentido da evolução social em todas as latitudes da Terra, seria regressão grave.²⁷

A partir da consagração da separação de Poderes encabeçada por Montesquieu, conceitua-se a jurisdição como a atividade-fim do Poder Judiciário, excluindo-se, portanto, a chamada jurisdição anômala e a jurisdição de exceção. Nesse sentido, buscam-se na Constituição as funções

25. MIRANDA, Francisco C. Pontes. Tratado das Ações. Campinas: Bookseller, 1998, p. 245-246, tomo I.

26. MIRANDA, Francisco C. Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.81, tomo I.

27. MIRANDA, Francisco C. Pontes. Tratado das Ações. Campinas: Bookseller, 1998, p. 250, tomo I.

atribuídas ao Poder Judiciário, ainda que nem todas possam ser havidas como jurisdicionais. A caracterização de uma atividade jurisdicional não obedece a um critério único. Na maioria dos casos, vê-se na jurisdição a atividade do Poder Judiciário a regular as relações interpessoais, na condição de terceiro imparcial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não olvidemos que, parafraseando Pontes de Miranda, se pode entender a sentença como prestação do Estado, em virtude da obrigação assumida na relação jurídica processual (processo), quando a parte ou as partes vieram ao juízo, isto é, exerceram a pretensão à tutela jurídica, tal explicação científica da *necitas cognocendi et judicandi* satisfaz as exigências práticas e teóricas. A toda evidencia, como discorre o pensamento *pontiano*, não se podendo saber quem tem razão antes do proceder; *in casu*, a situação humana impõe que se fragmentasse o direito material e o direito processual (formal), a que correspondem a pretensão e a ação de direito material, de um lado, e, de outro, a pretensão de direito público, pré-processual, e a “ação”.

O Estado não se rendeu a sua infalibilidade no julgar a ponto de fazer passar a coisa julgada material como a incidência mesma da lei, nem as suas sentenças, todas, como sentenças justas. Há concepções idealistas do Estado; ele, contudo, não é idealista, porque ele é fato, simplesmente fato. O processo é todo encadeado para se chegar a seu fim: a sentença com a eficácia que lhe agregue a natureza da ação e das circunstâncias do processo. Cuidado! Não é o juiz que lhe confere a eficácia segundo queira; é o direito processual, segundo a sua concepção da questão e da sentença. Pontes de Miranda vai advertir que *efeitos anexos e reflexos*, que acaso tenham a sentença, também dependem do *que se passou*; mas não seriam previsíveis pelos que só observassem de *dentro do processo e do interior da sentença*. São efeitos que não são próprios e necessários da sentença, posto que ela dadas certas circunstâncias exteriores, os tenha de produzir. São efeitos que se vêm mirando-se *do lado de fora* para lá da sentença. Quando o juiz entregou a prestação jurisdicional não os via, necessariamente, como poderia (prê)ver a coisa julgada formal, a coisa julgada material, a força ou o efeito constitutivo, a força ou efeito condenatório, a força ou efeito mandamental, a força ou efeito executivo²⁸.

28. Pontes de Miranda, F. C., Tratado das Ações, tomo I, § 33

Esta é a visão cartesiana e empirista. É uma postura que o processo como instrumento exige, reclama. Mas, não afasta a visão crítica, nem impede a desconstrução das decisões judiciais frente à realidade em que se constitui o direito na sociedade pós-moderna. Daí, a conscientização dos magistrados é importante frente a certo “daltonismo” emergente de (in)determinadas convicções que distanciam, iníqua e falaciosamente o juízo em relação com o verosímil dos fatos trazidos ao julgamento.

Seguindo a perspectiva sociológica de Pontes de Miranda, entendemos o direito como um processo de adaptação e corrigenda social, cujos sistemas jurídicos incorporam as normas do direito (costumes, narrações e textos havidos no tráfico das relações inter-humanas num cronotopos social dado) cuja incidência é independente da adesão dos sujeitos, pois é a incondicionalidade da incidência a sua característica basilar; os normativos de outra ordem (religião, moral, economia, costumes, etc.) que obtêm essa incondicionalidade se fazem jurídicos²⁹.

Nesse processo de adaptação e corrigenda das relações inter-humanas, desenvolvido num espaço e tempo identificados, construímos o conhecimento. Lefebvre já expressava que o conhecimento é fato: não há como fugir de sua existência, ainda que possa ser questionado³⁰. O ato de conhecer se desenvolve num espaço social, perdurando num tempo social. Assim, toda a história do conhecimento é uma história de superação, é um processo de desedificação. De desedificação e retificação de conceitos, de metodologias, é o espaço da metamorfose do pensar e do fazer.

O direito, assim como o “conhecimento” é também fato, e aqui não estamos perfilando o realismo escandinavo ou americano, mas afirmando, simplesmente, que o direito é fato do cultural, e como fato do cultural é reflexo, estando projetado na consciência humana que, como dizia Karel Kosik, é também reflexo e, ao mesmo tempo, projeção, registra e constrói, toma anotações e planeja, reflete e antecipa, é ao mesmo tempo, receptiva e ativa³¹. Como fato cultural, o direito objetiva a justiça, por isso, é oportuno lembrar que Recaséns Siches afirmava que o direito é sempre *um ensaio de ser direito justo*³², pois a consciência (aí informada

29. MOLINARO, C. A. Racionalidade Ecológica e Estado Socioambiental e Democrático de Direito. PUCRS. 2005.

30. Cf., LEFEBVRE, H. Lógica formal – lógica dialética, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1975, p. 49.

31. Cf., KOSIK, K. Dialética do concreto, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1976, p. 26.

32. Citação que se colhe em MACHADO NETO, A. L., Introdução à ciência do Direito, Ed. Saraiva, São Paulo, 1963, p. 82.

pelo cultural) busca a justiça axiologicamente comprometida com o social, já que o direito sempre se refere ao eu socializado. Remanescendo o eu individual como sujeito do mundo moral. Daí a utilidade da advertência de Pontes de Miranda quando afirmava:

[...] o problema jurídico é o problema humano por excelência: do direito dependem todos; sem o direito, nenhum problema se resolve de modo duradouro e eficaz.³³

O aforismo latino *ubi societas, ibi ius*, bem revela o lugar do direito. É no espaço social que o direito tem lugar como fenômeno jurídico, só existe na tessitura do social, tramado na história que se desenvolve neste campo, comprometido em um cronotopos social.

Por derradeiro, devemos sempre lembrar que se pode entender a expressão “Constitucionalidade da Justiça”, *lato sensu*, como as diversas modalidades de Administração da Justiça estatal, isto é, o exercício da função jurisdicional do Estado. Tudo tendo por “pretexto” o atuar do Direito que está na Constituição e que se realiza “contextualmente” nos tribunais mediante processos de jurisdição, comum e especial. O fenômeno da “Constitucionalidade da Justiça” gera como derivação rizomática³⁴, para utilizarmos uma expressão deluziana, a uma “judicialidade do

33. PONTES DE MIRANDA, F. C. Sistema de Ciência Positiva do Direito. 2a Ed. Tomo. I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. XXX.

34. A imagem de “rizoma” de Deleuze e Guattari é uma resposta à metáfora da raiz que se vai bifurcar, o que representa a lógica clássica e os procedimentos binários e dicotômicos. Para descrever o rizoma (metáfora que recorre à imagem de bulbos e tubérculos) se necessita de algumas características explicativas. O princípio de conexão e de heterogeneidade mostra que qualquer ponto do rizoma pode ser conectado a qualquer outro. Diferentemente da linguística que se fundamenta na metáfora da árvore ou raiz, e que pressupõe uma certa ordem; aqui se entende que cadeias semióticas de todo tipo se conectam a modos de codificação bastante diversos. Assim Deleuze e Guattari vão explicar que um rizoma não cessaria de conectar cadeias semióticas, organizações de poder, ocorrências que remetem às artes, às ciências, às lutas sociais. Uma cadeia semiótica é como um tubérculo que aglomera atos diversos, linguísticos, mas também, perceptivos, mímicos, gestuais, cognitivos: não existe a língua em si, nem universalidade da linguagem, mas um concurso de dialetos, de argot, de línguas especiais. Portanto, em vez de limitar-se a uma análise por decomposição estrutural interna, o método do tipo rizoma analisa a linguagem a partir de um descentramento sobre outras dimensões e registros. O princípio de multiplicidade mostra que não existem pontos ou posições como em uma estrutura em raiz, mas linhas que formam tramas. São dimensões que crescem em uma multiplicidade que muda de natureza na medida em que evoluem suas conexões. O princípio da ruptura “a-significante” recorda que por mais que se intente quebrar e romper o rizoma, ele se reconstrói segundo certas linhas (cf., Gilles Deleuze e Félix Guattari, *Mil Platôs*, vol. 5, cap.15, Regras Concretas e Máquinas Abstratas, São Paulo: Ed.34, 1997, p. 221).

direito”³⁵ em sentido material ou substancial referindo o direito como o conjunto de normas, princípios e valores fundamentais que emanam de uma fonte plural onde assume relevo a Constituição, mas também o direito supra estatal, os costumes e as práticas sociais, as práticas jurídicas, a jurisprudência e manancial formado pela doutrina e o agir dos operadores do direito.

Nunca é demais lembrar o mandamento constitucional norte-americano: *“The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority [...]”*³⁶ essencialmente aquela destinada à obtenção de uma prestação, justamente coincidindo com a ação condenatória.³⁷ Todavia, especialmente a partir de 1877³⁸, quando na Alemanha foi reconhecida em linhas gerais a ação para a verificação do direito, a doutrina passou a dar maior atenção para essa categoria de ação e sentença, que se limitava a declarar a existência ou inexistência de uma relação ou de um fato jurídico.³⁹

-
35. “Judicialidade” está aí com a aposição do sufixo “-dade” ao adjetivo “judicial” para formar um substantivo de maior nível de abstração, onde se possa pensar efetivamente na qualidade do judicial de todo o direito.
 36. O Poder Judicial se estenderá em todas as controvérsias, tanto de direito escrito como de equidade, que surjam como consequência desta Constituição, das leis dos Estados Unidos e dos tratados celebrados ou que se celebrem sob sua autoridade [...]. Constituição norte-americana de 1787, artigo III, 2 (tradução livre).
 37. Conforme acentua Alfredo Rocco, a supremacia da ação condenatória inclusive corroborou o entendimento da ação como sendo o próprio direito reagindo à violação, de modo que o objetivo do processo afigura-se como sendo a satisfação forçada do direito (ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile: studi*. Torino: Fratelli Bocca editori, 1906, p. 139).
 38. Trata-se da promulgação “dell’ordinanza germânica del 1877, che nel § 231 riconosceva, in via generale, la possibilità di azioni di puro accertamento” (ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile...* Op. cit., p. 139).
 39. ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile...* Op. cit., p. 138-139.

INCIDÊNCIA DA NORMA E RENÚNCIA DA PRESCRIÇÃO

José Roberto Fernandes Teixeira¹

Adriana de Mendonça Costa²

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Sobre a incidência da norma – 3. Especificamente a incidência das regras de prescrição – 4. O momento da renúncia da prescrição – Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Pontes de Miranda é um homem de grande destaque intelectual. Sua obra jurídica transita por todos os ramos do direito, servindo de subsídio para todo estudo sério da ciência jurídica. Este circular por todos os ramos ocorre, entre outras razões, por sua contribuição para a teoria do direito, especialmente por ter desenvolvido uma teoria própria do fato jurídico, hoje seguida por diversos autores³.

Neste ensaio pretendemos, a partir da adoção de uma posição diversa daquela desenvolvida pelo homenageado, demonstrar a importância que tem a teoria da incidência e, assim, do fato jurídico, para o estudo da renúncia da prescrição.

2. SOBRE A INCIDÊNCIA DA NORMA

Como dito linhas acima Pontes de Miranda foi um dos principais nomes no Brasil no desenvolvimento de uma teoria sobre o fato jurídico.

-
1. Professor de Direito Processual Civil da FACIMA e SEUNE. Especialista em Direito Tributário (FAL) e Direito Civil (SEUNE). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNP).
 2. Coordenadora do Curso de Direito da FACIMA. Professora de Direito Processual Civil da FACIMA. Mestre em Educação Brasileira (UFAL). Especialista em Direito (UFAL) e Direito Civil (SEUNE). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNP)
 3. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA; Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 26.

Por sua teoria o fato jurídico acontece quando a norma incide sobre determinado acontecimento. Vê-se assim que fato jurídico é sempre algo decorrente da incidência da norma. E esta incidência não acontece sobre qualquer acontecimento, mas, apenas sobre “fatos eleitos”, destacados como socialmente relevantes⁴. Nesta senda existem acontecimentos comuns, que são apenas no mundo comum, sem relevância para o direito, e fatos relevantes para o direito, que sofrem incidência da norma e ingressam, por isso, no mundo jurídico.

No pensamento *ponteano* a incidência se dá de forma *infalível*, vale dizer, acontecido o fato previsto na norma tem-se automaticamente a incidência e sua jurisdicição⁵. Esta *infalibilidade da incidência* é um dos pontos marcantes da sua teoria, sendo apontada por outros autores que aderiram ao seu pensamento, como se pode ver das palavras de Marcos Bernardes de Mello⁶: “Em decorrência, ocorridos os fatos que constituem o seu suporte fático, a norma jurídica incide, incondicionalmente, infalivelmente, isto é, independentemente do *querer* das pessoas”.

Também assim deixou lançado o Prof. Souto Maior Borges⁷: “A incidência da regra jurídica sempre que ocorre o suporte fático concreto é fenomenologicamente infalível e automática”.

É fato que para Pontes de Miranda⁸ a *incidência* não depende de um comportamento humano volitivo, sendo este necessário apenas quando da *aplicação* da norma jurídica, o que, por vezes, acontece em momento posterior.

Nesta toada pode-se afirmar, com base no pensamento *ponteano*, que a falibilidade (não presente na incidência) poderia estar, todavia, na

-
4. Assim ele descreve em Tratado das ações, tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 21-23.
 5. A posição de Pontes sobre o fenômeno da incidência foi transcrita por Tatiana Araújo Alvim, nos seguintes termos: “a aplicação, por se posterior, de ordinário, à incidência, não há de se confundir com essa”. Segue a transcrição: “a incidência se passa no mundo o pensamento social humano”, ocorrendo independentemente da vontade humana, já “a aplicação é ato de alguém, de uma ou de mais pessoas”. Em ALVIM, Tatiana Araújo. Apontamentos sobre a estrutura lógica da norma jurídica. Revista do Mestrado em Direito, vol. 1m b, 1, dez, 2005, Maceió, Nossa Livraria, 2005, p. 209.
 6. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 55.
 7. BORGES, José Souto Maior. Lei complementar tributária. São Paulo: RT, EDUC, 1975, p. 41.
 8. MIRANDA, Pontes de. Incidência e aplicação da lei. Conferência pronunciada em solenidade da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Pernambuco – no dia 23 de setembro de 1955, *apud* ALVIM, Tatiana Araújo. Apontamentos sobre a estrutura lógica da norma jurídica. Revista do Mestrado em Direito, vol. 1m b, 1, dez, 2005, Maceió, Nossa Livraria, 2005, p. 209.

aplicação da norma. Alias, assim arrematou Souto Maior Borges⁹: “O que pode falhar é o atendimento à incidência (*aplicação da lei*), a sua respeitabilidade. Ocorrendo o suporte fático, a regra jurídica necessariamente *incidirá*”.

Apesar do merecido respeito que esta teoria goza, e do vulto dos seus adeptos, com ela não concordamos, isto porque, parece-nos mais adequado dizer, a incidência e aplicação da norma ocorrem no mesmo instante, sendo realidades inseparáveis.

O Direito é algo criado pelo homem e não algo que lhe é dado pela natureza. Como afirma Calmon de Passos¹⁰ “ele é produzido pelo homem como linguagem, texto, decisão e decisão que exige sua eficácia a nível macro e a nível micro”.

Com precisão Paulo de Barros Carvalho¹¹ explica a presença da linguagem no direito:

“Vilém Flusser afirmou “*nada aconteceu antes da invenção da escrita, tudo apenas ocorria*”. É justamente na dicotomia entre o *acontecer* e o *ocorrer* que o filósofo tcheco separa tudo quanto nos é perceptível tão somente pela intuição sensível, que simplesmente ocorre e se esvai; daquilo que, por meio da linguagem, pode ser percebido e então compreendido pelo homem, isto é, ordenado em condições de tempo e espaço como realidade. Dizendo de outro modo, segundo o mesmo Flusser, a realidade é o tudo que acontecer e somente acontece aquilo que é registrado pela linguagem. Assim também o passar do evento a fato, da realidade social à realidade jurídica. *Acontece* o fato jurídico quando o evento *ocorrido* for relatado em linguagem pelo sujeito competente para firmá-lo na linguagem jurídica.”

Se o mundo jurídico é constituído no plano da linguagem, então a incidência não deve ser excluída deste plano¹². A incidência somente acontece quando relatada em linguagem, sendo, destarte, um ato que não dispensa a presença humana.

As palavras de Gabriel Ivo vão neste sentido¹³:

9. Ob. Cit. p. 41

10. Passos, José Joaquim Calmon de. Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 54.

11. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 152.

12. IVO, Gabriel. Norma jurídica: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 42.

13. Ob. Cit, p. 61.

“O momento da aplicação não significa uma mera adequação com a incidência que ocorreu, mas a concreção da incidência. Não há um incidência passada que seja incompatível com a aplicação. O aplicador não um desvelador da incidência, não é porque antes ela não existia. Ninguém sabe, ou não poderá dizer, qual a incidência correta. Ora, se não é o aplicador quem diz qual é a incidência, quem dirá?”

É a aplicação, portanto, que dá o sentido da incidência. Separar os dois momentos como se um, o da incidência, fosse algo mecânico ou mesmo divino que nunca erra ou falha, e o outro, o da aplicação, como algo humano, vil, sujeito a erro, é inadequado. É pensar que nada precisa da interpretação. E mais, a incidência automática e infalível reforça a idéia de neutralidade do aplicador. Assim, a incidência terá sempre o sentido que o homem lhe der. Melhor: a incidência é realizada pelo homem. A norma não incide por força própria: é incidida.”

A incidência e aplicação da norma dependem assim de um comportamento de quem está habilitado a realizá-las, exige, na feliz expressão de Paulo de Barros Carvalho, um “sujeito competente para firmá-lo em linguagem”. A atuação deste sujeito competente se tem, ordinariamente, com a manifestação dos órgãos do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

Há um ponto comum entre o agir destes dois poderes, que se mostra importante para o tema em estudo, qual seja, o processo como instrumento de suas manifestações. O Poder Público, através do processo administrativo, constrói normas gerais e individuais, julga, decide, interpreta, criando normas, que faz incidir. Também o Poder Judiciário, via processo judicial, interpreta, criando normas, que faz incidir nos casos levados a sua análise¹⁴.

A incidência das normas jurídicas ocorre, deste modo, tanto pelo agir do Poder Executivo quanto pelo agir do Poder Judiciário. As tomadas de decisões no âmbito destes poderes, vertida em linguagem adequada por pessoa que detém competência para tanto, é ato constitutivo da incidência, que não acontece de forma automática e infalível.

Existem, no entanto, algumas situações em que a idéia de “sujeito competente” para fazer incidir a norma deve ganhar um sentido mais alargado, fazendo incluir também pessoas diversas das autoridades integrantes do Poder Executivo e do Poder Judiciário, como acontece, por exemplo, nos casos em que o direito tributário autoriza o “lançamento por homologação”,

14. Sobre o processo como instrumento de atuação do Estado ver BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 382.

dando ao contribuinte a função de fazer incidir a norma, ainda que esta incidência fique carecendo de uma confirmação ou correção.

Assim pode-se resumir dizendo que a incidência da norma é ato de autoridade (normalmente do Poder Judiciário ou do Poder Executivo, excepcionalmente pelo particular), que age via instrumento próprio que é o processo, onde a constrói em linguagem adequada.

3. ESPECIFICAMENTE A INCIDÊNCIA DAS REGRAS DE PRESCRIÇÃO

Como demonstrado linhas anteriores, o pensamento que orienta os autores deste ensaio é no sentido de que a incidência não é *automática* e *infalível*, necessitando do agir humano para sua ocorrência. Estas premissas, evidentemente, não podem ser abandonadas quando se analisa a incidência das regras de prescrição.

Tem-se que a prescrição é extinção da pretensão por inércia do titular de um direito a prestação, que não a exigiu no prazo que dispunha para tanto¹⁵. Este é conceito cunhado pelo direito civil, mas que pode ser tomado de empréstimo por outros ramos do direito, como o tributário, por exemplo, onde a prescrição também impede a exigibilidade de uma prestação pecuniária.

A prescrição que envolve a Administração Pública, no entanto, é a que melhor demonstra como a incidência acontece por um processo humano e decisório, isto porque, não raramente, é a própria Administração Pública que deixa de exigir seus créditos por reconhecer a pouca possibilidade de êxito, visto que já houve prescrição, assim declarando seu próprio crédito inexigível. Também a Administração Pública (e, neste caso igualmente o setor privado) tem o risco de ver, após ajuizada demanda, o reconhecimento da prescrição pelo Poder Judiciário. Mas, seja administrativa, seja através do Poder Judiciário, o reconhecimento da prescrição, e assim a incidência de suas regras, acontece pelo agir do homem.

Pode-se dizer que a incidência da prescrição se verifica (1) por ato humano, (2) através de um processo, (3) onde se tem o fenômeno da incidência jurídica.

15. É o que se extrai do Código Civil, art. 189: Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Antes da incidência da norma não existe prescrição, afinal o evento (decorso do tempo) somente ingressa no mundo jurídico, tornando-se “fato jurídico”, quando o homem faz a norma sobre ele incidir.

É certo que neste caso a incidência tem verdadeiro efeito retroativo. Melhor explicando, a atividade humana que declara a prescrição o faz identificando o momento (no passado) em que a prestação se tornou exigível e, com isto, teve início do curso do prazo prescricional, bem como o momento em que cessou (também no passado) o curso do prazo prescricional, extinguindo, desta forma, a pretensão.

4. O MOMENTO DA RENÚNCIA DA PRESCRIÇÃO

As questões antes expostas ganham especial importância quando se verifica o instituto da renúncia da prescrição.

A renúncia, nas palavras de José Paulo Cavalcanti “é ato ou negócio jurídico dispositivo pelo qual o titular de um direito extingue esse direito”.¹⁶ É notório que este importante autor foge da discussão sobre a verdadeira natureza da renúncia, não opinando se é um ato ou um negócio jurídico. Marcos Bernardes de Mello, por sua vez, e de forma adequada, afirma que a renúncia é negócio jurídico que opera no plano da eficácia¹⁷, servindo para extinguir direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções¹⁸.

A renúncia da prescrição é, destarte, um negócio jurídico através do qual a parte renuncia a possibilidade de alegá-la. É a renúncia da exceção de prescrição¹⁹.

Acontece que somente pode renunciar a prescrição aquele que a conhece, aquele que já detém este direito (ou esta exceção). Assim afirma Mirna Cianci que a “renúncia da prescrição pressupõe, antes, o decurso

16. CAVALCANTI, José Paulo. Da renúncia no direito civil. Rio de Janeiro: 1958, p. 11.

17. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 243. No mesmo sentido nosso homenageado em: MIRANDA, Pontes de. Renúncia a herança existência, realidade e eficácia. Revista dos Tribunais, 500, p. 46.

18. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69.

19. A possibilidade de renúncia da prescrição consta do Código Civil, art. 191, nos seguintes termos: A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

do lapso integral.”²⁰Parece, entretanto, que não basta o decurso do lapso de tempo constitutivo da prescrição para que esta possa ser renunciada, é necessário ainda que a prescrição tenha sido “reconhecida em linguagem adequada”, pelo fenômeno da incidência. Em outras palavras, somente se pode renunciar a prescrição quando esta efetivamente já foi reconhecida pelo Poder Judiciário, pelo Poder Executivo ou mesmo pela parte interessada. Antes disso não se tem verdadeiramente uma prescrição para ser renunciada, já que a incidência é elemento essencial para sua configuração.

Com a incidência das normas de prescrição (cabe insistir, pelo ato humano constitutivo da incidência) emana para o devedor a possibilidade de não mais cumprir a obrigação, eis que é mera “obrigação natural”. Mas, é ainda possível que ele opte por um caminho diverso e cumpra, espontaneamente, aquilo que é devido, renunciando, deste modo, os benefícios da prescrição.

O devedor somente pode renunciar a prescrição quando sabe que ela existe, quando ela já foi devidamente reconhecida em procedimento próprio para isto, porque, o objeto de renúncia são, nas palavras de José Paulo Cavalcante, “unicamente os direitos subjetivos”²¹ ou, como afirma Câmara Leal, na renúncia da prescrição “o agente se priva, espontaneamente, de um bem incorporado ao seu patrimônio”²².

Somente se tem um direito subjetivo quando acontecido o fato jurídico, quando há incidência da norma sobre eventos devidamente transcrita em linguagem competente. Antes disto não se tem a criação de um direito subjetivo. No caso da prescrição somente há direito subjetivo a ela quando já foi reconhecida, incidida. Só a partir daí se pode ter renúncia.

É interessante ver que Carpenter é citado por Câmara Leal como o autor que “estabelece distinção entre a renúncia da prescrição consumada e da prescrição invocada, para considerar somente esta como ato de alienação”²³. A idéia exposta faz pensar que Carpenter somente admite renúncia da prescrição quando o titular do direito desta exceção tem

20. CIANCI, Mirna. Renúncia da exceção de prescrição – abrangência do tema. Em CIANCI, Mirna (coord.) Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 288.

21. Ob. Cit. p. 108.

22. Ob. Cit. p. 68.

23. Ob. Cit. p. 68.

ciência de sua existência. Aderimos a este pensamento. É acertado dizer que renúncia exige mais do que possibilidade do prazo prescrição já ter ocorrido, exige a certeza do seu beneficiário, pois somente se pode renunciar um direito subjetivo já incluído no patrimônio jurídico da parte.

Neste sentido ganha maior importância a distinção feita entre interrupção e renúncia da prescrição. O Código Civil, art. 191, firma que esta não pode acontecer senão depois de consumada, ao passo que a interrupção acontece enquanto o prazo prescricional tem curso. Assim Mirna Ciani deixa lançado: “Inexiste em nosso ordenamento a renúncia prévia, pois esta implicaria, na verdade, interrupção”²⁴. Depois ela arremata:

“FRANCESCO ATZERI-VACCA a respeito menciona que a diferença entre o reconhecimento interruptivo e a renúncia é evidente. Esta é sempre um ato de disposição, um negócio jurídico unilateral, aquele, mero fato jurídico”

De fato a renúncia é da prescrição consumada e já reconhecida.

O reconhecimento da prescrição pode se dar em processo judicial, caso em que normalmente o juiz irá proferir decisão extinguindo o feito com julgamento de mérito declarando frágil do direito de crédito, que se tornou inexigível. Neste caso o devedor (de obrigação natural) pode, se desejar, efetuar o pagamento do seu débito renunciando a prescrição.

É possível ainda que o devedor, nos autos do processo judicial ou administrativo, alegue a prescrição, afirme a sua existência, mostre que está certo de que a mesma existe e, apesar disto, opte por cumprir a prestação. Neste caso há também uma incidência prévia da prescrição para surgir uma posterior renúncia. A distinção deste para o caso anterior é que a incidência foi efetivada pela própria parte interessada, que reconhece a situação jurídica que lhe é favorável, para dela renunciar.

Nega-se aqui a possibilidade da parte renunciar prescrição sem ter ciência de sua ocorrência. A renúncia é ato abdicativo de direito de cuja existência se tem consciência.

O Código Civil admite renúncia tácita, como claramente prescreve o art. 191, o que significa dizer que o beneficiário da prescrição, ciente da existência desta, pode praticar atos que sejam incompatíveis com o exercício desta exceção e, assim agindo, dando sinais claros de que não quer

24. Ob. Cit. p. 289.

utilizar da situação vantajosa que tem, fará configurados os elementos suficientes para a incidência da renúncia tácita da prescrição, o que pode ser reconhecida pelo agente responsável pela incidência da norma.

BIBLIOGRAFIA

- AMORIM, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, 300:07.
- BORGES, José Souto Maior. **Lei complementar tributária**. São Paulo: RT, EDUC, 1975.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 1. São Paulo: Saraiva, 2008
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2011.
- CAVALCANTI, José Paulo. **Da renúncia no direito civil**. Rio de Janeiro: 1958.
- CIANCI, Mirna. Renúncia da exceção de prescrição – abrangência do tema. Em CIANCI, Mirna (coord.) **Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2005
- DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA; Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011.
- IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.
- LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Saraiva, 2009..
- _____. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Pontes de. Renúncia a herança existência, realidade e eficácia. **Revista dos Tribunais**, 500:46
- _____. **Tratado das ações**, tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998.
- _____. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**. Salvador: Juspodivm, 2012
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**, vol. 3, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

23

POR UM NOVO MANDADO DE SEGURANÇA: RETORNO À ORIGEM?

Leonardo Greco¹

O *habeas corpus* e o mandado de segurança nasceram da necessidade de conferir aos cidadãos instrumentos de tutela urgente de direitos violados ou ameaçados por atos de autoridade pública.

No Brasil, a proteção da liberdade de locomoção, por meio do primeiro desses institutos, teve origem no Código Criminal de 1830 e no Código de Processo Criminal de 1832.

Em seu precioso livro sobre o *habeas corpus*², escrito em 1916, com a idade de 23 anos, Pontes de Miranda ressaltou a origem inglesa do instituto. No século XIII o instituto tinha o fim de evitar ou remediar a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente longas: “...também nesse tempo, em caso de prisão preventiva, o acusado não devia ser tratado como os indivíduos já condenados, recusando-se à prisão o caráter de pena. Por isso mesmo, o paciente havia de comparecer à justiça com as mãos e os pés livres”³.

Em outro trecho, referindo-se às diversas espécies de *habeas corpus*, destacava como o mais nobre de todos o *habeas corpus ad subiiciendum*, que obrigava o coator a apresentar o corpo do preso “...e comunicar, ao mesmo tempo, o dia e a causa pela qual foi preso”, mostrando a natureza de interpelação hierárquica que tinha o remédio e o caráter imperativo

-
1. Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor adjunto do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
 2. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. História e Prática do Habeas-Corpus. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.
 3. Ibid., p. 23.

do seu objeto que era dar liberdade a quem fora detido sem justa causa ou sem razão suficiente⁴.

Já chegando ao primeiro quartel do século XIX, pergunta-se se os juízes têm o direito de obrigar à execução das ordens de *habeas corpus* ou se o Poder Executivo pode opor-se a algumas, reputando-as exorbitantes e inexecutíveis. Dá a essas perguntas resposta afirmativa: “Sentenças são para serem cumpridas. Nomeia juízes o rei; mas a jurisdição deles é obra da lei... *A judge is the law speaking*”⁵.

Penetrando na história pátria, observa que a nossa tradição liberal antecede à própria Independência e que a República deu continuidade a essa tradição, abeberando-se nas instituições da Monarquia, pois aos Estados Unidos devemos apenas a forma federativa, o direito federal e a Justiça da União⁶.

Na vigência da Lei 2.033, de 1871, um Aviso do Ministério da Justiça chegava a recomendar que os juízes fossem generosos na concessão do *habeas corpus*: “...devem as autoridades facilitá-lo, desprezando o rigor das fórmulas, que embaracá-los por meios que, embora não induzam criminalidade, autorizam a suspeita de parcialidade”. Era, segundo o autor, a regra do *favor libertatis*⁷, análoga à moderna presunção de inocência, que despreza qualquer tendência a dar maior valor probatório à palavra do funcionário público do que à do próprio cidadão.

Como garantia constitucional da liberdade, a sentença denegatória não faz coisa julgada, não impedindo a renovação do pedido⁸.

Citando o Conselheiro Lafaiete, denomina o *habeas corpus* de *recurso extraordinário*, que se sobrepõe a qualquer outro, inspirado na exigência de celeridade⁹.

Bem mais adiante¹⁰, faz importante comentário de repúdio à tentativa de tornar o *habeas corpus* um instrumento subsidiário, o que ocorre atualmente com muitos institutos análogos, como a *Verfassungsbeschwerde*

4. Ibid., p. 44

5. Ibid., p. 73.

6. Ibid., p. 128.

7. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. História e Prática do Habeas-Corpus. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 149.

8. Ibid., p. 152.

9. Ibid., p. 153.

10. Ibid., p. 355

alemã, o recurso à Corte Europeia de Direitos Humanos ou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos: “O ser cabível outra forma processual só exclui a indicação do *habeas-corpus* se a questão precisa de diligências probatórias e trâmites de sua natureza incompatíveis com esse recurso pronto e especial”.

Coerente com a natureza de interpelação hierárquica, Pontes leciona que “a omissão em prestar informações em processo de *habeas corpus* deve ser interpretada como tácita confirmação da verdade do alegado na petição do impetrante. Dá-se, então, a ordem, uma vez satisfeitas as demais condições”¹¹.

E, em seguida,: “Se a autoridade coatora se esquivar a prestar esclarecimentos que lhe foram reiteradamente exigidos, deve ser interpretada tal omissão como tácita confirmação das alegações do impetrante”¹².

Repudiando a falsa ideia de que o *habeas corpus* tenha como pressuposto a ausência de controvérsia sobre os fatos e somente admita cognição sobre matéria de direito, leciona: “em todo o caso, a colisão entre as provas do constrangimento que se alega, não é bastante para que se denegue a ordem”¹³. Critica a denegação do *habeas corpus* porque nele não seria possível o tribunal conhecer de matéria de provas. E assevera: “Mas, entenda-se, matéria de provas há em qualquer processo de *habeas-corpus*”¹⁴.

A natureza extraordinária do *writ* é mais uma vez proclamada: “O pedido pode ser renovado tantas vezes quantas forem as denegações, ainda que pelos mesmos fundamentos”¹⁵.

Consequência necessária dessa natureza é que a coisa julgada material somente se forma na sentença concessiva e nunca na denegação. Na reiteração, deve ser mantida a decisão, se persistem os fundamentos, salvo se houver melhor prova ou esclarecimento¹⁶.

Pontes defende a concessão do *habeas corpus* depois do trânsito em julgado da condenação em algumas hipóteses: manifesta incompetência do juiz; se o fato não é crime ou o agente é comprovadamente incapaz;

11. Ibid., p. 360.

12. Ibid., p. 390.

13. Ibid., p. 390.

14. Ibid., p. 430.

15. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. História e Prática do Habeas-Corpus. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 377.

16. Ibid., p. 378.

se a ação penal dependia de queixa do ofendido, não apresentada; se o crime está prescrito ou a pena já foi cumprida; se a lei brasileira não incide¹⁷.

Como a finalidade do *habeas corpus* é livrar o cidadão de constrangimento ilegal à sua liberdade de locomoção, a sua admissibilidade está desvinculada do êxito do processo criminal. O *habeas corpus* não é recurso e a coisa julgada não o inibe. Se houver constrangimento ilegal, ele é cabível, ainda que não utilizados ou esgotados os recursos admissíveis no processo em que ele ocorreu. A singularidade dos recursos não impede o *habeas corpus*, que não é recurso, mas remédio. O que o *habeas-corpus* não pode remediar é a injustiça da sentença¹⁸.

E, referindo-se ao *habeas corpus* contra decisão judicial, sustenta a formação da coisa julgada, mesmo que o *writ* aprecie nulidades de outro processo¹⁹.

Nos *Comentários* às sucessivas Constituições e também nos *Comentários* ao Código de Processo Civil de 1939, Pontes de Miranda faz questão de assinalar que o mandado de segurança foi criado para ser o *habeas corpus* dos demais direitos fundamentais. A Constituição de 1934 (art. 113, 33), que o instituiu, estabelecia expressamente que o novo *writ* adotaria o mesmo processo do *habeas corpus*²⁰.

Coerente com a sua origem nos *writs* da jurisdição de equidade do direito anglo-americano²¹, Pontes observava que “...o mandado de segurança é estranho à história do direito luso-brasileiro e brasileiro”²². Os remédios da *equity* constituíam uma jurisdição paralela aos da *common law*, para coibir os atos de violência e de abuso de poder não alcançáveis por esta última²³.

17. Ibid., p. 430.

18. Ibid., p. 465 e 466.

19. Ibid., p. 468.

20. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. t. V, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 335 e ss.; Id. Comentários ao Código de Processo Civil. v. III, 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948. p. 178 e ss.

21. V. GRECO, Leonardo. Natureza Jurídica do mandado de segurança. In: Revista Arquivos do Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, n. 129, jan./mar. 1974, p. 50-51.

22. Ibid., p. 50-51.

23. V. FRIGNANI, Aldo. L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano. Milano: Giuffrè ed., 1974. p. 175 ss.; HAZARD JR., Geoffrey C., TARUFFO, Michele. American Civil Procedure – an introduction. New Haven and London: Yale University Press, 1993. p.

A citação no mandado de segurança não produz litispendência quanto às ações diferentes dele, porque o seu objeto não é o mesmo das ações específicas sobre a violação do direito, ou sobre a ameaça; nem a citação nessas produz litispendência quanto ao mandado de segurança. Mas a primeira sentença proferida pode ter eficácia de coisa julgada material no outro processo. Não existe princípio científico que façam coincidentes, em toda a extensão, litispendência e coisa julgada material.

A autoridade coatora não identifica subjetivamente a demanda, porque a plena tutela do direito líquido e certo do impetrante atinge toda a atividade estatal²⁴. Daí o acerto da Lei 191 de 1936, incorporada ao Código de 1939 nos artigos 319 a 331, que determinava que, despachando a petição inicial, o juiz mandasse notificar mediante ofício o coator para prestar informações (interpelação hierárquica) e citar o representante judicial ou legal da pessoa jurídica para contestar o *mandamus*. Aqui Pontes abre uma exceção à técnica do *habeas corpus* porque admite que a sentença denegatória faça coisa julgada material, se originada por cognição completa²⁵.

Erigido a garantia constitucional, o mandado de segurança tornou-se por algumas décadas a obra mais preciosa criada pelo gênio brasileiro, cantado em prosa e verso em todos os quadrantes do mundo como representativo do nosso profundo amor ao Direito e aos direitos fundamentais.

A partir da década de 50 do século XX começou a decadência do instituto, provocada por vários fatores concorrentes: de um lado, a hipertrofia do poder estatal e a hipervalorização de qualquer interesse público, a que se contrapunha a tutela dos direitos fundamentais, e que levaram a lei, a doutrina e a jurisprudência a oporem limites à admissibilidade do *writ*; de outro, uma visão puramente formal da separação de poderes, incompatível com a supremacia do Judiciário, penosamente conquistada, a opor barreiras à concessão de liminares, a autorizar suspensões de sentenças concessivas e de liminares e a impedir a auto-executoriedade das suas decisões. Os próprios partidários do processualismo científico, ao equipará-lo a uma ação igual às outras, contribuíram para a derrocada

12-15.

24. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. t. V, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 364.

25. Id. Comentários ao Código de Processo Civil. v. III, 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948. p. 199.

do instituto, sufragando a inadmissibilidade do *writ* contra a coisa julgada e contra ato judicial passível de recurso ou correição, e tornando o mandado um instrumento meramente subsidiário. A possibilidade de concessão de efeito suspensivo a qualquer recurso também contribuiu para o seu abandono²⁶.

Cai no esquecimento a natureza extraordinária e de interpelação hierárquica do instituto, suprime-se a citação para contestar e as informações passam a dotar-se de um hibridismo que enfraquece o controle jurisdicional e favorece o Poder Público.

Última pá de cal no esvaziamento do instituto se dá com a implementação da chamada tutela antecipada pelo art. 273 do CPC. Poucos ainda preferem o mandado de segurança para o desafio de atos do Poder Público, se podem numa ação de rito ordinário comum, com mais amplitude cognitiva, obter a necessária tutela de urgência sem ter de instaurar procedimento diverso e se a hipotética sumariedade do mandado de segurança vai militar em desfavor do impetrante, com limitações na execução, e, em tempos de excesso de processos, com a demora que não difere o seu processamento da duração de qualquer outro procedimento.

O grau de desenvolvimento *qualitativo* da tutela jurisdicional efetiva dos direitos do cidadão nos seus litígios com o Poder Público teria tornado desnecessário o mandado de segurança? Poderia o legislador constitucional simplesmente revogar o dispositivo que inclui o mandado de segurança no rol dos direitos e garantias fundamentais? Mas não constituem estes cláusula pétrea, de acordo com o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição?

A única conclusão que me parece plausível é a de que a garantia constitucional do mandado de segurança tem um conteúdo próprio, que excede dos limites da garantia da tutela jurisdicional efetiva assegurada no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna, e que é preciso restaurar a importância do instituto, aproveitando em grande parte as características provenientes da sua origem, bem apontadas por Pontes de Miranda. Infelizmente, a reforma da lei do mandado de segurança empreendida

26. V. a minha tese de doutorado (Natureza jurídica do mandado de segurança), defendida em 1973 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da qual destaco as seguintes conclusões: “VI – o mandado de segurança é ação; [...] IX – as informações da autoridade coatora são verdadeira contestação; [...] XIV – falta interesse de agir ao impetrante nos casos dos itens I e II do artigo 5º da Lei nº 1.533; [...] XVI – os atos judiciais, salvo os administrativos, não estão sujeitos ao mandado de segurança [...]” (p. 85-86).

pela Lei n. 12.016/2009 limitou-se a consolidar a doutrina e a jurisprudência dominantes, não tendo sido capaz de devolver-lhe a grandeza que justificou a sua criação e ainda justifica a sua sobrevivência como garantia constitucional *imexível*.

Não se trata, como em algum tempo se cogitou, de negar a natureza de *ação* do mandado de segurança, que levou o próprio Supremo Tribunal Federal a decisões esdrúxulas, como as que excluíram os honorários da sucumbência ou os recursos contra decisões interlocutórias ou a admissibilidade dos embargos infringentes. É ação, sim, mas que provoca o exercício de uma jurisdição extraordinária, ou seja, uma jurisdição que, destinada à mais ampla tutela dos direitos do cidadão frente ao arbítrio da autoridade estatal, controla o próprio poder jurisdicional.

Como jurisdição extraordinária, não deve impedir, nem substituir o exercício da jurisdição ordinária, mas deve dispor de meios eficazes de coibir os abusos de poder que porventura sejam perpetrados no seu exercício.

Como jurisdição das liberdades públicas se inclui na chamada tutela da urgência, devendo ser exercida com a máxima celeridade, para que a elas seja assegurada a mais ampla eficácia.

Não se trata de um instrumento subsidiário, dependente do esgotamento de quaisquer outros, mas de um direito autônomo, de que deve dispor sempre o cidadão e que o juiz não deve desprezar, a não ser depois de ter obtido da autoridade pública explicações e provas cabais da absoluta legalidade e da rigorosa exação da sua atuação.

É um instrumento de controle hierárquico na justificação dos seus atos e de subordinação hierárquica no cumprimento das decisões judiciais. O administrador está subordinado ao juiz e a este deve contas no exercício das suas funções e a separação de poderes não pode servir como garantia da impunidade ou da supressão do controle jurisdicional da legalidade dos atos do Poder Público. O Estado de Direito se funda no primado dos direitos fundamentais (Constituição, artigo 1º) e a separação de poderes não pode ser óbice a essa exigência. Quanto à execução, vale aqui mencionar que outros países explicitam de modo mais enfático essa relação hierárquica. Mesmo em países da *civil law* se encontram exemplos dessa subordinação. Assim, por exemplo, a Constituição espanhola de 1978 prescreve que a execução das decisões judiciais incumbe ao próprio Judiciário, ao qual a Administração Pública deve prestar colaboração (art. 118). E na justiça administrativa italiana, a execução da

decisão judicial pela Administração se submete ao chamado *giudizio di ottemperanza*, que significa *juízo de obediência*, no qual o juiz pode designar um preposto seu, o *commissario ad acta*, para intervir na administração e, substituindo-a, praticar todos os atos necessários ao cumprimento do julgado²⁷.

As informações, que são o instrumento desse controle hierárquico, não devem ser confundidas com o meio de defesa da pessoa jurídica de direito público, que foi deturpado na Lei 1.533/1951, porque naquela época o Ministério Público Federal exercia a defesa judicial da União. Mas a lei regulou mal a matéria, porque em vários Estados o Ministério Público não tinha essa função, que acabou por lhe ser proibida no texto constitucional de 1988 (art. 129, inciso IX).

A omissão das informações ou a sua insuficiência no esclarecimento e demonstração da legalidade do ato da Administração deve ter consequências concretas. A Administração tem o dever de justificar a legalidade da sua atuação e não pode prevalecer-se de uma irreal presunção de legalidade, legitimidade e veracidade dos seus atos.

A dilação probatória deve existir no mandado de segurança, desde que compatível com a celeridade que lhe é inerente. Se até na medida cautelar pode se afigurar necessária a produção de provas, com maior razão essa via não pode ser tolhida no mandado de segurança. Ninguém pode ser obstado no gozo de um direito pela impossibilidade de provar a sua existência ou a sua violação, especialmente quando esta resulta de ato ou omissão de uma autoridade pública.

Quanto à coisa julgada no mandado de segurança, tem razão Pontes ao vinculá-la à cognição exaustiva²⁸, em homenagem à segurança jurídica, da qual aquela é garantia. Entretanto, sempre que novos fundamentos ou novas provas possam produzir um juízo diverso, a reiteração do *mandamus* deve ser facultada e o legislador deve prever essa possibilidade e os requisitos da sua ocorrência. Também a possibilidade de impetração do *writ* contra a coisa julgada oriunda de qualquer outro processo deve ser disciplinada pela lei, livrando-nos do dilema cruel do primarismo da sua absoluta inadmissibilidade, proclamada pelo STF na

27. V. GIANNINI, Daniele. Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo. Milano: Giuffrè ed., 2011.

28. Sobre o conteúdo da cognição exaustiva, v. o meu estudo Cognição sumária e coisa julgada, publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 10, 2012, p. 275-301. Disponível em: www.redp.com.br.

Súmula 268, mas por ele próprio excepcionada em casos de decisões consideradas *teratológicas*.

Impende que a lei imponha também o dever de qualquer autoridade pública da mesma pessoa jurídica de direito público de cumprir imediatamente a decisão do mandado de segurança que lhe seja requisitada. Se se tratar de cumprimento de obrigação pecuniária, como o pagamento de parcela remuneratória de funcionário público, não podem as prestações vencidas ficar sujeitas a precatório, que, aliás, foi dispensado pela Lei 5.021/1966, a meu ver erroneamente revogada no artigo 29 da Lei 12.016/2009, pois isso representa a completa negação da eficácia da previsão constitucional do instituto e das suas características essenciais.

Proibições de liminares, que ainda subsistem, são, a meu ver, absolutamente inconstitucionais em relação a qualquer tipo de ação, não honrando o Supremo Tribunal Federal a decisão na ADC n. 4 que lhes deu sobrevida. A sua eliminação do nosso ordenamento é imperiosa.

A competência em função do grau da autoridade impetrada e a dificuldade de identificar o coator são outros defeitos da disciplina do mandado de segurança que precisam ser corrigidos. O cidadão que teve o seu direito violado não pode sofrer a denegação da tutela jurisdicional, ainda mais no mandado de segurança, porque não soube precisar qual foi a autoridade de que emanou o ato. Muitas vezes a identidade dessa autoridade não lhe é revelada. A jurisprudência do STJ tem minorado esse problema com a adoção da chamada teoria da encampação. Já tive oportunidade de examiná-lo em outro estudo²⁹.

Não me agride o prazo de decadência de 120 dias, como indício de inexistência da urgência, que é característica do instituto. Entretanto, passado esse prazo, a violação do direito do cidadão pelo ato de autoridade pode continuar a produzir efeitos que precisam ser coibidos com a mesma energia dos que se verificaram naquele prazo. Assim, parece-me que o legislador deveria facultar a propositura do *mandamus*, decorridos os 120 dias, havendo indícios veementes da continuidade da lesão ao direito.

Ave, mandamus, morituri te salutant. Fica lançado o desafio, que a atualidade das lições de Pontes de Miranda pode ajudar a resolver.

29. V. GRECO, Leonardo. A translatio iudicii e a reassunção do processo. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 166, ano 33, dez. 2008, p. 9-26.

A CONTUMÁCIA DAS PARTES COMO ATO-FATO PROCESSUAL

Leonardo Carneiro da Cunha¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Natureza jurídica da contumácia – 3. A teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda – 4. Ato-fato jurídico – 5. Ato-fato processual – 6. A contumácia das partes como ato-fato processual – 7. A contumácia das partes como ato-fato processual: consequências ou implicações – 8. Conclusões – Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

A marcha do processo solicita a colaboração do juiz e das partes. Estas não são, entretanto, obrigadas à prática dos atos processuais². Embora não se lhes seja imposto o dever de praticar atos, as partes carregam o *ônus* da colaboração, de sorte que têm o ônus de contribuir para o desenvolvimento normal do procedimento, sujeitando-se às consequências da falta de sua efetiva colaboração³.

A inércia das partes causa-lhes consequências desvantajosas, caracterizando-se a chamada *contumácia*. A contumácia pode ser do autor, do réu ou de ambos.

-
1. Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Professor colaborador do curso de mestrado da Universidade Católica de Pernambuco. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Procurador do Estado de Pernambuco e advogado
 2. As partes não têm, em regra, o dever de praticar atos processuais. Isso não quer dizer, entretanto, que não haja deveres das partes no processo. As partes têm os deveres previstos no art. 14 do CPC, não devendo praticar atos de litigância de má-fé tipificados no art. 17 do CPC, além de terem de cumprir com os deveres de cooperação no processo. Sobre a cooperação e seus deveres, consultar, com proveito, MIDITIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009; DIDIER JR., Fredie. DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.
 3. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, n. 483, p. 243.

Os termos *contumácia* e *revelia* são antigos e frequentes, sendo utilizados pelos legisladores e pelos estudiosos do processo. Segundo esclarece Calmon de Passos, “às vezes se tem dito que a contumácia é o gênero, do qual uma das espécies seria a revelia, caracterizada como contumácia do réu. Outras vezes se tem visto entre uma e outra expressão uma relação de causa e efeito. A contumácia é a causa da qual um dos efeitos é a revelia. Para outros, ambos os termos se equivalem e expressam o mesmo fenômeno”⁴. No presente texto, contumácia e revelia são utilizadas como expressões sinônimas.

A inatividade das partes causa-lhes consequências desfavoráveis, independentemente de sua vontade.

A constituição e o desenvolvimento do processo não dependem da presença das partes. Não se veda a contumácia no processo. Quer isso dizer que o processo é contumacial. Nem sempre foi assim, entretanto.

No período do direito romano clássico, não se admitia o processo contumacial. Naquela época, o processo, que era essencialmente formalista, continha *duas* etapas. A primeira, denominada *in iure*, iniciava-se pela *in ius vocatio*, ou seja, pelo chamamento a juízo, que consistia numa citação inicial realizada pelo próprio demandante, já que a esse tempo não havia serventuários da Justiça⁵. A *in ius vocatio* era um ato inteiramente privado, que deveria realizar-se pelo próprio autor, sem intervenção alguma da autoridade judicial, nem de seus auxiliares⁶. Se o demandado refutasse a *in ius vocatio*, o autor poderia conduzi-lo à força e os cidadãos deveriam ajudá-lo⁷, porque não se concebia a existência de contumácia do réu no processo⁸.

O demandado tinha o dever de comparecer, podendo-se fazer uso da força para constrangê-lo a tanto, pois sua presença era necessária. Não

4. Comentários ao Código de Processo Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 3, n. 244, p. 404-405.

5. MEIRA, Silvio. Processo civil romano. 2ª ed. Belém, s/ed., p. 28.

6. FERRO, Jose M. Carames. Instituciones de derecho privado romano. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1963, v. 1, p. 346.

7. Por razões de humanidade, havia a previsão de que, sendo o demandado um ancião ou um enfermo, deveria o autor proporcionar-lhe um cavalo ou uma beliche para que pudesse comparecer perante o juiz. Ademais, o demandado poderia escapar da “*in ius vocatio*”, se oferecesse um “*vindex*” ou garante que o substituisse ou se abandonasse a coisa pretendida pelo autor (FERRO, Jose M. Carames. Ob. cit., p. 346-347).

8. SCIALOJA, Vittorio. Corso di istituzioni di diritto romano. Roma: Anonima Romana Editore, 1934, p. 195.

se admitia sua ausência, que era tida como uma *ofensa*, uma *rebeldia* ou uma *resistência* injustificável ao poder do pretor que não poderia, dessa maneira, exercer sua função. O processo somente poderia ter início com a presença do réu.

A *in ius vocatio*, que se caracterizava como uma verdadeira citação, continha, como se percebe, vestígios da primitiva força privada, constituindo um ato a ser praticado pelo próprio demandante.

A etapa do *in iure* desenvolvia-se perante o pretor, caracterizando-se pela oralidade. O pretor, cuja autoridade era mínima⁹, apenas presidia o ato, devendo conceder a *actio* (no período das *legis actiones*) ou a fórmula (no período formulário). Por sua vez, a segunda etapa, conhecida como *in iudicio* ou *apud iudicem*, era despida de formalismo, sendo presidida por um *iudex* privado. Em tal etapa do procedimento, as partes e o juiz podiam manifestar-se em quaisquer termos, não havendo solenidades a serem seguidas¹⁰.

A presença das partes perante o magistrado ou pretor era indispensável à constituição do processo. Daí por que a revelia *in iure* constituía um obstáculo para que o assunto pudesse ser submetido ao conhecimento do *iudex*¹¹. O juiz ou *iudex* era uma pessoa distinta do magistrado ou pretor, que deveria ser, ou um colégio permanente de cidadãos, ou um cidadão eleito de comum acordo pelas partes ou designado pelo magistrado, caso as partes não chegassem a um consenso¹².

Não havia, então, processo contumacial. A presença das partes era indispensável para a constituição do processo. A contumácia era um ilícito, uma *rebeldia* da parte. Não é sem razão, aliás, que o termo *revelia* advém da expressão *rebeldia*.

Atualmente, o processo é contumacial, sendo possível constituir-se e se desenvolver sem a presença das partes. A contumácia é, na classificação dos fatos jurídicos cunhada por Pontes de Miranda, um ato-fato jurídico. É relevante essa constatação, pois há consequências próprias do ato-fato.

9. SCIALOJA, Vittorio. Ob. cit., p. 194.

10. LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. Procedura civile romana – parte II. Bologna: Upeb del Dott. Cesare Zuffi, 1948, p. 328; MEIRA, Silvio. Ob. cit., p. 31.

11. FERRO, Jose M. Carames. Ob. cit., p. 346-347.

12. BONFANTE, Pedro. Instituciones de derecho romano. Trad. Luis Bacci Y Andres Larrosa. Madrid: Instituto Editorial Reus, § 40, p. 121.

Eis o objetivo do presente ensaio: demonstrar que a contumácia é um ato-fato e quais as consequências dessa constatação.

2. NATUREZA JURÍDICA DA CONTUMÁCIA

Historicamente, a contumácia já foi considerada ato ilícito: uma rebeldia da parte ao poder do magistrado, pois a jurisdição não poderia ser exercida sem a participação de ambas as partes do processo. Os estudos desenvolvidos sobre o tema focam mais na contumácia do réu.

Ao tempo da concepção privatista do processo, o réu, como já se viu no item anterior, poderia ser compelido fisicamente a comparecer e, ainda, responder às penas do delito de rebeldia cometido. Chama-se essa concepção de *doutrina penal da contumácia*. A revelia ostentava natureza penal, consistindo na violação do dever de comparecimento¹³.

Com o tempo, entendeu-se necessário eliminar essa concepção, pois as partes – o réu, principalmente – não têm o dever de comparecer em juízo, de se defender ou de praticar atos processuais, tendo apenas o ônus de fazê-lo. Passou-se a entender que revelia é uma conduta lícita. Daí se concebeu a *teoria da renúncia*, segundo a qual a revelia implicava renúncia ao próprio direito material, ou, para alguns, ao processo. A revelia seria, assim, a vontade de não agir¹⁴.

Há outras teorias sobre a natureza jurídica da contumácia, mas coube a Chiovenda formular a que é hoje geralmente aceita. Partindo do pressuposto de que a vontade é irrelevante na caracterização da contumácia, Chiovendo formulou a *teoria da inatividade*, segundo a qual não se considera a voluntariedade, tida apenas como um elemento subjetivo irrelevante, valendo apenas o simples e objetivo fato do não comparecimento. É irrelevante a vontade. O processo pode desenvolver-se normalmente, sem a presença do réu, que não atenda à citação, ou do autor, ou ainda de ambas as partes. Isso não quer dizer que houve ilícito, ou afronta ao juízo, ou renúncia a qualquer direito. Não interessa o motivo, a razão, a vontade da parte de não praticar o ato processual¹⁵.

13. TUCCI, Rogério Lauria. Da contumácia no processo civil brasileiro. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1964, p. 107.

14. Idem, p. 108-109.

15. Instituições de direito processual civil. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, § 64, n. 351, p. 172.

No sistema processual brasileiro, prevalece a *teoria da inatividade* de Chiovenda. A contumácia das partes constitui, na linguagem de Pontes de Miranda, um ato-fato.

3. A TEORIA DO FATO JURÍDICO DE PONTES DE MIRANDA

Segundo Pontes de Miranda, todo fato é mudança no mundo. O mundo compõe-se do total dos fatos. Nem todos os fatos do mundo são fatos jurídicos, mas os fatos que se passam no mundo do direito ocorrem no mundo. O mundo jurídico é composto de fatos jurídicos¹⁶.

Os fatos tornam-se jurídicos pela incidência das normas jurídicas que assim os assinalam. Previsto o fato no enunciado normativo e vindo a ocorrer, incide a norma, fazendo-o um fato jurídico. Incidindo a norma sobre o suporte fático, surge o fato jurídico.

Os fatos jurídicos *lato sensu* podem ser fatos da natureza ou atos humanos. Quando o suporte fático tem como elemento um ato humano, pode entrar no mundo jurídico como ato jurídico, negócio jurídico, ato ilícito ou ato-fato.

Os fatos da natureza, quando ingressam no mundo jurídico em razão da incidência normativa, revestem o colorido de fatos jurídicos *stricto sensu*. Já os atos que exteriorizam ou manifestam vontade humana que integram o suporte fático de uma norma e sofrem sua incidência são atos jurídicos.

Já os atos ilícitos são aqueles contrários ao direito, dos quais resulta consequência desvantajosa para quem os pratica. Há, ainda, os negócios jurídicos, cuja conceituação relaciona-se com a autonomia da vontade e com a escolha conferida ao interessado na produção dos efeitos jurídicos de sua atuação.

Como se percebe, os fatos jurídicos são aqueles que estão previstos no suporte fático e, por isso, sofreram a incidência de uma norma jurídica, ingressando no mundo do direito e produzindo efeitos jurídicos. Tais fatos podem ser atos humanos, passando, com a incidência, a ostentar a caracterização de atos jurídicos. Aqui a vontade humana é considerada relevante para a incidência.

O mundo do direito, composto pelos fatos jurídicos, divide-se em três planos: existência, validade e eficácia. Todos os fatos jurídicos em

16. Tratado de direito privado. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, t. 1, § 2º, n. 1, p. 51.

sentido lato (aí incluídos os fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos jurídicos, os negócios jurídicos, os atos ilícitos e os atos-fatos) devem passar pelo plano da existência: basta a composição do suporte fático, a partir da incidência da norma, para que o fato passe a existir juridicamente, ingressando no mundo do direito. Os fatos jurídicos *stricto sensu* não passam pelo plano da validade. De igual modo, os atos-fatos não passam pelo plano da validade. Por ele apenas passam os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, nos quais é relevante a vontade humana. É aí que opera o sistema de invalidades, exatamente porque somente se anulam os atos dos quais decorram vícios de vontade. Por sua vez, o plano da eficácia diz respeito à produção de efeitos pelos fatos jurídicos.

Essa é, em apertadíssima síntese, a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda. Para além dos fatos e dos atos jurídicos, há, ainda, a figura do *ato-fato* jurídico.

4. ATO-FATO JURÍDICO

Como já acentuado, os fatos jurídicos *stricto sensu* são fatos da natureza, enquanto os atos jurídicos são atos humanos, caracterizados por expressarem uma vontade humana. Ao lado deles, há os atos-fatos jurídicos, que “*são atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas*”¹⁷.

O ato-fato *independe da vontade*. Não se avalia a vontade. Segundo esclarece Marcos Bernardes de Mello, além do fato jurídico *stricto sensu*, que é o fato da natureza gerador de efeitos jurídicos,

“há outras espécies em que o fato para existir necessita, essencialmente, de um ato humano, mas, na norma jurídica abstrai desse ato qualquer elemento volitivo como relevante. O ato humano é da substância do fato jurídico, mas, não importa para a norma *se houve, ou não, vontade* em praticá-lo. Ressalta-se, na verdade, a consequência do ato, ou seja, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade praticá-lo. A essa espécie Pontes de Miranda dá o nome de ato-fato jurídico.”¹⁸

Quando a vontade humana, presente nos atos jurídicos *stricto sensu* e nos negócios jurídicos, é desprezada, tem-se o ato-fato. Os atos-fatos

17. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Ob. cit., § 26, n. 2, p. 133.

18. Teoria do Fato Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, § 34, p. 108.

são fatos jurídicos produzidos por ação humana, mas a vontade de praticá-los é abstraída, não sendo considerada relevante pela norma jurídica. Nas palavras de Pontes de Miranda,

Ato humano é o fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela *vontade* do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, *lícito* ou *ilícito*, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação 'fato, homem'), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parêntesis o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entre no mundo jurídico como ato-fato jurídico.¹⁹

Os atos-fatos passam apenas pelos planos da existência e da eficácia, não se cogitando de (in)validade dos atos-fatos.

5. ATO-FATO PROCESSUAL

Essa tipologia dos fatos jurídicos cunhada por Pontes de Miranda aplica-se ao processo. Há, efetivamente, fatos processuais *lato sensu*, de sorte que há os fatos processuais *stricto sensu*²⁰, os atos processuais *stricto sensu*, os atos-fatos processuais, os atos processuais ilícitos e os negócios jurídicos processuais.²¹

19. Tratado de Direito Privado. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, t. 2, § 209, n. 2, p. 421-422.
20. Calmon de Passos nega a existência de fatos jurídicos processuais *stricto sensu*. Para ele, "No processo, somente atos são possíveis. Ele é uma atividade e atividade de sujeitos que a lei prequalifica. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo e, por força dessa exterioridade, não podem ser tidos como fatos integrantes do processo, por conseguinte, fatos processuais." (Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64-65). Daniel Mitidiero admite a existência de fatos jurídicos processuais *stricto sensu*, desde que se trate de fatos naturais ocorridos dentro do processo e aptos a produzir efeitos ali mesmo, dando como exemplo as omissões (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 13). Em sentido amplo, defendendo a existência de fatos jurídicos *stricto sensu* processuais, como todos os fatos jurídicos que, mesmo ocorridos fora do processo, produzam efeitos neste ou nele influenciem: BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. Revista de Processo. São Paulo: RT, junho-2007, v. 148; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.
21. Não são poucos os autores que negam a existência de negócios jurídicos processuais. Cândido Rangel Dinamarco, seguindo Liebman, não admite (Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 2, p. 472). Também não admitem a existência de negócios processuais Daniel Mitidiero (ob. cit., p. 15 e ss.) e Alexandre Freitas Câmara (Lições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1, p. 240). Admitem: BRAGA, Paula Sarno. Ob. cit.; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Ob. cit.

É possível vislumbrar diversos atos-fatos processuais, como o comparecimento físico da parte em audiência, o pagamento de custas e o preparo²², bem como a admissão²³ e, bem ainda, a execução provisória que causou prejuízo ao executado, com superveniente reforma ou anulação do título e a efetivação da antecipação da tutela e a medida cautelar, que tenha causado prejuízo ao requerido, que tenham sido supervenientemente revogadas²⁴.

Em todos esses casos, abstrai-se a vontade da parte, para considerar o ato em si. Não interessa qual foi a intenção ou vontade da parte. O que se tem como relevante é a prática do ato.

A contumácia das partes é, além desses todos, um grande exemplo de ato-fato processual. Não importa qual tenha sido a vontade da parte; o importante é que não houve a prática do ato, daí sendo produzidos efeitos no processo.

6. A CONTUMÁCIA DAS PARTES COMO ATO-FATO PROCESSUAL

Pelo que se expôs até o momento, é forçoso perceber que a contumácia ou inatividade das partes consiste num ato-fato: não é relevante a vontade em não praticar o ato ou em não comparecer ao processo.

A vontade é abstraída ou tida como irrelevante. O que importa é a inação e sua consequência para o processo. A parte que não comparece ou não pratica o ato processual deixa de se desincumbir de um ônus, assumindo as consequências próprias dessa sua inatividade.

É inegável, portanto, que a contumácia das partes caracteriza-se como um ato-fato processual.

7. A CONTUMÁCIA DAS PARTES COMO ATO-FATO PROCESSUAL: CONSEQUÊNCIAS OU IMPLICAÇÕES

O enquadramento da contumácia como ato-fato processual produz reflexos práticos de inegável importância. Como o ato-fato caracteriza-se pela irrelevância da vontade, não se lhe aplica o regime jurídico das invalidades²⁵.

22. BRAGA, Paula Sarno. Ob. cit., p. 312.

23. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Ob. cit., p. 45-46.

24. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Ob. cit., p. 46.

25. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15.

Não se pode dizer, por exemplo, que se deve desconsiderar a revelia do réu, pois sua vontade estaria viciada ou que, na verdade, ele quis contestar, mas não o fez. Enfim, a vontade é irrelevante, não sendo possível cogitar-se de nulidade ou anulabilidade da inatividade ou da inércia da parte.

Também não se pode dizer que a parte que não praticou um ato renunciou ao direito ou que fica impossibilitada de comparecer ao processo. O revel, por exemplo, pode comparecer ao processo a qualquer momento.

Sendo a contumácia um ato-fato, não se pode dizer que há preclusão lógica ou vontades contraditórias. A circunstância de o réu ter sido revel não o impede de ajuizar ação rescisória. Não se deve ter como condutas contraditórias a propositura da ação rescisória por um revel. A ausência de contestação não caracteriza a manifestação de vontade de não contestar, nem consiste numa renúncia ao direito. Ainda que o réu seja revel, pode ele ajuizar ação rescisória²⁶.

O revel pode, também, requerer a produção de provas, caso intervenha antes de finda a instrução probatória. A construção de que a revelia é ato-fato advém do próprio Código de Processo Civil²⁷. O parágrafo único do art. 322 do CPC dispõe expressamente que poderá o réu intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar. Não fosse ela um ato-fato, mas ato jurídico do qual se considerasse uma espécie de renúncia, não poderia o réu intervir posteriormente no processo.

O Superior Tribunal de Justiça mantém entendimento no sentido de que o recurso interposto apenas pelo assistente simples não pode ser conhecido, tendo em vista a circunstância de a atuação do assistente simples estar subordinada à vontade do assistido. Assim, como o assistido não recorreu, o recurso do assistente simples não poderia seguir autonomamente, pois seria “contrariar” a vontade do assistido, que não recorreu²⁸.

-
26. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 3, p. 388.
 27. Acórdão da 3ª Turma do STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1.245.380/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 1º/9/2011, Dje 14/9/2011; acórdão da 5ª Turma do STJ, AgRg nos EDcl no REsp 813.959/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 14/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 495. Na doutrina: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil anotado artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 326.
 28. Nesse sentido, acórdão da 4ª Turma do STJ, AgRg no REsp 1.217.004/SC, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 28/8/2012, Dje 4/9/2012; acórdão da 1ª Turma do STJ, AgRg no REsp 1.068.391/PR, rel. Min. Denise Arruda, j. 5/11/2009, Dje 27/11/2009.

Tal entendimento não está de acordo com a natureza jurídica da contumácia. Não se pode dizer que a vontade do assistido é “contrariada” pela vontade do assistente. A vontade é irrelevante. A legislação abstrai, na situação, a vontade da parte.

Não se pode dizer que houve contradição entre vontades, já que é, como se viu, irrelevante a vontade na contumácia, eis que se trata de um ato-fato processual.

É possível que apenas o assistente simples recorra. Esse, na verdade, é o seu papel: ajudar o assistido. Se o assistido não recorre (e não importa sua vontade), o recurso do assistente evitará a preclusão. É essa, aliás, a orientação do próprio CPC, que expressamente diz que, revel o assistido, atuará o assistente como seu gestor de negócios. O dispositivo tem aplicação, evidentemente, aos demais casos de condutas omissivas do assistido, e não apenas à revelia. E isso porque a contumácia, como já visto e revisto, é um ato-fato, não sendo relevante a vontade da parte que deixou de recorrer.

Se, entretanto, o assistido expressamente tiver manifestado a vontade de não-recorrer, renunciando ao recurso ou desistindo do recurso já interposto, o recurso do assistente não poderá, efetivamente, ser conhecido, pois a atuação do assistente simples fica vinculada à manifestação de vontade do assistido (art. 53 do CPC). Nesse caso, houve efetivamente a prática de um ato processual (ou melhor, de um negócio jurídico processual): o assistido expressamente renunciou ou desistiu. A simples inércia ou omissão na interposição do recurso constitui situação diversa: aqui há um ato-fato, sendo irrelevante a vontade, não sendo adequado afirmar que houve contradição de vontades ou que se atentou contra a vontade do assistido.

Há, ainda, outra situação que merece destaque.

O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo ser incabível o recurso especial contra acórdão proferido em reexame necessário. Não havendo apelação do ente público, mas tendo o caso sido rejugado pelo tribunal em razão da remessa obrigatória, não seria cabível o recurso especial, pois haveria, nessa hipótese, preclusão lógica²⁹. Segundo anotado em precedente específico, “a jurisprudência da eg. Segunda Turma desta

29. Acórdão da 5ª Turma do STJ, REsp 478.908/PE, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 24/6/2003, DJ de 25/8/2003, p. 360.

Corte tem firmado o entendimento de que é inadmissível recurso especial contra acórdão proferido em sede de reexame necessário, quando ausente recurso voluntário do ente público, dada a ocorrência da preclusão lógica”.³⁰

Ao enfrentar o REsp 904.885/SP, a 2ª Turma do STJ, verificando haver precedentes em sentido divergente da 1ª Turma, resolveu afetar o julgamento à 1ª Seção, vindo a ser firmado o entendimento de que não cabe o recurso especial em reexame necessário, quando não interposta apelação pela Fazenda Pública, dada a existência de preclusão lógica.

Como se observa, o STJ entendeu não caber o recurso especial em reexame necessário, por haver preclusão lógica: seria incompatível o recurso especial com a ausência do recurso de apelação.

Tal entendimento estava equivocado. A parte pode deixar de recorrer por diversos motivos, não importando qual foi a vontade. Não há nenhum ato incompatível com a possibilidade futura de interpor recurso especial. Nem se pode saber qual foi a vontade da Fazenda Pública. Se, havendo reexame necessário, mas não existindo apelação, não cabe o recurso especial, então o *revel* também não pode recorrer. A situação é a mesma. Quando o réu não apresenta contestação, não importa qual foi sua vontade. A ele se permite, a qualquer momento, participar da causa, podendo, até mesmo, interpor recursos, sem que haja qualquer contradição ou preclusão lógica.

A revelia, como se viu, caracteriza-se como um *ato-fato*, de sorte que é irrelevante a vontade da parte; não se investiga sua vontade. Não há, portanto, preclusão lógica no ato de o *revel* recorrer, pois não há vontade manifestada que possa contrariar ou ser logicamente impeditiva de um recurso posterior. Não há condutas contraditórias. Não há vontade manifestada; a vontade, aliás, é irrelevante quando não se recorre, não sendo possível referir-se à preclusão lógica, justamente porque não há vontades ou condutas contraditórias.

Não há nenhuma conduta contraditória ou desleal da Fazenda Pública em não recorrer. Como existe o reexame necessário, é legítimo que deixe de haver recurso, pois o caso já será revisto pelo tribunal. Ao deixar de recorrer, a Fazenda está valendo-se de uma regra (antiga, diga-se

30. Acórdão da 2ª Turma do STJ, REsp 902.577/CE, rel. Min. Eliana Calmon, j. 27/5/2008, DJe de 12/6/2008.

de passagem) que lhe garante o reexame da sentença pelo tribunal. Não houve ato em sentido contrário, nem há qualquer contradição.

Tal entendimento, enfim, não se revelava adequado.

Instada a manifestar-se sobre tal orientação, a Corte Especial do STJ chegou a conclusão diversa, entendendo ser cabível o recurso especial em reexame necessário³¹.

Esse é, então, o atual entendimento do STJ: cabe o recurso especial em reexame necessário. Não há qualquer tipo de preclusão na ausência de apelação, não havendo óbice à interposição de recurso especial contra o acórdão que julga o reexame necessário.

O STJ entendia, antes de alterada sua jurisprudência, que não cabia recurso especial em reexame necessário, pois seria contraditório com a ausência de vontade da Fazenda Pública de recorrer. Só que *não* se investiga a vontade; a vontade é *irrelevante* quando não se interpõe recurso. Não recorrer ou recorrer intempestivamente caracteriza a mesma situação. E, sendo irrelevante a vontade, não há qualquer conduta contraditória na interposição de um recurso especial contra acórdão que julga reexame necessário de uma sentença que não foi atacada por apelação.

8. CONCLUSÕES

A contumácia das partes é um ato-fato, justamente porque se afigura irrelevante a vontade, sendo abstraída.

Por ser um ato-fato, a contumácia não se subordina ao regime jurídico das invalidades, não caracterizando preclusão lógica, de forma que uma parte que não praticou determinado ato pode praticar outro diverso.

Assim, o revel pode comparecer, a qualquer momento, no processo, interpondo recursos. O revel pode ajuizar ação rescisória.

O assistente pode recorrer, apesar da ausência de recurso do assistido.

Não é correto dizer que se revela inadmissível o recurso especial em reexame necessário, quando não tiver havido apelação, por preclusão lógica decorrente da contradição de vontades. É que a falta de apelação

31. Acórdão da Corte Especial do STJ, REsp 905/771/CE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 29/6/2010, DJe de 19/8/2010.

constitui um ato-fato, não sendo relevante qualquer vontade, nem sendo adequado referir-se a contradição entre vontades.

BIBLIOGRAFIA

- BONFANTE, Pedro. *Instituciones de derecho romano*. Trad. Luis Bacci Y Andres Larrosa. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, junho-2007, v. 148.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 3.
- DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 2.
- FERRO, Jose M. Carames. *Instituciones de derecho privado romano*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1963, v. 1.
- LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. *Procedura civile romana – parte II*. Bologna: Upeb del Dott. Cesare Zuffi, 1948.
- MEIRA, Silvio. *Processo civil romano*. 2ª ed. Belém, s/ed.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, t. 1.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, t. 2.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 3.
- _____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

SCIALOJA, Vittorio. *Corso di istituzioni di diritto romano*. Roma: Anonima Romana Editoriale, 1934.

TUCCI, Rogério Lauria. *Da contumácia no processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1964.

25

CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES E SENTENÇAS

Leonardo Santana de Abreu¹

SUMÁRIO – Introdução – 1. Classificação binária, ternária e quinária – 2. Critérios de classificação das eficácias: 2.1. Classificação segundo o conteúdo e/ou segundo os efeitos das ações ou sentenças?; 2.2. O critério de classificação das eficácias é processual e/ou material? – 3. A coerência do critério de classificação da teoria quinária da ação de Pontes de Miranda – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

O debate sobre a classificação das ações ou sentenças permanece vivo na ciência processual². Situado atualmente entre a adoção da teoria ternária ou quinária, foi inclusive intensificado, ao menos no Brasil, a partir de sucessivas reformas processuais.

Os questionamentos envolvem diversos aspectos dos critérios de classificação e abrangem o próprio objeto classificado. Mesmo entre os adeptos de uma ou outra teoria (ternária ou quinária), constata-se, não raro, relevantes divergências.

Sem olvidar a importância do embate de ideias para o desenvolvimento da ciência, em tema de classificação das eficácias, convinha caminhar para uma maior convergência, na medida em que se refere ao próprio modo como a prestação jurisdicional é entregue. A sua importância é tamanha que a compreensão adotada repercute inclusive no diagnóstico e no prognóstico de diversas questões ligadas ao processo.

-
1. Mestre em direito na PUCRS. Especialista em direito processual civil pela UFRGS. Professor e Advogado em Porto Alegre/RS.
 2. Tratamos do presente tema in ABREU, Leonardo Santana de. Direito, ação e tutela jurisdicional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 151 et seq. (terceiro capítulo), agora, procedendo acréscimos, supressões e modificações, mantendo, todavia, a linha de pensamento; razão pela qual referimos a obra como complemento ao presente ensaio.

No presente estudo serão analisadas, primeiramente, duas questões relacionadas aos critérios de classificação das eficácias, quais sejam: trata-se de classificação segundo o conteúdo e/ou segundo os efeitos das ações ou sentenças? O critério de classificação das eficácias é processual e/ou material?

A partir dessa análise, pretendemos interpretar e defender a coerência do critério de classificação da teoria quinária da ação de Pontes de Miranda, a qual vem sendo posta em xeque por parte da doutrina.

Esperamos, assim, contribuir ao debate, desde já manifestando a nossa imensa satisfação em participar dessa homenagem ao nosso maior jurista.

1. CLASSIFICAÇÃO BINÁRIA, TERNÁRIA E QUINÁRIA

A ciência processual, por muito tempo, concentrou suas atenções na ação condenatória. Não que as ações declaratórias fossem ignoradas, pois inclusive já existiam no Direito Romano (*actiones praejudiciales*). Porém, a ação era essencialmente aquela destinada à obtenção de uma prestação, justamente coincidindo com a ação condenatória.³ Todavia, especialmente a partir de 1877⁴, quando na Alemanha foi reconhecida em linhas gerais a ação para a verificação do direito, a doutrina passou a dar maior atenção para essa categoria de ação e sentença, que se limitava a declarar a existência ou inexistência de uma relação ou de um fato jurídico.⁵

Destarte, durante largo período, eram conhecidas apenas as ações declaratórias e condenatórias.⁶ Posteriormente, deve-se a Schrutka Von Rechtenstamm⁷ a afirmação de que as ações constitutivas formam uma terceira categoria. Mais tarde, o tratamento das ações, em especial

3. Conforme acentua Alfredo Rocco, a supremacia da ação condenatória inclusive corroborou o entendimento da ação como sendo o próprio direito reagindo à violação, de modo que o objetivo do processo afigura-se como sendo a satisfação forçada do direito (ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile: studi*. Torino: Fratelli bocca editori, 1906, p. 139).

4. Trata-se da promulgação "dell'ordinanza germânica del 1877, che nel § 231 riconosceva, in via generale, la possibilita di azioni di puro accertamento" (ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile...* Op. cit., p. 139).

5. ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile...* Op. cit., p. 138-139.

6. Ibidem, p. 138-146. A propósito, Alfredo Rocco defende a distinção apenas entre sentenças declaratórias e condenatórias (p. 148-163).

7. Grünhut Zeitschrift, Tomo 16, 1889, p. 17 e ss. *Apud* COUTO E SILVA, Clovis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda. Revista Ajuris, Porto Alegre, nº43, p. 72, 1988.

a constitutiva, foi objeto de um amplo estudo de Paul Langheineken⁸, o qual inclusive passou a ser considerado um clássico no assunto.⁹

A partir da classificação segundo o gênero e a espécie, se concebiam as ações somente como declaratórias e condenatórias, as quais esgotariam todas as espécies possíveis, de modo que a ação constitutiva seria apenas espécie da ação condenatória. Somente depois a constitutiva passou a ser espécie ao lado das outras.¹⁰

Assim, segundo a classificação tripartida das ações, as eficácias são distinguidas em declaratória (declara); constitutiva (constitui) e condenatória (condena).

Convém destacar, aliás, que a classificação ternária foi favorecida por diversos fatores ao longo da história, tais como a denominada jurisdição declaratória¹¹, o fenômeno que se costuma chamar de pessoalização dos direito reais¹² e a própria ideologia que permeou o Estado liberal clássico, o qual se estruturou numa rígida divisão dos Poderes Estatais, tendo como principal objetivo garantir a igualdade e a liberdade dos

-
8. Der Urteilsanspruch, ein Beitrag zum Lehre von Klagrecht, Leipzig, 1889, p. 200 e ss. *Apud* COUTO E SILVA, Clovis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda... Op. cit., p. 72.
 9. COUTO E SILVA, Clovis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda... Op. cit., p. 69-78.
 10. ROCCO, Alfredo. La sentenza civile... Op. cit., p. 141-144; COUTO E SILVA, Clovis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda... Op. cit., p. 72-73. Observe-se, a propósito, que Alfredo Rocco destaca que o mérito da elaboração da construção jurídica da ação constitutiva com precisão é de Hellwing (p. 143). Com efeito, apesar de fazer referência a obra de Hellwing, Couto e Silva salienta que foi Schrutka Von Rechtenstamm quem afirmou que as ações constitutivas formavam uma terceira categoria, ao lado das ações declaratórias e condenatórias (p. 72).
 11. Tome-se como exemplo a tese esposada por Ovídio A. Baptista da Silva, que a partir de uma análise bastante crítica, sustenta que o direito moderno conservou o procedimento da actio do Direito Romano, a qual se distinguia dos interdicta, reproduzindo a estrutura procedimental que separa cognição e execução. A partir desse arraigado paradigma, vigente até os dias atuais, a jurisdição é vista como atividade de cognição ou ato de inteligência, cujo processo acaba sendo meramente declarativo de direitos, além de “absorvido” pelo procedimento ordinário. Daí porque também não se admite como atividade ontologicamente jurisdicional a emissão de ordens ou a atividade executiva. Em última análise, segundo entende, dessa concepção em grande parte se origina a resistência ao reconhecimento das ações mandamentais e executivas (BAPTISTA DA SILVA. Ovídio Araújo. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5-37, passim).
 12. Destarte, as modificações ocorridas na estrutura da relação jurídica, desde o direito romano, contribuíram de forma decisiva à ampliação do conceito de obrigação e, por consequência, à “relativização” dos direitos absolutos e a correlata universalização das ações e sentenças condenatórias (BAPTISTA DA SILVA. Ovídio Araújo. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica... Op. cit., p. 41-43).

cidadãos¹³. No Brasil, também a forte influência da escola Italiana, que em regra adotou a teoria ternária, contribuiu para a sua difusão.¹⁴

Seja como for, quando Georg Kuttner¹⁵, em 1914, defendeu a existência das ações mandamentais, a discussão se reacendeu. Segundo Clovis do Couto e Silva: “O método não era o da classificação pelo gênero e espécie, e, sim, pelo exame da eficácia das ações ou, mais especialmente, da eficácia das sentenças”.¹⁶

Entre nós, Pontes de Miranda foi quem se dedicou ao tema com mais profundidade, tendo desenvolvido a classificação quinária das ações e sentenças, destacando a insuficiência da teoria ternária, que supõe uma única eficácia para cada ação.¹⁷ Nesse sentido, um dos grandes méritos da tese de Pontes consiste em observar que “não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura”.¹⁸ Tratou o autor de demonstrar que as ações ou sentenças se classificam pela eficácia preponderante, uma vez que as eficácias coexistem.

A classificação quinária, segundo critério de preponderância, além das eficácias declaratória, constitutiva e condenatória, inclui na classificação as eficácias mandamental¹⁹ e executiva.²⁰

-
13. Nessa época concebia-se que o Estado não deveria fazer distinção entre classes sociais, de modo que sua atuação negativa (e não prestacional) assegurava verdadeira igualdade formal. Destarte, incumbia ao legislativo à elaboração das leis e ao judiciário a sua mera aplicação. Por consequência disso, tem-se a atividade declaratória da jurisdição, com o absoluto predomínio do processo de conhecimento como sinônimo de atividade jurisdicional, vez que tal atividade restringia-se ao plano normativo. Daí o desenvolvimento da classificação ternária das ações (declaratória, constitutiva e condenatória), as quais operam justamente no plano normativo (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004, p. 35-39). O modelo liberal inclusive “ressentia-se de mecanismos coercitivos e sub-rogatórios de conduta em meio ao próprio processo de conhecimento” (...), “bem como relegava à tutela ressarcitória (pelo equivalente pecuniário) à única resposta possível” (TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Tutela específica dos direitos: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 32-33.).
 14. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sentenças executivas e eficácia executiva das sentenças. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 525. Sobre a evolução da classificação das sentenças: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. In: TEMAS de direito processual civil: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
 15. Die Urteilwirkungen ausserhalb des Zivilprozesses, München, 1914, p. 22 e ss. *Apud* COUTO E SILVA, Clovis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda... Op. cit., p. 72-73.
 16. COUTO E SILVA, Clovis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda... Op. cit., p. 73.
 17. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado das ações. Tomo I. São Paulo: RT, 1970, p. 117 et seq.
 18. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado das ações... Op. cit., p. 124.

Não obstante a sua visível afeição à realidade, a teoria quinária, à qual nos filiamos²¹, ainda sofre importante resistência, senão por motivos históricos como já referido, também por críticas de ordem *metodológica* – quicá infundadas -, as quais, algumas delas, pretendemos rebater no presente ensaio.

2. CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DAS EFICÁCIAS

Primeiramente, advirta-se que grande parte das divergências a respeito da classificação das eficácias decorre justamente do ponto de vista do observador²², ou, mais precisamente, das opções metodológicas, conscientes ou inconscientes, que dizem respeito aos critérios adotados, e não necessariamente em razão dos conceitos utilizados. Muitas vezes falta um acordo semântico mínimo para o debate e discute-se a partir de premissas e realidades diversas.²³

Todavia, conforme ensina Carnelutti, quando se compara determinados objetos, verificam-se algumas qualidades idênticas e outras não. É dessa forma que se dividem os objetos em classes, de cuja comparação resulta a classificação. Assim, a classificação corresponde justamente ao

-
19. Conforme Pontes de Miranda: “a ação mandamental prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações... *Op. cit.*, p. 122).
 20. Conforme ensina Pontes de Miranda: “A ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor, ex secutio*)” (...) “a sentença favorável nas ações executivas retira valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados, e põe-no no patrimônio do demandante. Pode ser pessoal ou real. A ação de despejo é pessoal; a ação executiva pignoratícia, a hipotecária e as possessórias são reais” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações... *Op. cit.*, p. 122; 212).
 21. A propósito, Darci Guimarães Ribeiro constata que sob a ótica da efetividade do processo, segue-se o caminho inverso utilizado pela doutrina do século XX, agora no sentido da aproximação do direito material ao processo, o que também significa relativizar o binômio: cognição-execução. A classificação ternaria mostra-se insuficiente em alcançar essa perspectiva, assim como os novos desafios da vida moderna, daí porque preconiza a classificação quinária (RIBEIRO, Darci Guimarães. La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004, p. 186-187).
 22. Liebman chama semelhante atenção, salientando que os “istituti del processo si presentino con un aspetto o un profilo che varia, secondo che siano osservati dall’uno o dall’altro di questi punti di vista” LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. Revista trimestrale di diritto e procedura civile. Anno IV. Milano: Giuffrè, p. 47-71, 1950, p. 47.
 23. Em sentido semelhante: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Teoria trinária vs. teoria quinária: crônica sobre um diálogo de surdos. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 195-204.

agrupamento dos objetos em grupos homogêneos, determinado por um numero maior ou menor de caracteres comuns. Os elementos comuns aos objetos a partir dos quais se determina a homogeneidade consistem justamente os critérios da classificação, de modo que o resultado da classificação é variável segundo os critérios escolhidos. Aduz Carnelutti que “a classificação resolve-se, pois, na descoberta dos caracteres comuns a objetos diversos, o que significa, afinal, descoberta da unidade na multiplicidade”.²⁴

Por outro lado, o conceito afigura-se como um “complexo de caracteres ou qualidades”. O gênero de uma classificação, v. g., compreende um conceito. Outrossim, o conceito é sempre mais pobre do que o fenômeno, mas contém os requisitos que justamente se prestam à comparação, à classificação e à construção. Em se tratando de fenômenos jurídicos, como ensina Carnelutti, os conceitos “são ao mesmo tempo os instrumentos do nosso trabalho e a matéria prima sobre a qual se trabalha”, razão pela qual não raro se constrói um conceito sobre um conceito, deixando-se de lado o dado da realidade.²⁵ Além disso, Carnelutti ressalta a importância da simetria na formação dos conceitos, porquanto constituem instrumentos de ordenação e permitem uma correspondência entre os objetos da classificação. Por fim, pode-se dizer que o conceito se expressa em duas fases: “a definição e a denominação”: a definição corresponde, em última análise, à “fórmula do conceito” e a denominação à sua “etiqueta”.²⁶

Ressalte-se, outrossim, que “as classificações não devem ser pensadas como verdadeiras ou falsas”, pois não se confundem com a conceituação, tampouco com a definição dos institutos. Sua função é agrupá-los. Por essa razão, o valor de uma determinada classificação é proporcional a sua utilidade em agrupar fenômenos de acordo com certas peculiaridades, de modo a facilitar sua compreensão, respeitando a identidade de cada espécie agrupada. Destarte, uma determinada classificação deve levar em conta os conceitos que constituem o seu objeto, aos quais justamente se recorre para explicar a classificação.²⁷ Também

24. CARNELUTTI, Francesco. Metodologia do direito. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2005, p. 63-65.

25. Ibidem, p. 66-72.

26. Ibidem, p. 72-82.

27. MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos... Op. cit., p. 113-117. A propósito, José Roberto dos Santos Bedaque lembra que uma classificação, para ser homogênea, deve ser feita segundo um mesmo aspecto do objeto. Sua finalidade consiste em agrupar fenômenos com as mesmas características, segundo determinado ponto de vista, para facilitar a compreensão (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 511).

deve observar o “princípio da não-contradição”, como requisito de razoabilidade científica.²⁸

Mudando agora um pouco de perspectiva, observe-se que Danilo Knijnik sustenta que a análise de uma determinada relação pode ser feita à luz de sua “estrutura”, o que significa propor questão de natureza estrutural, que atende ao prisma ontológico ou fenomenológico daquele objeto. Mas também essa análise pode ser feita na perspectiva da “função”, hipótese em que a natureza estudada é a funcional e atende ao seu prisma finalístico ou teleológico. Quando se alude à classificação das ações ou sentenças, se está tratando, precipuamente, de funções. Com efeito, as características funcionais exercem influência também no plano estrutural. Daí falar-se no binômio: função-estrutura, decorrente da estreita relação entre ambos no tocante à pesquisa científica.²⁹

Em vista disso, é preciso ter-se em conta que a classificação das eficácias, assim como qualquer outra, deve resultar, basicamente, de uma forma criteriosa de comparação de cada uma delas. Todavia, a classificação não pode se sobrepor aos próprios conceitos em questão, tampouco aos dados da realidade. Nesse passo, diga-se de passagem, as categorias em questão encontram-se absolutamente incorporadas à realidade forense e a própria legislação pátria.³⁰

Consideradas tais premissas, insta o enfrentamento das questões propostas neste estudo, para então interpretar-se e defender-se a coerência do critério de classificação da teoria quinária da ação de Pontes de Miranda.

2.1. Classificação segundo o conteúdo e/ou segundo os efeitos das ações ou sentenças?

Um das principais questões debatidas entre os adeptos da teoria ternária e quinária, consiste em saber se as eficácias devem ser classificadas segundo o conteúdo e/ou segundo os efeitos das ações ou sentenças.

28. ASSIS, Araken. Sentença executiva, sentença condenatória e execução incidental: diferença segundo a classificação pela força e efeitos. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 54.

29. KNIJNIK, Danilo. A exceção de pré-executividade. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 71.

30. ASSIS, Araken. Sentença executiva, sentença condenatória e execução incidental: diferença segundo a classificação pela força e efeitos... Op. cit., p. 55.

Os ternários defendem a homogeneidade e higidez de sua classificação no fato de pautarem-se apenas pelo conteúdo. A classificação quinária, no ponto, é justamente criticada por supostamente “misturar” critérios distintos, isto é; classificaria as eficácias declaratória, constitutiva e condenatória segundo o conteúdo e as eficácias mandamental e executiva segundo os efeitos.

Na verdade, em grande medida, o debate decorre da falta de consenso sobre a sua premissa, qual seja: a própria ideia de “conteúdo” da sentença, sobre a qual há muita divergência.³¹ Nesse sentido, é possível dizer que a não inclusão das mandamentais e executivas no conteúdo da ação ou sentença, decorre de uma visão restritiva sobre o conceito de “conteúdo” de sentença, o qual, não fosse restringido, abrangeria as cinco classes sem maiores problemas.

Com efeito, Barbosa Moreira, v.g., destaca que o efeito de um ato ou da sentença não se confunde com o seu conteúdo: “O efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico”. Destarte, adverte o autor: “não se pode, todavia, fazer tabula rasa da distinção entre as duas realidades, para localizar no conteúdo do ato os efeitos”. No entanto, considera que: “esses efeitos variam segundo o conteúdo, são determinados por ele, mas nem por isso com ele se confundem”.³²

Barbosa Moreira lembra os intermináveis desacertos doutrinários acerca da conceituação e classificação da sentença condenatória, a qual, segundo afirma, é compreendida ora pelo conteúdo, ora pelos seus efeitos.³³ Quanto ao conteúdo, diz-se que o seu elemento diferencial estaria na ordem (do que não se diferenciariam da mandamental); também refere

31. Ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Conteúdo da sentença e coisa julgada. In: SENTENÇA e coisa julgada: ensaios e pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 163-183; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. Revista Ajuris, Porto Alegre, n. 35, p. 204-212, nov. 1985.

32. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema... Op. cit., p. 204-212.

33. Esse, aliás, é o ponto central da crítica à classificação quinária, a qual, segundo os seus críticos, distingue espécies da mesma classe, ora pelo critério do conteúdo, ora dos efeitos. Por todos, Eduardo Talamini lembra que os adeptos da classificação ternária a defendem, pois entendem que o critério da classificação somente deve levar em consideração o conteúdo da sentença, daí porque ficam fora a eficácia mandamental e a executiva que partem dos efeitos da decisão, o que representa um aspecto exterior (In: TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: RT, 2001, p. 203).

o critério da aplicação de sanção (caso em que haveria dificuldades em distingui-la da constitutiva). Quanto aos efeitos, a condenação ainda pode ser definida como dotada de aptidão para servir de título executivo (nesse ponto, refere o caso, v. g., da perda do sinal pago, caso em que não haveria condenação, pois não haveria o que executar).³⁴ Enfim, o processualista traz mais perguntas do que respostas. Também questiona a classe das executivas, dentre os diversos motivos, pelo fato de que, tal como as condenatórias, em regra, “o julgado não se torna praticamente eficaz sem uma complementação da atividade jurisdicional”.³⁵ Por outro lado, não vê “critério científico” na distinção que desloca o problema ao campo do direito material.³⁶ Destaca ainda Barbosa Moreira que o critério de classificação deve ser uniforme (seja pelo conteúdo ou efeitos), “o que decididamente não podemos é passar, no meio do caminho, de um critério a outro”.³⁷

Na verdade, algumas das questões apontadas por Barbosa Moreira, que são da maior relevância, também atingem a própria classificação ternária, uma vez que também dizem respeito à condenatória. Seja como for, não acolhe a classificação quinária ao não aceitar a suposta mescla de critérios – admitindo-se aqui, para argumentar, que a classificação quinária não esteja situada inteiramente no conteúdo da sentença.

Em síntese, questiona-se a inclusão das eficácias executiva e mandamental na mesma classificação sistemática das tradicionais, entendendo-se que essas não seguem o mesmo critério: enquanto a classificação ternária leva em conta o aspecto intrínseco da decisão (conteúdo), a tutela executiva e mandamental contém o dado conceitual no aspecto exterior ao provimento, ou no modo como é efetivado.³⁸

-
34. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. In: Temas de direito processual civil. oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 132-136. Ver, ainda: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. Revista dos Tribunais. v. 436, p. 13-19, fevereiro, 1972; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença executiva? Revista de processo. n.114, p. 147-162, março-abril, 2004.
 35. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças... Op. cit., p. 138.
 36. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença executiva? Op. cit., p. 157-159. Nesse ponto, Ovídio contrapõe Barbosa Moreira, asseverando que a distinção é verificada justamente no plano material (cf. BAPTISTA DA SILVA. Ovídio Araújo. Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 209-210).
 37. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças... Op. cit., p. 141.
 38. YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional. 2ed. São Paulo: DJP Editora, 2006, p. 177-178. O processualista entende que a tutela condenatória pode ser realizada na forma

Destaca-se a crítica de José Roberto dos Santos Bedaque a respeito da classificação quinária, que é contundente: “Não obstante a excelência dos argumentos e a autoridade de seus defensores, a classificação quinária, além de não contribuir para o aperfeiçoamento científico do direito processual, também do ponto de vista prático não apresenta grande utilidade. Ao contrário, é teoricamente criticável, visto que fundada em critérios heterogêneos. A aplicação dos conceitos concebidos abstratamente acaba gerando dificuldades práticas desnecessárias.”³⁹

Para Bedaque, no direito material não há diferença ontológica entre condenar mediante atividade sub-rogatória ou mandamento, seja num único processo ou dividindo-se a fase cognitiva e executiva. Dessa forma, coloca em dúvida a classificação fundada na possibilidade de uma eficácia conter, v. g., mandamentalidade e executividade, as quais, portanto, não decorrem “da crise de direito material”, de modo que a opção por uma ou por outra está inclusive na discricionariedade do legislador, que poderia adotar a ordem até mesmo para as obrigações de pagar em dinheiro!⁴⁰

Os critérios da classificação ternária, ainda com Bedaque, estão na “situação de direito material”, mais precisamente, a tutela é vista “a partir dos efeitos materiais que ela produz”.⁴¹ Desse modo, entende que a tutela condenatória presta-se a afastar o inadimplemento de uma obrigação, cuja diversidade reside apenas na forma de coerção.⁴² Questiona expressamente “qual a diferença substancial entre condenar o réu ao pagamento de prestação em dinheiro, reintegrar o autor na posse de imóvel ou ordenar ao réu que cesse a turbação ou não a consume?” Para o jurista, os três casos se identificam pela violação ou ameaça a um interesse juridicamente protegido.⁴³ Assim, admitindo a atipicidade da tutela, não vê distinção prática entre as tutelas condenatórias, executivas e mandamentais, já que se distinguem apenas “quanto à forma de realização

“tradicional”, pela instauração de um novo processo, ou justamente por meio da tutela executiva ou mandamental, na mesma relação processual (p. 192), de modo que acabam reduzidas à espécie da tutela condenatória, nos termos da concepção defendida.

39. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual... Op. cit., p. 519.

40. Ibidem, p. 520-521.

41. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual... Op. cit., p. 522.

42. Ibidem, p. 541.

43. Ibidem, p. 560.

prática da condenação”. Por tais razões, põe relevo na importância de se ter os meios predispostos para fazer atuar a tutela, independentemente de quais sejam.⁴⁴

Também para Humberto Theodoro Júnior, “quando se distingue o provimento sentencial em declaratório, constitutivo e condenatório, se toma como base classificatória o *conteúdo (objeto)* do ato judicial...” “Quando, porém, se afirma que uma sentença é executiva ou mandamental, e que nela se configura uma espécie distinta da condenatória, o que se leva em conta é o seu *efeito* de permitir a coação executiva imediata, sem necessidade de recorrer à ação executiva (*actio iudicati*), enquanto a condenatória apenas prepararia uma futura execução por meio de outro processo”.⁴⁵ Para o autor, nas sentenças condenatórias, mandamentais ou executivas, o conteúdo é o mesmo: “reconhecimento do direito da parte a uma atividade de outrem a ser exercida após a sentença”. Somente “depois da sentença, e não nela, ou em seu conteúdo, que se nota alguma diferença.”⁴⁶

Tal entendimento encontra forte eco na doutrina ternária, a qual, em síntese, não vê distinção entre as classes condenatória, mandamental e executiva a partir da “natureza da crise”, senão com base na técnica adotada em cada uma delas⁴⁷, tampouco encontra distinção no conteúdo dos provimentos.⁴⁸ Vê-se, portanto, que em geral os trinaristas não negam as eficácias executiva e mandamental, mas apenas não lhes conferem *status* classificatório ao lado da declaratória, constitutiva e condenatória.⁴⁹

44. Ibidem, p. 568-569.

45. THEODORO JÚNIOR, Humberto. As sentenças determinativas e a classificação das ações. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 325.

46. THEODORO JÚNIOR, Humberto. As sentenças determinativas e a classificação das ações... Op. cit., p. 326-327.

47. ALVIM, Eduardo Arruda. Noções sobre a classificação das ações – algumas modalidades de procedimentos e o cabimento da antecipação de tutela. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 176.

48. DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando. Adaptando-se o velho através de um olhar atual: ensaio em defesa à teoria trinária. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 343-356.

49. Segundo Clayton Maranhão, as opiniões contrárias às classes mandamental e executiva podem ser reconduzidas, basicamente, em duas: a que nega expressamente a existência de tais provimentos no sistema, alargando o conceito de condenação; a que nega implicitamente a existência de tais provimentos no sistema, alargando a noção de título

Consoante já assinalado, a defesa da teoria quinária, no ponto, pode ser realizada sob o fundamento de que todas as cinco classes compõem o conteúdo da ação e sentença, ou então se sustentando a possibilidade de classificação segundo o conteúdo e efeitos.

Inicialmente, importante destacar o pensamento de Sérgio Muritiba, o qual propõe um critério de classificação que leve em consideração a perspectiva técnico-processual e a sua adequação à satisfação do direito material. Desse modo, considera que as eficácias são divididas segundo a sua função e estrutura processual, cada qual produzindo efeitos diferenciados. Nesse ponto, v. g., faz objeção à doutrina que entende que o critério utilizado na ação executiva não seria o mesmo utilizado na classificação ternária, uma vez que estaria levando em consideração os efeitos da decisão ao invés do seu conteúdo. Assim, quanto ao conteúdo, a eficácia executiva em nada se diferenciaria da condenatória. Todavia, mesmo partindo de uma perspectiva processual, é de se considerar que o comando de execução (executo, determino...) ao qual corresponde à eficácia, deve ser concebido como integrante do conteúdo do ato jurisdicional, pois justamente por meio desse comando o Juiz expressa a vontade legal de comandar a obtenção do bem por meio de um provimento executivo a ser cumprido diretamente, sem a necessidade da instauração de um processo de execução de título judicial, tampouco procedimento de expropriação.⁵⁰ O Mesmo pode ser dito em relação à eficácia mandamental, v. g., de modo que o mandamento (ato de mandar, ordenar, determinar) passa a fazer parte do conteúdo do provimento. A eficácia do ponto de vista processual está relacionada à utilização de medidas coercitivas. Do ponto de vista material, tem-se uma pretensão que reclame uma modificação no mundo físico e dependa de um ato de vontade do obrigado. Daí justamente a razão da ordem coercitiva.⁵¹ Portanto, “o juiz insere no conteúdo da sentença aquilo que lhe particulariza quanto à função técnico-processual que habilita”.⁵² Além disso, Sérgio Muritiba destaca que “não podemos jamais esquecer que as eficácias processuais, apesar de

executivo (MARANHÃO, Clayton. A consagração da teoria quinária no direito positivo brasileiro: nota breve ao artigo 14, inciso V, parágrafo único, do CPC, na redação dada pela Lei nº10.352/01. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 87).

50. MURITIBA, Sergio. Ação executiva latu sensu e ação mandamental. São Paulo: RT, 2005, p. 189-193.

51. Ibidem, p. 243-246.

52. Ibidem, p. 197.

imputadas a certos atos processuais, são em verdade estabelecidas para as situações substanciais”.⁵³

Nessa perspectiva, entende-se que a teoria quinária “nunca se baseou nos efeitos das sentenças, mas nos seus respectivos conteúdos, isto é, na situação de direito material reconhecida na sentença”. Assim, as ações executivas e mandamentais merecem serem distinguidas na classificação, pois tratam de realidades próprias. Assim, a sentença executiva contém internamente a execução. Da mesma forma, a sentença mandamental contém ordem⁵⁴.

Ovídio, a propósito, refere expressamente que os verbos que compõem a classificação das ações e sentenças se acham em seu conteúdo. Assim, “o ‘conteúdo’ da sentença possui, já, a eficácia que, depois, produzirá a execução. Haverá no ‘conteúdo’ da sentença algum *verbo*, que enuncie o agir próprio da função executiva. Mais, o *verbo* que está na sentença é resposta jurisdicional ao verbo de idêntica natureza que está na petição inicial”.⁵⁵

A propósito, insta destacar a seguinte passagem de Ovídio: “Seja porque se considere a jurisdição apenas como função jurisdicente, excluindo-se de seu ‘conteúdo’ tudo o que não corresponda à simples declaração do direito; seja porque não se dê a devida atenção ao fenômeno da multiplicidade de eficácias que toda a sentença normalmente contém, muitos escritores supõem que o ‘conteúdo’ das sentenças se resume apenas em seu efeito declaratório, ou no efeito declaratório mais o constitutivo, excluindo de seu núcleo, por exemplo, os efeitos executivo e mandamental, que passariam a ser efeitos secundários da sentença – e pois, para essa concepção, *externos* à demanda – de modo que a *executividade* enquanto *eficácia* do julgado e o subsequente *efeito* por ela produzido, seriam resultado da sentença como *fato* e não mais como *ato* jurisdicional”.⁵⁶

Em outra passagem, o autor estabelece uma distinção essencial entre eficácias e efeitos da sentença: “a primeira categoria – a das eficácias

53. Ibidem, p. 199.

54. SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. Ensaio sobre as sentenças condenatórias, executivas e mandamentais. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 455-508.

55. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Jurisdição, direito material e processo... Op. cit., p. 198.

56. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Conteúdo da sentença e coisa julgada... Op. cit., p. 165.

– faz parte do ‘conteúdo’ da sentença, com a virtualidade operativa capaz da produção de efeitos, ao passo que estes, quer se produzam no mundo jurídico, quer no mundo dos fatos, hão de ter-se como *atualizações*, no sentido aristotélico, das eficácias”.⁵⁷

A propósito, Talamini demonstra que tanto a declaração, constituição ou condenação, dizem respeito a “aptidão de produzir determinado efeito”, ou seja, essa potencialidade é definidora da eficácia, a qual faz parte do conteúdo da decisão.⁵⁸ No entanto, para Talamini; “a classificação que acolhe as eficácias mandamental e executiva *lato sensu* toma por base exatamente o mesmo critério usado para a distinção dos três grupos de sentença usualmente admitidos: conteúdo e eficácia”.⁵⁹

Recorremos, então, a Pontes de Miranda, que entre nós foi quem desenvolveu a classificação quinária, cujo objeto diz respeito à ação material ou a sentença⁶⁰, segundo a eficácia preponderante, tendo vista que nenhuma ação ou sentença é pura.⁶¹ Esclarece o jurista, todavia, que “eficácia é a propriedade de ter força ou efeitos”. “A força sentencial corresponde à eficácia preponderante”.⁶² Por outro lado, a eficácia é a energia que emerge da decisão judicial, a qual pode ou não necessitar de execução para completar-se.⁶³ Enfim, a eficácia jurídica se refere a toda a mudança que ocorre no mundo jurídico.⁶⁴ O tratadista ilustra seu pensamento quando refere a “espectração de efeitos” das ações ou sentenças, salientando que as vê “por fora, com as suas características exteriores, mas também por dentro”.⁶⁵

Além disso, em certa passagem, aduz Pontes de Miranda: “os efeitos próximos, de direito privado, ou publico, e os efeitos reflexos”, são os utilizados para classificar as ações e as sentenças.⁶⁶ Por outro lado, para Pontes de Miranda: “Em todo o direito, pretensão, ação ou exceção,

57. Ibidem, p. 176.

58. TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer... Op. cit., p. 203.

59. Ibidem, p. 204.

60. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado das ações... Op. cit., p. 197 et seq.

61. Ibidem, p. 124.

62. Ibidem, p. 159. Assim, pode-se dizer exemplificando os conceitos de força e efeitos: “a eficácia consistente na força de coisa julgada material da sentença declarativa” ou “a eficácia consistente no efeito de execução da sentença condenatória, efeito que as sentenças declarativas de ordinário não tem” (p. 161).

63. Ibidem, p. 160-161.

64. Ibidem, p. 172.

65. Ibidem, p. 117 et seq.

66. Ibidem, p. 172.

tem-se como incluído o elemento poder de revelar-se, se alguém obsta ou dificulta ou nega revelabilidade. Esse poder de revelar-se é *actio* e corresponde ao conteúdo favorável da sentença quando se exerce a pretensão à tutela jurídica”.⁶⁷ Desse modo, a ação material não se pede, pois se tem⁶⁸, “pede-se que se declare, se constitua, se condene, se mande ou se execute”.⁶⁹ Assim, “a sentença há de corresponder à petição, pois é a petição que lhe determina a classe e a medida”.⁷⁰

Vê-se que Pontes de Miranda elabora sua classificação a partir de uma análise completa ou “espectral” das ações ou sentenças (as vê por fora e por dentro). Porém, na medida em que “a eficácia é a energia que emerge da decisão judicial”, ou que diz respeito ao seu “conteúdo favorável”, parece-nos lícito interpretar que o autor considera todas as cinco eficácias como integrantes do conteúdo da ação material ou sentença, caso em que inexistente heterogeneidade de critérios.

Da nossa parte, primeiramente, entendemos que a amplitude emprestada à condenatória acarreta generalização demasiada do instituto. Com isso, não se diferenciam situações absolutamente diversas, inclusive no plano material, ou seja, as hipóteses que levam à condenatória das que impõem a mandamental ou a executiva. Basta verificar, v. g., que uma sentença constitutiva também pode decorrer de uma violação a interesse protegido pelo direito (v. g., rescisão de contrato). Por outro lado, a obrigação de pagar quantia certa é realizada por meio do procedimento da expropriação, justamente para individualizar o patrimônio do devedor e porque se está agredindo patrimônio alheio. A ordem para pagamento em espécie pode ser utilizada em casos excepcionais, observada a proporcionalidade e adequação da medida ao caso concreto.⁷¹ Tais medidas, portanto, não devem ser igualadas. A classificação quinária tem o mérito justamente de partir do dado da realidade.

Nesse passo, Eduardo Talamini lembra que superar a classificação ternária, deixando de utilizar a eficácia condenatória para todas as decisões com “repercussão física”, caso em que a executiva e mandamental

67. Ibidem, p. 67.

68. Aqui teria sido mais claro se tivesse utilizado a locução: “pois se afirma ter”, ao invés de “pois se tem”.

69. Ibidem, p. 289.

70. Ibidem, p. 292.

71. Ver: MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 95-105.

muitas vezes figuram como subespécies da condenatória, não implica apenas admitir a classificação quinária, enquanto postura terminológica e classificatória diversa; faz parte de um movimento no sentido de afastar a ideia de que a sentença condenatória pudesse absorver, com seu esquema tradicional, todas as situações carentes de tutela no mundo físico⁷².

Do ponto de vista *metodológico*, entendemos que não há confusão dos critérios “conteúdo” e “efeitos” pela teoria quinária. Destarte, afirmam-se absolutamente convincentes os argumentos de que todas as cinco eficácias compõem o “conteúdo” da ação ou sentença. De resto, não vemos óbice para que a teoria quinária parta dessa premissa.

Aliás, uma vez que a ação material integra o objeto litigioso⁷³, ou na medida em que a sentença constitui o momento em que o processo presta verdadeira homenagem ao direito material⁷⁴, ocasião em que o objeto do processo é efetivamente analisado, com todos os seus elementos (sujeitos, pedido, fundamento ou causa de pedir),⁷⁵ parece absolutamente razoável sustentar que as eficácias, porquanto consubstanciadas em aptidão para produzir efeitos, façam parte do próprio conteúdo da decisão.

Por outro lado, acaso ainda assim se entendesse que a teoria quinária se utiliza do “conteúdo” e dos “efeitos” em sua premissa classificatória, o que se admite para argumentar, seria preciso considerar que mesmo nessa hipótese todas as eficácias são tratadas da mesma forma pela teoria, ou seja; a partir de um critério único, constante e homogêneo. O problema é que os ternários, quando criticam a classificação quinária, deixam de identificar corretamente o *elemento constante, homogêneo* ou o verdadeiro *critério* da classificação, como se verá no item 3º infra.

72. TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer... Op. cit., p. 208.

73. MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação como objeto litigioso no processo civil. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 367-404.

74. A propósito, Carlos Alberto de Oliveira, salienta: “Embora sob diversas visualizações, fala-se que na sentença de mérito unem-se o direito processual e o material, ou que a mais estreita vinculação entre o direito processual e o material está na sentença, que possibilita a transição do processo no domínio da vida, do direito material. Passa-se, assim, da tutela jurisdicional para a tutela do direito, mas em outro nível qualitativo, porque coberto o comando judicial pelo manto da coisa julgada, gozando da imperatividade própria da soberania que impregna a jurisdição” (cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96).

75. SANTOS, Andrés de la Oliva. Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Madrid: Civitas, 2005, p. 23-94.

2.2. O critério de classificação das eficácias é processual e/ou material?

Dentre as diversas indagações acerca da classificação das eficácias, importante questão consiste em saber se o critério de classificação das eficácias é processual e/ou material? Em outras palavras: em qual dos planos do ordenamento jurídico (material ou processual) estão os elementos que determinarão a classe da eficácia? Trata-se de um critério exclusivamente processual ou material? Ou trata-se de um critério processual que leva em conta a relação de direito material subjacente?

Tais questões, muitas vezes, não são enfrentadas. Celso Agrícola Barbi, v. g., não as esclarece, quando afirma que a classificação tem como critério a “garantia jurisdicional prestada”, qualificando as sentenças como um ato de vontade do Juiz.⁷⁶ Com efeito, para Cândido Rangel Dinamarco, adepto da tripartição, a classificação das ações “tem o mérito de ser puramente processual, evitando os critérios herdados da tradição romana e impregnados de elementos inerentes ao direito subjetivo afirmado pelo autor”.⁷⁷ No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que “hoje em dia, as sentenças classificam-se, de uma maneira mais geral, a partir de critérios de natureza eminentemente processual”. Esse critério processual, segundo entende a processualista, corresponde à classificação da espécie de tutela jurisdicional que é prestada pelo Poder Judiciário no tocante aos pleitos que lhe são endereçados, de modo que cada sentença tem seus pressupostos predeterminados.⁷⁸

Diga-se de passagem, o entendimento de que a classificação incumbe à legislação processual e não diz respeito ao direito material, por vezes repercute mesmo entre aqueles que admitem as classes executiva ou mandamental.⁷⁹

76. BARBI, Celso Agrícola. A ação declaratória no processo civil brasileiro. Belo Horizonte: José Bushatsky, 1955, p. 139-140.

77. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5ed. V. III. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 202.

78. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 6ed. São Paulo: RT, 2007, p. 91.

79. A propósito, entendendo que a tutela executiva independe do direito material subjacente (pessoal ou obrigacional): COSTA, Guilherme Recena. A doutrina das ações de Pontes de Miranda e a classificação das sentenças condenatórias e executivas à luz do direito brasileiro. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 265-293.

Destaca-se, ainda, que Humberto Theodoro Júnior classifica as ações, na pura ótica processual, em ações de cognição, de execução e cautelares. Com efeito, partidário da classificação ternária das ações (uma vez que entende que as mandamentais e executivas *latu sensu* são subespécies da condenatória), observa que as ações cognitivas costumam ser desdobradas em condenatórias, constitutivas e declaratórias. Porém, no tocante a classificação das eficácias, admite a influência da solução de direito material encontrada pelo provimento jurisdicional.⁸⁰ Em estudo mais recente, Humberto Theodoro Júnior destaca que “no terreno dos provimentos, se não exclusivamente, pelo menos predominantemente, o que se manifesta é a vontade concreta do direito material”.⁸¹

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira não reconhece vínculo entre a ação material, cujo conceito inclusive desacolhe, e a eficácia da tutela jurisdicional. De outro lado, tampouco concebe o critério que determina a eficácia da tutela como sendo puramente processual. Para o processualista, “a eficácia material das decisões jurisdicionais não se assenta na normatividade do direito privado, mas é o resultado do que a jurisdição desenvolve na esfera material das partes (...) por força própria, isto é, em razão da imperatividade das suas decisões, com base na normatividade que governa a jurisdição”.⁸² Argumenta, ainda, que “a atividade do juiz, embora apoiada no direito material, apresenta eficácia e efeitos diversos aos do plano do direito material, porque o comando sentencial é munido de atributos próprios da soberania”.⁸³ Nesse sentido, o pedido imediato (declarar, condenar, constituir, mandar, executar) é um ponto de confluência entre os planos, assim como a lesão afirmada pertence ao direito material, de modo que a eficácia da sentença não tem caráter puramente processual.⁸⁴

Todavia, referindo o fato de o autor escolher o tipo de tutela pretendida a partir de determinada situação, v. g., declaratória ou condenatória,

80. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Novos rumos do direito processual civil: efetividade da jurisdição e classificação das ações – ação executiva *latu sensu* – tutela de urgência. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, dialética, n.26, p. 20-63, maio, 2005, p. 27.

81. THEODORO JÚNIOR, Humberto. As sentenças determinativas e a classificação das ações... *Op. cit.*, p. 320.

82. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional... *Op. cit.*, p. 85-86.

83. *Ibidem*, p. 89.

84. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Problema da eficácia da sentença. In: *Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 46.

Carlos Alberto conclui que o direito material e a ação material não se afiguram decisivos na definição da tutela; senão os elementos vinculados a própria tutela, em que se incluem, entre outros, o princípio dispositivo (liberdade de dispor sobre o direito); da demanda (estabelece vinculação entre o pedido e a sentença); da adequação (conformação do processo à realização do direito material); além da segurança e efetividade.⁸⁵

Interessante ressaltar, outrossim, que as diferentes formas de tutelas previstas no ordenamento pátrio e objeto da classificação apresentada, em razão da própria instrumentalidade do processo, como diz Carlos Alberto, estão vinculadas às “exigências de satisfação do direito material”.⁸⁶ Daí porque o processualista, apesar de fixar sua classificação no processo, não deixa de prestar a devida homenagem ao direito material.⁸⁷

A propósito, no ponto, Guilherme Rizzo Amaral sustenta que a teor do art. 461-A do Código de Processo Civil, pode o juiz ordenar a entrega (mandar) ou determinar a busca e apreensão (executar), o que tornaria impossível a definição *a priori* se a demanda é mandamental ou executiva. Com efeito, argumenta que o fato de a eficácia não estar nem na ação material, nem na ação abstrata, não significa que não esteja no direito material nem no processo: “a eficácia se apresenta apenas como uma forma de tutela jurisdicional, outorgada a quem tenha razão, seja o autor, seja o réu (sentença declaratória negativa). Está, portanto, no plano

85. Com essas ponderações, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira empresa relevância aos fatores relacionados à própria tutela: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade da tutela jurisdicional. In: Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 106-107.

86. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional... Op. cit., p. 141.

87. Para melhor ilustrar a classificação do jurista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, vale a pena transcrever-se sua própria síntese, que é auto-explicativa: “Em suma: a) a tutela declaratória tem por finalidade certificar a existência de determinada relação jurídica, emprestando-lhe certeza. Nela predomina a norma de segurança; b) a tutela condenatória tem por finalidade satisfazer a obrigação de pagar. Nela predomina a norma de segurança; c) a tutela constitutiva tem por finalidade satisfazer os direitos potestativos. Nela predomina o valor segurança; d) a tutela mandamental tem por finalidade satisfazer as obrigações de fazer e não fazer e os deveres de abstenção. Nela predomina a norma de efetividade; e) a tutela executiva lato sensu tem por finalidade satisfazer as obrigações de dar e os deveres de restituir. Nela predomina a norma da efetividade. Advirta-se, ainda, que os verbos (declarar, condenar, constituir, mandar e executar) são simbólicos, compreendem uma série de consequências; em termos jurídicos, abrangem a eficácia preponderante e resumem os efeitos internos ou externos daí decorrentes” (cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional... Op. cit., p. 140).

processual, mas não atrelada diretamente à ação processual, senão aos provimentos jurisdicionais”.⁸⁸

Noutra perspectiva, tem-se, por exemplo, a classificação de Ovídio, que expressamente repudia o critério unicamente procedimental ou formal das sentenças, mas leva em consideração justamente o conteúdo.⁸⁹ Nesse sentido, aduz que “a indagação que procura determinar em que “consiste” uma sentença, diz respeito à busca de seu *ser*, não de sua morfologia”, o que não é possível fazê-lo a partir de um aspecto formal e sim a partir das eficácias, próprias de cada classe.⁹⁰ Com isso, revela-se o seu núcleo sem excessiva preocupação com o aspecto exterior e procedimental.⁹¹

Em vista disso, Ovídio argumenta que as eficácias diferem entre si em razão da natureza do direito material posto em causa e nada tem a ver com a relação processual, enquanto tal. Sustenta que uma ação será declaratória, ou constitutiva, ou condenatória, ainda que ela seja ordinária, sumária ou especial, não porque a relação processual imprima nela tais características, e sim porque a lide no processo tende para um resultado declaratório, constitutivo ou condenatório. Exemplifica o autor que duas demandas, declaratória e constitutiva, processadas pelo rito ordinário, apresentar-se-ão, sob o ponto de vista formal, de forma idêntica. A distinção entre elas somente aparecerá depois de proferida a sentença correspondente às suas respectivas eficácias.⁹²

Sustentando o predomínio do direito material, Luiz Machado Guimarães entende que “o critério de classificação das ações em condenatórias, constitutivas e declaratórias não é de caráter processual, por isso que assenta na natureza do direito (material) deduzido em juízo, tal como acontece nas classificações das ações em reais e pessoais, ou em mobiliárias e imobiliárias”.⁹³

88. AMARAL, Guilherme Rizzo. A Polêmica em torno da “ação de direito material”. In: Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 125-126.

89. BAPTISTA DA SILVA. Ovídio Araújo. Jurisdição, direito material e processo... Op. cit., p. 250.

90. Ibidem, p. 254. Nesse aspecto, lembra que Pontes de Miranda foi além, chegando a identificar cada sentença dentro de determinada classe, a partir de suas particularidades e eficácias (p. 255).

91. BAPTISTA DA SILVA. Ovídio Araújo. Jurisdição, direito material e processo... Op. cit., p. 259-260.

92. BAPTISTA DA SILVA. Ovídio Araújo. Curso de processo civil: processo de conhecimento. Vol. 1, 3ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 131.

93. MACHADO GUIMARÃES, Luiz. Estudos de direito processual civil. Rio de Janeiro: EJU, 1969, p. 175.

Segundo Araken de Assis, uma vez que a classificação pauta-se pelo conteúdo ou “objeto litigioso” e, portanto, considera a demanda o seu fundamento, não há dúvida de que repousa no direito material, em que pese uma “taxionomia processual”.⁹⁴ Destarte, lembra que um dos erros mais comuns em matéria de eficácia é atribuir os efeitos exclusivamente ao processo, quando, na verdade, basta observa-se a hipótese de não haver litígio e os efeitos aparecerão no seu âmbito natural, da mesma forma⁹⁵ (isto é, de forma declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva). A eficácia das ações (ou sentenças) se distingue “em decorrência da estrutura e da função do direito material posto em causa.”⁹⁶

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, todo o provimento definitivo produz efeitos “diversos segundo a natureza do direito declarado”, de modo que a classificação das eficácias assenta-se “na natureza do direito material” e não é “puramente processual”.⁹⁷

A natureza da tutela jurisdicional do direito preconizada por Marini também se encontra compreendida no plano material e constitui um dos fatores determinantes da dimensão da controvérsia do processo, da produção probatória, dos limites da cognição do Juiz, da definição da sentença e do meio executivo idôneo, com vistas à obtenção de uma tutela jurisdicional adequada.⁹⁸

Assim, a extensão dos modelos de provimento jurisdicionais destinados a prestar tutela “é ditada pelo direito material, a quem incumbe determinar quais são os efeitos substanciais que podem e que não podem ser produzidos”.⁹⁹ Observe-se as palavras de Flavio Luiz Yarshell, referindo-se a classificação das tutelas declaratória, constitutiva e condenatória, a saber: “a referida sistematização procura levar em conta um dado essencialmente processual, ou seja, a natureza do provimento

94. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ed. São Paulo: RT, 2002, p. 88-89.

95. ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: forense, 2006, p. 8.

96. ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*... Op. cit., p. 12.

97. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*... Op. cit., p. 522.

98. MARINONI, Luiz Guilherme. *Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos*. In: *Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 228.

99. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*... Op. cit., p. 149.

ou a natureza dos efeitos processuais daí decorrentes. Embora isso seja cientificamente correto, essa pureza não se sustenta – ou ao menos não se satisfaz plenamente – porque assim como não se completa o pedido imediato sem o mediato, não há como pensar no resultado do processo – exatamente por ser ele instrumental – sem a conjugação das eficácias processual e material do provimento final”.¹⁰⁰

Veja-se que para Flávio Luiz Yarshell as tutelas declaratórias e constitutivas são atípicas do ponto de vista processual, o que significa dizer que sua tipicidade é remetida ao direito substancial.¹⁰¹ No mesmo sentido, a tutela condenatória é tipificada pelo direito material, pois é esse que “ditará quais as prestações devidas ao credor e, portanto, imponíveis ao devedor pelo provimento judicial”, ou seja; os efeitos do ato jurisdicional são determinados pelo direito material.¹⁰²

Como observa Sérgio Muritiba, não fosse à utilização de elementos do direito material e a eficácia que a sentença produz, não seria possível diferenciar uma sentença declaratória de uma sentença condenatória, pois em seu núcleo, ambas contém declaração e um direito à prestação.¹⁰³ No entanto, considera que o critério para a classificação das ações e das sentenças é processual, a partir da observação de que dizem respeito a modelos criados para produzir determinados efeitos, cuja técnica destinada à obtenção dos resultados provém do direito processual. Não obstante, admite que a técnica “pressupõe os tipos mais ou menos uniformes de pretensões materiais e cria categorias que as viabilizem”. Além disso, porquanto constituem a viabilização dos direito, “são estes que lhe fornecem a sua adequação”.¹⁰⁴

De resto, em que pese utilizar um critério “processual”, Sérgio Muritiba questiona o critério, também processual, que tende à universalização dos padrões pretensamente aplicáveis à todas as situações materiais. Para o processualista, essa visão incorre em duas abstrações: a primeira em imaginar que todas as situações materiais se enquadrariam em seus critérios cada vez mais abrangentes; a segunda, sob a ótica processual, em desconsiderar que as categorias processuais são concebidas justamente em função da pretensão material, a qual necessita

100. Ibidem, p. 150.

101. Ibidem, p. 152-159.

102. Ibidem, p. 169-171.

103. MURITIBA, Sérgio. Ação executiva latu sensu e ação mandamental... Op. cit., p. 198.

104. Ibidem, p. 35-36.

de determinada tutela jurisdicional.¹⁰⁵ Para completar, admite de forma cristalina a influência do direito material: “Na verdade, apesar de iniciarmos nossos estudos pelo ângulo do conteúdo e eficácia processual, acreditamos que somente após observar a pretensão material é que se torna possível ao magistrado praticar o ato processual que se tornará o conteúdo capaz de dar ao provimento a eficácia processual previamente imputada e adequada”.¹⁰⁶

Outro ponto importante é que a tutela processual é prestada a partir de modelos pré-concebidos, os quais levam em conta todas as pretensões possíveis que o direito material possa conferir a alguém. Perfeitamente possível, outrossim, que o ordenamento jurídico coloque a disposição duas ou mais técnicas cabíveis em tese para uma mesma situação. De qualquer sorte, a forma como o direito subjetivo, a pretensão e a ação material são afirmados em juízo, assim como o pedido, constituem baliza definidora da tutela jurisdicional a ser prestada.¹⁰⁷

Em síntese, para Sérgio Muritiba, as eficácias compreendem classificação própria do plano processual, as quais inclusive dizem respeito à estrutura e função do processo, entretanto, para a sua definição, é imperioso observar-se o direito material em questão.¹⁰⁸

Segundo entendimento de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, o direito processual regula o modo e a forma como as eficácias das ações são exercidas em juízo, porém é o direito material que prescreve a eficácia preponderante das ações. Em outras palavras, só é possível afirmar se uma sentença é declaratória, v. g., depois de verificada a pretensão deduzida em juízo. Desse modo, o pedido deduzido em juízo (que corresponde justamente ao direito subjetivo, pretensão e ação material afirmados pelo autor) é que revela a natureza da sentença de procedência.¹⁰⁹ Observe-se, a propósito, as palavras do autor em passagem de sua obra:

Primeiramente, deve-se reafirmar que a eficácia preponderante das ações de direito material não está estabelecida pelas normas processuais. O direito processual, dado o seu caráter instrumental, regula o modo e a forma de se realizar as ações “afirmadas” em juízo.

105. Ibidem, p. 188.

106. Ibidem, p. 200.

107. Ibidem, p. 200-201.

108. Ibidem, p. 203.

109. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da ação de direito material. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, 162-165.

Com isso não se quer dizer que a sentença, como ato jurídico processual, não produza qualquer efeito de tal natureza. Em verdade, com o julgamento de mérito da demanda, os efeitos (declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo) serão consequência e irradiação da sentença, que declara, constitui, condena, manda e executa. Isso, contudo, não pode significar, ao menos no direito positivo brasileiro, que o direito processual seja capaz de determinar, em cada situação, qual a intensidade dos efeitos que se irradiarão da sentença.”¹¹⁰

Destarte, conforme se colhe do tratado de Pontes de Miranda, a classificação quinária segue a mesma lógica da satisfação “na vida diária, e fora da justiça”.¹¹¹ Tal classificação compete ao direito processual, mediante a utilização de elementos do direito material, inclusive a própria ação material¹¹². A propósito, observe-se a seguinte passagem da obra: “Dizer-se que a ação é declarativa, ou constitutiva, ou condenatória, ou mandamental, ou executiva, é função do direito processual, mas é preciso atender-se ao fim do direito processual. O direito processual trata de qualquer delas, ou de classe dela, para lhes apontar o remédio jurídico processual, que pode ser usado pelos autores. As vezes, provê a possíveis cumulações subjetivas ou objetivas, simultâneas ou sucessivas, ou de cognição incompleta para adiantamento de executividade, ou de mandamentalidade, ou de constitutividade. O conceito de ação, a classificação das ações por sua eficácia, tudo isso consulta o direito material, porque o fim precípua do processo é a realização do direito objetivo. Na própria classificação das ações e das sentenças, o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material. A margem de liberdade que se lhe deixa é pequena, mas existe”.¹¹³

Nesse sentido, Pontes de Miranda afirma expressamente que a classificação é função do direito processual¹¹⁴. Além disso, considera que “a força da sentença é estatal, não há dúvida; mas estatal processual, e não material”.¹¹⁵ Por essa razão, nos parece lícito interpretar que a classificação

110. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da ação de direito material... Op. cit., p. 163.

111. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado das ações... Op. cit., p. 123.

112. Em síntese, a ação material importa um agir para a satisfação, prescindindo-se de qualquer ato do sujeito passivo (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado das ações... Op. cit., p. 114-116; BAPTISTA DA SILVA. Ovídio Araújo. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. Revista Ajuris, Porto Alegre, nº29, p. 99-126, 1983, p. 104).

113. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado das ações... Op. cit., p. 126.

114. Ibidem, p. 126.

115. Ibidem, p. 251.

está no plano processual, de modo que esse pode exercer alguma influência em relação a ação material, ainda que restrita essa influência. Nesse ponto, importante lembrar que a classificação de Pontes de Miranda também é atribuída às sentenças; ato processual por excelência. Portanto, tem caráter processual e, mais precisamente, situa-se em verdadeiro ponto de “confluência” do direito processual com o direito material.

Feitas tais considerações, o corolário lógico, a nosso ver, consiste em situar a classificação das eficácias das ações ou sentenças no plano processual, porém a definição de cada classe ou eficácia deve respeitar as exigências de tutela direito material subjacente, indiferente esteja-se colhendo os dados na pretensão, na ação material, no pedido ou simplesmente no objeto do processo. Poder-se-ia dizer, em síntese, que se trata de mais ponto de confluência entre o direito material e o processo. Aliás, por razões semelhantes, diz-se que a sentença é o momento em que o Juiz presta homenagem ao direito material. Em última análise, se a prestação jurisdicional é instrumental ao direito material, então o modo como ela vai atuar, decorrência do pedido, encontra suas balizas no próprio direito material, ainda que, como admite inclusive Pontes de Miranda, exista margem nessa conformação.¹¹⁶

Somando-se ao exposto, o enfrentamento da questão também pode ser construído por outro ângulo:

Primeiramente, é sabido que as decisões do Juiz representam o “produto” do processo e tendem a implantar providências fora do processo que operam “*en el mundo de las relaciones jurídicas sustanciales*”, o que significa exatamente a tutela jurisdicional dos direitos. O processo se extingue, mas o seu produto assume vigência fora do processo, de modo que a declaração, constituição ou condenação (assim como as demais eficácias, se for o caso) produzirão seus efeitos no mundo real.¹¹⁷ Essa aptidão do processo para tutelar o direito material somente se confirma se houver uma convergência entre a tutela pretendida e a tutela prestada, donde se conclui que a eficácia está absolutamente comprometida com o direito material.

O italiano Ugo Rocco, a propósito, ensina que é possível fazer uma distinção da prestação jurisdicional pela

116. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado das ações... Op. cit., p. 126.

117. REDENTI, Enrico. Derecho procesal civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1957, p. 117-118.

(...) natura della prestazione richiesta. Sicchè le azioni possono, da un primo punto di vista, distinguersi in relazione alla prestazione, cioè, al provvedimento, che viene richiesto agli organi giurisdizionali.

Ma, poichè ogni prestazione individualizzata, cioè ogni provvedimento richiesto agli organi giurisdizionali, ha per oggetto concreti rapporti giuridici sostanziali, costituenti la materia sulla quale verrà ad operare il provvedimento giurisdizionale richiesto, così il secondo criterio di distinzione sarà determinato dalla natura dei rapporti giuridici, costituenti oggetto del provvedimento richiesto.¹¹⁸

Também se pode constatar em Chiovenda essa íntima relação entre direito material e processo, em termos de eficácia. Veja-se a seguinte passagem das instituições:

“de resto, embora a norma processual se comunique por seu próprio objeto com institutos e princípios do direito privado (assim a norma que confere a ação de condenação se refere ao Direito Civil no que respeita ao conceito de crédito e ao estado de inadimplemento...) (...) É mister, portanto, fugir à suposição de que as leis processuais sejam equivalentes as leis formais. A norma que faculta a ação não é, por certo, formal, porquanto garante um bem da vida, que, todavia, não se poderia conseguir fora do processo; mas é processual, visto fundar-se na existência do processo e dela originar-se. Na base de todo complexo de normas reguladoras de uma figura processual (sentença de condenação, sentença declaratória, processo documental monitório, seqüestro, execução de títulos contratuais), encontra-se, expressa ou implícita uma norma (processual), que confere as ações correspondentes, dispondo, por exemplo: o portador de um crédito em estado de inadimplemento tem o poder de pleitear uma sentença condenatória; o credor de uma cambial vencida tem o poder de requerer a execução imediata, e assim por diante. Há, pois, um direito processual substancial e formal.”¹¹⁹

A propósito, quando Chiovenda se refere à classificação das ações em condenatórias, constitutivas e declaratórias, refere que a ocorrência de um ou outro critério depende justamente do pedido acolhido pela sentença. Ou seja, tem-se aí a causa de pedir e o pedido influenciando na definição da eficácia.¹²⁰

118. ROCCO, Ugo. Trattato di diritto processuale civile. Torino: UTET, 1957, v.1, p. 280.

119. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. Paolo Capitanio. 3ed. V. I. Campinas: Bookseller, 2002, p. 98.

120. Ibidem, p. 54.

Na mesma esteira, se observa em Calandrei:

“si el derecho procesal regula la forma y el orden exterior de las actividades que deben cumplirse para poner al órgano judicial en grado de proveer sobre el mérito, el contenido de la providencia de mérito debe ajustarse al derecho sustancial: lo que significa que el derecho sustancial, si en un primer momento se dirige a los individuos que antes y fuera del proceso deberían observarlo, en un segundo momento se dirige al juez que, en su providencia, debe aplicarlo”.¹²¹

“(…) resulta, pues, de cuanto hasta ahora se ha dicho, que toda norma de derecho sustancial puede penetrar en el proceso como fuente del deber del órgano judicial de dar su providencia un cierto contenido: y es precisamente este aspecto procesal que toda norma de derecho sustancial puede tomar cuando se trata de aplicarla en juicio, el puente de paso a través del cual el derecho subjetivo y el proceso se comunican entre sí, y se reafirma la fundamental unidad del ordenamiento jurídico”.¹²²

Ao lado das normas processuais, Calamandrei refere às chamadas normas de “*derecho procesal-sustancial*”¹²³, que dizem respeito a um aspecto processual do direito material, o qual se caracteriza como uma consequência necessária da coercibilidade do direito, no sentido de que toda a norma jurídica que prescreve determinado comportamento contém, implícita ou explicitamente, “*una norma subsidiaria que manda los a los órganos judiciales proveer en un cierto modo para garantizar su observancia*”.¹²⁴ O mesmo ocorre com as normas que regulam a confluência entre o direito substancial e o direito material, regulam a ação e o mérito da causa. Nas palavras de Calamandrei: “*pertenecen al derecho sustancial en cuanto se hace valer el proceso, no ya como derecho a la prestación del obligado, sino como derecho a la garantía jurisdiccional prometida por el Estado*”.¹²⁵

121. CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. V I. Buenos Aires: Ejea, 1986, p. 370.

122. Ibidem, p. 371.

123. Embora referindo também as normas de “derecho judicial-sustancial” preconizadas por James Goldschmidt, Calamandrei deixa claro que as normas de “derecho procesal-sustancial” por ele defendidas não significam um terceiro gênero situado entre o direito substancial e o processo, e sim, como referido, de um aspecto “processual” do próprio direito substancial (CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil... Op. cit., p. 371).

124. CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil... Op. cit., p. 371-372.

125. Ibidem, p. 372-373.

Não se objetiva, é claro, simplesmente transpor as considerações de Chiovenda e Calamandrei, consubstanciadas em premissas outras, à realidade da classificação quinária. Mas são válidas para reforçar o entendimento da forte influência do direito material na definição da eficácia da ação ou da sentença.

Portanto, é imperioso reconhecer a importância dos direitos substanciais no tocante a sua própria tutela, de modo que as proposições destinadas à proteção são formuladas de acordo com o objeto da decisão, a qual encontra baliza na demanda. A relevância dos fatos postos em causa ou o próprio objeto do juízo, qual seja, a hipotética situação subjetiva, se transforma na eficácia da decisão.¹²⁶ Emilio Betti refere expressamente que “il contenuto della ragione fatta valere determini la specie dell’interesse ad agire e quindi il tipo del provvedimento richiesto, e così anche dell’azione”, ainda que não o faça de modo unívoco.¹²⁷

No mesmo sentido, Crisanto Mandrioli reconhece a influência do direito material na determinação da eficácia, ao sustentar, v. g., que a ação é de “accertamento” quando a afirmação na demanda refere-se apenas a um direito contestado, mas afigura-se de “condanna”, quando a demanda afirma um direito violado e a conseqüente necessidade de restauração no plano material.¹²⁸

Nesse sentido, o próprio princípio da demanda¹²⁹ ou, em outras palavras, o fato de o juiz estar adstrito ao pedido do autor, comprova que a eficácia da ação, sentença ou tutela, antes consulta ao direito material do que simplesmente nasce com a sentença ou tem regência preponderante no processo. Assim, v. g., se o autor postula a rescisão de um contrato o Juiz irá concedê-la justamente porque o pedido, fundamentado no direito material, está direcionado à constituição. As exceções à regra, como o caso de uma ação preponderantemente executiva ser atendida por mandamento; justamente por serem exceções, comprovam a própria regra.¹³⁰

126. TAVORMINA, Valerio. In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva. *Rivista di diritto civile*. n.35. Pádua: Cedam, p. 1979.

127. BETTI, Emilio. Ragione e azione. *Rivista di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, v. 9, p. 205-237, 1932, p. 235.

128. MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*. I Torino: Giappichelli Editore, 2007, p. 68.

129. O princípio da demanda, justamente ao balizar a atividade do juiz constitui elemento importante do formalismo processual, como garantia de justiça contra arbitrariedades (Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 141-145).

130. Em sentido semelhante: MITIDIERO, Daniel Francisco. A Polêmica sobre a teoria a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação” processual): uma resposta a Guilherme

Outra questão importante diz respeito à relativização do princípio da congruência entre pedido e sentença, consagrado no art. 128 c/c 460 do CPC, cuja finalidade é facultar ao Juiz a adoção de medida diversa da postulada, com vistas à efetividade da prestação jurisdicional.¹³¹ É utilizada normalmente como argumento para mitigar a importância do direito material na definição da eficácia da decisão. Todavia, entendemos que essa circunstância excepcional, além de estar balizada pelo próprio princípio da demanda, revela justamente a margem que o juiz tem para trabalhar, mas que justamente não está desvinculada do objetivo final, que consiste na satisfação do jurisdicionado e do seu direito material. Daí a aplicação do princípio da adequação.

Em face do exposto, entendemos que a classificação quinária situa-se no plano processual, utilizando elementos do direito material. Tal circunstância, conforme demonstrado, converge com a maioria da doutrina, ainda que os juristas expressem a influência do direito material de forma diversa, dando ênfase ora ao elemento material, ora ao processual, mas a grande maioria admitindo ao menos a “consulta” ao direito material.

3. A COERÊNCIA DO CRITÉRIO DE CLASSIFICAÇÃO DA TEORIA QUINÁRIA DA AÇÃO DE PONTES DE MIRANDA

A partir dos questionamentos ora enfrentados, não foi constatada qualquer incoerência nos critérios de classificação utilizados pela teoria quinária. A propósito, vale destacar que sua crítica, não raro, incorre no erro da simplificação, deixando aspectos importantes da teoria de lado. Assim sendo, insta prosseguir com a seguinte análise:

Preliminarmente, interessante constatar que é possível utilizar-se a classificação das eficácias em Pontes de Miranda, independentemente da questão particular relacionada à adoção ou não do conceito de ação material, o que significa dizer que necessariamente tais institutos não precisam seguir a mesma sorte. Aliás, é o que se vê atualmente quando boa parte da doutrina utiliza a classificação quinária sem problematizar o tema da ação material ou mesmo referi-la.¹³²

Rizzo Amaral. In: Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 136.

131. MURITIBA, Sergio. Ação executiva *latu sensu* e ação mandamental... Op. cit., p. 259-273.

132. Essa independência entre o conceito de ação material e a classificação quinária foi

A classificação quinaria em Pontes de Miranda, ainda que se possa questionar a rigidez da teoria no que tange a constante 15 (quinze)¹³³ ou mesmo a presença de todas as eficácias em cada espécie de ação¹³⁴, é a que melhor representa o fenômeno o qual se propõe classificar, que em última análise constitui a *forma de entrega da prestação jurisdicional*. Diga-se de passagem, foi a partir dela que se pôde enxergar o fenômeno por inteiro.

Destarte, o fato de a classificação pela eficácia preponderante situar-se no processo e consultar o direito material, ou mesmo mesclar o elemento material e processual, a nosso ver, não viola a exigência segundo a qual uma classificação deva conter caracteres comuns e ser homogênea. Além dos argumentos mencionados anteriormente, veja-se que a classificação quinaria contém (a) um objeto bem definido: *classificação da eficácia da ação ou sentença* e (b) um *elemento homogêneo* ou *elemento constante*, que é justamente a *preponderância da eficácia*, a qual corresponde ao *critério de classificação* – justamente por ser o *elemento homogêneo* ou *elemento constante* da classificação.¹³⁵

Ou seja, a ação será declaratória, constitutiva, etc., de acordo com a força de eficácia preponderante. Essa distinção, aliás, deve ser levada em consideração, pois se observa na obra¹³⁶ que *força* ou *eficácia* da ação ou sentença se define pela eficácia preponderante (peso 5); sendo que a eficácia imediata (peso 4) vem logo depois e, ato contínuo, a eficácia

observada por Fabrizio Camerini, que adota a classificação quinaria, porém defende a insubsistência da ação material quando exercida a ação processual (cf. CAMERINI, Fabrizio. Teoria geral da tutela mandamental: conceituação e aplicação. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 33-43). Araken de Assis, a seu turno, destaca a ausência de consenso em “relacionar as energias do provimento à ação material” (ASSIS, Araken. Sentença executiva, sentença condenatória e execução incidental: diferença segundo a classificação pela força e efeitos... Op. cit., p. 54).

133. Importante ressaltar que segundo a teoria de Pontes de Miranda, a cada ação ou sentença recebe um peso por eficácia, de 1 a 5, sendo que o peso 5 é atribuído à eficácia principal. Somados os pesos de eficácia em cada classe, tem-se a constante 15 (Cf. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado das ações... Op. cit., p. 130). Todavia, questiona-se o rigor dessa matemática, dada a sua rigidez, circunstância que, de resto, não invalida a teoria, v. g.: ASSIS, Araken de. Cumulação de ações... Op. cit., p. 90; TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer... Op. cit., p. 201-202.

134. Nesse sentido, v. g., questiona-se a subsistência da eficácia condenatória nas ações declaratórias junto ao Juizado Especial, quando não há condenação em honorários (cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças... Op. cit., p. 129 et seq.).

135. CARNELUTTI, Francesco. Metodologia do direito... Op. cit., p. 63-65.

136. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado das ações... Op. cit., p. 128 et seq.

mediata (peso 3). As demais vêm a seguir, sem tanta relevância. Nesse passo, aliás, não se pode perder de vista que todas as ações contêm todas as cargas de eficácia (ao menos em regra) e o critério de classificação considera apenas a eficácia preponderante.

O que parece tautológico na teoria de Pontes de Miranda é que a *eficácia da ação* (v. g., declaratória) é encontrada por meio da *eficácia preponderante* ou *força* (que, portanto, constitui o *critério* utilizado ou o *elemento constante*), que por sua vez corresponde ao próprio *resultado* da classificação ou a *classe* encontrada (eficácia declaratória). Em outras palavras, o *resultado* da classificação, v.g. eficácia declaratória, coincide com o *critério* utilizado, eis que o *resultado* é encontrado pela presença da respectiva força. Assim, no exemplo citado, a eficácia da ação será declaratória, quando a eficácia preponderante (ou a força) for declaratória.

Portanto, o *elemento constante*, *homogêneo* ou *critério* da classificação não é externo a mesma (v. g., posso classificar o gênero automóvel pela marca ou cor ou pelos dois; mas nesse caso o objeto e os critérios de classificação se distinguem perfeitamente, são previamente conhecidos e pré-estabelecidos: basta cruzá-los). No caso, busca-se conhecer a *eficácia da ação* (que corresponde ao *resultado* da classificação), por meio da *eficácia preponderante*, esta que será identificada mediante a utilização dos demais conceitos desenvolvidos pela teoria.

Veja-se que Pontes de Miranda soluciona o problema classificatório ao estabelecer a *eficácia preponderante* como *elemento constante* ou *elemento homogêneo* que toda a classificação deve apresentar. Feita essa constatação, não há como sustentar-se, sem incorrer-se em simplificação da teoria, que a classificação não utilizaria *critério* homogêneo, pois o *critério* de classificação é sempre a *eficácia preponderante*, portanto único. Bem compreendida, vê-se que a classificação é perfeitamente lógica e coerente.

Todavia, como a grande questão consiste em saber qual é a *eficácia preponderante* em cada caso, o jurista utilizou-se de um critério de hierarquia, baseado em dados da realidade (que a nosso ver conjugam o direito material e o processo, pois não existe eficácia pura, v. g., a declaratória é composta também de todas as outras eficácias). Só que nesse ponto, o problema classificatório já se encontra resolvido e a questão passa a ser uma questão de *definição* ou de *conceito*¹³⁷ e não mais de

137. Como diz Carnelutti, a definição é a "formula do conceito" (cf. CARNELUTTI, Francesco. Metodologia do direito... Op. cit., p. 76).

classificação, ficando Pontes de Miranda livre para dispor conforme a observação da realidade. Trata-se de uma classificação, portanto, “efetuada ao nível pragmático”.¹³⁸

Ao final, entendido os casos em que a preponderância da eficácia será *declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva*, resta cruzar as informações e definir diante de qual ação ou sentença se está. Ousamos interpretar que Pontes de Miranda, com seu mecanismo, consegue resolver um problema classificatório e ficar livre para tratar das eficácias e suas hierarquias. Por essa razão, a sua tese pode ser difícil de explicar ou entender, mas se afeiçoa à realidade, na medida em que reconhece cinco classes. No fórum, os operadores do direito percebem de forma empírica as cinco eficácias.¹³⁹

Clovis do Couto e Silva entende que a classificação de Pontes de Miranda desborda o critério “gênero” e “espécie”, onde as diferenças nem sempre aparecem com nitidez, passando a tratar das distinções entre as eficácias preponderantes, cujo critério “não é comum nas ciências do espírito, especialmente no direito”, o que se revelou uma grande contribuição.¹⁴⁰ Além disso, Couto e Silva destaca o importante papel da “análise

138. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Teoria trinária vs. teoria quinária: crônica sobre um diálogo de surdos... Op. cit., p. 197. O citado autor, todavia, censura a inserção da condenatória na classificação pragmática que apresenta, porém, apesar das críticas, reconhece o proveito da teoria quinária.

139. Nesse passo a crítica comumente feita à classificação quinária pelos adeptos da ternária pode ser invertida com a seguinte pergunta: o que é melhor, uma classificação simplificada que não explique o fenômeno na sua inteireza ou uma classificação complexa que explique o fenômeno? O operador do direito quer trabalhar com o maior número de possibilidades! A propósito, não é por outra razão, senão o reconhecimento das cinco classes, que as recentes reformas processuais inseriram dispositivos no CPC com força mandamental e executiva.

140. COUTO E SILVA, Clovis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda... Op. cit., p. 74-76. Pede-se vênica para transcrever as palavras de Clóvis do Couto e Silva, de forma exaustiva, pela singular importância ao presente estudo, a saber: “a particularidade da teoria de Pontes de Miranda está em classificar, segundo a sua eficácia, as ações ou sentenças, tomando em consideração, sobretudo, o efeito principal (...) como elemento explicativo, especialmente para aferir diferenças entre eficácias, pode ser da mais alta relevância. A percepção fica muito mais clara e as diferenças, que nem sempre aparecem na simples classificação por gênero e espécie, tornam-se mais evidentes. Poucos autores tiveram uma noção da existência de efeitos preponderantes em matéria de teoria das ações. No geral, essa visão se relaciona, apenas, com os efeitos das ações condenatórias. Nesse sentido, Paul Langheineken foi, talvez, o primeiro a ter essa intuição, ao afirmar que nas ações condenatórias a ordem contida na sentença constitui a parte principal de seu conteúdo e a declaração do direito somente um seu elemento secundário (...) A contribuição de Pontes de Miranda consistiu em inter-relacionar as diversas eficácias das ações segundo um

espectral” feita por Pontes de Miranda, que corresponde à análise interna das ações e não a análise externa, que distinguia apenas três espécies, conferindo o mesmo tratamento a efeitos absolutamente diversos.¹⁴¹

Ao mesclar critérios processuais e materiais, baseando-se no conteúdo da decisão (ou conteúdo e efeitos, se assim entender-se), a classificação quinária atende ao seu próprio objeto, que diz respeito, em última análise, à entrega da prestação jurisdicional.

Seja como for, conforme demonstrado, a classificação de Pontes de Miranda é processual, como o próprio jurista admite, e complexa, como revela Clóvis do Couto e Silva, de modo que a inclusão das cinco eficácias considera também o resultado da atividade jurisdicional a partir do pedido da parte, caso em que a classificação leva em consideração diversos elementos, materiais e processuais. Na verdade, Pontes de Miranda partiu do dado da realidade e da experiência normativa de onde se extraem as cinco eficácias. Assim, em defesa da sua tese poder-se-ia dizer que se a classificação de Pontes de Miranda é complexa, é porque o fenômeno é complexo¹⁴². Aliás, esse é o seu grande mérito em relação à classificação ternária, que deixa escapar parte da realidade.

Por outro lado, não há como fugir do caráter concreto e prático da classificação, de modo que definir se a eficácia será declaratória,

critério de preponderância ou de hierarquia de efeitos que não é comum nas ciências do espírito, especialmente no direito. Para isso, impunha-se uma tarefa preliminar. A análise de todos os tipos possíveis de efeitos das ações ou das sentenças, segundo um critério de preponderância. Nesse ponto reside a sua grande contribuição à teoria das ações, desenvolvida no seu magistral Tratado das Ações (...) Pontes de Miranda utiliza-se do que ele denomina de análise espectral, ou seja, da análise internas das ações e não da análise externa, que via apenas três espécies. A classificação das ações e sentenças em apenas três espécies não levava, como não levou, ao exame rigoroso dos efeitos executivos e mandamentais contidos nas ações e nas sentenças. E o que é pior: deu o mesmo tratamento e efeitos absolutamente diversos (...) É que muitos autores não percebem que é necessário analisar a hierarquia dos efeitos, sem o que a classificação perde em certeza e se reduz a uma simples opinião. Esse critério de hierarquia, de prevalência, foi adotado por Pontes de Miranda no exame das ações declaratórias, condenatórias, constitutivas e mandamentais, estabelecendo com clareza exemplar conceitos que permanecem confusos ainda entre os melhores autores.”

141. Ver também: PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado das ações... Op. cit., p. 117 et seq.

142. Como diz Pontes de Miranda: “na vida de estudos diários, intensivos, de mais de meio século, nunca encontramos, nem conhecemos qualquer ação ou sentença que não caiba numa das cinco classes. Ciência é livre disponibilidade de espírito: o cientista há de ter grande alegria em descobrir o erro em que estava, ou em acrescentar algo novo à sua ciência” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado das ações... Op. cit., p. 126).

constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva, dependerá não apenas do pedido, mas das ocorrências ao longo do processo, do seu resultado e da forma como esse resultado possa ser efetivado no caso concreto, ou seja, trata-se de classificar o produto e a entrega da atividade jurisdicional, sempre com olhos no direito material (veja-se que quando se fala da ação – e não da sentença – como objeto da classificação, parte-se da hipótese de procedência e, portanto, projeta-se a atividade jurisdicional).

Enfim, não havendo classificação verdadeira ou falsa, o fato é que a classificação quinária das ações, quicá nas suas diversas formulações¹⁴³, a nosso ver, tem superado o seu maior desafio, que consiste em ter-se revelado útil no dia-dia forense, ao contrário, v. g., da classificação ternária, que simplesmente nega a realidade e conceitos já sedimentados¹⁴⁴, pois as eficácias mandamentais e executivas estão escancaradas na legislação e diariamente estampadas nos pleitos e nas decisões judiciais.

CONCLUSÃO

Procurou-se enfrentar algumas questões de ordem *metodológica* endereçadas à classificação das eficácias, especialmente em relação à teoria quinária da ação.

Assim, concluiu-se que não há confusão dos critérios “conteúdo” e “efeitos” pela teoria quinária, sendo absolutamente convincentes os argumentos de que todas as cinco eficácias dizem respeito ao “conteúdo” da ação ou sentença.

Por outro lado, a classificação quinária situa-se no plano processual, utilizando-se de elementos do direito material.

Demonstrou-se, outrossim, a coerência do critério da classificação quinária, eis que contém (a) um objeto bem definido: *classificação da eficácia da ação ou sentença*, e (b) um elemento homogêneo ou constante, que é a *preponderância da eficácia*, a qual corresponde justamente ao *critério* de classificação.

143. Como é o caso da tese de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que defende as cinco eficácias, porém com fundamentos próprios (cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional... Op. cit., passim).

144. Na medida em que modificam conceitos e negam a realidade, os trinaristas acabam extrapolando a função classificatória, cujo objetivo consiste em agrupar fenômenos.

Enfim, destacou-se a enorme utilidade da teoria quinária, pela sua aptidão em retratar a realidade.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Leonardo Santana de. Direito, ação e tutela jurisdicional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Noções sobre a classificação das ações – algumas modalidades de procedimentos e o cabimento da antecipação de tutela. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 167-194.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. A Polêmica em torno da “ação de direito material”. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ASSIS, Araken. Sentença executiva, sentença condenatória e execução incidental: diferença segundo a classificação pela força e efeitos. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 51-64.
- ASSIS, Araken de. Cumprimento de sentença. Rio de Janeiro: forense, 2006.
- ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Curso de processo civil: processo de conhecimento. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996. v. 1.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Conteúdo da sentença e coisa julgada. In: SENTENÇA e coisa julgada: ensaios e pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. Revista Ajuris, Porto Alegre, n. 29, p. 99-126, 1983.
- BARBI, Celso Agrícola. A ação declaratória no processo civil brasileiro. Belo Horizonte: José Bushatsky, 1955.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. Revista Ajuris, Porto Alegre, n. 35, p. 204-212, nov. 1985.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. In: TEMAS de direito processual civil. oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004a.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. *Revista dos Tribunais*, v. 436, p. 13-19, fev. 1972.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença executiva? *Revista de Processo*, n.114, p. 147-162, mar./abr. 2004b.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BETTI, Emilio. *Ragione e azione*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Pádua, v. 9, p. 205-237, 1932.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1986. v. 1.
- CAMERINI, Fabrizio. *Teoria geral da tutela mandamental: conceituação e aplicação*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do direito*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2005b.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capiatano. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Teoria trinária vs. teoria quinária: crônica sobre um diálogo de surdos. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Teoria Quinária da ação*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 195-204.
- COSTA, Guilherme Recena. A doutrina das ações de Pontes de Miranda e a classificação das sentenças condenatórias e executivas à luz do direito brasileiro. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Teoria Quinária da ação*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 265-293.
- COUTO E SILVA, Clovis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 43, p. 69-78, 1988.
- DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando. Adaptando-se o velho através de um olhar atual: ensaio em defesa à teoria trinária. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Teoria Quinária da ação*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 343-356.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3.
- KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile*. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 4, p. 47-71, 1950.

- MACHADO GUIMARÃES, Luiz. Estudos de direito processual civil. Rio de Janeiro: EJU, 1969.
- MANDRIOLI, Crisanto. Diritto processuale civile. Torino: Giappichelli, 2007. v. 1.
- MARANHÃO, Clayton. A consagração da teoria quinária no direito positivo brasileiro: nota breve ao artigo 14, inciso V, parágrafo único, do CPC, na redação dada pela Lei nº10.352/01. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 83-100.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação como objeto litigioso no processo civil. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 367-404.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. A polêmica sobre a teoria a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- MURITIBA, Sergio. Ação executiva *latu sensu* e ação mandamental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da ação de direito material. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sentenças executivas e eficácia executiva das sentenças. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria Quinária da ação. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 521-541.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade da tutela jurisdicional. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b. p. 83-109.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006c.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. São Paulo: RT, 1970.
- REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1957. v. 1.
- ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile: studi*. Torino: Fratelli Bocca, 1906.
- ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. Torino: UTET, 1957. v. 1.
- SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Ensaio sobre as sentenças condenatórias, executivas e mandamentais. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Teoria Quinária da ação*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 455-508.
- SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005.
- TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 186-211.
- TAVORMINA, Valerio. In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n.35, 1979.
- TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. *Tutela específica dos direitos: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. As sentenças determinativas e a classificação das ações. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Teoria Quinária da ação*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 315-330.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Novos rumos do direito processual civil: efetividade da jurisdição e classificação das ações – ação executiva lato sensu – tutela de urgência. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.26, p. 20-63, maio 2005.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DJP, 2006.

26

A DENUNCIÇÃO DA LIDE COMO REMÉDIO JURÍDICO PROCESSUAL: UMA CONTRIBUIÇÃO À LUZ DA DOCTRINA DE PONTES DE MIRANDA

Lucas Buril de Macêdo¹

Ravi Peixoto²

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Uma breve elucidação: ação material e remédio jurídico processual, conceitos e distinções. – 3. O panorama doutrinário da denúncia da lide. – 4. A denúncia da lide como remédio jurídico processual e a conservação da ação material – 5. Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca fixar uma fundamentação consistente para a interpretação do art. 70 do Código de Processo Civil, especialmente ao tratar da “obrigatoriedade” da denúncia da lide. A preocupação é a de fornecer uma base consistente para a conclusão de que a não utilização da técnica interventiva não gera a perda do direito substancial que seria por ela veiculada, especialmente na ainda controversa hipótese da evicção, a qual conta com diversas posições, todas incompatíveis entre si.

Para isso, fazemos uso da teoria de Pontes de Miranda, homenageado da presente obra, especialmente da distinção entre as eficácias de direito material (direito, pretensão e ação) e as de direito formal: direito e pretensão ao remédio jurídico. Não nos deteremos às conclusões do genial autor, mas, tendo por base as suas construções teóricas, iremos propor uma nova forma de interpretação do termo “obrigatoriedade” da denúncia da lide.

-
1. Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife. Advogado.
 2. Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife. Advogado.

No primeiro ponto, então, preocupamo-nos em precisar os conceitos que servirão de premissa para a conclusão deste trabalho, especificamente “ação material” e “remédio jurídico processual”, distinguindo-os. No segundo ponto tratamos dos principais posicionamentos e seus respectivos fundamentos, na doutrina nacional, quanto à obrigatoriedade da denunciação da lide e seus efeitos. Finalmente, lançamos uma conclusão já vista na doutrina, fundamentando-a, entretanto, de forma consistente e diversa da tradicional, a partir da diferenciação entre a ação material ressarcitória ou de evicção e o correspondente remédio jurídico processual.

2. UMA BREVE ELUCIDAÇÃO: AÇÃO MATERIAL E REMÉDIO JURÍDICO PROCESSUAL, CONCEITOS E DISTINÇÕES

O conceito de ação é, sem dúvidas, um dos mais turbulentos e problemáticos em direito processual, levando a infindáveis discussões³. Não nos preocuparemos em, expressamente, ingressar ou contribuir neste debate, mas assumiremos, desde já, a existência da denominada ação material, em paralelo à “ação” processual. Para tanto, preocupar-nos-emos, nas próximas linhas, em fornecer um conceito de ação material e de remédio jurídico processual.

A ação material é o estado de impositividade do direito, é atividade para a satisfação (tutela)⁴.

A partir dos fatos jurídicos podem vir à tona relações jurídicas (plano da eficácia), que têm como principal conteúdo o direito subjetivo⁵, tida como a “primeira categoria eficaz surgida no conteúdo da relação jurídica”⁶, estabelecendo uma relação de direito e dever, ou seja, de uma posição de vantagem em face de outrem.

-
3. Ver, sobre o assunto: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da ação de direito material*. Salvador: Juspodivm, 2008, especialmente capítulo IV; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 165-20; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 40-61.
 4. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, t. V, p. 460.
 5. Sobre as situações jurídicas (tendo as relações jurídicas como a principal), ver MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – Plano da eficácia*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94 e ss..
 6. GOUVEIA, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa. *A ação material e tutela cautelar. Teoria Quinária da ação: Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu*

A pretensão, por sua vez, é o “segundo momento”⁷ ou grau de exigibilidade do direito subjetivo⁸, podendo nascer concomitantemente a este ou em momento posterior⁹. Por exemplo, ao se reconhecer uma dívida com vencimento em seis meses, há, inequivocamente direito ao valor, mas inexistente pretensão até que o prazo, ou outra circunstância excepcional, se realize.

A ação material é o estado seguinte¹⁰, advindo da não satisfação ou da cessação da satisfação da pretensão, em que um sujeito pode impor o seu direito ao outro¹¹. Não há mais aqui mero dever ou obrigação, mas possibilidade de imposição, que é um verdadeiro “plus” à pretensão, sendo um “terceiro momento” do direito subjetivo.

Com efeito, enquanto a pretensão pressupõe a colaboração do sujeito passivo para sua satisfação, a ação material é a imposição do direito assegurado pelo ordenamento jurídico¹². São conceitos distintos a representar posições jurídicas também distintas, indispensáveis para a compreensão precisa do fenômeno jurídico, sob pena de abarcar sob só um conceito duas figuras que não se confundem. Poder exigir não quer dizer, necessariamente, poder impor¹³.

falecimento. COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 563.

7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações. São Paulo: RT, 1970, t. I, p. 90.
8. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico – Plano da eficácia. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 203. Na definição do Mestre: “Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem algum prestação positiva ou negativa”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, cit., t. V, p. 451.
9. Importante perceber, entretanto, ser possível a existência de direitos sem pretensão, como também de pretensões sem direitos, ou ainda de direito e pretensão sem ação, ou de direito e ação sem pretensão, cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado... cit., p. 458, t. V.
10. É bem possível que se trate, também, de exceção (material). Para uma análise das exceções materiais: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado... cit., §628, t. VI.
11. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ALBUQUERQUE JR, Roberto Paulino de; ARAÚJO, Gabriela Expósito de. Da noção de direito ao remédio jurídico processual à especialidade dos procedimentos das execuções fundadas em título extrajudicial. In: DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BASTOS, Antonio Adonias (coord.). Execução e cautelar. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 508. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado... cit., p. 481.
12. “Na ação, despreza-se, por inteiro, o comportamento do sujeito passivo, porque o agir se realiza contra e independentemente da sua vontade. Se alguém somente pretende – premido ou não –, almeja que o obrigado cumpra voluntariamente o deve que lhe impõe o direito invocado”. ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 79.
13. Veja-se, com proveito, a explicação do professor Marcos Bernardes de Mello, em especial o seguinte exemplo, em que um indivíduo contrata um empréstimo com vencimento no

Dessa forma, ao se falar em ação fala-se em uma posição de direito substantivo, então é possível e correto falar em “ação possessória”, “ação ressarcitória”, “ação reivindicatória”, “ação inibitória”, etc. Sendo certo que, em todos os exemplos suscitados, o termo ação está empregado em seu sentido material.

A ação material não é conceito que substitui, supera ou se iguala com o de “ação” processual. São conceitos distintos para descrever fatos distintos, não se confundem nem se contrariam, pelo contrário, ambos devem ser aproveitados, integrando-se, para o funcionamento do fenômeno jurídico. Atualmente, os ordenamentos jurídicos em geral institucionalizaram o monopólio da Jurisdição pelo Estado, chegando até a criminalizar a imposição particular do direito (autotutela), então a ação material é exercida, salvo exceções expressas, mediante a própria “ação” processual¹⁴. Por outro lado, pode-se afirmar que toda em toda “ação” processual afirma-se a existência de uma ação material¹⁵.

dia 5 de julho do mesmo ano, onde há previsão de que o pagamento pode ser feito em até 5 dias após o vencimento, sem juros e correção monetária. Após o vencimento, no dia 5 de julho, haverá pretensão, podendo ser exigida a dívida, mas não há ainda ação, pois só haverá imposição da obrigação a partir do dia 11 de julho. (Da ação como objeto litigioso no processo civil. Teoria Quinária da ação: Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 383). Ver também, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, t. I, p. 119.

14. “A pretensão e a ação de que aqui se trata não se confundem com as denominadas ‘pretensões’ e ‘ações’ de direito processual, que, em verdade, são apenas instrumentos para o exercício e da pretensão e da ação de direito material. A denominada ‘ação’ de direito processual nada mais é que o remédio jurídico processual que o Estado põe à disposição dos sujeitos de direito para que tornem efetivas a ação e a pretensão de direito material de que sejam titulares. São institutos absolutamente distintos, como se vê, embora, de ordinário, sejam tratados como se fossem iguais. A ação de direito material também costuma ser confundida com a pretensão à tutela jurídica, comumente denominada direito de ação. A confusão doutrinária, segundo parece, resulta da circunstância de que as ações de direito material, em geral, somente podem ser exercidas por meio das ações de direito processual (= remédios jurídicos processuais), considerando que o Estado reservou a si o monopólio da tutela dos direitos, proibindo aos indivíduos a justiça de mão própria (= autotutela dos direitos), o que tem permitido criar a falsa ideia de que ação (material) e ‘ação’ (processual) seriam a mesma coisa. Em realidade, porém, a ação de direito material constitui, de regra, o objeto sobre que deve versar a ação processual, a res in iudicio deducta, uma vez que, por meio desta, se busca tornar efetiva aquela”. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria... cit., p. 205-206.
15. “Se é correto afirmar que pode haver direito subjetivo sem ação, a relação inversa não é possível de se estabelecer. Toda ação de direito material pressupõe um direito subjetivo. Mesmo nos casos das ações declaratórias negativas de inexistência de relação jurídica (CPC, art. 4º) essa relação se faz presente”. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria... cit., p. 114.

O remédio jurídico processual, por sua vez, não se confunde nenhum dos dois conceitos¹⁶. Ele é o meio disponibilizado pelo direito (pré-processual) para a tutela do direito material afirmado¹⁷.

Pontes de Miranda, de maneira didática, define o que seria o remédio jurídico processual:

O remédio jurídico processual é o oriundo da lei processual, o caminho que tem de ser perlustrado por aquele que vai a juízo, dizendo-se com direito subjetivo, pretensão e ação, ou somente com ação. Tão diferentes são ação e remédio jurídico processual, que todos os dias, ao julgarem os feitos, os tribunais declaram que o indivíduo não tem a “ação”. No entanto, usaram do remédio jurídico processual¹⁸.

O direito a uma tutela adequada só pode ser concretizada mediante a estruturação de um procedimento em conformidade às necessidades do direito, é nesse sentido que se disponibilizam remédios jurídicos processuais especiais – como o habeas corpus, a execução fiscal, o mandado de segurança, a execução de títulos extrajudiciais, o mandado de segurança – em observância às peculiaridades da situação jurídica material que é posta sob a Jurisdição¹⁹.

O fornecimento de remédios jurídicos processuais, portanto, é dever do Estado, em tutela dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e ao devido processo legal²⁰. É indispensável a sua adequação aos direitos que por eles são veiculados, pois os remédios são, em realidade, a verdadeira estrutura formal pela qual estes se realizam, mediante a atuação da Jurisdição.

O remédio jurídico processual é, basicamente, o procedimento utilizado por aquele que afirma possuir a ação. Podem existir diversas formas processuais para se exercer a mesma ação material. Veja-se o exemplo de uma ação material que pode ser exercida por meio do procedimento

16. Ver MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1946, cit., p. 122-124.

17. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Pretensão à tutela jurídica, pretensão processual e pretensão objeto do litígio. Revista Forense – comemorativa 100 anos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, t. V, p. 95; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações... cit. p. 94; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos et alli. Da noção... cit., p. 511-512.

18. Tratado das ações... cit. p. 94.

19. Nesse sentido, amplamente, MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 44-49.

20. MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2010, em especial a parte 2 dessa obra.

ordinário ou por meio do mandado de segurança, satisfeitos os seus requisitos específicos. E mais: uma vez utilizado erroneamente o mandado de segurança, caso haja necessidade de dilação probatória, a sentença desfavorável não irá atingir a ação material, mas apenas a pretensão àquele remédio jurídico processual específico²¹. Em outros termos: não se atinge o direito material, que pode ser exercido por meio das vias ordinárias²².

Nota-se, desta feita, que o direito, a pretensão e a ação material não se confundem com a ação processual ou com o remédio jurídico processual²³. A correta compreensão da influência respectiva e da independência de cada um desses institutos é indispensável à compreensão das figuras jurídicas e, portanto, ao seu manuseio: o remédio jurídico processual não se submete ao tratamento jurídico das ações materiais, diferenciá-los é crucial para a correta aplicação do ordenamento jurídico²⁴.

3. O PANORAMA DOUTRINÁRIO DA DENUNCIAÇÃO DA LIDE

A denunciação da lide é uma modalidade de intervenção de terceiros de procedência no direito romano, historicamente ligada aos casos de evicção.²⁵⁻²⁶

21. Bem esclarece Pontes de Miranda ao afirmar que “A perda, na lide, pelo autor da ação pode consistir em se decidir que a êle não assistia pretensão à tutela jurídica, ou que, na espécie ou no caso, o remédio jurídico era impróprio. Aí, a sentença desfavorável não negou a existência da ação”. (Tratado das ações... cit. p. 95).
22. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A fazenda pública em juízo. São Paulo: Dialética, 2012, p. 487.
23. “Sintetizando, nos moldes da teoria do fato jurídico seguida neste trabalho, pode-se dizer que as situações jurídicas (plano da eficácia) direito e pretensão ao remédio jurídico processual se situam no plano pré-processual pelo simples fato de antecederem ao processo. Não se pode exercer um direito sem se ter tal direito, ao demandar exerce-se, além de tudo, o direito pré-processual ao remédio jurídico processual; já o exercício delas, por intermédio da demanda (a qual, igualmente, serve de base para o exercício da pretensão à tutela jurídica), é fato jurídico (plano da existência) que dá ensejo à formação do processo: procedimento e relação processual”. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos et alli. Da noção... cit., p. 513.
24. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1946, cit., p. 126-127. Para uma delimitação precisa dos conceitos utilizados neste ponto e vários outros, também objeto de dissenso e equívocos: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1995, “prólogo” (p. XIV-XXXIV).
25. “Evicção é a perda da coisa, sofrida pelo adquirente, em consequência de um anterior direito de outrem, declarado por sentença”. CARNEIRO, Athos Gusmão. . Intervenção de terceiros. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2008 , p. 106.
26. SILVA, Ovídio Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 327, v. 1. É de se notar que o instituto, em nosso ordenamento, possui tanto características romanísticas como também germânicas, dizendo-se tratar de uma figura sui generis. FLAKS, Milton. Denunciação da lide. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Os principais objetivos da denúncia são, basicamente, facilitar o direito de regresso perante um terceiro no mesmo processo, através de uma ação regressiva '*in simultaneus processus*', sem necessitar de uma ação autônoma²⁷ e instar o denunciado a exercer o seu dever de auxílio, notadamente na hipótese de evicção²⁸. É técnica que privilegia a economia processual²⁹.

Consoante o Código de Processo Civil, a denúncia pode ser exercida pelo autor ou pelo réu, e há três modalidades dessa espécie de intervenção de terceiros: a) do alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta; b) do proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada; c) daquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Uma vez realizada a denúncia da lide, com o ingresso do terceiro, há uma ampliação objetiva e subjetiva do processo, visto que existirão duas ações: a) uma principal, do autor contra o réu originário e b) uma do litisdenunciante, em face do litisdenunciado, de caráter eventual, pois dependerá do provimento da primeira.

No presente artigo, cingir-nos-emos à análise do art. 70 do CPC, em especial, a questão da obrigatoriedade da sua realização, bem como as consequências do seu não exercício. É importante destacar que o centro do dissenso doutrinário é o inciso I do mencionado dispositivo, a tratar da evicção³⁰. Nessa modalidade, até hoje, há forte discussão doutrinária

-
27. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Teses, estudos e pareceres de processo civil. São Paulo: RT, 2005, v. I, p. 209. Igualmente, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. II, p. 157.
 28. "O instituto da denúncia da lide tem origem romana e sua função primordial liga-se ao interesse que o adquirente tem de dar conhecimento ao alienante da existência do litígio de que participa, a fim de que o alienante lhe preste auxílio na defesa da coisa por este transmitida, procurando impedir que o adquirente sofra evicção". SILVA, Ovídio A; Baptista da. Comentários... Cit., p. 326. Reconhece o autor, em seguida, dois objetivos para o instituto: 1) notificar o alienante para que auxilie na defesa, e 2) assegurar o direito ao ressarcimento da quantia paga, caso ocorra a evicção. Igualmente, CARNEIRO, Athos Gusmão. Intervenção de terceiros. cit., p. 102-103.
 29. BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p.247.
 30. Nas modalidades além do inciso I do art. 70 do CPC, já é pacífico o posicionamento de que a não denúncia da lide não irá gerar a perda do direito de regresso (ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil, 13. Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 667),

e jurisprudencial acerca da obrigatoriedade ou não da denúncia da lide no caso da evicção. Neste tópico, faremos uma análise da posição da doutrina e do atual posicionamento jurisprudencial.

Inicialmente, é importante ressaltar que, independente da posição adotada, essa obrigatoriedade não pode ser entendida como um dever imposto à parte, mas sim como um *ônus processual*³¹. Como bem aponta Fredie Didier Jr., a denúncia é exercício do direito de ação, portanto não é um dever, em face da inexistência de um dever de exercitar o direito de ação³². Ela será uma faculdade da parte, que terá como consequência, a depender da posição adotada, a perda de geração de um título executivo no mesmo processo ou a perda dos próprios direitos decorrentes da evicção. É ônus, portanto; seu descumprimento não é inadimplemento de obrigação, não é ilícito, mas sim uma faculdade que pode levar a efeitos prejudiciais ao interessado que dele não se desincumbiu³³.

Consoante afirma Dinamarco, a denúncia da lide “com fundamento na evicção, é o único, entre todos os incisos daquele artigo [70], que sanciona a omissão em litisdenunciar com a perda do direito à indenização”³⁴. Assim, o réu teria o ônus de denunciar o terceiro em face da ocorrência da evicção, sob pena de sequer poder exercer esse direito

-
31. Consoante lição de Ovídio Baptista, “A consequência do não cumprimento da obrigação gera um inadimplemento, que é um comportamento ilícito, o não cumprimento de um ônus, embora sendo uma conduta lícita, acarrete ao onerado uma desvantagem” (Op. Cit., p.328), assim ocorrendo caso seja obrigatória a denúncia da lide, que não geraria ilícito, mas a perda do direito material. No mesmo sentido, BARBI, Celso Agrícola. Comentários... cit., p. 251.
 32. A denúncia da lide e o art. 456 do novo CC: a denúncia da lide per saltum e a “obrigatoriedade”. O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. DIDIER JR., Fredie et alli (Coord.). São Paulo: RT, 2010, p. 263.
 33. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Comentários... Cit., p. 328-329.
 34. Intervenção de terceiros, 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 142 (o texto entre colchetes é nosso). Da mesma forma: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 216; BARBI, Celso Agrícola. Comentários... cit., p. 251-252. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo, 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 121; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Op. Cit., p. 208; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. I, p. 189; CARNEIRO, Athos Gusmão. Intervenção... cit., p. 105. GOMES, Orlando. Contratos, 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.116; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. II, p. 141; USTARROZ, Daniel. A condenação direta do litisdenunciado. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Ustarroz%20-formatado.pdf>. Acesso às 09h, do dia 28 de dezembro de 2012, p. 2.

posteriormente, em ação autônoma. Esse posicionamento teria por base uma exigência do direito material, que, no art. 456 do CC/02 (análogo ao 1.116 do CC/16), impõe a utilização da denúncia da lide como única possibilidade do exercício do direito de regresso no caso da evicção³⁵.

A doutrina, no entanto, começou a questionar esse entendimento. Inicialmente, se percebeu que há casos em que, o próprio direito processual impede a denúncia da lide, a exemplo do procedimento sumário (a exceção do art. 280) e no caso dos juizados especiais (art. 10, da Lei 9.099/95), afora os casos de privação extrajudicial da coisa³⁶. Nesses casos, então, inexistiria a perda do direito material em face do não exercício da denúncia da lide³⁷, em virtude da própria impossibilidade de exercê-lo por essa via processual.

Esse posicionamento da não obrigatoriedade, no entanto, foi paulatinamente ampliado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o qual pode ser sintetizado a partir da ementa do seguinte precedente:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. VEÍCULO IMPORTADO. EVICÇÃO. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE.

1. Esta Corte tem entendimento assente no sentido de que "direito que o evicto tem de *recobrar o preço*, que pagou pela coisa evicta, independe, para ser exercitado, de ter ele denunciado a lide ao alienante, na ação em que terceiro reivindicara a coisa" (REsp 255639/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, DJ de 11/06/2001).

2. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no Ag 917.314/PR, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 15/12/2009, DJe 22/02/2010³⁸)

O raciocínio do STJ é de que a imposição da obrigatoriedade da denúncia da lide e a consequência da perda do direito material ao valor da coisa, em face do seu não exercício, acabariam por gerar um

35. MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo, 2. Ed. São Paulo: 2010, p. 145.

36. ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Comentários ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 402.

37. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Manual de direito processual civil, 3. Ed. São Paulo: Método, 2011, p. 246.

38. No mesmo sentido: REsp 880.698/DF, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 10/04/2007, DJ 23/04/2007, p. 268

enriquecimento ilícito do alienante evicto, motivo pelo qual passou a entender que, em todos os casos, haveria a facultatividade no seu exercício³⁹. Mas ressalte-se: esse entendimento do STJ limita-se ao ressarcimento do valor da coisa evicta, não se referindo aos demais prejuízos decorrentes da evicção.

Há, ainda, de se citar a existência de um posicionamento ainda mais restritivo acerca da obrigatoriedade da denunciação da lide. Isso porque, além de poder reaver o valor da coisa, o evicto, nos termos do art. 450 do CC/02, ainda possui os seguintes direitos: a) indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; b) indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção e c) custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído.

Ou seja, a corrente do STJ ainda limita, em certa medida, o exercício da denominada “ação autônoma de evicção”, que abrangeria apenas o valor da coisa. Dessa forma, a doutrina passou a criticar tal posicionamento, baseando-se, em suma, nos seguintes argumentos: a) a possibilidade de reconhecimento da evicção por atos extrajudiciais, a qual, por óbvio, não iria necessitar da denunciação da lide, criando uma situação anti-isonômica, onde a evicção extrajudicial gozaria de mais privilégios que a judicial; b) se o art. 199, III, do CC/02 afirma não correr o prazo de prescrição enquanto pendente a ação de evicção, não haveria de se entender que ele atingiria apenas o valor da coisa e não os demais direitos decorrentes da evicção; e c) admitir a obrigatoriedade da denunciação da lide para certos casos e não para outros, seria admitir que a lei imponha prazos de caducidade distintos para situações materialmente idênticas, pois para reaver o valor da coisa o evicto teria 3 anos, enquanto para reaver o exercício dos demais direitos apenas o prazo da defesa⁴⁰.

39. Com o mesmo raciocínio, muito embora a ele não se limite, cf.: DIDIER JR., Fredie. Op. Cit. p. 264. Seguindo expressamente o entendimento de Fredie Didier Jr.: MENEZES, Iure Pedroza. A denunciação da lide no novo CPC e seus reflexos no Código Civil. O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. DIDIER JR., Fredie; AGUIAR BASTOS, Antonio Adonias. (Coords.). Salvador: Juspodivm, 2012, p. 359-360. Não falando em “facultatividade”, mas entendendo que “não perde o adquirente o direito à recuperação do preço”, ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Comentários... cit., p. 402-403.

40. Com tais argumentos: VANUCCI, Rodolpho; BARROS NETO, Geraldo Fonseca. A não obrigatoriedade da denunciação da lide. Panorama atual das tutelas individual e coletiva: Estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes. (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 698-702.

Dessa forma, para essa terceira corrente, o não exercício da denúncia da lide impediria apenas a formação do título executivo no mesmo processo, ficando a parte sujeita a eventual modificação do entendimento na ação de evicção autônoma. No entanto, não haveria a perda do direito material de exigir quaisquer dos prejuízos decorrentes da evicção⁴¹.

Percebe-se, pela breve síntese, que a mudança de posicionamento acerca da perda ou não do direito de regresso pela não denúncia da lide no caso da evicção se deu, basicamente, pela mudança de interpretação de diversos artigos do CC/02, bem como a partir da preocupação em evitar o enriquecimento ilícito do alienante.

4. A DENUNCIÇÃO DA LIDE COMO REMÉDIO JURÍDICO PROCESSUAL E A CONSERVAÇÃO DA AÇÃO MATERIAL

É de se notar que a doutrina manifesta-se sobre o problema da “obrigatoriedade” da denúncia da lide com pouca preocupação em fundamentar ou adequar a “opção” à luz da Teoria Geral do Processo, marcadamente ignorando a divisão entre os planos processual, pré-processual e material⁴². É nessa análise que se insere as premissas que observamos no início deste trabalho.

Conforme visto, fala-se em “prescrição” da ação (material) de evicção, caso haja denúncia da lide não, com base no art. 456 do CC/02. A ação material, a pretensão ou o próprio direito subjetivo material *não* são o objeto da obrigatoriedade – que nada mais é que um ônus – e da consequente caducidade de que trata o dispositivo normativo em análise.

O texto inequivocamente fala em obrigatoriedade da denúncia da lide, e é de se inferir uma perda quando de seu descumprimento.

41. VANUCCI, Rodolpho; BARROS NETO, Geraldo Fonseca. Op. Cit. p. 698-704. Sem impor qualquer perda do direito de regresso no caso de não-denúnciação da lide, muito embora não mencione os demais prejuízos decorrentes da evicção: DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2011, v. I, p. 375-376; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. Cit., p. 194-195.

42. Isso pode levar a tratamentos equívocos: “Diferenciar os direitos e as pretensões aos remédios processuais e as diversas ações materiais existentes é fundamental, porquanto, dentre outras coisas, é possível que haja preclusão ou prescrição, conforme o caso, de um sem que o outro seja atingido”. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos et alli. Da noção... cit., p. 512

Entretanto, de prescrição da pretensão ou ação material o dispositivo não trata. O texto normativo cuida do *remédio jurídico processual*, sendo aplicável a qualquer das hipóteses previstas nos incisos I a III do art. 70 do CPC/73. Manter uma interpretação completamente díspar entre os incisos do mesmo dispositivo é, claramente, arbitrário e sem razão.

A denunciação da lide é, bem vistas as coisas, um remédio jurídico processual específico. Exercer a denunciação da lide é exercer direito e pretensão a um procedimento específico, sumarizado, para a prestação da tutela ressarcitória decorrente de suas hipóteses permissivas (incisos I, II e III do art. 70 do CPC).

É de se notar que a técnica interventiva possibilita a participação do denunciado no mesmo processo em que se admite o reconhecimento da procedência da ação que dá ensejo ao seu dever de indenizar (art. 75 do CPC), afastando possíveis vícios escusatórios (*exceptio male gesti processus*), e tem-se de pronto a formação do título executivo em favor do denunciante (art. 76 do CPC).

Doutra forma – sem o procedimento do art. 70 e seguintes do CPC –, a tutela ressarcitória seria prestada por via do procedimento ordinário, indubitavelmente detentor de maiores entraves e poderia levar, inclusive, à discussão da responsabilidade do sujeito pleiteante do ressarcimento por não ter se portado adequadamente na demanda anterior, pois, não tendo participado do contraditório, não estaria submetido à coisa julgada.

É de se entender, portanto, em uma interpretação sistemática, que a obrigatoriedade, e assim a preclusão, prevista no Código de Processo Civil é do instituto por ele regulado: o remédio jurídico processual específico da denunciação da lide. O não exercício da denunciação *não* impede o exercício da ação material, que por ela seria exercida, mediante via específica; impede, sim, o uso da própria denunciação e, portanto, a perda da oportunidade de usufruir das benesses próprias da estrutura deste procedimento.

Por outro lado, a norma cível, de forma alguma, impede a conclusão aqui esposada – pelo contrário, já que a alçamos com fundamento na própria distinção entre a ação material de evicção e o remédio jurídico processual da denunciação da lide. O art. 456 do CC/02 fala em notificação do litígio ao alienante “quando e como lhe determinarem as leis de processo”: as leis processuais tanto disponibilizam a denunciação da

lide como o procedimento ordinário, remédio jurídico processual esse, entretanto, que não eximirá o sujeito da discussão de sua postura na demanda em que restou evicto⁴³.

Dessa forma, o evicto ou aquele com direito a indenização por perdas e danos pode muito bem intentar sua ação (material) regressiva, através da “ação” processual, tendo como remédio jurídico processual o procedimento ordinário, em caso de não exercício da denúncia da lide.

5. CONCLUSÃO

O trabalho concentra-se em explorar, especificamente tratando da denúncia da lide, a distinção entre o remédio jurídico processual e o direito, pretensão e ação de direito material. O tema é de uma grande riqueza e proficuidade, como demonstrado nesse particular, mas infelizmente pouco observado pela processualística brasileira⁴⁴.

Chegamos a uma conclusão similar a de outros autores, além de que já alcançada por alguns, todavia a originalidade da ideia está em seus fundamentos. Rompemos com as proposições anteriores: a obrigatoriedade – que se afigura, realmente, um ônus – é *da denúncia da lide*, e seu não atendimento enseja tão-somente a perda deste remédio jurídico processual, o que em nada embaraça a ação material de evicção ou as demais hipóteses de ação ressarcitória que servem de hipótese permissiva para esta técnica interventiva. Por outro lado, a lei civil, ao tratar especificamente da evicção, remete à regulação processual, que, por sua vez,

43. O raciocínio ora desenvolvido não é algo único, pois, há exemplo bastante semelhante e até mais conhecido e que pode auxiliar no entendimento do posicionamento defendido: a questão do prazo de 120 dias para a utilização do mandado de segurança. Uma vez ultrapassado esse prazo, há apenas a perda do direito ao remédio jurídico processual específico do writ heroico, em nada interferindo no direito material em questão. Perde-se apenas o procedimento especial do mandado de segurança, podendo o sujeito utilizar-se normalmente das vias ordinárias.

44. Para uma abordagem mais detida dessas premissas aqui defendidas, ver MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, t. I. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado... cit., t. V. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria... cit., p. . GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos et alli. Da noção... cit.; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ARAÚJO, Gabriela Expósito Miranda de. O fenômeno processual de acordo com os planos material, pré-processual e processual do direito: breves considerações do tema a partir (e além) do pensamento de Pontes de Miranda. Texto inédito, gentilmente cedido pelos autores. Estes dois últimos trabalhos são a base para as reflexões aqui expendidas, com importantes e precisas delimitações conceituais.

fornece tanto o remédio jurídico processual específico da denunciação da lide, como também o remédio processual ordinário.

Obviamente, cada um destes caminhos – a estrutura dos remédios postos à disposição – estará sujeito as suas vicissitudes, que não desfazem, como se costumava entender, o direito, pretensão e ação material por eles são afirmados. Fundamental é entender que o direito ao remédio jurídico processual não se confunde, nem pressupõe, a existência de direito, pretensão e ação material⁴⁵.

REFERÊNCIAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 13. Ed. São Paulo: RT, 2010.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*, 3. Ed. São Paulo: Método, 2011.
- AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da ação de direito material*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005, v. I.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. I.

45. “Se o que veio perante o juiz, com a sua declaração de vontade, e suscitou, assim, o ato jurídico-processual, tinha direito subjetivo, ou não no tinha, dispunha de ação, ou não dispunha, é indiferente à função integradora da ordem jurídica, que tem a Justiça. Por isso, o que usa de um remédio processual exercita direito preexistente, o direito de estar em juízo (...). Bastaria tal fato para mostrar que os princípios que regem o direito processual não coincidem com os que governam o direito material”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, cit., p. 133.

- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10. Ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIDIER JR., Fredie. A denúncia da lide e o art. 456 do novo CC: a denúncia da lide *per saltum* e a “obrigatoriedade”. *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*: Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. DIDIER JR., Fredie *et alli* (Coord.). São Paulo: RT, 2010.
- _____. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2011, v. I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*, 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GOMES, Orlando. *Contratos*, 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ALBUQUERQUE JR, Roberto Paulino de; ARAÚJO, Gabriela Expósito de. “Da noção de direito ao remédio jurídico processual à especialidade dos procedimentos das execuções fundadas em título extrajudicial”. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BASTOS, Antonio Adonias (coord.). *Execução e cautelar*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- FLAKS, Milton. *Denúnciação da lide*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ARAÚJO, Gabriela Expósito Miranda de. *O fenômeno processual de acordo com os planos material, pré-processual e processual do direito: breves considerações do tema a partir (e além) do pensamento de Pontes de Miranda*. Texto inédito, gentilmente cedido pelos autores.
- GOUVEIA, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa. A ação material e tutela cautelar. *Teoria Quinária da ação*: Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo do Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2010.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, 2. Ed. São Paulo: 2010.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação como objeto litigioso no processo civil. *Teoria Quinária da ação*: Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo do Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Salvador: Juspodivm, 2010.
- _____. *Teoria do fato jurídico – Plano da eficácia*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENEZES, Iure Pedroza. A denúncia da lide no novo CPC e seus reflexos no Código Civil. *O projeto do novo código de processo civil*: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. DIDIER JR., Fredie; AGUIAR BASTOS, Antonio Adonias. (Coords.). Salvador: Juspodivm, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. I e II.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1970, t. I

_____. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, t. I, V e VI.

_____. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, t. I.

_____. Pretensão à tutela jurídica, pretensão processual e pretensão objeto do litígio. *Revista Forense* – comemorativa 100 anos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, t. V.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

USTARROZ, Daniel. A condenação direta do litisdenunciado. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Ustarroz%20-formatado.pdf>. Acesso às 09h, do dia 28 de dezembro de 2012.

VANUCCI, Rodolpho; BARROS NETO, Geraldo Fonseca. A não obrigatoriedade da denunciação da lide. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: Estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes. (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2011.

A AÇÃO DE LIQUIDAÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL, A PARTIR DA DOUTRINA DE PONTES DE MIRANDA

Luciano Vianna Araújo¹

SUMÁRIO – Considerações iniciais – 1. Introdução – 2. A tese – 3. A questão – 4. Título executivo – 5. Elementos da obrigação – 6. Liquidação – 7. A cognição e os procedimentos jurisdicionais diferenciados – 8. “A ação de liquidação de título executivo extrajudicial” – Conclusão.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sempre que entrego aos meus alunos da PUC/Rio, seja da graduação, seja da pós-graduação *lato sensu*, o parecer² de **Pontes de Miranda** a respeito da exceção de pré-executividade, deparo-me com um sentimento de perplexidade. Os alunos, que já tiveram contato com diversos artigos e mesmo livros sobre o tema, surpreendem-se com o parecer, dado o seu tamanho³ e simplicidade.

Nessas oportunidades, tenho que chamar a atenção dos alunos para o que há de mais importante naquele parecer, escrito na vigência do Código de Processo Civil de 1939: a genialidade da *tese*. Lembro aos alunos que, após se conceber a *tese*, fica fácil “problematizá-la” e, com isso, escrever linhas e mais linhas sobre o tema, discutindo desde o nome do instituto até a sua aplicação. A genialidade está na *tese*!

Com essa mesma sensação, defrontei-me quando, pesquisando temas para escrever esse trabalho em homenagem ao **Pontes de Miranda**, li sua *tese* sobre a “ação de liquidação de título executivo extrajudicial”.

-
1. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor nos cursos de graduação e de pós-graduação *lato sensu* da PUC/Rio. Membro do IBDP. Advogado.
 2. Dez anos de pareceres, vol. 4, parecer nº 95, Rio de Janeiro: Francisco Alves, página 125/139..
 3. Quanto ao “tamanho” do parecer, não posso deixar de repetir aquela história, tantas vezes contada, atribuída a Padre Antonio Vieira, segundo a qual, ao final de uma longa exposição, ele se desculpa dizendo: “perdoe-me, não tive tempo de ser breve!”.

É quase um *dogma*, na doutrina e na jurisprudência, a assertiva de que, ausentes os elementos de certeza, liquidez ou exigibilidade da obrigação, não há título executivo extrajudicial. Contra essa posição *unânime* da doutrina, **Pontes de Miranda** propõe a “ação de liquidação de título executivo extrajudicial”.

Neste estudo, pretende-se “problematizar” a *tese* da “ação de liquidação de título executivo extrajudicial”.

1. INTRODUÇÃO

O art. 586 do CPC dispunha, em sua redação originária, que “a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível”. Posteriormente, por força da Lei nº 11.382/2006, o texto passou a ser “a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível”.

Por outro lado, o art. 618 do CPC prescreve que “é nula a execução: se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível (art. 586)”, conforme a redação dada pela Lei nº 11.382/2006. Na redação originária, o texto era: “é nula a execução: se o título executivo não for líquido, certo e exigível (art. 586)”.

A Lei nº 11.382/2006 corrigiu, com razão, o texto do Código de Processo Civil, pois os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade dizem respeito à obrigação, e não ao título executivo.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência não admitem a liquidação de títulos executivos extrajudiciais⁴⁵. Diante da iliquidez, o título perde sua eficácia executiva. Nesse contexto, impõe-se a propositura de uma demanda, de natureza cognitiva, com pedido condenatório, pelo procedimento comum (seja sumário, seja ordinário), ou uma demanda pelo procedimento monitório, a fim de constituir um título executivo judicial.

4. Alcides de Mendonça Lima (in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI, 7ª edição, Forense: Rio de Janeiro, 1991, página 511); Fredie Didier Jr. (in Curso de Direito Processual Civil, vol. 5, Salvador: JusPodium, 2009, página 111); Luiz Rodrigues Wambier (in Liquidação da sentença civil – individual e coletiva, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, páginas 23/24).

5. Cassio Scarpinella Bueno afirma, nas considerações iniciais sobre a liquidação, que o título executivo extrajudicial pode ser liquidado, observando-se as regras do art. 475-A a 475-H do CPC Reformado. No entanto, ao tratar das várias espécies de liquidação, menciona o título executivo extrajudicial apenas na liquidação por cálculos (in Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 3, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, páginas 139 e 163/164).

Portanto, a liquidação de sentença diz respeito apenas aos títulos executivos judiciais.

2. A TESE

Em algumas passagens de seus Comentários ao Código de Processo Civil de 1973, **Pontes de Miranda** propõe que também os títulos executivos extrajudiciais podem ser objeto de liquidação, através da chamada “ação de liquidação”.

De início, ao comentar o art. 586 do CPC de 1973, **Pontes de Miranda** parece, conforme a unanimidade da doutrina, defender a impossibilidade de se liquidar um título executivo extrajudicial:

A liquidez é pressuposto essencial para a execução de título extrajudicial (art. 586); para a sentença, não: se nela há algo de ilíquido, ou só há ilíquido, tem-se de propor, antes, a ação de liquidação⁶.

Todavia, noutra passagem da mesma obra, **Pontes de Miranda** sugere outro posicionamento:

Quanto à liquidação, há o processo preparatório da liquidação (arts. 605-611), se o título é judicial, ou, se o título é extrajudicial, a ação de liquidação, que é autônoma e sem caráter de preparatividade⁷.

Pontes de Miranda faz referência aos artigos 605 a 611 do CPC de 1973 na medida em que aquela obra foi escrita antes da Reforma Processual de 2005/2006, objeto das Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006. A partir da Lei nº 11.232/2005, o chamado CPC *Reformado* versa sobre a liquidação de sentença nos artigos 475-A a 475-H.

Esclareça-se, neste ponto, que o Código de Processo Civil de 1973 sofreu, a partir de 1990, uma série de alterações legislativas tópicas, visando adequá-lo ao modelo de processo civil contemporâneo (efetividade do processo). A partir dessas modificações, notadamente após a Lei nº 11.232/2005, o Código de Processo Civil vigente não mais corresponde ao modelo e à estrutura estabelecida por Alfredo Buzaid. Pode-se – e

6. Comentários ao CPC, tomo XI, 2ª edição, atualização legislativa de Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 2001, página 283.

7. Comentários ao CPC, tomo XI, 2ª edição, atualização legislativa de Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 2001, página 300.

deve-se – falar, agora, de um Código de Processo Civil diverso daquele de 1973, ao qual se chama de *CPC Reformado*⁸.

Em seguida, **Pontes de Miranda** enuncia a natureza da “ação de liquidação de título executivo extrajudicial”:

Proposta a ação de liquidação, que, aí, é de jurisdição voluntária (arts. 1.103-1.111, 24 e 174, I), há o processo especial de que fala o art. 1.103 (“Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem a jurisdição voluntária as disposições constantes deste Capítulo”), mas atendidos os arts. 604-610⁹.

Pontes de Miranda defende, ainda, que tanto o credor quanto o devedor possuem legitimidade para propor a “ação de liquidação de título executivo extrajudicial”, bem como sustenta que ela pode ter, também, natureza cautelar:

A respeito da pretensão à liquidação, quer por parte do credor, quer por parte do devedor, temos ainda que assentar que a ela não só corresponde a ação de liquidação: pode ser proposta a ação cautelar de liquidação¹⁰.

Como se vê, embora não tenha aprofundando o exame, o cabimento e os reflexos dessa *tese*, é inegável a sua proposta por **Pontes de Miranda**.

3. A QUESTÃO

Neste estudo, analisa-se, portanto, se a iliquidez da obrigação, prevista num título executivo extrajudicial, o desfiguraria dada a necessidade de prévia liquidação do crédito exequendo.

Noutros termos, examina-se se, diante da iliquidez do título executivo extrajudicial, pode-se *apenas* propor a “ação de liquidação” ou, dada a ausência de título executivo extrajudicial, se impõe a propositura de uma “ação de conhecimento com pedido condenatório”.

Não seria correto, diante *unicamente* da iliquidez do título executivo extrajudicial, impor ao demandante o ônus de provar, por exemplo, os

8. A propósito dessas mudanças legislativas e o novo modelo do Código de Processo Civil, leia-se Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Dinamarco (in Teoria geral do processo, 23ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007, página 21).

9. Comentários ao CPC, tomo XI, 2ª edição, atualização legislativa de Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 2001, página 300.

10. Comentários ao CPC, tomo XI, 2ª edição, atualização legislativa de Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 2001, página 301.

elementos de certeza da obrigação. Em sentido contrário, **Alcides de Mendonça Lima**¹¹ defende que, verificada a iliquidez, o título executivo extrajudicial só serve como meio de prova para demonstrar a existência da obrigação em todos os seus aspectos (certeza),

Se cabível, o *mérito* desta “ação de liquidação” diz respeito somente ao *quantum debeatur*, na medida em que os outros elementos da obrigação, certeza e exigibilidade, já foram definidos no título executivo extrajudicial.

4. TÍTULO EXECUTIVO

A existência do título executivo é indispensável para a atividade executiva, seja ele judicial (art. 475-N do CPC *Reformado*), seja ele extrajudicial (art. 585 do CPC *Reformado*).

Sérgio Shimura conceitua “o título executivo como o documento ou o ato documentado, tipificados em lei, que contém uma obrigação líquida e certa e que viabilizam o uso da ação executiva”¹².

Para **Cândido Dinamarco**, “título executivo é o ato ou fato jurídico legalmente dotado de eficácia de tornar adequada a tutela executiva para a possível satisfação de determinada pretensão”¹³.

Por fim, segundo **José Miguel Garcia Medina**, o título executivo é “o suporte fático reconhecido pela norma jurídica (tipicidade legal) como condição de atuação da sanção executiva no processo de execução, independentemente da averiguação da existência do direito que contém (abstração ou eficácia abstrata)”¹⁴.

Sem se imiscuir na discussão a propósito de sua natureza, enquanto documento ou ato, pode-se dizer que o título executivo, expressamente previsto em lei, autoriza a prática de atos executivos, através do respectivo procedimento judicial, dispensada prévia cognição a respeito dos elementos da obrigação (sua certeza, sua liquidez e sua exigibilidade), previstos no título.

11. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI, 7ª edição, Forense: Rio de Janeiro, 1991, página 511.

12. Título executivo, 2ª edição, São Paulo: Editora Método, 2005, página 139.

13. Execução civil, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993, página 453.

14. “A sentença declaratória como título executivo”, in Processo de execução civil – modificações da Lei n. 11.232/2005, São Paulo: Quartier Latin, 2006, página 119/120.

Resumidamente, o título executivo *legítima* a adoção das medidas executivas, dispensada a atividade cognitiva.

A eficácia abstrata do título executivo permite que, em momento posterior, não obstante a prática de atos executivos (expropriatórios), possa o Poder Judiciário reconhecer a inexistência do direito material ou o excesso de execução. É o que a doutrina chama de “execução injusta”.

Com base nos conceitos de intrínseco (conteúdo) e de extrínseco (forma), **Marcelo Abelha Rodrigues**¹⁵ esclarece que pode haver um *descoincidência* entre o que exprime o título executivo extrajudicial e a realidade:

O extrínseco é o documento – ou o conjunto deles – que exterioriza a norma jurídica concreta. Na atividade executiva, o papel do documento não é servir como prova do que nele contém, mas simplesmente representar de modo abstrato aquilo que ele contém, sendo que pode haver descoincidência entre o que afirma existir e o que realmente existe.

Logo, o título executivo não “prova” a obrigação nem “presume”¹⁶ a existência do crédito.

Nesse sentido, muito feliz a expressão de **Carnelutti**, segundo a qual o título executivo seria o “bilhete que o passageiro entrega ao cobrador antes de entrar no trem”¹⁷.

Noutras palavras, para “embarcar” diretamente num procedimento executivo, dispensando, assim, um (longo e) prévio procedimento cognitivo, indispensável o título executivo extrajudicial.

Como primeira conclusão (parcial), tem-se que o título executivo nada mais é do que um pressuposto¹⁸ (jurídico), tipificado em lei, para a atividade executiva, ao qual se deve somar um outro pressuposto (fático), que é o inadimplemento da obrigação. Todavia, o título executivo não impede que, posteriormente, se reconheça a inexistência da própria obrigação ou o excesso de execução (eficácia abstrata do título executivo).

15. Manual de execução civil, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, página 114.

16. Presunção é um critério de julgamento.

17. *Apud* Humberto Theodoro Junior, in Processo de execução e cumprimento de sentença, 24a edição, São Paulo: LEUD, 2007, página 118.

18. Entendido pressuposto como uma “circunstância ou fato considerado como antecedente necessário de outro” (in Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 5.11a).

O título executivo apenas *legitima* a adoção das medidas executivas, conforme o respectivo procedimento judicial, dispensada qualquer atividade jurisdicional cognitiva prévia.

A ausência do título executivo extrajudicial importa na extinção do processo executivo pela carência da ação, especificamente pela ausência de interesse processual (interesse-adequação).

5. ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO

Conforme os artigos 586 e 618 ambos do CPC *Reformado*, a obrigação, prevista no título executivo, deve ser certa, líquida e exigível.

A **certeza** diz respeito aos elementos **subjettivos** e **objetivos** da obrigação.

O título executivo deve, no que concerne à obrigação, definir (i) as **partes legitimadas** (ativa e passivamente), (ii) a **natureza da relação jurídica** (de fazer, de não fazer ou de dar – entrega de coisa ou pagamento de quantia certa) e (iii) o seu **objeto** (o quê).

Para **Sérgio Shimura**, “é certo quando, em face do título, ao prisma formal do documento, não há controvérsia sobre sua existência (do título)”¹⁹.

A liquidez, que pressupõe uma obrigação que tenha por objeto coisa fungível, relaciona-se com a determinação da **quantidade** ou do **montante devido**.

Nesse sentido, a lição de **Sérgio Shimura**: “é líquida a dívida quando a importância **se acha determinada em todos os seus elementos de quantidade (dinheiro), qualidade, natureza, peso, volume, espécie e quantidade (coisas diversas do dinheiro)**”²⁰.

A exigibilidade, por sua vez, decorre do vencimento da obrigação, isto é, do poder de exigir o seu cumprimento forçado. Trata-se de elemento *extrínseco* ao título.

Como segunda conclusão (parcial), tem-se que a obrigação, prevista no título executivo, deve ser, em princípio, certa, líquida e exigível.

19. in Título executivo, 2ª edição, São Paulo: Editora Método, 2005, página 193.

20. in Título executivo, 2ª edição, São Paulo: Editora Método, 2005, página 193.

A certeza da obrigação relaciona-se com os seus elementos subjetivos (partes legitimadas) e objetivos (natureza da relação jurídica e o seu objeto). A liquidez decorre da definição da quantidade ou do montante devido. Por fim, a exigibilidade advém do inadimplemento e, por via de consequência, do poder de exigir o cumprimento *forçado* da obrigação.

6. LIQUIDAÇÃO

A liquidação de sentença destina-se à definição do *quantum debeatur*, pois os demais elementos (*an debeatur*, *cui debeatur*, *quis debeat* e *quid debeatur*) relacionam-se com a certeza da obrigação²¹:

- *An debeatur* (existência da dívida)
- *Cui debeatur* (a quem é devido)
- *Quis debeat* (quem deve)
- *Quid debeatur* (o que é devido)
- *Quantum debeatur* (quantidade devida)

Segundo **Fredie Didier Jr.**²², liquidação seria a “atividade judicial cognitiva pela qual se busca complementar a norma jurídica individualizada estabelecida num título judicial”. Este conceito está vinculado à idéia de liquidação *exclusivamente* de títulos executivos judiciais.

Desse conceito de liquidação, extraem-se os seguintes elementos: atividade cognitiva, complementar, norma jurídica individualizada e título judicial.

Trata-se, indiscutivelmente, de atividade cognitiva (e não executiva), complementar àquela já desenvolvida na fase cognitiva que, no entanto, gerou uma sentença ilíquida. Daí, falar-se em título judicial (sentença), que, no caso concreto, a partir do ordenamento jurídico, definiu a norma jurídica individualizada para a *lide* submetida ao Poder Judiciário.

Em se tratando de título judicial (sentença civil condenatória, por exemplo), a liquidação configura uma fase do processo sincrético, que intermedeia a fase cognitiva e a fase executiva. A atividade jurisdicional desempenhada na liquidação é *exclusivamente* cognitiva. Nas outras

21. Não se enveredou, aqui, sobre a polêmica a propósito da possibilidade de se liquidar para definir também o *quid debeatur*, como autorizava, nitidamente, a redação do art. 603 do CPC de 1973 e do art. 906 do CPC de 1939, porque totalmente desnecessária para o objeto deste trabalho.

22. Curso de Direito Processual Civil, vol. 5, Salvador: JusPodium, 2009, página 112.

espécies de título executivo judicial (sentença penal condenatória, sentença arbitral, sentença estrangeira etc.), a fase de execução é precedida por uma fase de liquidação, ambas realizadas no juízo cível.

A meu ver, a decisão, que julga a liquidação, possui natureza de sentença, pois aprecia e decide o mérito da causa (conteúdo do pronunciamento jurisdicional), embora, *por força de lei* (art. 475-H do CPC), contra ela seja cabível o recurso de agravo de instrumento (e não de apelação, como exceção à regra positivada no art. 513 do CPC).

Não fosse sentença, mas, sim, decisão interlocutória, como justificar a incidência da coisa julgada material e o cabimento de ação rescisória contra tal pronunciamento jurisdicional que define o valor devido (*quantum debeatur*)?

Admitir-se que se trata de decisão interlocutória contraria o disposto no art. 162, parágrafo 2º, do CPC, porque o *quantum debeatur* não pode ser entendido, jamais, como uma *questão incidental*. Ademais, afora a observância do princípio da correspondência (art. 475-H e art. 522 ambos do CPC), como defender a incidência de coisa julgada material e o cabimento de ação rescisória contra uma decisão interlocutória?

Aliás, a meu ver, a sentença de liquidação é hipótese de *sentença parcial*²³, na medida em que julga parte do mérito da demanda (*quantum debeatur*) em momento distinto do reconhecimento da existência da dívida (*an debeatur*), das partes legitimidades (*cui debeatur* e *quis debeat*) e do objeto da obrigação (*quid debeatur*), complementando, assim, a sentença anteriormente proferida na fase cognitiva.

Como terceira conclusão (parcial), reconhece-se que, *precipua-*
mente, a liquidação destina-se a apurar o valor da condenação (*quantum debeatur*), objeto de um título executivo judicial. A sentença, que julga a liquidação, complementa o pronunciamento anterior (sentença civil, sentença penal condenatória, sentença arbitral ou sentença estrangeira), definindo o montante do crédito. Trata-se, assim, de uma *sentença parcial*. Por força de lei (art. 475-H do CPC) e como exceção à regra geral do art. 513 do CPC, contra a sentença de liquidação interpõe-se agravo de instrumento. A sentença de liquidação faz coisa julgada material, sendo certo que contra ela se pode propor ação rescisória.

23. A respeito, leia o meu *Sentenças Parciais?*, São Paulo: Saraiva, 2010, especialmente as páginas 119 a 128.

7. A COGNIÇÃO E OS PROCEDIMENTOS JURISDICIONAIS DIFERENCIADOS

Kazuo Watanabe ensina que a cognição deve ser classificada sob dois aspectos, o horizontal e o vertical:

Numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: *horizontal* (extensão, amplitude) e *vertical* (profundidade).

No *plano horizontal*, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: binômio, com exclusão das condições da ação; Celso Neves: quadrinômio, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (ou parcial), segundo a extensão permitida.

No *plano vertical*, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta)²⁴.

A extensão, maior (*plena*) ou menor (*limitada*), das matérias que se pode deduzir num processo relaciona-se com o *plano horizontal*, isto é, a “limitação quanto à amplitude do debate das partes e conseqüentemente da cognição do juiz”, conforme **Kazuo Watanabe**²⁵. Por exemplo, a limitação das matérias que podem ser discutidas em sede de embargos de terceiro, em ação de desapropriação etc.

A restrição à produção de provas diz respeito ao *plano vertical*, ou seja, a profundidade da cognição do magistrado a respeito das matérias discutidas no processo. Tem-se, nesta hipótese, a cognição *exauriente* quando não existe qualquer restrição, enquanto, na cognição *sumária*, há limites à atividade probatória.

Luiz Guilherme Marinoni resume bem a classificação nos seguintes termos:

Melhor explicando: a cognição no sentido horizontal indaga sobre “o que” (qual a matéria) pode formar o objeto cognoscível, ao passo que a cognição no sentido vertical pergunta “como” (mediante a plenitude probatória, ou não) se pode formar o juízo²⁶.

24. Da cognição no processo civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, página 83.

25. Da cognição no processo civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, página 85.

26. Técnica processual e tutela dos direitos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, página 193.

A cognição parcial (limitada) dá-se, no plano horizontal, tanto pela restrição das matérias que podem ser deduzidas pelo autor quanto pelas defesas que podem ser levantadas pelo réu, conforme **Luiz Guilherme Marinoni**:

A cognição parcial é relativa aos procedimentos que delimitam o objeto cognoscível (a matéria que pode ser conhecida). Isso é feito de duas maneiras: mediante a previsão das questões que o autor pode levar a juízo (embargos do executado) ou das alegações que podem ser apresentadas em contestação²⁷.

Esclareça-se que a sentença proferida com base em cognição *limitada* e *exauriente* tem aptidão para formar a coisa julgada material.

Em complemento, **Kazuo Watanabe** informa que o direito à cognição adequada à natureza da controvérsia está circunscrito no conceito de devido processo legal²⁸.

Acrescenta, ainda, **Kazuo Watanabe** que é, justamente, no procedimento, que se aplica a técnica de cognição em seus planos horizontal e vertical:

É através do *procedimento*, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferentes de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendem às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender as opções técnicas e políticas do legislador²⁹.

Ou seja, procedimentos diferenciados, segundo a técnica da cognição, em seus dois planos, horizontal e vertical, podem produzir resultados efetivos à solução das pretensões materiais.

Na liquidação de sentença não se pode modificar a sentença proferida na fase de conhecimento, na forma do art. 475-G do CPC *Reformado*. Nesse sentido, **Sidnei Amendoeira Jr.**³⁰ afirma que, na liquidação de sentença, há limitação no plano horizontal, sendo certo que, no plano vertical, não existe qualquer limitação.

27. Técnica processual e tutela dos direitos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, página 195.

28. Da cognição no processo civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, página 93.

29. Da cognição no processo civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, página 94.

30. Manual de direito processual civil, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2012, página 389.

Como quarta conclusão (parcial), tem-se que a classificação da cognição, em seus planos *horizontal* (*plena* ou *limitada*) e *vertical* (*exauriente* ou *sumária*³¹), leva em conta a matéria que pode ser discutida pelas partes (*horizontal*) e as provas que podem ser produzidas (*vertical*). Noutros termos, sobre o *que se discute* e *como se comprovam* as alegações. A técnica da cognição, em seus planos *horizontal* e *vertical*, permite a adoção de *procedimentos diferenciados*, visando prestar tutela jurisdicional mais efetiva, no que concerne às pretensões materiais.

8. “A AÇÃO DE LIQUIDAÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL”

A “ação de liquidação de título executivo extrajudicial” destina-se a quantificar o valor do crédito, objeto do título executivo, a fim de que, definido o montante, possa o credor cobrar, através do procedimento executivo extrajudicial³², a importância devida.

O credor exerce o seu direito de ação e, assim, propõe uma demanda judicial. Nesta demanda, o credor pretende tanto a liquidação do seu título executivo extrajudicial quanto, em sequência, a realização do seu crédito, objeto do título executivo extrajudicial e quantificado judicialmente (processo sincrético, com as fases de liquidação judicial da obrigação e de execução, esta última por título extrajudicial).

O *mérito* desta demanda judicial circunscreve-se, apenas, à quantificação do valor devido. Não se pode, sob pena de tumultuar o procedimento, discutir outras questões, inclusive a propósito da certeza ou da exigibilidade da obrigação, previstas no título executivo extrajudicial, os quais serão (certeza e exigibilidade), se for o caso, objeto de futuros embargos de devedor.

O título executivo autoriza a prática dos atos executivos através do correspondente procedimento. Por sua vez, ao título executivo extrajudicial, desde o CPC de 1973, atribuiu-se a mesma eficácia do título executivo judicial³³.

31. A respeito da cognição superficial, no plano vertical, leia-se Alexandre Freitas Câmara (in Lições de direito processual civil, vol. 1, 23ª edição, São Paulo: Atlas, 2012, página 315).

32. Art. 652 e seguintes do CPC Reformado.

33. Vale lembrar que, no regime do CPC de 1939, o título executivo extrajudicial permitia apenas que, no início do procedimento da chamada “ação executiva”, fosse realizada a penhora de bens do devedor, seguindo-se o procedimento ordinário, inclusive com contestação

Para que se permita a prática de atos executivos, indispensável que se conheça, a partir dos elementos da obrigação, previstos no título executivo extrajudicial, as partes legitimadas (credora e devedora), a natureza da obrigação (fazer, não fazer ou dar – entrega de coisa ou pagamento de quantia certa), o seu respectivo objeto (certeza), o montante devido (liquidez) e o momento do vencimento da obrigação (exigibilidade). Esses elementos da obrigação (certeza, liquidez e exigibilidade) podem ser discutidos nos embargos de devedor.

Considerando que os elementos de certeza da obrigação já se encontram definidos e que a obrigação já pode ser exigida, não faz sentido, só por se tratar de título executivo extrajudicial, afastar sua eficácia executiva porque não se sabe ainda o montante devido (liquidez), o que pode ser – através da “ação de liquidação de título executivo extrajudicial” – apurado.

À evidência, se faltam os elementos de certeza da obrigação, não há que se falar em título executivo extrajudicial.

Os títulos executivos judiciais podem, sem qualquer limitação, ser objeto de liquidação, preparatória e antecedente da atividade executiva.

Não faz sentido, nem lógico nem jurídico, afirmados os elementos de certeza e de exigibilidade da obrigação no título executivo extrajudicial, “jogá-lo fora”, para que uma demanda, de natureza cognitiva, com pedido condenatório, seja proposta para reafirmar aquilo que já consta do título executivo extrajudicial (certeza e exigibilidade) ou, então, uma demanda pelo procedimento monitório.

A técnica da cognição, em seus planos *horizontal* e *vertical*, permite a adoção de *procedimentos diferenciados*, visando prestar tutela jurisdicional mais efetiva, no que concerne às pretensões materiais.

A “ação de liquidação de título executivo extrajudicial” presta-se à essa finalidade, pois, com a cognição limitada no plano horizontal, mas exauriente no plano vertical, permite a liquidação da obrigação constante do título executivo extrajudicial, dispensando uma atividade cognitiva, plena e exauriente, a respeito de elementos já definidos no título executivo extrajudicial (certeza e exigibilidade).

pelo devedor, conforme os artigos 298/301 do CPC de 1939.

Neste ponto, vale lembrar a “tutela antecipada”, com base no art. 273, parágrafo 6º, do CPC *Reformado*, isto é, sempre que for incontroverso um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles. Essa modalidade de *antecipação de tutela* funda-se, não se pode negar, na desnecessidade de cognição a respeito da parcela incontroversa do pedido.

Mutatis mutandis, para que realizar atividade cognitiva a propósito dos elementos de certeza e de exigibilidade da obrigação, constantes do título executivo extrajudicial, se eles podem – se for o caso – ser debatidos em sede de embargos de devedor? Insista-se em que, a partir do prisma formal apenas, já se sabe o credor, o devedor, a natureza da obrigação (dar – pagamento de quantia certa) e o seu objeto (dinheiro). Resta tão somente definir o montante devido.

A experiência demonstra que são raros os casos em que, de posse de um título executivo extrajudicial, se discute, judicialmente, em sede de embargos de devedor, os elementos de certeza da obrigação, ou seja, as partes credora (exequente) e devedora (executado), a natureza da obrigação (dar – pagamento de quantia certa) e o seu respectivo objeto (dinheiro).

Nesse contexto seria até mesmo uma atividade jurisdicional inútil e prejudicial aos interesses do próprio devedor. Por exemplo, os juros legais, de 1% ao mês, estão, atualmente, muito acima da remuneração média do mercado financeiro, seja qual for a espécie de investimento.

Noutras palavras, dependendo do credor, é melhor postergar a realização do crédito em juízo do que receber o dinheiro e, depois, aplicá-lo em qualquer espécie de investimento. Imagine-se uma grande instituição financeira. É melhor ser credor dela em juízo do que aplicar o dinheiro em qualquer das diversas espécies de investimentos disponibilizadas aos correntistas.

O *procedimento jurisdicional diferenciado* da “ação de liquidação de título executivo extrajudicial” atende às necessidades do(s) jurisdicionado(s)³⁴ e do próprio Poder Judiciário, que presta uma tutela jurisdicional mais efetiva e célere.

A “ação de liquidação de título executivo extrajudicial” segue o rito, conforme o caso, da liquidação por arbitramento ou por artigos, nos termos dos artigos 475-A/475-H do CPC *Reformado*.

34. Insisto em que até mesmo para o devedor é vantajosa a “ação de liquidação por título executivo extrajudicial”, conforme o exemplo dos juros legais.

À evidência, a cognição, no que concerne ao plano horizontal, é limitada, na medida em que se discute apenas o *quantum debeatur*. No entanto, no plano vertical, a cognição é exauriente, pois não existe qualquer limitação à atividade probatória.

Nesse contexto, deve-se fazer uma pequena ressalva: foi dito acima que, na “ação de liquidação de título executivo extrajudicial”, não se permite a discussão a propósito dos elementos de certeza e de exigibilidade da obrigação, os quais, se for o caso, devem ser debatidos em sede de embargos de devedor.

Todavia, no que concerne à liquidez da obrigação, haja vista a realização da liquidação judicial (cognição exauriente), o devedor não poderá (re)discutir essa matéria nos embargos de devedor, porque a liquidez da obrigação já terá sido definida por pronunciamento jurisdicional, com eficácia de coisa julgada material.

Ressalve-se, apenas, a possibilidade de se alegar excesso de execução por força de qualquer causa posterior à definição do valor na liquidação judicial do título executivo extrajudicial. Nesta hipótese (causa superveniente, erro da memória de cálculo apresentada pelo credor etc.), à evidência, pode-se, em embargos de devedor, alegar excesso de execução.

CONCLUSÃO

Pelas razões acima expostas, faltando apenas liquidez ao título executivo extrajudicial, ele não perde a sua natureza, haja vista a presença dos demais elementos (certeza e exigibilidade).

A apuração do valor devido (*quantum debeatur*) dá-se pela “ação de liquidação de título executivo extrajudicial”.

Não se pode admitir, neste procedimento, a discussão sobre os elementos de certeza da obrigação (partes legitimadas, natureza da obrigação e respectivo objeto), sob pena de se antecipar matéria típica de embargos de devedor e, pior, transformar a “ação de liquidação de título executivo extrajudicial” numa verdadeira “ação de conhecimento com pedido condenatório”.

Admitir tal discussão, além de desqualificar o título executivo extrajudicial, importaria numa cognição plena e exauriente e, por via de consequência, exigiria a prolação de sentença, a respeito de todos os elementos da obrigação (certeza, liquidez e exigibilidade). Neste caso,

autorizado o amplo debate, melhor seria executar a própria sentença, através de cumprimento de sentença (título executivo judicial), nos termos do art. 475-J do CPC.

Na “ação de liquidação de título executivo extrajudicial”, a cognição é limitada, no plano horizontal, haja vista que não se permite a discussão de qualquer outra questão além do *quantum debeatur*, e exauriente, no plano vertical, na medida em que não se restringe a atividade probatória.

Por essas razões, concluo que a falta de liquidez do título executivo extrajudicial não impede a propositura da “ação de execução por título executivo extrajudicial”, devendo, apenas, o exequente liquidar antes o valor da obrigação, através da chamada “ação de liquidação de título executivo extrajudicial”, a que alude **Pontes de Miranda**, finda a qual se prossegue com o procedimento executivo extrajudicial. O procedimento obedece as regras da liquidação por arbitramento ou por artigos, conforme o caso, na forma do art. 475-A a 475-H do CPC *Reformado*.

O executado pode, se for o caso, alegar em embargos de devedor a ausência de certeza ou de exigibilidade do título executivo extrajudicial.

Todavia, diante do pronunciamento jurisdicional a respeito da liquidez da obrigação, mediante uma cognição limitada (plano horizontal – apenas *quantum debeatur*) e exauriente (plano vertical – sem qualquer restrição probatória), descabe qualquer debate, em sede de embargos de devedor, sobre a liquidez da obrigação, salvo vícios posteriores à decisão proferida na liquidação (causas supervenientes, erro de cálculos etc.).

A coisa julgada material, que incide sobre o pronunciamento jurisdicional da liquidação, impede seja rediscutida a liquidez da obrigação na fase executiva, nos embargos de devedor.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: ABUSO DE DIREITO OU ILICITUDE?

Lúcio Grassi De Gouveia¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. O abuso do direito de demandar e de se defender no código de processo civil de 1939 e os ensinamentos de Pontes de Miranda – 3. A litigância de má-fé no Código de Processo Civil atual – 4. O conceito de abuso de direito na doutrina – 5. A caracterização da litigância de má-fé como abuso de direito por parte da doutrina – 6. A litigância de má-fé como ilicitude – 7. Conclusão – [Referências](#).

1. INTRODUÇÃO

Costuma parte da doutrina afirmar que a litigância de má-fé prevista nos art. 17 e 18 do Código de Processo Civil brasileiro é abuso de direito processual. Faz sentido tal afirmação?

Apesar de o ato abusivo ser considerado ilícito pelo Código Civil brasileiro, diferencia-se conceitualmente dele. No caso da litigância de má-fé, tendo havido ampla previsão das condutas desleais, as mesmas foram transformadas em ilícitos processuais, sem necessidade de socorro ao instituto do abuso de direito.

Na elaboração dos incisos do art. 17 do CPC, utilizou-se o legislador de conceitos indeterminados, podendo a ilicitude ser verificada *prima facie*, sendo desprovida de aparência de licitude a conduta do *improbis litigator*.

Veremos assim que, atualmente, ao estudarmos as condutas previstas no art. 17 do CPC, não devemos fazer uso do instituto denominado por parte da doutrina de abuso de direito processual.

1. Professor do Mestrado em Direito e Graduação da Universidade Católica de Pernambuco. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela UFPE. Membro da ANNEP. Juiz de Direito.

2. O ABUSO DO DIREITO DE DEMANDAR E DE SE DEFENDER NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939 E OS ENSINAMENTOS DE PONTES DE MIRANDA

Disponha o Código de Processo Civil de 1939:

Art. 3º – Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Parágrafo único – O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo”.

Disponha ainda:

Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

§ 1º – Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa.

§ 2º – Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas.

§ 3º – Se a temeridade ou malícia for imputável ao procurador, o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior”.

Naquele tempo, Pontes de Miranda ensinava que o art. 3º referia-se ao abuso do direito processual².

Ao explicar o abuso do direito, afirmou que

o estudo do abuso do direito é pesquisa dos encontros, dos fêmites, que os direitos se fazem. Se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas, a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício. Conceptualmente,

2. MIRANDA, Pontes de. Comentário ao Código de Processo Civil. Tomo I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 130.

os seus limites, os seus contornos, são os que a lei dá, como quem põe objetos na mesma matela, ou no mesmo saco. Na realidade, quer dizer – quando lançam na vida, quando se exercitam – têm de coexistir, têm de conformar-se uns com os outros.³

Ao mesmo tempo, ao tratar dos atos ilícitos, ensinava Pontes de Miranda que os elementos comuns aos atos ilícitos lato sensu seriam o ato humano e a contrariedade a direito. Quanto ao ato ilícito stricto sensu, afirmava que

o ato ilícito stricto sensu tem a particularidade de violar, com culpa, a regra jurídica, sem atinência a que essa regra regula negócio jurídico ou ato jurídico stricto sensu. Contraria direito, ferindo (lesando) bens da vida, que o direito protege; independentemente do vínculo entre ofensor e ofendido, oriundo de negócio jurídico, ou de ato jurídico stricto sensu. É ilícito estricto sensu, portanto, todo ato ilícito que ofenda direito subjetivo ou cause outros danos.⁴

Passemos agora à redação do Código de Processo Civil atual, no que diz respeito ao instituto da litigância de má-fé.

3. A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ATUAL

Em sua redação atual, dispõe o Código de Processo Civil Brasileiro:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

II – alterar a verdade dos fatos; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

VI – provocar incidentes manifestamente infundados. (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (Incluído pela Lei nº 9.668, de 1998)

3. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado .Parte Especial, Tomo LIII, 2ª ed., Editor Borsoi: Rio de Janeiro, 1966, p. 67-68.

4. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Geral, Tomo II, 3ª ed, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 213.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. (Redação dada pela Lei nº 9.668, de 1998)
§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.
§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994)

Vale relembrar o que dispõe o Código Civil:

Dos Atos Ilícitos

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Na hipótese do art. 186, o ato é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual, causando dano patrimonial ou moral a outrem, criando o dever de repará-lo.

O art. 187 prevê hipótese em que, sob a aparência de um ato legal ou lícito, esconde-se a ilicitude no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio da finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido. No ato abusivo há violação da finalidade econômica ou social.

O legislador ampliou, de modo significativo, o âmbito de incidência da teoria do abuso de direito, ao estabelecer critérios da boa-fé, dos bons costumes e dos fins econômico ou social, como parâmetros para aferição do ato abusivo.

Para Tepedino, o legislador de 2002 não foi feliz ao definir abuso de direito como espécie de ato ilícito.⁵

A redação do Código Civil brasileiro confunde duas espécies de anti-juridicidade: o ilícito e o abusivo. Apesar de o abuso ser atuação contrária

5. TEPEDINO, Gustavo. et al. Código interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 342.

ao direito, isto é, conduta antijurídica, não necessariamente se configura como atuação vedada por lei ou norma explícita no ordenamento jurídico. Porém, em nosso Código Civil, ambas estão enquadradas como espécies do gênero ilicitude *lato sensu*.

O art. 187 dispõe sobre o abuso de direito, que passaremos a estudar agora.

4. O CONCEITO DE ABUSO DE DIREITO NA DOUTRINA

Segundo Planiol,

a teoria do abuso do direito veio alargar o âmbito das nossas responsabilidades, cerceando o exercício dos nossos direitos subjetivos, no desejo de satisfazer melhor o equilíbrio social e delimitar, tanto quanto possível, a ação nefasta do egoísmo humano. Como corretivo indispensável ao exercício do direito, ela veio limitar o poder dos indivíduos, mesmo investidos de direitos reconhecidos pela lei, conciliando estes direitos com os da coletividade⁶.

A concepção individualista do Código Civil de Napoleão construiu um sistema de direito absoluto, do qual é exemplo, no campo da propriedade, o seu famoso art. 544. A teoria do abuso de direito, tão bem esquematizada por Josserand, na França, e Campion, na Bélgica, é a reação contra a amoralidade e conseqüências anti-sociais que decorrem da doutrina clássica dos direitos absolutos. Afirmou Josserand que “o exercício de um direito não é incompatível com a noção de culpa, mas o conceito de culpa, que acolhe, quanto trata do abuso de direito, não é o conceito clássico, mas o de culpa social, ou seja, o desvio da missão social do direito”⁷.

A teoria do abuso de direito ou da relatividade dos direitos é a reação contra a amoralidade e determinados resultados anti-sociais que decorrem da doutrina clássica dos direitos absolutos, visando ao que Josserand denominou “moralização do direito”⁸.

Na fixação do abuso de direito, há o critério subjetivo e o critério objetivo. Pelo primeiro, só há o exercício abusivo do direito com intenção de lesar o direito de outrem. Pelo segundo, também chamado finalista,

6. PLANIOL. Tratado Elementar de Direito Civil, 6ª edição, nº 871 *apud* ADROALDO LEÃO, op. cit., p. 7.

7. JOSSERAND, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, verbete: “Abuso do Direito”, vol. 1, p. 329 *apud* ADROALDO LEÃO, op. cit., p. 7.

8. Cfr. JOSSERAND, *Evolutions et Actualités*, p. 91 *apud* ADROALDO LEÃO, op. cit., p. 7-8.

será anormal o exercício do direito quando contrariar sua finalidade social e econômica.

Josserand, apesar de ter iniciado a exposição de sua teoria defendendo o critério subjetivo, veio a entender que é pelo critério finalista que se chega à verdade. E admite que

deve-se ter em vista a finalidade dos direitos, sua função própria a cumprir e, conseqüentemente, cada um deles deve realizar-se conforme o espírito da instituição; os pretensos direitos subjetivos são direitos-funções, os quais devem permanecer no plano da função que devem desempenhar, senão o seu titular comete um desvio, um abuso de direito. O ato abusivo é o ato contrário ao fim da instituição, ao seu espírito, à sua finalidade⁹.

Todo direito tem uma finalidade específica. O desvio dessa finalidade caracteriza o abuso de direito.

A teoria do abuso de direito, diz ainda Alvino Lima, proclamando a relatividade dos direitos, ante a impossibilidade de se traçar na lei qual o uso que cada um deve fazer de seu direito, é bem a teoria da moralização do direito, opondo à rigidez de um texto, os princípios superiores da moral, indispensável na regulamentação humana, dentro da esfera jurídica¹⁰.

Para José Olímpio de Castro Filho,

toda vez que, na ordem jurídica, o indivíduo no exercício do seu direito subjetivo excede os limites impostos pelo direito positivo, aí compreendidos não só o texto legal mas também as normas éticas que coexistem em todo sistema jurídico, ou toda vez que o indivíduo no exercício do seu direito subjetivo o realiza de forma contrária à finalidade social, verifica-se o abuso do direito. Entende que o direito subjetivo, poder de agir, é, na sua realização normal, o uso, e, na sua realização anormal, o abuso¹¹.

Roberto Rosas adverte que,

numa orientação mais moderna, o exercício anormal do direito pode se caracterizar sem a intenção de prejudicar. Não havendo

9. JOSSE RAND, *Evolutions et Actualités*, p. 71 e segs., e *De l'Esprit des Droits et de leur Relativité – Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, 1972 *apud* ADROALDO LEÃO, *op. cit.*, p. 18.

10. Cfr. ALVINO LIMA, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 1, Saraiva, p. 338 *apud* ADROALDO LEÃO, *op. cit.*, p. 8.

11. JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO. *Abuso do direito no processo civil*, ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 21.

proveito próprio, ou intenção de prejudicar, não há anormalidade (orientação de Saleilles e Josserand), ou como diz Santiago Dantas: o abuso é qualificado pelo aspecto objetivo do ato. Se este patenteia a sua anti-socialidade existe abuso e cabe repressão.¹²

Saleilles foi o criador da teoria do exercício anormal do direito, repelindo o critério psicológico do Código alemão, no qual, o exercício de um direito é inadmissível se ele tiver por fim, somente, causar dano a outro (BGB – § 226), em contraposição a outro dispositivo do BGB, que impõe a indenização do dano a quem, de modo atentatório contra os bons costumes, cause, dolosamente, dano a outro (BGB – § 826). Saleilles, em face da autonomia desses dispositivos, proclamou a teoria objetivista da destinação social e econômica do direito. Para ele, o abuso de direito consiste no exercício anormal do direito, exercício contrário à destinação econômica ou social do direito subjetivo, exercício reprovado pela consciência pública (*Théorie Générale de l'Obligation*, 2ª ed., pág. 371). Mas o próprio Saleilles alterou o seu pensamento para adotar a teoria subjetivista (*D'Abuse du Droit*). Segundo Roberto Rosas, “a melhor orientação está na fusão das duas doutrinas formando a chamada doutrina mista”¹³.

12. ROBERTO ROSAS, Dano processual, Rev. do Tribunal Federal de Recursos, n. 145, maio 1987, Editora Lex, 1987, p. 171.

13. Dessa forma, divergiram no devenir da história partidários de critérios distintos para caracterização do abuso de direito. Os adeptos da teoria subjetiva entendem que só se caracterizará o abuso do direito quando restar provada a intenção de prejudicar, sem qualquer proveito ou vantagem para quem o comete, sugerindo que devam ser pesados a intenção do litigante e o seu desejo de causar dano, com intuito de prejudicar. Em outras palavras, para determinar-se se há abuso de direito, atende-se exclusivamente à intenção do agente. O exercício do direito passa a ser abusivo se se pretende, com ele, prejudicar terceiros, sem nenhum ou insignificante proveito para si (são expoentes dessa corrente Bonnacase, Demogue, Ruggiero e Lalou). Os adeptos da teoria objetiva estendem muito mais o conceito de abuso de direito, embora, como é claro, não fiquem de certo modo infensos à intenção maldosa do infrator. Para estes, pouco importa que o infrator tenha ou não tirado vantagem do seu ato nocivo e prejudicial ao antagonista; bastar-lhes-á a realização do ato de modo diferente do visado pelo legislador, ou pelo respectivo instituto jurídico, para caracterizá-lo. Não discutirão o intuito do agente, e sim a vontade da norma disciplinada com regra geral. Ou seja, para os objetivistas pode haver abuso de direito mesmo sem intenção de prejudicar. O ato é lícito ou ilícito conforme se realize ou não de acordo ou em harmonia com a finalidade do instituto jurídico. Para esses, o exercício abusivo do direito sem proveito próprio, ou com a intenção de prejudicar, constitui sempre um abuso, sendo essa sua forma mais freqüente e expressiva; todavia, entendem que é difícil de ser pautada e é insuficiente a intenção, para caracterizar o abuso; mais objetivamente, ocorrerá sempre que o direito seja exercido em desacordo com sua finalidade social (expoentes desta corrente são Josserand e Saleilles). Dessa forma, abuso de direito é a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o fim pretendido pela ordem jurídica. (Idem, p. 171)

Menezes Cordeiro trata o abuso de direito como “exercício inadmissível de posições jurídicas”. Para ele, deve-se apontar um papel particular da boa-fé, presente nas diversas regulações típicas do abuso de direito: o da metodologia por ela pressuposta. Entende que o essencial do exercício inadmissível de posições jurídicas é dado pela boa-fé: aos bons costumes e à função social e econômica dos direitos, incluídos no art. 334.º (do Código Civil Português), cabe um papel diferente.¹⁴

Analizado o conceito de abuso de direito, passemos a uma análise da doutrina que equipara a litigância de má-fé no processo civil ao abuso do direito de ação e de defesa.

5. A CARACTERIZAÇÃO DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ COMO ABUSO DE DIREITO POR PARTE DA DOUTRINA

Para diversos autores, a figura jurídica do abuso de direito é a que melhor explica a litigância de má-fé no processo civil. Analisemos o pensamento de alguns que realizam tal aproximação.

Quanto ao abuso do direito no processo, a doutrina enfatiza que o processo, instrumento de realização do direito, não é meio para se prejudicar alguém (teoria subjetivista) ou para atingir objetivos anti-sociais (teoria objetivista). Entretanto, mais do que o direito privado, é propício o processo para o exercício abusivo de direito, conforme afirma Frederico Marques¹⁵.

A teoria geral do processo, no particular da lide temerária, foi buscar o seu fundamento na teoria do abuso de direito, portanto, no privatismo, mas o efeito do abuso, na relação processual é mais amplo pois atinge o Estado. Segundo Walter Zeiss, “a conduta do litigante é abusiva para com o Estado, não para com o adversário. A litigância temerária constitui pois um ataque às instituições justutelares do Estado, uma provocação inútil, excessiva ou antifuncional dos tribunais estatais”¹⁶.

Não pode a parte ou seu procurador invocar a tutela jurisdicional para prejudicar outrem ou desvirtuar a finalidade do seu direito. O abuso

14. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da boa-fé no Direito Civil. Coimbra; Almedina, 4ª reimpressão, 2011.

15. FREDERICO MARQUES, Instituições de Direito Processual Civil, Forense, Rio de Janeiro, 1958, p. 132.

16. ZEISS, Walter. El dolo procesal – aporte a la precisión teorica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico, trad. Y presentación de Tomas A. Banzhaf, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 32.

existe, mesmo não tendo havido dano à parte contrária. José Olímpio de Castro Filho preleciona que a repressão pelo Estado se efetua, “não porque resulte, ou possa resultar, em dano alheio, senão porque representa o abuso, por si só, um dano ao Estado”¹⁷.

Assim, a doutrina do abuso do direito teve origem no Direito Civil, conforme analisado supra e foi transplantada para o processo civil. Neste, passou-se a se considerar que o exercício da demanda não é um direito absoluto, pois que se acha, também, condicionado a um motivo legítimo. A utilização do processo pressupõe um direito a reintegrar, um interesse a proteger, uma séria razão para invocar a tutela jurisdicional¹⁸.

Existe ainda a agravante em processo que, além de ser atingida a parte contrária, atinge-se também o Estado, ficando esse a mercê de indivíduos que pretendem, através do processo, prejudicar outros ou obter resultados ilícitos. Daí a enxurrada de dispositivos legais a punir a litigância de má-fé, salvaguardando os princípios da boa-fé, lealdade e probidade no processo civil.

Pontes de Miranda fala em proibição ao abuso do direito público (subjetivo) de demandar, o abuso do exercício da ação (e da exceção), o abuso do remédio jurídico processual ou de atos processuais¹⁹.

Couture ensina que o litigante malicioso comete abuso do direito constitucional de petição, desviando-o de seus fins próprios²⁰.

Moacyr Amaral Santos, em voto proferido no STF (R. Ext.n. 69.439) assinalou que “o abuso do direito no exercício da demanda se caracteriza pelo dolo, no sentido de intenção de prejudicar, ou erro grosseiro, ou pelo espírito de aventura ou temeridade” (RTJ 56/129).

José Olímpio de Castro Filho enfatiza que o abuso de direito atingiria não só a parte adversa ou terceiros, mas também o Estado. Para ele, com essa teoria (abuso do direito) vieram ao processo todas as denominações atribuídas ao ato ilícito, formando o “quadro patológico do abuso do direito”: o dolo, a temeridade, a fraude, a emulação, o mero capricho, o erro grosseiro, a violência, a protelação da lide, etc²¹.

17. JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, op. cit., p. 33.

18. DIAS, Ronaldo Brêtas C. Fraude no processo civil, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 36.

19. PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 485-486.

20. COUTURE, Introduction a l'étude de la procedure civile, p. 23 *apud* CASTRO FILHO, op. cit., p. 25.

21. CASTRO FILHO, op. cit., p. 32, 87-88.

Arruda Alvim identifica o abuso na pretensão, afirmando que

o direito de ação, que é faculdade de acionar a jurisdição, deve conter uma pretensão, e esta é que não deve ser abusiva. Toda-
via, nossa legislação processual, tanto a anterior como a vigente,
acolhe o abuso do direito no processo, i.e., não admite certas des-
lealdades processuais, que superem os limites definidos pelo sis-
tema. A problemática da má-fé assenta-se muito mais na análise
da pretensão do que no direito de ação²².

Para Gino Zani, o ilícito processual não poderá ser procurado no di-
reito de ação, mas na antijuridicidade da pretensão, na falta de funda-
mento do direito de ação, e, enfim, na desonestidade e delituosidade dos
meios instrumentais eventualmente postos em ação²³.

Zani nega a aplicação da teoria do abuso do direito ao processo, jus-
tificando que somente no caso, praticamente absurdo, no qual o litigante
no próprio ato de proposição da demanda infundada, expressamente de-
clarasse que age sem razão e unicamente para importunar o próximo, e de
pedir o reconhecimento que nenhum direito lhe compete, só para exerci-
tar aquele direito processual de ação e de fatigar assim o adversário, po-
deria haver atividade emulatória no próprio direito (processual) de ação²⁴.

Prefere Zani assentar a discussão em torno do dolo processual, es-
clarecendo que

é assim que em relação à amplitude de seu conteúdo e do ambien-
te que se desenrola, a teoria do dolo processual fala a propósito
de atividade enganatória em relação ao mérito da demanda ou da
exceção, seja no curso do juízo principal ou incidental, seja em
procedimentos especiais de conhecimento (não definitiva, *inau-
dita altera parte*, etc.)²⁵.

Mas como bem sabemos, também poderá ocorrer litigância de má-fé
sem dolo. Para Barbosa Moreira, o abuso de direito no processo civil se
desdobra em abuso do direito de demandar (direito de ação em sentido
estrito), por parte do autor, e o abuso do direito de defesa, por parte do
réu²⁶.

22. ARRUDA ALVIM, Código de Processo Civil Comentado, vol. II, Editora Revista dos Tribu-
nais, São Paulo, 1975, p. 150.

23. ZANI, La mala fede nel processo civile, Società Editrice Del "Foro Italiano", Roma, 1931-IX, p. 77.

24. Idem, p. 83.

25. Idem, p. 87.

26. BARBOSA MOREIRA, Responsabilidade das partes por dano processual, p. 22-23.

Para Roberto Molina Pasquel,

no sistema anglo-americano os atos abusivos praticados no processo são considerados ofensivos aos juízes ou tribunais, podendo ser conceituados como tal: a) desprezo à autoridade, à justiça ou à dignidade de um tribunal; b) desprezo voluntário à autoridade exercida por uma corte de justiça; c) execução de atos que possam conduzir a um desprezo genérico à pessoa dos juízes, e que exijam uma intervenção sumária para preservar a ordem no tribunal e manter a dignidade dos juízes; d) tendência a obstruir a administração da justiça em uma demanda, fazendo nulas as resoluções do tribunal, levando ao menoscabo de sua reputação e a uma falta de respeito entre os homens; e) a desobediência a qualquer resolução legítima, decreto, auto ou ordem de um tribunal ; e f) a obstrução ofensiva aos procedimentos judiciais em que o juiz atua de ofício²⁷.

Admite Molina Pasquel que constituem *contempt*, entre outros, os seguintes atos praticados no processo: desprezo, indiferença, desatenção ou desacato; subtração ou alteração de documentos judiciais; abuso de recursos ou ações; destruição, alteração, ocultação ou disposição de coisa objeto do litígio; caução ou fiança ilusórias ou fictícias; mau comportamento em audiência, de partes, advogados ou testemunhas; recusa de depor ou falso testemunho; obstar citações; exercício ilegal da advocacia, etc²⁸.

Entende ainda que o *contempt*, ou ofensa, caracteriza perfeitamente o abuso do direito de demandar ou no curso da demanda, e, através de processo regular, “*vindicatorio de la dignidad judicial*”, de iniciativa tanto do ofendido como da autoridade judicial, são impostas ao ofensor sanções que variam de prisão à indenização, incapacidade para demandar, retratação em juízo, etc²⁹.

Tais procedimentos fortalecem o juiz e os tribunais na tarefa de conduzir o processo ao seu fim imediato, impedindo toda forma de abuso perante a Justiça, pelo que Carlos Aurélio Mota de Souza compara o instituto do *contempt of court* ao nosso “atentado a dignidade da justiça”, cuja aplicação não deveria ficar limitada às poucas referências do Código,

27. ROBERTO MOLINA PASQUEL, *Contempt of court*, p. 23 *apud* CARLOS AURÉLIO SOUZA, Poderes éticos do juiz, a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo, p. 67.

28. MOLINA PASQUEL. *Contempt of court*, p. 104 e ss. *apud* CARLOS SOUZA, op. cit., p. 68.

29. MOLINA PASQUEL. *Contempt of court*. p. 136-137 e 155 e s. *apud* CARLOS SOUZA, op. cit., p. 68.

mas ser estendida a toda situação de real ofensa à ordem jurídica, ocorrente no processo ³⁰.

Carlos Alberto Mota de Souza refere-se ainda às *astreintes* dos franceses, que têm caráter cominatório para assegurar o efetivo cumprimento de sentenças que impõem ao devedor uma prestação de fazer ou não fazer e que teriam sido acolhidas pelo nosso CPC de 1973 nos arts. 644, 645 e 932. E indaga se as *astreintes* seriam sanções contra o abuso do direito.

Para Mendonça Lima se trata de aplicação do princípio da probidade, de alto sentido ético, visando a romper a resistência obstinada e talvez ímproba do devedor que, além de lesar o direito do credor, ainda zomba da autoridade do Estado, representado pelo Poder Judiciário, não cumprindo a obrigação que lhe foi imposta em sentença ³¹.

Para Alcides Mendonça,

se bem que as *astreintes* tenham caráter econômico, o seu alvo é ético, por ser meio coativo, contra atos de protelação do devedor, burlando a finalidade da justiça antes de atentar contra os direitos do credor exequente, como adversário. É o prestígio da justiça que está em jogo, pois se trata de assegurar aquilo que seus órgãos julgaram a favor do credor-exequente. O sentido, assim, é duplamente moral: resguarda a autoridade do Estado e protege os direitos subjetivos do credor ³².

Sintetiza Mota de Souza que largas são as discussões em torno da incidência do abuso do direito no campo processual, abrangendo as questões pré-processuais (litígio ou pretensão), as que ocorrem durante o processo (má-fé, deslealdade, temeridade), e as que irão repercutir além do processo, através da coisa julgada ³³.

Vicente Miranda afirma que “o chamado abuso do direito processual encontra vedação nos arts. 16, 17 e 18 de nosso Código de Processo”, admitindo assim consistir a litigância de má-fé em abuso de direito ³⁴.

Diante de tantas afirmações de tão renomados juristas da incidência da figura do abuso de direito no que diz respeito à litigância de má-fé,

30. CARLOS AURÉLIO SOUZA, op. cit., p. 68.

31. ALCIDES LIMA, *Astreintes*, Enc. Saraiva do Direito, vol 8, p. 347-356.

32. ALCIDES LIMA, O princípio da probidade no código de processo civil brasileiro, p. 39.

33. CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA, op. cit., p. 69.

34. MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 188.

merece um aprofundamento o estudo da distinção entre os conceitos de abuso de direito e ilicitude, para demonstrarmos que esse último é o adequado para explicar a litigância de má-fé do Código de Processo Civil brasileiro.

6. A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ COMO ILICITUDE

Nos direitos brasileiro e português a litigância de má-fé assume contornos de ilicitude. Passemos a distinguir ilicitude (ou ilegalidade) e abuso de direito.

Ripert assinalou a distinção pelas características de cada caso: “no abuso de direito é a intenção delitual que motiva o ato, enquanto a ilegalidade é o ato contrário à lei”³⁵.

Veremos que na ilegalidade caracteriza-se a violação da lei, ao passo que no abuso do direito há exercício do direito, de modo anormal.

Segundo Fernando Augusto Cunha de Sá,

o comportamento do titular de certo direito subjetivo pode, esquematicamente, reconduzir-se a uma das três seguintes hipóteses:

a) tal comportamento conforma-se quer com a estrutura do direito subjetivo exercido, isto é, com a sua forma, quer com o valor normativo que lhe está inerente;

b) o comportamento do titular é, logo em si mesmo, contrário ou disforma da própria estrutura jurídico-formal do direito subjetivo em causa;

c) o comportamento preenche na sua materialidade, *in actu*, a forma do direito subjetivo que se pretende exercer, mas do mesmo passo, rebela-se contra o sentido normativo interno de tal direito, isto é, contra o valor que lhe serve de fundamento jurídico.

Só no primeiro caso se pode falar, com inteira correção, de exercício do direito. Porque se preenche a estrutura formal do direito e se respeita o valor que juridicamente funda o sentido desse direito, a atuação do titular integra concretamente um ato de exercício do mesmo direito, preenche faticamente a previsão normativa

35. RIPERT, O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno” ed. bras., 1937, pág 230; v. GIORGIANNI, “L’abuso del diritto nella norma giuridica”, Milano, 1963; RESCIGNO, “L’abuso del diritto” Rivista Diritto Civile, 1965, I, pág. 205; NATOLI, “Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano”, Riv. Trim diritto e procedura civile, 1958, pág. 18 *apud* ROBERTO ROSAS, Dano processual, p. 173.

a que é feita seguir a qualificação jurídica de admissibilidade ou permissão em termos de direito subjetivo. Estamos, aí, no domínio da licitude, do ato que é válido e legítimo e que o é concretamente, como exercício de um direito.

Na segunda hipótese, o comportamento do titular viola, opõe-se à própria estrutura do direito subjetivo, ultrapassa os limites formais de tal direito, excede-o na sua configuração jurídico-formal, atua sem direito, para lá do direito. Costuma-se, aqui, falar tradicionalmente de excesso de direito, de falta de direito, de carência de direito: quer dizer, a atuação do sujeito não é desde logo formalmente tida como admissível ou por permitida e não pode, assim, dizer-se com propriedade que se trata do exercício de um direito quando nem sequer há aparência do mesmo, quando a atuação se não reveste das características formais do direito subjetivo. Nessa hipótese enquadra-se o atuar em desacordo com a lei, a prática de ilegalidade ou ilicitude.

No terceiro caso o comportamento do titular preenche a estrutura do direito subjetivo, mas que, pelos precisos termos em que aparece ou pela exata situação em que surge, a sua realidade material não cumpra aquele mesmo valor normativo que é o fundamento jurídico de tal direito subjetivo³⁶.

Nesse último, fala-se de abuso de direito, sobre o qual já nos manifestamos.

Dessa forma, tanto na segunda como na terceira hipótese se atua fora do direito, sem direito, porque se ultrapassaram os limites que a ordem jurídica assinala ao mesmo direito: só que, na segunda, foram

36. FERNANDO CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito* (reimpressão da edição de 1973), Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 465-467. Segundo Fernando Sá "aparentemente, no plano da forma, o titular atua no seu direito, move-se dentro dele, mas, na realidade, comportamento e direito opõem-se pelo concreto sentido que um e outro possuem diferentemente. A aparência estrutural do direito não é integrada pela sua intenção normativa; a forma está presente, mas o seu preciso valor está ausente, a realidade finge o direito: o comportamento do titular viola, no seu íntimo sentido, os limites materiais que para a qualificação jurídica do permitido em termos de direito subjetivo resultam do seu fundamento axiológico. E tão pouco se pode falar aí de exercício de um direito, pois que, à face deste mesmo fundamento, é ilegítimo o comportamento concreto do titular. Aliás, a nossa própria lei expressamente refere o abuso ao excesso manifesto dos limites do direito. Mas poderá haver responsabilidade pelo exercício danoso do direito próprio, quando o titular, permanecendo por hipótese dentro dos limites de tal direito, escolha entre os diversos modos possíveis de exercício, precisamente aquele que poderia causar dano? No sentido afirmativo, quando a escolha do modo mais gravoso fosse intencional, pronunciava-se o Landrecht prussiano de 1794, 1ª parte, tít. 6º, §§ 36º e 37º. Todavia, o problema só se colocaria aí com autonomia quando a escolha não fosse dolosa; de resto, tratar-se-ia de encontrar a solução no caso concreto que decorresse do critério geral adotado (Idem, p. 467).

excedidos os limites lógico-formais do direito, aqueles que direta e claramente resultam dos quadros estruturais da norma positiva, enquanto que, na terceira, são os limites axiológico-materiais do mesmo direito que a situação concreta desrespeita; mas, em ambos os casos, pois, resulta evidente a antijuridicidade própria da conduta que, num, é relativa à forma do direito subjetivo e, no outro, ao seu fundamento ou sentido valorativo³⁷.

Na segunda fala-se de ilegalidade ou, pura e simplesmente, de ilicitude; na terceira, de abuso de direito. Logo, pelo respectivo fundamento, as duas qualificações jurídicas se autonomizam: na ilegalidade ou ilícito formal, são os limites estruturais do direito que se ultrapassam; no abuso do direito, excedem-se os limites materiais desse direito, aquelas precisas fronteiras que lhe são marcadas pelo seu imanente sentido axiológico-jurídico³⁸.

Devemos concordar ainda com o autor, no sentido de que, mesmo que, porventura, se venha a concluir que deveriam ser idênticas as consequências de ambas as modalidades do antijurídico, bastaria a diversidade dos critérios por que se determinam para assegurar o interesse dogmático da distinção e a autonomia científica das respectivas qualificações jurídicas³⁹.

Assim, assiste razão a Fernando Augusto Cunha de Sá ao admitir que

ao salientar a relação transcendental e unitária que existe entre o fundamento axiológico de um certo e determinado direito subjetivo e a estrutura formal desse mesmo direito (raciocínio que foi aplicado depois às diversas prerrogativas jurídicas individuais), fixou a autonomia dogmática da qualificação jurídica em termos de abuso do direito por referência ao elemento valorativo e a da qualificação jurídica em termos de ilicitude em conexão com o elemento estrutural⁴⁰.

Em ambas as hipóteses, porém, se concluiu estar perante um comportamento que é materialmente estranho ao exercício do direito subjetivo ou da diversa prerrogativa jurídica individual: só que enquanto a ilicitude é, desde logo, direta e frontal violação dos limites formais do

37. Cfr. FERNANDO CUNHA DE SÁ, op cit, p. 468.

38. Idem, p. 468.

39. Idem, p. 468-469.

40. Idem, p. 633.

direito ou da prerrogativa em causa, já o ato abusivo finge a aparência estrutural desse mesmo direito ou prerrogativa, assim encobrindo a violação da sua intenção normativa⁴¹.

Concluímos, pois, que quer a ilicitude, quer o abuso do direito, são em si mesmos, substancialmente, atuação sem direito, em carência do direito, apesar de naquela tratar-se da ultrapassagem dos limites lógico-formais de uma determinada prerrogativa individual e, nesta, do excesso ou desrespeito dos respectivos limites axiológico-materiais⁴².

Diz-se que no ato ilícito *stricto sensu*, há subsunção do ato concreto ao preceito legal, pois há violação de um comando normativo. Por outro lado, no ato abusivo o sujeito age no exercício de seu direito, mas viola os valores que lhe fundamentam. No abuso de direito há a presença da aparência de direito, fato que justifica sua singularidade e consequentemente sua autonomia frente ao ato ilícito.⁴³

Reconhece-se que a doutrina do abuso de direito se encontra em sintonia com a mudança de paradigma operada no ordenamento, a qual se dirige à superação do ideal de completude, tão defendido pelo positivismo jurídico. Admite-se portanto que o direito positivo não é capaz de prever de forma exaustiva todas as condutas indesejadas, que devem ser repelidas do ordenamento.⁴⁴

Quanto às sanções⁴⁵ aplicáveis a ambas poderão ser idênticas, sem qualquer prejuízo para a autonomia conceitual das mesmas.

41. *Idem*, p. 633-634.

42. *Idem*, p. 634.

43. MODENESI, Pedro. A relação entre o abuso do direito e a boa-fé objetiva. Consulta no site http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Modenesi.pdf em 31.01.2013.

44. Carpena, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002. Relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. TEPELINO, Gustavo (coord). A parte geral do novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 407.

45. Segundo FERNANDO SÁ se este preciso fundamento permite autonomizar dogmaticamente as duas qualificações jurídicas no âmbito da contraditoriedade a direito, já aquela identidade substancial leva a aceitar a possibilidade de serem as mesmas, no caso concreto, as sanções com que o ordenamento jurídico reprima ou previna o ato ilícito e o ato abusivo. E conclui: “talvez até para salientar esta conclusão é que, como se viu, haja quem prefira falar a tal propósito, respectivamente, de ilicitude formal e de ilicitude material – a diferente adjetivação deixando bem claro tratar-se da mesma realidade substantiva que por ela é qualificada. Por isso também se teve logo oportunidade de pôr em relevo que a autonomia científica dos conceitos de ilicitude e de abuso de direito, assim baseada na diferença dos respectivos fundamentos ou critérios por que foram individualizados, não seria prejudicada por uma presumível convergência de efeitos sancionatórios” (FERNANDO CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito* (reimpressão da edição de 1973), Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 634-635).

No mesmo sentido Taruffo, para quem da idéia generalíssima de abuso de direito se pode tirar algumas sugestões úteis para individualizar a natureza do abuso do processo. Uma primeira indicação é que se pode abusar de qualquer coisa de que se pode fazer uso legitimamente, se fossem observadas algumas regras de correção. Em outros termos, se pode abusar de uma situação subjetiva da qual se é titular, ou seja, de um direito, de um poder, de uma faculdade, etc.⁴⁶

Exemplifica Taruffo:

se Tizio não tem um direito ou um poder, não se pode propriamente dizer que dele abusa; mas se poderá dizer que ele viola a norma, que usurpa uma posição, que gaba-se, ou qualquer outra coisa, mas não que abusa de algo. Em substância, se pode abusar do que se tem direito de fazer, não daquilo que não se pode fazer. Se se faz o que não pode fazer estaremos diante de um comportamento ilegal, mas essa ilegalidade não é propriamente definível como abuso. Emerge assim, dentro da generalíssima categoria dos comportamentos ilícitos, uma distinção de ordem subjetiva: só quem é titular de uma situação subjetiva ativa pode abusar, entretanto, quem assim atua comete ilícito de diversas naturezas, não reconduzíveis ao conceito de abuso. Essa distinção pode ser válida mesmo no âmbito processual: se Tizio tem o direito, o poder ou a faculdade de praticar um ato do processo, pode servir-se de modo correto ou impróprio e de forma abusiva. Se porém Tizio não tem direito de praticar um certo ato do processo e todavia o pratica, não se pode dizer que comete um abuso: se dirá, porém, que ele não está legitimado a praticar aquele ato, e que assim o ato é nulo, inválido, anormal, inadmissível, ou outra coisa. A sentença proferida por quem não é juiz não representa um abuso cometido pela sua pronúncia, mas qualquer coisa que não existe no âmbito dos fenômenos juridicamente relevantes. A demanda proposta por quem não tem legitimidade para agir não representa um abuso, mas uma banal hipótese de carência de legitimação ativa. Assim, não é o abuso cada violação da regra processual, mas somente o exercício impróprio, incorreto ou distorcido de uma situação processual ativa de que é titular o autor do comportamento abusivo⁴⁷

Ainda seguindo essa linha, Alberto dos Reis, que para justificar a penalização da litigância de má-fé admite que

uma coisa é o direito abstrato de ação ou de defesa, outra o direito concreto de exercer atividade processual. O primeiro não tem limites; é um direito inerente à personalidade humana. O segundo

46. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo*, in *Diritto Privato*, III, *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998, p. 435-457.

47. TARUFFO, *op cit.*, p. 435-457.

sofre limitações, impostas pela ordem jurídica; e uma das limitações traduz-se nesta exigência de ordem moral: é necessário que o litigante esteja de boa fé ou suponha ter razão. Portanto, revelada a má fé, torna-se patente que ele exerceu atividade ilícita. Há, em tal caso, segundo alguns, abuso de direito; segundo o autor, parece mais rigoroso dizer que não há direito. Esta construção não colide com o princípio de que é lícito intentar ações ou deduzir defesas objetivamente infundadas, porque o princípio deve entender-se nestes termos: contanto que a parte esteja convencida de que lhe assiste razão⁴⁸.

É evidente que em alguns sistemas jurídicos nos quais as hipóteses de litigância de má-fé não se apresentam taxativamente indicadas e acompanhadas das respectivas sanções, far-se-á necessário o uso da figura do abuso de direito.

Numa simples leitura do art. 17 do CPC brasileiro observamos que ele indica taxativamente, em seus incisos, os casos em que o autor, réu ou interveniente praticam condutas processualmente ilícitas, não tendo sentido a utilização da figura do abuso de direito processual para qualificá-las juridicamente.

Não tem qualquer direito àquela forma de atuar (e portanto não se pode abusar daquilo que não se tem) o que litiga de má-fé no processo civil brasileiro, que fica sujeito às sanções previstas no mesmo ordenamento.

O mesmo ocorre no direito português, onde o artigo 456º, nº 2 dispõe que litigante de má-fé é o que, com dolo ou negligência grave, pratica as condutas indicadas nas letras a) a d), ficando sujeito às sanções previstas no nº 1 (multa e indenização). Nesse caso, não há que se socorrer da figura do abuso de direito, pois aquele que age nos moldes do art. 456º nº 2 pratica ilicitude ali prevista, devendo ser punido com as sanções indicadas no referido nº 1.

Concorda conosco Yussef Cahali, para quem as disposições dos artigos 16 a 18 do CPC brasileiro configuram uma espécie de ilícito em que o elemento material consiste no desenvolvimento de uma atividade processual, sendo o ilícito, que causa dano a uma parte, fonte de obrigação para a parte a que é imputável⁴⁹.

48. ALBERTO DOS REIS, Código de processo civil anotado, p. 261.

49. YUSSEF CAHALI, Responsabilidade do litigante temerário pelo dano processual, Honorários Advocatícios, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, p. 38.

7. CONCLUSÃO

Dessa forma, equivocam-se os doutrinadores brasileiros que afirmam que o litigante que pratica as condutas tipificadas como litigância de má-fé no art. 17, com sanções no art. 18, ambos do Código de Processo Civil, estariam praticando abuso de direito. Trata-se na verdade de ilicitude (ato ilícito stricto sensu, para alguns). Apesar de ambos se situarem no campo da antijuridicidade, a distinção se faz necessária.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**, vol. II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.
- CAHALI, Yussef Sahid. **Responsabilidade do litigante temerário pelo dano processual**. Honorários Advocatícios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- CARPENA, Heloísa. **O abuso do direito no Código de 2002. Relativização dos direitos na ótica civil-constitucional**. TEPEDINO, Gustavo (coord). A parte geral do novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- CASTRO FILHO, José Olímpio de. **Abuso do direito no processo civil**, ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra; Almedina, 4ª reimpressão, 2011.
- DIAS, Ronaldo Brêtas C. **Fraude no processo civil**, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- LEÃO, Adroaldo. **O litigante de má-fé**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **Abuso do direito de demandar**. Revista de Processo, n.19, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul/set 1980.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **Astreintes**, Enc. Saraiva do Direito, vol 8.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **O princípio da proibidade no código de processo civil brasileiro**, Revista de Processo, n. 16, out/dez 1979, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.
- MARQUES, Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro:Forense, 1958.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentário ao Código de Processo Civil.Tomo I**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Geral, Tomo II**, 3ª ed, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo LIII**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966.

- MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MODENESI, Pedro. **A relação entre o abuso do direito e a boa-fé objetiva**. Consulta no site http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Modenesi.pdf em 31.01.2013.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Responsabilidade das partes por dano processual**. Revista de Processo, n. 10, abr/jun. 1983, São Paulo: Editora RT, 1983.
- REIS, Alberto dos. **Código de processo civil anotado**, vol II, 3ª ed, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1981.
- ROSAS, Roberto. **Dano processual**. Rev. do Tribunal Federal de Recursos, n. 145, maio 1987, Editora Lex, 1987.
- SÁ, Fernando Cunha de. **Abuso do Direito** (reimpressão da edição de 1973), Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz – a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.
- TARUFFO, Michele. **Elementi per una definizione di “abuso del processo”**. Diritto Privato, III, L’abuso del diritto, Padova: Cedam, 1998.
- TEPEDINO, Gustavo; et al. **Código interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ZANI, Gino. **La mala fede nel processo civile**, Società Editrice Del “Foro Italiano”, Roma, 1931-IX.
- ZEISS, Walter. **El dolo procesal – aporte a la precisión teorica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico**. Trad. Y presentación de Tomas A.Banzhaf, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1979.

OMISSÃO JUDICIAL NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Luiz Henrique Volpe Camargo¹

SUMÁRIO – 1. Breve introdução – 2. A posição de Pontes de Miranda – 3. Os julgados do Supremo Tribunal Federal na mesma linha defendida por Pontes de Miranda – 4. A posição do Superior Tribunal de Justiça na mesma linha defendida por Pontes de Miranda adotada no recurso especial nº 886178/RS, cujo acórdão está submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução do STJ n.º 08/2008 – 5. A posição do Superior Tribunal de Justiça na mesma linha defendida por Pontes de Miranda consolidada no enunciado nº 453 da súmula de sua jurisprudência dominante – 6. A análise crítica da posição de Pontes de Miranda e das soluções apresentadas para o problema: 6.1. Da exigência do ajuizamento de ação rescisória; 6.2. Da admissão de promoção de liquidação de sentença para o arbitramento dos honorários; 6.3. Da admissão de correção da omissão a qualquer tempo, no pressuposto de que se trata inexactidão material; 6.4. Do cabimento de ação própria para a fixação da verba honorária – 7. A perspectiva de “*overruling*” do entendimento consolidado no STJ – 8. A proposta de “*lege ferenda*” – 9. Conclusão.

1. BREVE INTRODUÇÃO

Os coordenadores desta obra – Fredie Didier Jr., Pedro Henrique Nogueira e Roberto Campos Gouveia – e a editora Juspodivm honraram-me com o convite para escrever nesta obra coletiva, que é dedicada à comemoração do 120º aniversário de Pontes de Miranda.

O homenageado é dos maiores juristas de todos os tempos. Seu trabalho impressiona pela quantidade, qualidade e diversidade, afinal, segundo informações do Instituto Pontes de Miranda², sua vasta produção bibliográfica é composta “por 144 volumes e abrange sociologia,

-
1. Doutorando (PUC/SP), mestre (PUC/SP) e especialista (UCDB/INPG) em Direito Processual Civil. Professor do curso de graduação e especialização da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) de Campo Grande, Mato Grosso do Sul. Advogado.
 2. <http://www.ipm.al.org.br/historico.htm>, acesso em 24-12-2012.

filosofia, política e poesia, além do direito, tema de 128 volumes, num total de 29 títulos.”

No campo do direito, a coleção “Comentários ao Código de Processo Civil” escrita pelo homenageado e publicada pela editora Forense demonstra a precisão e profundidade com que se dedicou ao processo civil. Trata-se de importante legado de Pontes de Miranda à comunidade jurídica e, por isso mesmo, se constitui em fonte obrigatória de pesquisa para qualquer dos temas do direito processual civil.

Foi no Tomo I de tal coleção, na sua edição de 1973 – que foi lançada por Pontes de Miranda logo após a entrada em vigor do então novo Código de Processo Civil e 6 anos antes de seu falecimento ocorrido em 22-12-1979 –, que o homenageado enfrentou a questão sobre *qual é o instrumento jurídico adequado para a fixação de honorários de advogado quando o magistrado omite em fixá-los em processo judicial cuja sentença passa em julgado*.

Trata-se de tema que, desde então, vem despertando viva discussão jurídica na doutrina e no Poder Judiciário e que, por sua vez, foi objeto fixação de tese em recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça de recurso especial repetitivo processado na forma do art. 543-C do CPC (RESP 886178/RS³), bem assim da igualmente recente edição, pela mesma Corte, de enunciado de súmula da jurisprudência dominante (Súmula 453⁴).

O tema é contemporâneo não só em função desses importantes pronunciamentos do Poder Judiciário, mas também porque, na Câmara dos Deputados, foi introduzida proposta no projeto de novo Código de Processo Civil – Projeto de Lei n.º 8046, de 2010⁵ –diametralmente oposta à solução do Superior Tribunal de Justiça para a questão, texto que, se realmente transformado em lei, demandará revisão (*overruling*) do entendimento do Poder Judiciário.

Diante disso, a partir da visão de Pontes de Miranda, o presente artigo se propõe a condensar os variados pontos de vista sobre a questão

3. REsp 886178/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 02/12/2009, DJe 25/02/2010.

4. “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.”

5. “Art. 85. ... § 17. Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários advocatícios ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para a sua definição e a sua cobrança.”

para, ao final, tomar partido sobre o assunto com vistas a estimular o debate acadêmico para a busca da solução mais adequada para o problema.

2. A POSIÇÃO DE PONTES DE MIRANDA

Para Pontes de Miranda⁶ “Se a sentença não inclui honorários de advogado, ou de todos o que serviram às partes, ou à mesma parte (em tempos diferentes), cabe recorrer dela. A condenação não é *ex lege*; é ato que a lei ordena seja praticado pelo juiz. Não é preciso serem pedidos os honorários na inicial; mas, se o juiz deixa de condenar e o autor não reclamou, em recurso, passa em julgado a sentença, se recorreu e perdeu, a sentença só é suscetível de ser impugnada por ação rescisória. Não há ação independente para haver esses honorários. A sentença final na causa ‘condenará’, diz o art. 20. Portanto, não condenado o réu, ou o autor, a pagar os honorários do advogado, em vez de se reputarem incluídos *ex lege*, entende-se que o juiz deixou de atender à regra legal. Não é matéria que se protraia para se discutir na execução. A parte prejudicada pela sentença tem de reagir desde logo, na forma e prazos legais.”

Como se viu, claramente Pontes de Miranda sustenta que o instrumento processual cabível para a fixação de honorários advocatícios é a *ação rescisória*, por violação a lei federal (CPC, art. 485, V), qual seja, o art. 20 do CPC. Na sua ótica, ao omitir-se de fixar a verba, o magistrado indevidamente deixa de atender à regra legal, porquanto, embora a condenação ao pagamento dos honorários prescinda de pedido da parte, para existir, deve ser expressada formalmente na sentença, de modo que quando isto não ocorre, tal pronunciamento judicial somente pode ser desconstituído pela ação rescisória.

3. OS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA MESMA LINHA DEFENDIDA POR PONTES DE MIRANDA

No Supremo Tribunal Federal⁷, no regime constitucional anterior e sob a égide do CPC/39, também já se decidiu que “Omisso que foi o julgado, a respeito da inclusão dessa verba na condenação, não é de aplicar-se,

6. MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil: tomo I, arts. 1º-45. Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 420-421.

7. RE 67268, Relator Min. Barros Monteiro, Primeira Turma, julgado em 12/09/1969, DJ 10-10-1969

na execução, o princípio da sucumbência, em face do obstáculo da coisa julgada.”

Mais adiante, agora já na vigência do CPC/73, o entendimento foi reafirmado no Supremo Tribunal Federal⁸ no sentido de que “Omitindo-se a decisão na condenação em honorários advocatícios, deve a parte interpor embargos de declaração, na forma do disposto no art. 535, II, CPC. Não interpostos tais embargos, não pode o Tribunal, quando a decisão passou em julgado, voltar ao tema, a fim de condenar o vencido no pagamento de tais honorários. Se o fizer, terá afrontado a coisa julgada.”

4. A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA MESMA LINHA DEFENDIDA POR PONTES DE MIRANDA ADOTADA NO RECURSO ESPECIAL N.º 886178/RS, CUJO ACÓRDÃO ESTÁ SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO DO STJ N.º 08/2008

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, adotado no recurso especial n.º 886178/RS, cujo acórdão está submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução do STJ n.º 08/2008, está fundamentalmente calcado nos princípios da preclusão e da coisa julgada. O julgado parte do pressuposto de que a posterior discussão sobre a questão dos honorários em ação de cobrança afrontaria a coisa julgada, mesmo sendo a sentença omissa quanto ao tema. Por outras palavras, na ótica do STJ, *a coisa julgada abrange o que foi expressamente decidido e também o que não foi decidido*, ou seja, inclui o tema relativo aos honorários advocatícios sobre o qual não existe decisão.

Nesse sentido, veja-se, pois, a seguinte passagem da ementa⁹ “O trânsito em julgado de *decisão omissa em relação à fixação dos honorários sucumbenciais impede o ajuizamento de ação própria objetivando à fixação de honorários advocatícios*, sob pena de afronta aos princípios da preclusão e da coisa julgada. Isto porque, na hipótese de omissão do julgado, caberia à parte, na época oportuna, requerer a condenação nas verbas de sucumbência em sede de embargos declaratórios, antes do trânsito em julgado da sentença.”

8. ACO 493 AgR, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1999, DJ 19-03-1999

9. REsp 886178/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 02/12/2009, DJe 25/02/2010.

Apesar da inicial clareza da opção adotada pelo STJ, a mesma ementa contém outra passagem que nega completamente a tese firmada nos primeiros parágrafos, pois, sem amparo no corpo do voto condutor do Relator, expressa que: “Ressalva do Relator no sentido de que o acórdão, que não fixou honorários em favor do vencedor, *não faz coisa julgada, o que revela a plausibilidade do ajuizamento de ação objetivando à fixação de honorários advocatícios*. Isto porque a pretensão à condenação em honorários é dever do juiz e a sentença, no que no que se refere a eles, é sempre constitutiva do direito ao seu recebimento, revestindo-o do caráter de executoriedade, por isso, a não impugnação tempestiva do julgado, que omite a fixação da verba advocatícia ou o critério utilizado quando de sua fixação, não se submete à irreversibilidade decorrente do instituto da coisa julgada.”

5. A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA MESMA LINHA DEFENDIDA POR PONTES DE MIRANDA CONSOLIDADA NO ENUNCIADO N.º 453 DA SÚMULA DE SUA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

Sete (7) precedentes justificaram a edição do enunciado n.º 453 da Súmula da Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, que diz: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.” São eles: AgRg no REsp 886559/PE; EREsp 462742/SC; REsp 237449/SP; REsp 352235/SE; REsp 661880/SP; REsp 747014/DF e REsp 886178/RS.

Afora o último recurso acima referido (REsp 886178/RS), cujos fundamentos já foram acima expostos, o núcleo determinante dos demais pode ser assim sintetizado:

- a) o AgRg no REsp 886559/PE foi relatado pelo Ministro Francisco Falcão. Nele, se discutiu se a omissão na fase de conhecimento poderia ser suprida na execução de sentença, ou seja, se o juiz poderia, na execução, arbitrar honorários para remunerar o trabalho na fase de conhecimento, tendo prevalecido que “é inadmissível a fixação dos ônus sucumbenciais na fase de execução da sentença proferida na ação ordinária já transitada em julgado, sob pena de afronta aos princípios da preclusão e da coisa julgada.”;
- b) o EREsp 462742/SC, por sua vez, foi julgado pela Corte Especial e relatado pelo Min. Barros Monteiro. O relator foi vencido por

apertada diferença (10x7). Prevaleceu o voto divergente do Ministro Cesar Asfor Rocha no qual assentou que “tenho que o silêncio da parte, ao constatar a omissão do acórdão no que se refere à condenação nos honorários, torna a matéria imutável por força do trânsito em julgado da sentença” a seguir complementado pelo Min. Antônio de Pádua Ribeiro que apresentou um argumento novo, nunca antes manifestado publicamente, qual seja, o de que existia na Corte postura restritiva com o objetivo de “evitar a proliferação de processos”, ou seja, de a opção decorreria de “política judiciária” que tem o objetivo de “restringir o ajuizamento de ações relativamente a casos que podem ser decididos em processo já em andamento”;

- c) o REsp 237449/SP, por sua vez, foi relatado pelo Min. Aldir Passarinho Junior onde, basicamente, assentou que “o processo civil obedece a um sistema, que faculta à parte o oferecimento de recursos, quando prejudicada por algum ato judicial de conteúdo decisório. A sua inação torna a matéria preclusa.”;
- d) o REsp 352235/SE, ao seu turno, foi relatado pelo Min. Fernando Gonçalves onde assentou que “A condenação em honorários na fase de execução fere o princípio da coisa julgada, porquanto é defeso ao recorrente executar o recorrido em verba a cujo pagamento não foi condenado, restando precluso, portanto, o direito de requerer a sua fixação.”;
- e) o REsp 661880/SP, ao seu turno, foi relatado pelo Min. Felix Fisher onde fundou sua conclusão jurídica no argumento de que “não é possível a condenação da verba honorária em sede de execução do *decisum*, após o seu trânsito em julgado, sob pena de afronta à coisa julgada.”;
- f) o REsp 747014/DF, que foi julgado sob a relatoria do Min. José Arnaldo da Fonseca onde, reprisando os termos do acórdão do Tribunal de origem, assentou que “omitindo-se o Tribunal na condenação dos honorários, cabia à parte interessada opor embargos declaratórios, objetivando sua fixação. Não o fazendo, deixou precluir a matéria, pelo que não pode o Juiz, posteriormente, fazer tal condenação.”;

Além dos julgados acima, no âmbito do STJ colhem-se os seguintes precedentes nos quais se decidiu na mesma direção do enunciado n.º

453 da Súmula da jurisprudência dominante: EDcl no REsp 1201109/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 17/11/2010; REsp 1156992/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 28/09/2010; REsp 956.989/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/02/2010; REsp n. 886.559-PE, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 24/05/2007; Resp n. 605.066-RO, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 18/05/2007; REsp n. 885.016-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 07/11/2006; Resp n. 747.014-DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 05/09/2005; REsp n. 631.321-SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 20/09/2004; Resp n. 661.880-SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 08/11/2004; REsp 425.749/SP, Rel. Min. José Delgado, DJU de 25/11/2002; REsp 237.449/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 19/08/2002; REsp 354.162/RN, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 03/06/2002; REsp. 352.235/SE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 22/04/2002; REsp 331.508/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 04/03/2002; REsp 146422/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 01/02/1999; REsp 53.191/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 13/10/1998; REsp 16109/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 25/10/1993; REsp 2043/RJ, Rel. Min. Fontes de Alencar; AgRg no Ag 1999/SP, Rel. Min. Geraldo Sobral, DJ 29/10/1990.

6. A ANÁLISE CRÍTICA DA POSIÇÃO DE PONTES DE MIRANDA E DAS SOLUÇÕES APRESENTADAS PARA O PROBLEMA

Como cediço, o art. 20¹⁰ do Código de Processo Civil em vigor estabelece que a sentença condenará o vencido a pagar honorários de advogado ao vencedor. Assim, atualmente, o modelo brasileiro de fixação de honorários advocatícios decorre de fato objetivo: a derrota no processo.

Trata-se de regra que tem origem em 1965, quando o art. 64¹¹ do Decreto-Lei 1.608/1939 (Código de Processo Civil de 1939) foi alterado pela Lei 4.632, de 18-05-1965 para a instituição, no Brasil, do denominado

10. “Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.”

11. “Art. 64. A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que fôr aplicável, o disposto no art. 55. § 1.º Os honorários serão fixados na própria sentença, que os arbitrará com moderação e motivadamente. § 2.º Se a sentença se basear em fato ou direito superveniente, o juiz levará em conta essa circunstância para o efeito da condenação nas custas e nos honorários.”

modelo *Chiovendiano* de condenação aos ônus da sucumbência. Tal modelo é assim denominado porque foi concebido por Giuseppe Chiovenda¹² sob o fundamento de que o processo não pode resultar em qualquer prejuízo para o vencedor, isto é, para quem tem razão.

Pois bem, apesar do caráter cogente da previsão do art. 20 do CPC (“A sentença *condenará* o vencido a pagar ao vencedor ... os honorários advocatícios”) em alguns processos ocorre a omissão judicial na fixação da verba honorária.

Quando esta omissão é suprida pela via dos embargos de declaração o problema desaparece facilmente. A celeuma jurídica se instala quando há omissão do juiz e a posterior inércia da parte ao não buscar a solução da questão por meio do recurso cabível para a integração do pronunciamento judicial, antes do trânsito em julgado, no caso, pela via dos embargos de declaração.

Em casos assim, quatro possíveis soluções excludentes entre si são apresentadas para o problema: *a)* exigir o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir o julgado no particular, para a fixação de honorários advocatícios, no pressuposto que a negação está implícita; *b)* admitir a promoção de liquidação de sentença para o arbitramento dos honorários, no pressuposto de que a condenação do vencido é implícita; *c)* considerar a omissão como inexistência material de modo a permitir a sua correção a qualquer tempo (CPC, art. 463, I), por simples petição; ou, *d)* permitir o ajuizamento de ação de cobrança para a fixação dos honorários.

6.1. Da exigência do ajuizamento de ação rescisória

Como visto, para Pontes de Miranda, com prevalência no STF e no STJ, o ato do juiz de *não-decidir* a questão dos honorários advocatícios impede o ajuizamento de nova ação com o objetivo de fixá-los e cobrá-los, por afronta à coisa julgada¹³, daí porque o meio adequado para a

-
12. “A parte vencida é condenada ao pagamento das custas do processo (...) O fundamento dessa condenação é o fato ‘objetivo’ da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível, nítido e constante” (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de processo civil. 3. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002, p. 242)
 13. Yussef Said Cahali reformulou seu entendimento manifestado na 1ª edição de sua obra “Honorários Advocatícios”, quando sustentou o cabimento de ação própria. Desde a 2ª edição (atualmente a obra está na 4ª edição), o insigne doutrinador sustenta que: “se a

solução da questão é o ajuizamento de ação rescisória, por violação a literal disposição de lei.

Com o mais elevado respeito, discorda-se dessa posição. Para explicar os motivos da discordância é preciso, ao menos de forma sintética e focada no tema do artigo, revisar o conceito de coisa julgada e de algumas questões a ela relativas.

A coisa julgada pode ser formal ou material. A *coisa julgada formal* é a situação de imutabilidade de um pronunciamento judicial (sentença ou acórdão) *no mesmo processo*¹⁴ onde foi proferido que se configura quer porque a parte, por opção, não manejou o recurso cabível para buscar a busca a revisão ou a nulidade do pronunciamento judicial no tempo e forma previstos em lei; quer porque o fez até esgotar a cadeia recursal prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Quando, nas mesmas condições acima, o pronunciamento judicial enfrenta o mérito da causa (CPC, art. 269), ocorre a formação da *coisa julgada material* que agrega uma qualidade aos efeitos da sentença, a imutabilidade. Essa qualidade impede a rediscussão das questões decididas *em qualquer outro processo futuro*. É, portanto, situação jurídica que confere estabilidade ao pronunciamento judicial impedindo que a mesma causa, assim compreendida a que contenha identidade de partes, causa de pedir e pedido (CPC, art. 301), seja reapreciada pelo Poder Judiciário¹⁵, com vistas a garantir segurança jurídica e solução definitiva aos litígios submetidos à apreciação judicial.

sentença omite a condenação do vencido nos honorários, o vencedor deve recorrer dela, para cobrir-se da coisa julgada, que lhe retiraria a possibilidade de haver para si os honorários de sucumbência. Da natureza processual da condenação nos encargos do processo decorre a inadmissibilidade da ação autônoma, específica para a obtenção de um provimento condenatório pertinente à responsabilidade advocatícia.” (CAHALI, Yussef Said. Honorários Advocatícios. 4ª ed. São Paulo; RT, 2011, p. 97)

14. A julgada formal que é produzida em pronunciamentos judiciais edificadas no art. 267 do CPC não impede a repropositura de nova ação entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Entretanto, essa nova propositura pressupõe tanto o cumprimento da obrigação estabelecida no art. 268 do CPC quanto a solução do vício que justificou a primeira extinção do processo sem resolução do mérito. Diante disso, é possível concluir que a coisa julgada formal tem, sim, efeitos panprocessuais. Luiz Eduardo Ribeiro Mourão assim conclui sobre o tema: “Portanto, caso a decisão que extingue o processo, com base no artigo 267, do Código de Processo Civil, tenha transitado em julgado, a demanda poderá ser reproposta, mas com a correção do vício antes apontado. Caso não seja, essa segunda demanda deverá ser extinta pela existência de coisa julgada formal.” (MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Coisa julgada, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 169)
15. Como diz Rodrigo Barioni, “A coisa julgada material impede que a matéria decidida na sentença seja revista por outro órgão do Poder Judiciário e que tenha a ser ajuizada nova

Nesse sentido, o art. 468 do CPC estabelece os *limites objetivos* da coisa julgada, ou seja, *o que* se torna, por conta dela, imutável, indiscutível, estável. O artigo diz: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e *das questões decididas*.” As “questões decididas” a que se refere o art. 468, compreendem todos os pedidos formulados pela parte efetivamente apreciados na sentença, na sua parte dispositiva (CPC, art. 469). Assim, se o texto da lei diz que coisa julgada se forma sobre “questões decididas”, a *contrario sensu* é de se concluir que não há coisa julgada especificamente sobre as questões não-decididas, isto é, em relação a parte da sentença que é *infra petita*. Por outras palavras, a coisa julgada abrange os pedidos da parte efetivamente julgados, mas não os pedidos formulados e não enfrentados por ocasião do julgamento posto que não existe previsão no ordenamento jurídico brasileiro¹⁶ da coisa julgada “implícita”¹⁷.

A esse propósito, Barbosa Moreira¹⁸ sustenta que a coisa julgada “só abrange as questões sobre as quais tenha ocorrido julgamento. Aliás, é ocioso salientar o que há de óbvio na asserção: a coisa julgada não pode deixar de ser a coisa (*res*) que se julgou. Aquilo que não se julgou... não se converte, à evidência, em coisa julgada! As questões nos limites das quais tem “força de lei” a sentença – quer a vista do art. 287, *caput*, do Código de 1939, quer diante do art. 468 do Código de 1973 – põem-se nos vários itens em que se desdobra o pedido. A cada um deles há de corresponder, na sentença, um capítulo; e, para fins de trânsito em julgado, cada capítulo deve ser considerar-se como uma decisão *per se* (*tot capita*

demanda para pretender rediscuti o thema decidendum. Confere definitividade ao julgamento acerca do objeto do litígio. Trata-se, portanto, de mecanismo que visa prioritariamente conferir segunda jurídica aos julgados judiciais, a fim de evitar a perpetuação dos litígios.” (BARIONI, Rodrigo. Ação Rescisória e Recursos para os Tribunais Superiores. Coleção Recursos no Processo Civil n.º 23. São Paulo; RT, 2010, p. 18)

16. Sobre o tema, ao emitir parecer sobre caso em que no primeiro processo não houve julgamento sobre a condenação ou não a incidência de correção monetária, Barbosa Moreira escreveu o seguinte: “Nenhuma norma jurídica proíbe a reiteração de pedido não julgado. A ação em curso tem por objeto uma pretensão a cujo respeito ainda não ocorreu prestação jurisdicional de qualquer teor: nem a favor da autora, nem contra ela – pois a omissão em decidir não se identifica com a declaração de improcedência. Logo, é fora de propósito cogitar-se, a tal respeito, de auctoritas rei iudicatae.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. In Temas de direito processual. 2ª Série, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 252)
17. Expressão utilizada pelo Min. José Delgado ao julgar o EREsp 462742/SC.
18. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. In Temas de direito processual. 2ª Série, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 248

quot sentintiae). Havendo, por consequência, diversos pedidos (o que no presente contexto vale o mesmo, diversos tópicos no *petitum*), cada qual constitui uma questão a ser julgada; e a *auctoritas rei iudicatae* vai recorrer aquelas que efetivamente o sejam”.

A esse propósito, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina¹⁹ dizem que “a coisa julgada pressupõe juízo: onde falta este juízo não se forma a coisa julgada.”

No mesmo sentido é a doutrina de Nelson Nery Jr e Rosa Maria Andrade Nery²⁰: “Se a sentença prolatada numa ação se omite sobre um dos capítulos do pedido constante na inicial, não transita em julgado sobre ele, podendo, portanto, o autor propor outra ação para obter a prestação jurisdicional pertinente (RTJ 99/289)”.

Outra circunstância também demonstra o não-cabimento da ação rescisória. Não havendo a fixação dos honorários na parte dispositiva da sentença, não há possibilidade de formulação do pedido rescindente na ação rescisória, pois este tem que abranger justamente a parte dispositiva da sentença rescidenda²¹ para desconstituí-la²². É absolutamente

-
19. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada. São Paulo: RT, 2003, p. 84.
 20. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. São Paulo: RT, 2007, p.700.
 21. Nesse sentido: “III – Ademais, a questão trazida à baila na rescisória não foi objeto de análise pela decisão rescindenda, não havendo qualquer pronunciamento acerca de possível julgamento citra petita. Assim, mostra-se inviável a presente ação com base em suposta violação a disposição de lei. Precedente. IV – A ação rescisória não se confunde com recurso. Seus pressupostos estão insculpidos no art. 485 e incisos do Código de Processo Civil. Inadequada, pois, a propositura de ação como forma derradeira da via recursal. V – Ação rescisória improcedente. (AR .775/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 25/04/2007, DJ 25/06/2007, p. 214). Em sentido contrário: “1. É possível o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir sentença citra petita, com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil. Precedente. ...” (AR .687/SE, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 28/03/2008, DJe 29/05/2008); “Nos termos do art. 460 do CPC, o julgador deve se ater ao pedido formulado na inicial. Desrespeitado esse comando, seja por julgamento extra, ultra ou citra petita, a sentença está eivada de vício, eis que não acobertada pela coisa julgada material. O julgamento citra petita autoriza a proposição de ação rescisória nos termos do inciso V do art. 485 do CPC. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 413.786/RS, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 31/08/2005, DJ 24/10/2005, p. 390)
 22. Como explica Rodrigo Baroni “quando acolhido o pedido rescindente, a decisão rescindenda é desconstituída, deixando de operar efeitos. A natureza do julgamento é, a rigor, constitutiva negativa, porquanto cria situação jurídica nova”. (BARIONI, Rodrigo. Ação Rescisória e Recursos para os Tribunais Superiores. Coleção Recursos no Processo Civil n.º 23. São Paulo; RT, 2010, p. 150)

impossível formular pedido rescindente quando o julgador *decidiu menos do que deveria decidir*. Vale dizer, no caso de omissão judicial na fixação de honorários advocatícios não há “questão decidida”, logo, em relação a este ponto, não existe a condição elementar para o cabimento de ação rescisória: o pronunciamento judicial a ser objeto do pedido rescindente.

No ponto, é esclarecedora a sustentação de Fredie Didier Jr.²³ quando explica que “há dois tipos de decisão omissão (*citra petita*): a) aquela que não examinou um pedido (questão principal); b) a que não examinou algum fundamento/argumento/questão que tem aptidão de influenciar no julgamento do pedido (questão incidente), que efetivamente ocorreu. No primeiro caso, a decisão sequer existe; como não há decisão, não se pode dizer que ela tem um vício. Não há vício naquilo que não existe. Só tem defeito aquilo que foi feito. Se um pedido não foi examinado, não houve decisão em relação a esse pedido e, portanto, não se pode falar de vício. Do mesmo modo, a solução dos demais pedidos, efetivamente resolvidos, não fica comprometida ou viciada pelo fato de um dos pedidos não ter sido examinado. Nesses casos, a decisão precisa ser integrada e não invalidada; integrar a decisão é torná-la inteira, completa, perfeita; integrar a decisão não é invalidá-la. O não-exame do pedido de uma não-decisão; tanto que é possível a repropositura de demanda que contenha pedido já formulado, porém não examinado, já que não se pode falar de coisa julgada em relação ao que não foi decidido (e, pois, não existe). Não pode ficar imutável e indiscutível aquilo que não se sabe o que é, porque não é (não existe).”

A esse propósito, de se enaltecer que tanto o STF quanto o STJ, quando julgaram a questão nos precedentes acima citados, para sustentar o cabimento da ação rescisória, implicitamente partiram do pressuposto de que a omissão na fixação de honorários equivaleria ao seu indeferimento. Isso, com a devida vênia, revela a contradição da fundamentação de tais precedentes, pois, todos julgados enalteceram a inércia da parte em opor os embargos de declaração – sustentação que traz embutida, em si mesma, é idéia de que decisão sobre a condenação de honorários *não foi tomada* – mas, a seguir, paradoxalmente, sustentaram o cabimento da ação rescisória como se a *decisão de negar o direito aos honorários tivesse sido implicitamente tomada*.

23. DIDIER Jr. Fredie. Sobre a teoria geral do processo. Tese (livre docência) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Processual, 2011, p. 121/122.

Além dessa contradição, a ementa²⁴ do REsp n.º 886178/RS, cujo acórdão está submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução do STJ n.º 08/2008, também contém posições inconciliáveis entre si já que numa passagem afirma que “O trânsito em julgado de decisão omissa em relação à fixação dos honorários sucumbenciais *impede o ajuizamento de*

-
24. Confira-se o inteiro teor da ementa: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO OMISSO QUANTO AOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA. INADMISSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. A condenação nas verbas de sucumbência decorre do fato objetivo da derrota no processo, cabendo ao juiz condenar, de ofício, a parte vencida, independentemente de provocação expressa do autor, porquanto trata-se de pedido implícito, cujo exame decorre da lei processual civil. 2. “Omitindo-se a decisão na condenação em honorários advocatícios, deve a parte interpor embargos de declaração, na forma do disposto no art. 535, II, CPC. Não interpostos tais embargos, não pode o Tribunal, quando a decisão passou em julgado, voltar ao tema, a fim de condenar o vencido no pagamento de tais honorários. Se o fizer, terá afrontado a coisa julgada.” (ACO 493 AgR, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1999, DJ 19-03-1999) 3. “Se a sentença – omissa na condenação em honorários de sucumbência – passou em julgado, não pode o advogado vitorioso cobrar os honorários omitidos.” (REsp 462.742/SC, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, DJe 24/03/2008) 4. O trânsito em julgado de decisão omissa em relação à fixação dos honorários sucumbenciais impede o ajuizamento de ação própria objetivando à fixação de honorários advocatícios, sob pena de afronta aos princípios da preclusão e da coisa julgada. Isto porque, na hipótese de omissão do julgado, caberia à parte, na época oportuna, requerer a condenação nas verbas de sucumbência em sede de embargos declaratórios, antes do trânsito em julgado da sentença. (Precedentes: AgRg no REsp 886559/PE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 24/04/2007, DJ 24/05/2007; REsp 747014/DF, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 04/08/2005, DJ 05/09/2005; REsp 661880/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/09/2004, DJ 08/11/2004; REsp 237449/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 11/06/2002, DJ 19/08/2002) 5. Ressalva do Relator no sentido de que o acórdão, que não fixou honorários em favor do vencedor, não faz coisa julgada, o que revela a plausibilidade do ajuizamento de ação objetivando à fixação de honorários advocatícios. Isto porque a pretensão à condenação em honorários é dever do juiz e a sentença, no que no que se refere a eles, é sempre constitutiva do direito ao seu recebimento, revestindo-o do caráter de executoriedade, por isso, a não impugnação tempestiva do julgado, que omite a fixação da verba advocatícia ou o critério utilizado quando de sua fixação, não se submete à irreversibilidade decorrente do instituto da coisa julgada. 6. In casu, verifica-se que houve a prolação de decisão conjunta para a ação principal e para a cautelar, sendo que, no tocante à principal, o pedido foi acolhido parcialmente, para determinar a compensação apenas dos tributos de mesma natureza, ocasião em que estabeleceu o juízo singular a compensação dos honorários, em razão da sucumbência recíproca; a ação cautelar, a seu turno, foi julgada improcedente. Por isso que, tendo a apelação da ora recorrente cingido-se à questão da correção monetária, restou preclusa aparte do julgado referente aos honorários advocatícios. Confira-se excerto do voto condutor, in verbis: “Há, portanto, dois pontos a serem analisados. O primeiro deles é motivo do reconhecimento da sucumbência pela decisão de primeira instância. Não obstante o dispositivo da sentença tenha dado como procedente o pedido formulado na ação principal, verificando-

ação própria objetivando a fixação de honorários advocatícios” e noutra, paradoxalmente, que “o acórdão, que não fixou honorários em favor do vencedor, não faz coisa julgada, o que revela a *plausibilidade do ajuizamento de ação* objetivando à fixação de honorários advocatícios”. Essa contradição possivelmente teria sido sanada caso o Conselho Federal da OAB tivesse sido convidado, na condição de *amicus curiae*, a participar do julgamento da questão jurídica, o que, ao que parece, não aconteceu. Assim, independentemente da real posição adotada pelo STJ, com o devido respeito, discorda-se do procedimento do julgamento deste específico recurso especial repetitivo, posto que, apesar de a questão jurídica dizer respeito diretamente ao interesse da advocacia e dos advogados, não há registro²⁵ de que o Conselho Federal da OAB tenha sido convidado a emitir parecer, na condição de *amicus curiae*. Assim, o resultado do recurso

se a sua fundamentação, percebe-se que na realidade o pedido de compensação não foi integralmente reconhecido, mas somente entre os tributos de mesma natureza (fl. 30): “(...) Por fim, resta indeferida a pretensão de compensação entre os valores recolhidos indevidamente e a Contribuição Social Sobre o Lucro, COFINS ou IRPJ, por tratar-se de tributo cujo fato gerador é diverso. (...)” Por outro lado, a ação cautelar foi julgada totalmente improcedente, tendo em vista a ausência do preenchimento dos requisitos do periculum in mora e do *fumus boni iuris*, de forma que não caberia, de qualquer sorte, arbitramento de honorários contra a União. Dessa forma, era no recurso em relação à ação principal que a parte deveria ter-se irrisignado contra a questão dos honorários. No entanto, em seu recurso adesivo, a autora apenas irrisignou-se contra os critérios de atualização do débito, no que obteve êxito quando seu recurso foi apreciado pelo juízo ad quem.” 7. Destarte, a ausência de discussão da matéria no recurso da ação principal e a falta de oposição de embargos de declaração tornam preclusa a questão, por força da coisa julgada, passível de modificação apenas mediante o ajuizamento de ação rescisória. 8. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 886178/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 02/12/2009, Dje 25/02/2010)

25. A decisão de afetamento não determina a expedição de ofício para o Conselho Federal da OAB e a movimentação processual não contém nenhum indicativo neste sentido. Veja-se, pois, seu inteiro teor: “O presente recurso especial versa a questão referente à impossibilidade de ajuizamento de ação própria pelo advogado da parte cujo pedido foi julgado procedente, objetivando a fixação de honorários advocatícios, quando transitada em julgado decisão omissa na condenação em verba sucumbencial. Deveras, há multiplicidade de recursos a respeito da mencionada matéria, por isso que submeto o seu julgamento como “recurso representativo da controvérsia”, sujeito ao procedimento do art. 543-C do CPC, afetando-o à CORTE ESPECIAL (art. 2.º, § 1º, da Resolução n.º 08, de 07.08.2008, do STJ). Consectariamente, nos termos do art. 3º da Resolução n.º 08/2008: a) dê-se vista ao Ministério Público para parecer, em quinze dias (art. 3.º, II); b) comunique-se, com cópia da presente decisão, aos Ministros do STJ e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, nos termos e para os fins previstos no art. 2.º, § 2.º, da Resolução n.º 08/2008; c) suspenda-se o julgamento dos recursos especiais sobre a referida matéria, a mim distribuídos. Publique-se. Intime-se. Oficie-se. Brasília (DF), 12 de agosto de 2009. Ministro Luiz Fux Relator”(https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200601988756&dt_publicacao=16/9/2009) acesso em 24-12-2012

repetitivo está formalmente comprometido tanto pela contradição da ementa quanto pela ausência do denominado contraditório institucional, que, quando presente, legítima a atribuição de efeitos pan-processuais aos acórdãos de recursos repetitivos.

Além disso, de se destacar outro dado relevante acerca dos julgados do STJ. Como demonstrado, o EREsp 462742/SC, que também deu suporte a edição da súmula n.º 453, foi julgado pela Corte Especial e relatado pelo Min. Barros Monteiro. O relator foi vencido por 10 (dez) votos a 7 (sete). Na ocasião, foi acompanhado pelo Ministro José Delgado que feriu o cerne da questão ao dizer que “estamos a tratar de coisa julgada implícita, com a devida vênia, não aceita em nosso ordenamento jurídico. E os honorários advocatícios constituem um direito do advogado. Então, conseqüentemente, podem ser cobrados em face do silêncio do acórdão.” O relator também foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux que, tempos depois, justamente foi o Relator do RESP n.º 886178/RS, cujo acórdão está submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 e no qual apresentou voto pela prevalência da tese contrária (com a ressalva consignada na ementa que contradiz toda a sustentação do voto, como acima comentado). Ao julgar o EREsp 462742/SC, contudo, o Min. Luiz Fux assentou que: “a hipótese seria, no caso de omissão, de interposição de embargos de declaração para esclarecer esse capítulo que seria o consectário natural da sucumbência. Mas não houve a interposição; então, não houve decisão, *a fortiori* não houve coisa julgada, nem se pode falar em coisa julgada sobre aquilo que não foi julgado. Esse é um exemplo clássico do Professor Barbosa Moreira de que esse capítulo ficou em aberto e não foi decidido nada sobre ele. Não há preclusão tampouco coisa julgada, de sorte que pode ser inaugurada uma nova ação em que se vai arbitrar, à luz do trabalho do advogado, como *causa petendi*, aquilo que ele faria jus se tivesse sido fixada a verba honorária no processo de conhecimento.”

Essa sustentação dos votos vencidos, especialmente a passagem do Min. Luiz Fux, são irretocáveis, pois, de forma precisa demonstram o porquê do não cabimento da ação rescisória.

O argumento apresentado pelo Min. Antônio de Pádua Ribeiro²⁶ por ocasião do julgamento do EREsp 462742/SC, que também deu base à

26. Em relação ao cabimento ou não de honorários advocatícios em Mandado de Segurança, ao julgar o EREsp 36285/RS, o mesmo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro já tinha se posicionado contrariamente ao direito dos advogados com argumentos não-jurídicos. Na ocasião

edição da súmula 453 do STJ, qual seja, o de que existiria na Corte Superior postura restritiva para inadmitir o ajuizamento de ação próprio para a fixação dos honorários tem o objetivo de “evitar a proliferação de processos” que decorre de “política judiciária” que tem o objetivo de “restringir o ajuizamento de ações relativamente a casos que podem ser decididos em processo já em andamento” é antijurídico e, com a devida vênia, injustificável. Se, ao julgar o primeiro processo, o Poder Judiciário descumpriu a prestação jurisdicional ao seu encargo, deixando de resolver a questão dos honorários, não pode por “política judiciária” que visa exclusivamente reduzir sua carga de trabalho impedir que num novo processo a questão seja originariamente decidida para garantir a remuneração dos advogados por seu trabalho. Além disso, a ação rescisória também é um *novo processo*, logo, quer pela via da nova ação para o arbitramento da remuneração, quer pela via da ação rescisória, a carga de trabalho do Poder Judiciário será a mesma. A posição do Min. Antônio de Pádua Ribeiro, portando, só atinge seu objetivo caso o advogado fique desestimulado em ajuizar a ação rescisória, em vista da sua natural complexidade e dos limitadores para sua admissão, como, por exemplo, o depósito de 5% do valor atualizado da causa e o prazo de 2 anos. Só neste caso se evitará um novo processo.

Destaque-se, por fim, que o tema não guarda qualquer ligação com o disposto no art. 474 do CPC, que diz: “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*.” É que o art. 474 trata da impossibilidade, depois do trânsito em julgado, de apresentação de outros fundamentos ou outros elementos para o re julgamento de uma questão – bem ou mal – *já decidida*. O que se sustenta é exatamente a inexistência de julgamento, isto é, inexistência de pronunciamento judicial em relação aos honorários advocatícios; quer para arbitrá-los em percentual sobre a condenação (CPC, art. 20,§3º) ou por apreciação equitativa (CPC, art. 20,§4º), quer para expressar a suspensão de sua exigibilidade na hipótese do art. 12 da Lei 1060/50; tanto a partir dos fundamentos apresentados no processo quanto em função de outros que poderiam ser submetidos ao crivo judicial.

manifestou que a remuneração do trabalho do advogado representava um “problema”, já que sua fixação criaria “um resíduo, de alto poder poluidor” para o funcionamento do Poder Judiciário. Essa posição já foi objeto de nossa análise. Sobre o tema: VOLPE CAMARGO. Luiz Henrique. Não cabimento de honorários advocatícios em mandado de segurança: o entendimento equivocado que virou lei. Revista de Processo, Vol.181, Ano 35, Março/2010, p. 189/230.

Seja como for, pelos motivos acima, acredita-se que não é adequado o cabimento da ação rescisória.

6.2. Da admissão de promoção de liquidação de sentença para o arbitramento dos honorários

Acerca do tema, Humberto Theodoro Junior defende outra solução. Para o emérito professor²⁷ a “condenação é parte integrante e essencial de toda sentença. E se, por lapso, o juiz deixar de se pronunciar a respeito, sempre será lícito à parte liquidar essa verba por arbitramento posterior para exigí-la do vencido.”

Embora isso não tenha sido dito pelo professor Humberto Theodoro Jr é possível realizar um paralelo que abona a solução por ele apresentada. É que em relação aos juros moratórios – cuja condenação também prescinde de pedido de parte tal como ocorre em relação aos honorários – já está sumulado no STF (n.º 254) que “Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissa o pedido inicial ou a condenação.” A essência da tese jurídica que justificou a edição da súmula 254 autorizaria concluir, *mutatis mutandis*, que *incluem-se os honorários advocatícios na liquidação, embora omissa o pedido inicial ou a condenação*.

Entretanto, por coerência com a sustentação do tópico anterior, não é possível, com a devida vênia, concordar com tal posição. É que da mesma forma que não existe o *indeferimento implícito* a justificar a admissão da ação rescisória, não existe a *condenação implícita*²⁸ ao pagamento de

27. THEODORO JR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. 1. 47 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 106.

28. Em sentido contrário: “PROCESSUAL – ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – ACÓRDÃO QUE INVERTE O DISPOSITIVO DA SENTENÇA – CONDENAÇÃO IMPLÍCITA – INVERSÃO DA CONDENAÇÃO FIXADA NA SENTENÇA.- Se o acórdão, em dando provimento integral a apelação, reverteu o dispositivo da sentença reformada, sem fazer referência aos ônus da sucumbência, é de se entender tenha, por igual, invertido a condenação imposta na decisão reformada.” (EREsp 53191/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 20/10/1999, DJ 28/02/2000, p. 29); CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. HOMOLOGAÇÃO DE RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE SE FUNDA A AÇÃO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. PRECEDENTES. 1. A decisão proferida na ACO 493-AgR/MT não destoa da decisão embargada, uma vez que o Supremo Tribunal Federal ali atua como instância originária prestando, não só a tutela de conhecimento inicial, como a própria prestação jurisdicional executiva. 2. Decisão que não julga mérito recursal, mas tão-somente homologa pedido de renúncia ao direito em que se fundou a ação e determina a remessa dos autos ao Tribunal de origem

honorários advocatícios a justificar a liquidação do julgado a partir da sentença omissa.

É bem verdade que, em casos assim, se fosse a hipótese de estabelecer a presunção de julgamento, ela seria no sentido da *condenação implícita*, mas nunca de *indeferimento implícito*, pois a condenação em honorários, regra geral, é inerente ao julgamento de qualquer processo. Contudo, como diz Pontes de Miranda²⁹ “a condenação não é *ex lege*; é ato que a lei ordena seja praticado pelo juiz.” Portanto, se o juiz não condenou, não existe título executivo judicial para dar fundamento à liquidação de sentença.

Por tais sucintos motivos, acredita-se que não é adequado o manejo da liquidação de sentença.

6.3. Da admissão de correção da omissão a qualquer tempo, no pressuposto de que se trata inexatidão material

Diante do caráter cogente da regra que impõe o dever de fixação de honorários advocatícios (CPC, art. 20), outra possível alternativa que se apresenta é admitir a correção da omissão a qualquer tempo, no pressuposto de que se trata de inexatidão material na forma do art. 463, I, do CPC.

para execução, inclusive quanto à fixação de honorários. 3. Nos termos da legislação processual em vigor, compete ao Juízo da execução a apreciação de atos executórios dentre os quais está a fixação de honorários advocatícios (CPC, arts. 575, II e 475-P, II). Precedentes. 4. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade a sanar. 5. Embargos de declaração rejeitados. (RE 626369 ED-ED, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, DJe-055 DIVULG 23-03-2011 PUBLIC 24-03-2011 EMENT VOL-02488-01 PP-00273); DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESISTÊNCIA DA AÇÃO E RENÚNCIA AO DIREITO. LEI 11.941/2009. APRECIACÃO PELO JUÍZO DE ORIGEM. PRECEDENTES. 1. Nos termos do Código de Processo Civil e de precedentes do Supremo Tribunal Federal, compete ao Juízo da execução a apreciação de atos executórios dentre os quais está a fixação de honorários advocatícios. 2. A ausência de referência expressa ao art. 6º da Lei 11.941/2009 não retira do juízo do primeiro grau de jurisdição a competência para fixação dos honorários advocatícios. 3. Agravo regimental desprovido. (RE 386103 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, DJe-222 DIVULG 18-11-2010 PUBLIC 19-11-2010 EMENT VOL-02434-02 PP-00238 RDDP n. 95, 2011, p.147-148 LEXSTF v. 32, n. 384, 2010, p. 257-259)

29. MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I, arts. 1º-45. Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 420-421.

Como sustenta Cassio Scarpinella Bueno³⁰ “o que é admissível nos termos do inciso I do art. 463 é a correção de evidentes equívocos cometidos pelo julgador e que signifiquem divergência entre a manifestação de vontade expressada ao julgar o que se lê, material ou documentalmente, na sentença.”

Nessa linha, acredita-se que não é possível sanar a omissão na fixação de honorários a qualquer tempo, pois, o *esquecimento* não pode ser considerado *inexatidão material*. No mesmo sentido é a posição de Yussef Said Cahali³¹ quando diz que a omissão na fixação “não se trata de simples inexatidão material, que pode ser corrigida de ofício, na forma do art. 463, I, do CPC”

A inexatidão material é o ato de querer expressar alguma ideia, mas, na verdade, expressar outra. Assim, a inexatidão material somente pode se configurar sobre tema decidido pelo julgador, mas, não, questão não-tratada, não-julgada.

6.4. Do cabimento de ação própria para a fixação da verba honorária

Diante de tudo que já se expôs, acredita-se que o caminho mais adequado para a fixação de honorários advocatícios no caso de omissão judicial com sentença transitada em julgado é o ajuizamento de ação própria.

Diante da inexistência de pronunciamento judicial, não existe a *função negativa da coisa julgada*³² a impedir a discussão da questão dos honorários advocatícios em ação própria, com a finalidade específica da fixação da verba advocatícia.

No passado, em pelo menos duas ocasiões, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu o ajuizamento da ação própria para tanto. Veja-se o primeiro precedente³³: “Admite-se que a verba honorária, em havendo omissão na sentença e não sendo estipulada na fase de liquidação, venha

30. BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil, São Paulo: Saraiva, v.2. Tomo I, 2007, p. 371

31. CAHALI, Yussef Said. Honorários Advocatícios. 4ª ed. São Paulo; RT, 2011, p. 97

32. Sobre o tema: “a chamada função negativa da coisa julgada captura o instituto como pressuposto processual negativo, isto é, como um fato impeditivo de sua rediscussão por qualquer órgão jurisdicional ou pelas próprias partes.” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil, São Paulo: Saraiva, v.2. Tomo I, 2007, p. 388)

33. REsp 28.085/SP, Rel. Ministro HÉLIO MOSIMANN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/1995, DJ 02/10/1995, p. 32344.

a ser obtida por meio de ação própria, sem ofensa ao princípio da coisa julgada.” Eis o segundo precedente³⁴:

Deveras, o acórdão que não fixou honorários em favor do vencedor, não faz coisa julgada, o que revela a plausibilidade do ajuizamento de ação objetivando à fixação de honorários advocatícios. Isto porque, a pretensão à condenação em honorários é dever do juiz e a sentença, no que no que se refere a eles, é sempre constitutiva do direito ao seu recebimento, revestindo-o do caráter de executoriedade, por isso, a não impugnação tempestiva do julgado que omite a fixação da verba advocatícia ou o critério utilizado quando de sua fixação não se submete à irreversibilidade decorrente do instituto da coisa julgada.

Assim, se o art. 20 do Código estabelece que o vencido deve arcar com a despesas de honorários, é direito do advogado³⁵ do vencedor do primeiro processo buscar a sua fixação judicial no segundo processo. E neste novo processo a discussão cingirá ao critério adequado para a fixação dos honorários, ou seja, se o caso é de adoção da regra do §3º (fixação em percentual sobre a condenação) ou do §4º (fixação por apreciação equitativa) do art. 20 do CPC e, também, a questão do valor, que passa pelo debate sobre os pontos destacados nas alíneas do §3º do art. 20, quais sejam: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa; d) o trabalho realizado pelo advogado; e, e) o tempo exigido para o seu serviço.

7. A PERSPECTIVA DE “OVERRULING” DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ

Diante da edição da súmula n.º 453 e da fixação da tese de exigência de ajuizamento de ação rescisória para resolver a questão da omissão judicial na fixação de honorários advocatícios em recurso especial repetitivo (RESP 886178/RS), é muito pouco provável que o entendimento seja revisto pelo Poder Judiciário, inobstante a existência de judiciosos fundamentos para tanto.

A perspectiva de revisão da tese (*overruling*³⁶), portanto, esta depositada no projeto de novo Código de Processo Civil – Projeto de Lei n.º

34. EDcl no AgRg no Resp 641276/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 215

35. A legitimidade ativa para o ajuizamento do novo processo é do advogado, pois será ele o credor dos honorários (art. 23 da Lei 8.906/94).

36. “Overruling, portanto, é método de trabalho de juízes de tribunais onde, depois da reavaliação dos fundamentos que levaram à formação de um precedente que ordinariamente se

8046, de 2010 – onde, no substitutivo apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) à Comissão Especial instalada na Câmara dos Deputados, se propôs a criação do parágrafo 17º no art. 85 para expressar que “Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários advocatícios ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para a sua definição e a sua cobrança.”

Trata-se de regra que, se incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, regulará de forma mais precisa a questão deixando claro que *ação autônoma*, a ser processada perante o mesmo juízo por onde tramitou originalmente o processo anterior, é o instrumento jurídico adequado para a fixação de honorários de advogado quando o magistrado omite em fixá-los em processo judicial cuja sentença passa em julgado.

8. A PROPOSTA DE “LEGE FERENDA”

O presente artigo aborda uma específica hipótese de sentença *infra petita*, onde discute-se se o capítulo não-julgado está ou não imunizado pela coisa julgada material.

Há muitas outras hipóteses onde o mesmo problema pode ocorrer (por exemplo: a não-condenação ao pagamento de correção monetária ou juros; a não-condenação das parcelas vincendas no curso do processo no caso de obrigação de trato sucessivo; a não-condenação ao pagamento do 13º salário no caso de pensão alimentícia; dentre outros) daí porque parece ser necessário alterar o art. 469 do CPC (ou seu correspondente no PL n.º 8046/2010) que diz “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” para incluir um inciso IV com os seguintes dizeres: “IV – as questões não decididas na parte dispositiva da sentença.”

Trata-se de acréscimo de um texto que parece óbvio, mas que, como visto pelo caso acima abordado, é realmente necessário para evitar longas discussões sobre o tema que, no código vigente, não está explicitamente disciplinado.

aplicaria ao caso em julgamento, decide-se por cancelar a fórmula anterior e atribuir uma interpretação, total ou parcialmente, diferente da antecedente.” VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. Direito Jurisprudencial. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2012, p. 569. A alteração da lei em que se fundou o precedente é hipótese clássica de revisão da tese.

9. CONCLUSÃO

Pelos motivos acima expostos, inobstante a mais elevada admiração por seu legado e o enorme respeito ao pensamento de Pontes de Miranda, acredita-se que *ação autônoma*, a ser processada perante o mesmo juízo por onde tramitou originalmente o processo anterior, é o instrumento jurídico mais adequado para a fixação de honorários de advogado quando o magistrado omite em fixá-los em processo judicial cuja sentença passa em julgado.

UMA BREVE ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A TEORIA QUINÁRIA DAS AÇÕES

Luiz Eduardo Ribeiro Mourão¹

SUMÁRIO – 1. Uma breve explicação da teoria quinária das ações exposta por Pontes de Miranda – 2. O problema da ação condenatória – 3. O problema da ação (ou provimentos) mandamental – 4. O problema da ações (ou provimentos) executivos – 5. Conclusão.

1. UMA BREVE EXPLICAÇÃO DA TEORIA QUINÁRIA DAS AÇÕES EXPOSTA POR PONTES DE MIRANDA

A Teoria Quinária das Ações foi sustentada com muito vigor por Pontes de Miranda. Em seu Tratado das Ações o aludido jurista pretendeu realizar uma classificação das ações que fosse científica, baseada em “investigação lógico-matemática.”²: Afirma esse que “As classificações de ações de que usaram os juristas europeus são superadas. Assim a classificação binária como a classificação ternária (ação declaratória, ação constitutiva, ação condenatória) não resistem às críticas e concorrem para confusões enormes que ainda hoje estalam nos espíritos de alguns juristas.”³

Às três modalidades de ações supracitadas acrescentou o ilustre processualista outras duas modalidades: as ações mandamentais e as ações executivas.

Ressalta, ainda, Pontes de Miranda – e esse é um aspecto importante de sua teoria – que nenhuma ação possui apenas uma eficácia, mas várias. Assim, atribui um peso, expresso em números, às cargas de eficácia

-
1. Especialista em Direito Processual pela USP. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Advogado em São Paulo
 2. Tratado das Ações, Tomo 6. Campinas: Bookseller, 1998, p. 29.
 3. Ibid., Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 131-132.

de cada uma das ações. Por conseguinte, cada decisão judicial pode conter uma multiplicidade de efeitos, contudo, um deles será *preponderante*, devendo este ser usado como critério de classificação:

Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva. A ação somente é declaratória porque sua *eficácia maior* é a de declarar. (...) A ação somente é constitutiva porque a sua carga maior é a de constitutividade. (...) A ação somente é condenatória porque preponderantemente o é. (...) A ação executiva é a ação preponderantemente executiva. Não há execução pura.⁴

Para diferenciar as cinco modalidades de eficácias das ações, vale-se o referido processualista do seguinte exemplo: “Imaginal uma tela que estivesse colocada no salão de exposição de pintura em espaço correspondente às obras do pintor B, mas fosse de autoria do pintor A.”⁵

A partir desse exemplo, aborda uma variedade de hipóteses visando esclarecer seu pensamento.

- a) Inicialmente, supõe que uma pessoa faça um enunciado de que “o quadro foi erradamente posto naquela parte da parede, porque o autor é A, e não B”. Nessa hipótese, o autor do enunciado estaria fazendo duas declarações: uma com um conteúdo positivo, a respeito da autoria da tela por parte de A, e outro negativo, da não autoria por parte de B: “Há um *é*, a respeito de A, e um *não-é*, a respeito de B.”⁶ Esta, em poucas palavras, seria uma ação com eficácia simplesmente declaratória.
- b) Em seguida, imagina Pontes de Miranda que o diretor da exposição diga a B que retirar a tela do local, por não ser esta de sua autoria. Nesse caso “ao dano que B fez, expondo o que não era seu, o diretor da exposição faz corresponder outro dano, o dano correspondente, o *com-dano*, de onde vem o termo técnico ‘condenação’.”⁷

4. Tratado das Ações. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 137-139. (O *itálico* consta no original).

5. *Ibid.*, p. 136.

6. *Id.* (O *itálico* consta no original).

7. Tratado das Ações. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 136. (O *itálico* consta no original).

- c) Depois, supõe Pontes de Miranda que o diretor da exposição registra o quadro como de A. Se o ato de registro estiver a cargo de uma seção do instituto a que pertença a exposição, “*manda* ele que se proceda ao registro”.⁸ Teríamos, nessas situações, eficácias constitutivas e mandamentais, respectivamente.
- d) Por fim, sugere que “a transferência da tela, que se achava no espaço com indicação de B, para o espaço com indicação de A, pode ser por vontade de B, ou por ato de A, ou por ato do diretor. Por ato de B, houve execução voluntária. Por ato de A, houve justiça de mão própria. Por ato do diretor, houve *execução* forçada.”⁹

Com esses exemplos, conclui o aludido jurista: “Eis aí as cinco espécies de resoluções, na vida diária, e fora da justiça” e completa:

O que se passa na justiça não é diferente, nem poderia ser. A lógica com que se conduz o homem, nas relações privadas, não é outra lógica: a justiça pelo Estado apenas se iniciou por medida de *monopolização estatal da justiça*, para que não pudesse e não tivesse o homem de fazer justiça por si mesmo.¹⁰

Concluindo, expõe a essência de sua pensamento, da seguinte forma:

Há expressões comuns a essas cinco situações: a primeira situação é a mesma que era, daí dizer-se é ou não é; a segunda faz existir algo que não existia, ou deixar de existir o que existia; a terceira afirma que houve ou não houve, e impõe que não haja ou que haja; a quarta resulta de ato de alguém que não a fez, porém mandou que se fizesse; a quinta faz passar o que existe a outro lugar onde não existia, porque aí é que devia existir.¹¹

Ao longo de seu Tratado, Pontes de Miranda enfrenta, de forma minuciosa, cada uma das modalidades de eficácias da ação.

- a) A ação declarativa, ou declaratória, é a “ação a respeito de ser ou não-ser a relação jurídica.” Por ela, “Só se pede que se torne claro (de-clare), que se ilumine o recanto do mundo jurídico de que se trata. O enunciado é só enunciado de existência. A prestação

8. Tratado das Ações. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 136. (O itálico consta no original).

9. Id.

10. Id.

11. Ibid., p. 136.

jurisdicional consiste em simples clarificação.”¹² Sustenta Pontes de Miranda a existência de um direito e uma pretensão dos titulares da relação jurídica de ver declarada sua existência e os efeitos dela decorrentes: “Tem havido certa lentidão e certa dificuldade em perceberem os juristas que da existência do direito de B contra mim, nascido de relação jurídica entre mim e B, deriva, para mim, o dever de reconhecê-la e, pois, aos seus efeitos, e para ele o direito, a pretensão e a ação para isso.”¹³

No Tomo 2 de seu Tratado das Ações, afirma Pontes de Miranda:

O que mais importa – e pouco se exprimiu – era ver-se que não se poderia compreender tutela jurídica em que se não protegesse, com enunciados existenciais, interesse jurídico. Ser ou não ser vem antes de qualquer outra proposição concernente a interesse jurídico.” A finalidade das ações declaratórias é o de produzir um “enunciado de fato: ou nelas se diz, em primeira plana que algo existe, ou que algo não existe. Sim, ou não. (...) O que nelas mais importa, o que preponderantemente se estabelece, é o que se contém na proposição existencial.(...) O que se colima, com a ação declarativa, é estabelecer-se a *certeza* no mundo jurídico. (...) Afastam-se dúvidas, de modo que há sempre o enunciado existencial: *é, ou não é*.¹⁴

Enfatiza, ademais, que não “importa se a relação jurídica foi violada, ou se vai ser violada. De modo nenhum se há de entender que ao titular da ação condenatória se retire a pretensão à ação declarativa.”¹⁵

Exemplos desse tipo de ação, segundo ao autor ora citado, seriam: ação declarativa de nome, ação declarativa de curador especial, ação declarativa de vínculo conjugal, ação de consignação em pagamento, ação de demarcação de terras, ação de usucapião, ação declarativa de herança vacante e de bens vagos, ação declarativa de incapacidade civil, ação de declaração de extinção *ipso iure* de fundação ou de sociedade, ação de declaração de filiação, ação de abertura de sucessão definitiva etc.

b) As *ações constitutivas* são aquelas em que seu titular “age para a constituição, a que tem direito, ou por ato próprio (direito de denúncia, direito de resolução), ou através de ato judicial (sentença),

12. Tratado das Ações.Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 132.

13. Id.

14. Ibid., Tomo 2. Campinas: Bookseller, 1998, p. 22-23. (O *itálico* consta no original).

15. Ibid., p. 23.

ou de outra autoridade que o juiz.” Exemplificando, diz que as “ações de nulidade e de anulação, de rescisão, de resolução, e de resilição são constitutivas negativas.”¹⁶

Leciona, ademais, que a “ação constitutiva é a que tem por fito geral modificar ou extinguir alguma relação jurídica.” Por conseguinte, “quando se constitui não se faz estas dentro (não se institui), nem se substitui, nem se restitui, nem se destitui: ou se constitui positivamente, isto é, com (*cum*) o que se decide se põe *plus*, que diferencia o momento posterior; ou se constitui negativamente, isto é, se retira, com o ato, o que lá estava; ou se altera, o eu lá está, como se tem de alterar.”¹⁷ Segundo o autor, existem três tipos de ações constitutivas: a) a ação constitutiva positiva; b) a ação constitutiva modificativa; e c) a ação constitutiva negativa.

Exemplos: ações de filiação, ação de suprimento de consentimento, ação de habilitação de casamento, ação de justificação para prova em processo, ação de sonogados, ação de renovação de contrato de locação, ação de concordata, ação de restauração de autos, ação de interdição, ações de invalidade, ação de cancelamento de registro, ações revocatórias, ação de extinção de usufruto, ação de separação consensual e litigiosa, ação de desapropriação, ação popular, ação rescisória de sentença etc.

- c) A *ação de condenação*, por seu turno, “supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, tenham obrado contra direito, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (*condamnare*).” Pontes de Miranda faz, nesse trecho de sua obra, uma importante observação, que mais adiante iremos criticar, no sentido de que a ação condenatória atua apenas no plano jurídico e que sua concretização no plano fático se dará apenas pelas ações executivas: “À ação executiva é que compete, depois, ou concomitantemente, ou por adiantamento, levar ao plano fático o que a condenação estabelece no plano jurídico.”¹⁸

No tomo 4 de seu Tratado das Ações, retoma esse autor a mesma posição: “Quem pede ao juiz que condene, sem que se exceda no pedido a ponto de forçar o demandado a executar, apenas exerce a pretensão

16. Tratado das Ações. Tomo 2. Campinas: Bookseller, 1998, p. 133-134.

17. Ibid., p. 33. (O itálico consta no original).

18. Tratado das Ações, Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 135.

à tutela jurídica para que o causador ou responsável pelo *damnum* seja posto em situação de repará-lo (*cum damno*).¹⁹ Logo adiante, reforça sua ideia: “Nas ações de condenação, a sentença tem como efeito *normal* – pois que não houve adiantamento de execução ou de mandamento – o efeito executivo, pela formação de título executivo; mas a sentença não é executiva, menos ainda a ação. Um coisa é ser executiva, ter força executiva; outra, ter simples efeito.”²⁰

Enfatiza ainda o escritor que a “Ação condenatória, ao contrário da declarativa, supõe o dano, porque, sem ele, não se pode *condemnare*.”²¹

Exemplos: ação de tutela de nome e pseudônimo, ações de indenização, ação cominatória para prestação de fato ou abstenção de ato, ação condenatória de concorrência desleal, ação contra uso nocivo de propriedade, ações cautelares como separação de corpos, depósito cautelar de pessoa, produção antecipada de prova, exibição de coisa, alimentos provisionais, arrolamento e descrição de bens, etc.

d) A *ação mandamental* “é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo *manda*.”²² Prende-se a “atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental.”²³

Exemplos: ação de *habeas corpus*, mandado de segurança, ações possessórias, interdito proibitório, ação de sequestro com a destituição de inventariante, embargos de terceiros, ações cautelares em geral tais como o arresto, sequestro, busca e apreensão, atentado.

e) Por fim a ação executiva “é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (ex-sequor, ex-secutio).”²⁴

Exemplos: ação executiva de sentença, ação executiva de títulos extrajudiciais, ação de reivindicação, execução de hipoteca, imissão de

19. Ibid., p. 25. (O itálico consta no original).

20. Tratado das Ações, Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 25-26. (O itálico consta no original).

21. Ibid., p. 25. (O itálico consta no original).

22. Tratado das Ações. Tomo 5. Campinas: Bookseller, 1999, p. 25. (O itálico consta no original).

23. Ibid., Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 135.

24. Ibid., Tomo 6. Campinas: Bookseller, 1998, p. 23.

posse, petição de herança, despejo, dissolução e liquidação de sociedade etc.

Essas são as posições de Pontes de Miranda seguidas, em linhas gerais, pelos defensores da classificação quinária das ações.

Analisaremos, agora, de forma crítica, essas três modalidades de tutelas para, em seguida, apresentarmos os elementos constitutivos de nossa forma de classificar as tutelas jurisdicionais.

2. O PROBLEMA DA AÇÃO CONDENATÓRIA

Apresentadas as ideias do introdutor da Teoria Quinária em nossa literatura processual, passaremos às críticas que consideramos pertinentes à essa forma de classificação das ações.

Nossa crítica dirige-se às três últimas categorias de provimentos, (condenatório, mandamental e executiva, sendo que esta última tem sido denominada pelos doutrinadores pátrios de “executiva *lato sensu*”). Segundo pensamos, entre essas categorias de provimentos não existe um elemento diferenciador, *no seu conteúdo*, ou *nos seus efeitos*, apto a separá-las em modalidades distintas. Assim, inserimo-los, todos, sob uma única rubrica, ou seja, provimentos ordenatórios (ou condenatórios), pois acreditamos que todos esses provimentos são ontologicamente iguais.

A crítica à classificação dos provimentos em condenatórios, na forma feita pelos processualistas brasileiros, consiste na *falta de identificação precisa e clara do seu conteúdo*.

Como veremos abaixo, a grande maioria dos doutrinadores limita-se a dizer que, por meio dessa modalidade de provimento, o Poder Judiciário aplicará a sanção prevista na lei, para o inadimplemento, e que a decisão condenatória propiciará o início da atividade executiva pelo Poder Judiciário. Contudo, é importante falar, não há uma identificação precisa do seu conteúdo, diz-se apenas que ela é apta para aparelhar a atividade executiva, afirmação esta muito mais ligada ao seu objetivo do que ao seu conteúdo.

Araken de Assis assevera que de “todas as eficácias tradicionais, a que se oferece mais enigmática ao estudioso é a condenatória.”²⁵ Em

25. Manual do processo de execução. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 81.

seguida, aponta o núcleo da impropriedade dessa classificação, que é *não* apontar o *quid* identificador dessa tutela jurisdicional. Critica o autor a explicação de Pontes de Miranda, com as seguintes palavras: “Tentando explicá-la, Pontes de Miranda incorreu em crasso circunlóquio: ‘a ação de condenação’, escreveu a certa altura o emérito jurista, ‘tem como conteúdo obter decisão condenatória’.”²⁶ Em outra oportunidade, reitera sua crítica: “Essencial à condenação é a própria condenação, escreveu Pontes de Miranda, indiferente ao truísmo.”²⁷

Na sua imensa maioria, restringem-se os autores brasileiros a seguir os ensinamentos de Liebman, para quem as sentenças condenatórias têm por finalidade a aplicação das sanções impostas por lei, para o inadimplemento das obrigações e, por esse motivo, produzem um título executivo judicial:

A essa maior intensidade de efeitos da condenação corresponde, naturalmente, uma diferença de conteúdo, em comparação com a da sentença meramente declaratória. Na condenação, há alguma coisa a mais, acrescida à declaração, que é constante nas sentenças. Esse segundo provimento, que se segue à declaração e que o juiz não pode proferir se não lhe tiver sido expressamente pedido, é a aplicação da sanção estabelecida pela lei para o ato ilícito cometido pela outra parte.²⁸

Em outra obra, específica sobre execução, leciona o professor italiano:

Desse modo, a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: em primeiro lugar, declara o direito existente – e nisto ela não difere de todas as outras sentenças (função declaratória); em segundo lugar, faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, mediante a aplicação da sanção adequada ao caso examinado – e nisto reside sua função específica, que a diferencia das outras sentenças (função sancionadora).²⁹

Moacyr Amaral Santos segue o mesmo caminho e vê, no conteúdo da sentença condenatória, a aplicação de uma sanção:

Como o nome diz, são as ações que visam a uma sentença de condenação do réu. Tais ações tendem a uma sentença em que, além da declaração quanto à existência de uma relação jurídica, contém

26. Id.

27. Manual do processo de execução. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 83.

28. Manual de Direito Processual Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 183.

29. Processo de Execução. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 18.

a aplicação da regra sancionadora, isto é, aplica ao réu a sanção, em que incorre por desobediência ao imperativo legal regulador da espécie posta em juízo.³⁰

No mesmo sentido, escreve Cândido Rangel Dinamarco:

A tutela que as sentenças condenatórias concedem consiste em afirmar imperativamente a existência do direito do autor e *aplicar a sanção executiva* (Liebman). Como toda sentença de mérito, ela é portadora de uma declaração; o que a distingue das demais é o seu segundo *momento lógico*, consistente na criação de condições para que a execução passe a ser admissível no caso, para que ela venha a ser a via *adequada* para o titular do direito buscar sua satisfação.³¹

Em nota de rodapé, explica o referido processualista paulista que “*aplicar* não é impor efetivamente as medidas executivas, o que acontece apenas no processo de execução. Aplicar é trazer para o caso concreto aquilo que está no plano abstrato.” Esclarece, outrossim, que as sentenças condenatórias, ao aplicarem a sanção executiva, estariam criando um título executivo, motivo pelo qual teriam, nesse mister, um caráter constitutivo *lato sensu*:

Ao declarar a existência do direito e *aplicar a sanção executiva*, a sentença condenatória está instituindo o *título executivo*, que é requisito sem o qual nenhuma tutela executiva será admissível. Daí terem as sentenças condenatórias um caráter *constitutivo* em sentido lato, consistente em criar essa nova situação jurídico-processual que é a admissibilidade da execução forçada (art. 584, inc. I).

Arruda Alvim partilha de opinião idêntica: “O que marca [a sentença condenatória], precipuamente, é a sanção. Obtida a sentença condenatória, adquire o autor um instrumento jurídico destinado à satisfação efetiva do seu direito.”³²

Cássio Scarpinella Bueno também se filia a essa corrente doutrinária:

Assim, a tutela condenatória, além de estabelecer a certeza quanto a um direito, cria as condições necessárias para que haja a *reparação* daquele direito ou para empregar lição tradicional e bem aceita – sobretudo pelos idealizadores originais do Código de

30. Primeiras linhas de direito processual civil. vol 1. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 178.

31. Instituições de direito processual civil. volume III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 229.

32. Manual de direito processual civil. vol. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 542.

Processo Civil -, que determina a aplicação da sanção correspondente à lesão no plano material, a sanção que decorre da *responsabilidade* existente no plano de direito material.³³

Ovídio Baptista da Silva, embora tenha tecido críticas à doutrina de Moacyr Amaral Santos e de Pontes de Miranda, dizendo que estes, ao asseverarem, respectivamente, que “pela sentença condenatória visa-se à obtenção de uma sentença de condenação do réu” e que “*a ação de condenação tem por conteúdo obter decisão condenatória*”, teriam incorrido em “indiscutível vício lógico de ‘petição de princípio’, desde que colocam na resposta o mesmo conceito contido na pergunta e cuja definição se tentara encontrar”³⁴, não logrou identificar adequadamente a referida tutela, na medida em que diz que a “sentença condenatória é aquela que prepara a execução, mas não executa imediatamente, na mesma relação processual.”³⁵ Em certa oportunidade, reconheceu o emérito professor que a “*impossibilidade de misturarem-se, num mesmo processo, a atividade cognitiva e a executiva* seja, talvez, uma das poucas características universalmente aceitas como propriedade essencial das sentenças condenatórias.”³⁶

Com base nessas breves considerações, parece-nos deveras claro que predomina entre os doutrinadores nacionais a teoria de Liebman, que identifica o conteúdo das decisões condenatórias apenas pela aplicação da sanção prevista na lei material, visando à formação de um título execução judicial. Essa influência de Liebman foi percebida e criticada por vários autores. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, por exemplo, escreve:

A conceituação da sentença condenatória tem gerado muitas controvérsias, sobretudo pela obscuridade com que vem sendo tratada pelos autores de um modo geral. A doutrina tradicional sempre tendeu à definição da ação condenatória como aquela em que o juiz verifica a ilicitude da conduta do réu, violadora do direito subjetivo do autor e, aplicando contra o demandado uma sanção prevista na norma jurídica.

Araken de Assis captou com muita clareza o erro na classificação de Liebman e explica-o:

33. Curso sistematizado de direito processual civil. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 304. (O itálico consta no original).

34. Curso de Processo Civil. vol. 1. 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 172.

35. Curso de Processo Civil. vol. 1. 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 174.

36. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 19. (O itálico consta no original).

Na influente concepção de Liebman, o elemento condenatório resulta da soma de duas declarações independentes (...) Segundo tal raciocínio, num primeiro momento o juiz declara o direito posto em causa e, na sequência, impõe ao vencido “a sanção estabelecida na lei para o ato ilícito”.

(...)

Fixou-se a doutrina, de modo algo paradoxal, mesmo sem decifrar o *quid* específico da condenação no interior da sentença, ou localizando-o na surpreendente ‘declaração’ da sanção, na tipicidade do efeito. A eficácia é condenatória porque autoriza ao vencedor da demanda executar o vencido. Este efeito, havido por único e primordial, expressa-se no aparecimento do título executivo (*Vollstreckungstitel*).

Logo se percebe o muito de precário e de insatisfatório contido em semelhante alvitre.

Perigoso que seja isolar a essência a partir do efeito, a empresa é desenganada se o expediente pouco acrescenta e nada esclarece quanto à identidade da condenação. Fica-se na periferia de seu *quid*.³⁷

José Carlos Barbosa Moreira também reconhece a prevalência da doutrina de Liebman e a critica:

Dentre as numerosas teorias elaboradas a propósito, uma tem obtido larga aceitação em nosso país, onde continua a prevalecer na mais recente literatura: aquela segundo a qual a sentença condenatória se distingue das outras por conter a *aplicação de sanção*. Deve principalmente a LIEBMAN a sustentação de tal doutrina, exposta primeiro, com o brilho habitual, nas *Opposizione di merito nel processo di esecuzione*, e à qual, em substância, tem permanecido fiel o mestre, ao longo de toda a sua produção científica subsequente.³⁸

Identifica Barbosa Moreira o significado de sanção como “a consequência prefixada para a inobservância de um preceito”³⁹ e, após, procura demonstrar a impropriedade dessa teoria, com o argumento de que existem sentenças condenatórias sem inadimplemento de obrigação e

37. Manual do processo de execução. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 83. (O itálico consta no original).

38. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil, in Temas de Direito Processual Civil – Primeira série, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74.

39. Id. p. 74.

sem aplicação de sanção. Vale-se o referido autor de dois exemplos para corroborar sua crítica: a) o *primeiro* consiste no caso de o “litigante vencido ao pagamento das custas processuais e dos honorários do advogado do vencedor, nos sistemas que a preveem como corolário do mero fato do sucumbimento.”⁴⁰; b) o *segundo* concretiza-se nas “hipóteses especiais em que se permite ao juiz proferir, *antes* de vencida a obrigação, sentença idônea para constituir, se o réu não a cumprir *sponte sua*, título executivo para o autor vitorioso.”⁴¹

Na doutrina nacional, as lições que mais se assemelham à nossa posição, são as sustentadas por Fredie Didier Jr. e Roberto dos Santos Bedaque.

O primeiro processualista supracitado identifica no direito material o critério de classificação das decisões condenatórias. Explica esse autor que as sentenças condenatórias são aquelas que “reconhecem a existência de um direito a uma prestação e permitem a realização de atividade executiva no intuito de efetivar materialmente essa mesma prestação.” Em seguida, afirma que “Direito a uma prestação é o poder jurídico, conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação, isto é, de uma conduta material, que pode consistir num fazer, não-fazer, dar coisa ou pagar quantia.”⁴²

Nossa posição, que será exposta mais adiante, é bastante próxima à de Fredie Didier, uma vez que este vê na sentença condenatória o reconhecimento da existência de um direito (subjeto) a uma prestação, o qual seria o poder jurídico de exigir da parte adversa a “conduta material, que pode consistir num fazer, não-fazer, dar coisa ou pagar quantia.”⁴³ Na verdade, acreditamos que nossas diferenças sejam apenas de ênfase, na medida em que o “poder jurídico”, mencionado por Didier, constitui o que denominamos de direito subjetivo, e a “conduta material” nós chamamos de “ação de direito material”.

Nessa mesma linha de pensamento, Roberto dos Santos Bedaque diz que a “sentença condenatória é dotada de *comando* dirigido ao réu, impondo-lhe o *comportamento* previsto pelo direito material.”⁴⁴ Ora, o

40. Id. (O itálico consta no original).

41. , Ibid., p. 75. (O itálico consta no original).

42. Curso de direito processual civil. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 290.

43. Curso de direito processual civil. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 290.

44. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 524. (O itálico

comando que exige um comportamento do réu, previsto no direito material, é nada mais nada menos que uma ordem do magistrado, para que o réu cumpra o julgado e pratique a ação de direito material apta a satisfazer o direito subjetivo da parte vencedora. Caso essa ordem não seja obedecida, a parte vencedora impulsionará o processo, para a prática das atividades executivas aptas à satisfação do seu direito.

A essência de nossa crítica concentra-se, portanto: a) na falta de identificação de um significado preciso para o verbo condenar e b) na imposição de um critério meramente circunstancial, que é a forma de se executar o comando.

Obviamente, nossa primeira crítica não se refere apenas a um problema terminológico, mas à falta de identificação do fenômeno que se esconde por trás das palavras.

Ainda que se admita, na esteira do pensamento de Liebman, que essa realidade consista na aplicação da sanção, indagamos qual é a natureza do comando judicial expresso na palavra “condenar”. A nosso ver, não pode ser uma exortação, mas será uma ordem, decorrente do poder de império do magistrado.

Barbosa Moreira também não elucida essa questão e chega a dizer, ao estudar a norma do artigo 461 e seu §5, do Código de Processo Civil, que todas as vezes que uma sentença não contiver uma ordem, será condenatória: “Ocioso frisar que, se não houver ordem, a sentença de procedência não será mandamental, mas simplesmente condenatória.”⁴⁵*Tal assertiva, a nosso ver, apenas demonstra a lacuna quanto à identificação do verbo que será o núcleo das chamadas ações condenatórias.* Aliás, o aludido autor afirma que “o efeito típico da condenação (...) consistiria justamente na criação do título executivo.”⁴⁶

Na doutrina alemã não há qualquer dúvida em representar essa realidade, no conteúdo do provimento condenatório, como uma *ordem*, que seria a melhor tradução para *Anordnungsurteil*, como já mencionou José Carlos Barbosa Moreira, ao discorrer sobre a doutrina de Kuttner:

não consta no original).

45. A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil, in Temas de direito processual civil – sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 66.

46. A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil, in Temas de direito processual civil – sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 67.

A dicção empregada pelo processualista alemão fora '*Anordnungsurteil*'; uma das acepções de *Anordnung* é *ordem*, no sentido de determinação dirigida a alguém. Desprezando outras possíveis traduções, mais próximas do original, como *sentença ordenadora* ou *sentença ordenatória*, preferiu Pontes de Miranda o adjetivo *mandamental*.⁴⁷

James Goldschmidt, v.g., ao explicar o conteúdo das ações condenatórias, diz que estas são constituídas de uma *declaração* e uma *ordem* de execução:

Toda sentença condenatória contém:

- a) a declaração de existência da pretensão que trata-se de fazer valer (...)
- b) A origem de um título de execução, isto é, de uma ordem de execução, dirigida ao órgão executivo; esta finalidade é essencial e característica da ação condenatória.⁴⁸

Discordamos da posição de James Goldschmidt apenas quanto ao destinatário dessa norma. Em nossa visão, o magistrado não pode ordenar a si mesmo a execução. Essa é tarefa da parte vencida que, se não cumprir a ordem, sofrerá a execução forçada.

Araken de Assis destaca um ponto relevantíssimo na classificação das tutelas condenatórias, a saber, sua aptidão para atuar no mundo empírico:

Ela [a sentença condenatória] decorre da circunstância, bastante acentuada pela inevitável e necessária comparação com as eficácias anteriores, de que há direitos cuja atuação exigem atos práticos. O bem da vida aspirado na demanda não é obtido através da simples emissão do pronunciamento judicial.⁴⁹

Esta, segundo pensamos, é a forma adequada de se cortar o “nó górdio” dos provimentos condenatórios: a necessidade de se atuar no mundo empírico, para satisfação do direito subjetivo.

Pensamos que todas as tutelas jurisdicionais podem ser agrupadas em dois grandes grupos: a) aquelas que se limitam a atuar no mundo das ideias e b) aquelas que atuam no mundo empírico. Os provimentos condenatórios, sem sombra de dúvida, incluem-se nessa segunda categoria.

47. Ibid., p. 54. (O itálico consta no original).

48. Direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2003, p.140.

49. Manual do processo de execução. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 84.

Pelo fato de esse tipo de *tutela* ter como característica básica a atuação no mundo empírico, preferimos denominá-la de executiva e o provimento jurisdicional que lhe dá fundamento é o condenatório.

Assim, classificamos os provimentos ordenatórios (ou condenatórios) como integrantes das Tutelas Executivas, pois importarão, sempre, na realização da *ação de direito material* não cumprida pelo titular do dever jurídico reconhecido em juízo. Essa ação de direito material pode ser praticada, espontaneamente, pelo titular do dever, ou, forçadamente, pelo Estado-juiz.

A distinção entre a execução fundada em título executivo judicial e a execução fundada em título executivo extrajudicial, localizar-se-á na extensão da atividade cognitiva que antecede a prática da ação de direito material. Naquela hipótese, haverá a prática de atos procedimentais mais complexos para se apurar a existência do direito subjetivo e, nesta, a existência dos documentos previamente elencados na lei será suficiente para esse desiderato.

Em suma, afirmamos que o conteúdo dos provimentos condenatórios é uma *ordem* do magistrado à parte vencida, para que cumpra o seu dever jurídico reconhecido na decisão judicial, correlato ao direito subjetivo do autor, sob pena de sofrer a ingerência judicial em sua esfera jurídica, para dar cumprimento à ação de direito material apta a satisfazer o direito subjetivo da parte vencedora. Exatamente por esse motivo o Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 485-J, confere ao réu o prazo de 15 dias para cumprimento da determinação sentencial, sob pena de pagamento de multa e início da execução forçada.

3. O PROBLEMA DA AÇÃO (OU PROVIMENTOS) MANDAMENTAL

- a) *Característica das tutelas mandamentais segundo os defensores da doutrina quinária.* Os diversos doutrinadores brasileiros que adotam a classificação das ações em mandamentais sustentam, em linha geral, serem dois os seus elementos identificadores: a) a existência de uma ordem no provimento jurisdicional e b) a forma de execução, que seria no mesmo processo em que foi proferida a decisão judicial.

Segundo pensamos, esses elementos não são aptos para se estabelecer um novo tipo de classificação, pois também os provimentos

condenatórios têm como conteúdo uma *ordem* que, na forma do artigo 475-J, do Código de Processo Civil de 1973, é executada no mesmo processo. A fim de justificar nossa crítica, procederemos a análise das explicações de alguns autores que a estudaram.

A classificação das tutelas em mandamental teve como início a obra de Georg Kuttner, em 1914, que a definiu nos seguintes termos:

Por *Anordnungsurteile* entendem-se neste trabalho as sentenças em que o juiz, sem proferir decisão com força de coisa julgada sobre a própria relação jurídica básica de direito privado, dirige imediatamente a outro órgão estatal, a uma autoridade pública ou a um funcionário público a ordem determinada de praticar ou omitir um ato oficial, mais precisamente designado na sentença e contido no âmbito das atribuições desse órgão, e isso mediante requerimento especial e novo da parte vencedora.⁵⁰

Fabrizio Camerini informa-nos que a doutrina na época repudiou essa nova classificação, “não só em razão da ‘*vis attractiva*’ das ações condenatórias, como também pelas seguintes razões: a) a nova classe não gerava coisa julgada; b) dependia de um novo pedido da parte vitoriosa no processo; e c) somente era dirigida aos órgãos do Estado.”⁵¹

Como afirmamos acima, Pontes de Miranda, introdutor dessa classificação na doutrina nacional, aponta como fator identificador das tutelas mandamentais uma ordem do juiz. O provimento mandamental, portanto, seria “aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo *manda*.”⁵² E mais, prende-se esta a “atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental.”⁵³

Sérgio Gilberto Porto vislumbra a característica das tutelas mandamentais na existência de uma ordem no conteúdo da decisão e por esta ser cumprida no mesmo processo: “Quanto à ação mandamental, mais uma vez, o festejado mestre buscando inspiração no Direito Alemão, demonstra a existência de uma ação cujo objetivo primordial é a busca de

50. Este trecho foi citado por Barbosa Moreira, in *A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil*, in *Temas de direito processual civil – sétima série*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 56.

51. *Teoria geral da tutela mandamental*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 73.

52. *Tratado das ações*. Tomo 5. Campinas: Bookseller, 1999, p. 25. (O itálico consta no original).

53. *Ibid.*, Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 135.

uma ordem do juízo para que alguém ou um órgão faça ou deixe de fazer alguma coisa”⁵⁴

Luiz Guilherme Marinoni também se mantém atrelado à ideia de uma execução dentro do mesmo processo. Escreve esse autor: “se a sentença condenatória difere da declaratória por abrir oportunidade à execução por sub-rogação, a tutela mandamental delas se distancia por tutelar o direito do autor *forçando o réu a adimplir a própria ordem do juiz*.”⁵⁵

Em outra oportunidade, afirma o processualista paranaense:

Não há, porém, como deixar de distinguir, no interior do sistema executivo marcado pela concentração dos poderes de execução do juiz, a sentença que se correlaciona com a execução indireta e a sentença que se correlaciona com a execução direta.

A sentença ligada à execução indireta é mandamental. (...) A sentença condenatoria exorta ao pagamento, criando os pressupostos para a execução forçada do direito à soma em dinheiro. Já a sentença mandamental manda que se cumpra mediante o emprego de coerção indireta.⁵⁶

Araken de Assis também segue a mesma linha de raciocínio. Escreve este: “Segundo Goldschmidt, provimento deste teor contém a declaração do direito e a ordem, proferida pelo juiz, dirigida a alguma autoridade.” Essa ordem, dirigida a uma autoridade, seria então, uma das principais características das tutelas mandamentais. Mais adiante, assevera:

Ilustram as hipóteses, ademais, a profunda dose de estabilidade que impregna o mandado do juiz. (...) Enquanto no projeto de adequação fática derivada da eficácia condenatória o juiz irá se sub-rogar ao que o obrigado não cumpriu (...). Essa é a razão básica pela qual o desacato à ordem do juiz importa terapia diferente da ordinária, empregada para debelar rebeldias à reprovação emanada do elemento condenatório. Eventual afronta ao *imperium* órgão judicial, utilizado porque o comportamento exigido do demandado é infungível, só por provocar a privação da liberdade.

(...)

Mas a essência da eficácia mandamental repousa no conteúdo da ação. Elemento independente, o mandado, incrustado no núcleo

54. Sobre a classificação das ações, sentenças e coisa julgada, in *Ajuris*. vol. 21, p. 53.

55. Tutela inibitória. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 351. (O itálico não consta no original).

56. Classificação das sentenças que dependem de execução, in *Temas Atuais da Execução Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 413.

de eficácias da sentença, irradia efeitos bem discerníveis no campo executivo: primeiro, a já realçada estabilidade imanente, tutelada através de medida coercitiva contra a pessoa do sujeito passivo; ademais, o ato executivo ocorre ulteriormente ao provimento, porém dentro da mesma estrutura (processo).

Também a eficácia mandamental, portanto, carece de operações práticas para alcançar ao demandante vitorioso o bem da vida.⁵⁷

Extraí-se, dos escritos de Araken de Assis que as tutelas mandamentais se caracterizariam pela a) “dose de estabilidade que impregna o mandado do juiz”, b) inexistência de sub-rogação para a adequação fática do comando o que será cumprido por meio de “medidas coercitivas”; c) “terapia diferente da ordinária, empregada para debelar rebeldias à reprovação emanada do elemento condenatório”; d) o ato executivo ocorre “dentro da mesma estrutura (processo).”

O último item, apontado na letra “d” supra, perdeu sua razão de ser com a norma do artigo 475-J, do Código de Processo Civil de 1973. Por outro lado, o fato de a execução ocorrer por sub-rogação ou por medidas coercitivas diretas sobre a pessoa do sujeito passivo da ordem judicial, parece-nos dizer respeito muito mais à técnica processual usada na execução, do que à eficácia propriamente dita, que é executiva.

Por fim, o argumento, usado por Araken de Assis, de que a tutela mandamental seria dotada de *mais profunda dose de estabilidade* do que as tutelas condenatórias, também não nos parece adequado. Primeiro, porque ambas têm a mesma característica, que é a necessidade, para seu cumprimento, de alterações do mundo fenomênico. Segundo, porque não conseguimos detectar qualquer elemento que nos permita dizer que o comando judicial mandamental é mais profundo, quanto a sua estabilidade, ou *imperium*, do que o comando emanado das decisões condenatórias.

Para Ovídio Baptista da Silva, que também se dedicou ao estudo das tutelas jurisdicionais, a nota identificadora desse tipo de tutela seria a existência de uma ordem que será cumprida sem necessidade de um novo processo:

A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de

57. Manual do processo de execução. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p.85-87. (O itálico consta no original).

limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. *É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado.*⁵⁸

Ao comparar as sentenças mandamentais com as condenatórias, leciona: “as ações e sentenças mandamentais diferem das condenatórias precisamente por não se limitarem a *condenar*, mas, ao contrário, indo além da simples condenação, para *ordenar* que as partes se comportem segundo o direito que a sentença houver atribuído ao demandante.”⁵⁹

Percebe-se, portanto, que sua ideia reflete o senso comum dos defensores dessa modalidade de tutela, a saber, a existência de uma ordem no bojo do provimento judicial e possibilidade de sua execução no mesmo processo.

José Carlos Barbosa Moreira apresenta-nos algumas informações importantes sobre a sentença mandamental que, segundo sua concepção, à qual aderimos, transfigurou-se “com a travessia do Atlântico”⁶⁰ e chegada ao novo mundo. Os principais traços diferenciadores, segundo veremos mais adiante, são quatro: a) primeiro, porque as decisões mandamentais, segundo Kuttner, nem sequer dizem respeito à relação jurídica de direito privado levada a juízo, b) segundo, porque têm como destinatário, sempre, outro órgão estatal; c) terceiro, o destinatário não integra a relação processual, e d) quarto, porque não fazem coisa julgada.

Inicialmente, esclarece-nos Barbosa Moreira que “ao escrever sobre ela, não era Kuttner movido por interesse específico na questão da classificação das sentenças, e ainda menos das ações.”⁶¹ Seu verdadeiro objetivo era estudar “os efeitos produzidos pelas sentenças civis em face de outros órgãos estatais”.⁶² Estaria Kuttner interessado em responder à seguinte pergunta: “Ficam vinculados às sentenças civis também (isto é, além dos juízes civis) os outros órgãos do Estado?”.⁶³

58. Curso de processo civil, vol 2, 3. ed. São Paulo: RT, p 343. (O itálico não consta no original).

59. Curso de processo civil, vol 2, 3. ed. São Paulo: RT, p 348. (O itálico consta no original).

60. A expressão entre parênteses foi usada por José Carlos Barbosa Moreira. A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil, in Temas de direito processual civil – sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 60.

61. A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil, in Temas de direito processual civil – sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001, p 55.

62. Ibid., p 53.

63. Id.

Uma forte crítica que sofreu essa doutrina, na Alemanha, foi pelo fato de que o próprio Kuttner considerava que o conteúdo principal da ação condenatória seria uma ordem, então, por que não seria esta suficiente para vincular os demais órgãos estatais? A resposta de Kuttner foi no sentido de que a ordem contida na sentença condenatória seria apenas para a parte vencida, não sendo adequado misturar com uma ordem dirigida a outro órgão estatal.

Parece-nos claro, com base nessas considerações, que o critério diferenciador da sentença mandamental, relativamente à sentença condenatória, pelo menos na Alemanha, à época de Kuttner, seria o *destinatário* da ordem. Barbosa Moreira, no texto ora analisado, vai mais longe e diz que o órgão estatal, destinatário da ordem, não deve ser parte no processo: “Atende-se bem: para Kuttner, a *Anordnungsurteil* era proferida em face de entidade *que não fora parte no processo*.”⁶⁴

Segundo o autor carioca, Pontes de Miranda, ao trazer esse conceito para o Brasil, diferenciou-se de seu modelo em “ponto vital”, na medida em que “desprezou ambos os traços: o caráter público do destinatário da ordem e a estraneidade ao feito. Cunhou, assim, conceito mais amplo que o forjado por Kuttner.”⁶⁵ Acrescentamos a essa diferença, como dito acima, o fato de sustentar Kuttner que a decisão mandamental não dizia respeito à *res in iudicium deducta* e não fazia coisa julgada.

Como já tivemos oportunidade de salientar, a classificação das sentenças em mandamental tem origem na obra de Kuttner. A “dicção empregada pelo processualista alemão fora ‘*Anordnungsurteil*’; uma das acepções de ‘*Anordnung*’ é *ordem*, no sentido de determinação dirigida a alguém. Desprezando outras possíveis traduções, mais próximas do original, como *sentença ordenadora* ou *sentença ordenatória*, preferiu Pontes de Miranda o adjetivo *mandamental*, que não era de uso corrente na linguagem jurídica brasileira.”⁶⁶

Após a realização dessas críticas, passa José Carlos Barbosa Moreira à análise do referido tipo de tutela, tendo como pressuposto a afirmação de que “a mandamentalidade tem que ver com a existência de uma

64. A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil, in Temas de direito processual civil – sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001, p 56-57. (O itálico consta no original).

65. Ibid., p. 58.

66. Ibid., p. 54. (O itálico consta no original).

*ordem*⁶⁷, e, com base no artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973 procura esse autor responder às seguintes indagações:

- a) Qual o possível objeto (ou quais os possíveis objetos) da ordem a ser emitida pelo juiz, nos termos do artigo 61 e seu §5º?
- b) É indispensável, na sentença, a presença de semelhante ordem? Não se concebe que o juiz, ao sentenciar, deixe de emití-la?
- c) A eficácia da norma predomina sobre quaisquer outras atribuíveis à sentença?
- d) Qual é (ou quais são) o(s) destinatário(s) da ordem? O réu vencido? Algum terceiro? Ambos?
- e) Em relação ao (eventual) terceiro destinatário, a eficácia da ordem é imediata ou mediata?

Procuraremos, de forma sintética, apresentar as respostas do autor.

Para a primeira pergunta, responde Barbosa Moreira que o objeto das tutelas do artigo 461 são “quaisquer providências idôneas para permitir ou facilitar a efetivação do julgado, a concretização da norma sentencial – em linguagem carneluttiana, passagem do ser ao dever ser.”⁶⁸. Como veremos ao apresentar nossa classificação, todas as tutelas que visam à realização da ação de direito material, aptas a adaptar o mundo empírico ao mundo das normas, são executivas.

A segunda pergunta, relativa à necessidade ou não da presença de uma *ordem* no comando da decisão judicial, responde Barbosa Moreira, após ressaltar as hipóteses de impossibilidade de uma ordem que obtenha o resultado prático equivalente ao adimplemento, pela sub-rogação (“infungibilidade da prestação – *rectius* do prestador” ou *e intuitu personae*), ser uma faculdade do incluir na decisão judicial a ordem para o cumprimento das medidas sub-rogoratórias previstas no §5º do artigo 461: “Resta voltar a indagar se, na ausência de empecilho, o juiz *deve* ou apenas *pode*, a seu critério, incluir na sentença alguma ordem do gênero das contempladas no §5º do art. 461. Atenta a *ratio* da norma, parece mais razoável optar pelo segundo termo da alternativa.”⁶⁹

67. Ibid., p. 62-63. (O itálico consta no original).

68. A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil, in Temas de direito processual civil – sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 64.

69. Ibid., p. 66.

A resposta à terceira pergunta pressupõe a inclusão, pelo magistrado, de alguma das hipóteses previstas no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil. Para o processualista carioca, se o comando visa *substituir* o processo de execução, prevalecerá a eficácia mandamental; entretanto, caso “o julgador adote o alvitre de condenar o réu ao cumprimento da obrigação, e se cinja a adita a isso a determinação de medidas tendentes a *facilitar* a execução”⁷⁰ então a eficácia preponderante será a condenatória.

Em relação à quarta pergunta, responde Barbosa Moreira que o destinatário da norma em testilha pode ser a parte ou mesmo os auxiliares da justiça, o órgão da Administração Pública etc.

Por fim sustenta que essa ordem pode ser dirigida de forma imediata a terceiros, por exemplo, fechar determinado estabelecimento que se mantém omissa quanto a uma obrigação.

Sérgio Muritiba, em excelente monografia sobre o tema, resume a posição dominante na doutrina sobre as tutelas mandamentais. Segundo esse autor, que também invoca os escritos de Eduardo Talamini, o critério apto a distinguir as tutelas mandamentais são dois: a) sua função, que seria de coagir o réu ao cumprimento da conduta descrita no comando sentencial e b) sua estrutura processual, consistente na habilitação dos meios de coerção adequadas e cabíveis, produzindo efeitos diferenciados, a saber, a coerção psicológica do réu ao cumprimento da conduta coercitiva. A fim de que não pare dúvida sobre as lições do emérito estudioso do processo civil brasileiro, transcrevemos textualmente suas lições:

Aplicando esse método de análise ao provimento mandamental, utilizando para tanto a primeira perspectiva acima mencionada, podemos dizer que este provimento *pode ser tipificado por possibilitar a aplicação dos meios de coerção, de maneira imediata.*

Desse modo, o provimento mandamental diferencia-se dos demais, consagrados pela teoria trinária por sua *peculiar função* (coagir o réu ao cumprimento da conduta descrita no comando sentencial) e *estrutura processual* (habilitação dos meios de coerção adequados e cabíveis) tornando possível, por meio deles, a produção de efeitos diferenciados (indução psicológica do réu ao cumprimento da conduta devida).⁷¹

70. A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil, in Temas de direito processual civil – sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 67. (O itálico consta no original).

71. Ação executiva lato sensu e ação mandamental. São Paulo: RT, 2006, p. 242. (O itálico não

De tudo o que foi exposto, parece-nos claro que o traço diferenciador dos provimentos mandamentais, na forma como se consolidou no Brasil, constitui-se na existência de uma *ordem* no bojo do provimento jurisdicional, que pode ser executada no mesmo processo, mediante simples expedição de mandado, a qual terá como destinatário a parte vencida ou mesmo terceiro.

- b) *Nossa crítica*. Vislumbramos dois grandes problemas nessa classificação. A primeira crítica consiste no fato de que a doutrina não conseguiu diferenciá-la, quanto ao conteúdo, do provimento condenatório. Consoante vimos pelas transcrições das lições dos autores supracitados, há uma flagrante lacuna em identificar o conteúdo dos provimentos condenatórios, o que, de certa forma, esconde a inidoneidade de se dizer que o provimento mandamental, como uma categoria autônoma, tem como conteúdo distinto uma ordem judicial.

Luiz Guilherme Marinoni diz que a sentença condenatória seria composta por uma exortação, enquanto a mandamental por uma ordem. Não podemos concordar, contudo, com essa afirmação: *primeiro*, porque não é função do Poder Judiciário *exortar* o jurisdicionado a cumprir suas obrigações, como um pai ao filho; *segundo*, porque, se o juiz se limitasse a exortar a parte condenada, não deveria esta pagar a multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil, pelo inadimplemento voluntário, pois a exortação assemelha-se mais a um conselho que uma ordem.

Essa diferenciação de conteúdo só se mantém, na verdade, porque os doutrinadores não lograram apresentar, de forma clara, qual a natureza do comando contido na sentença condenatória.

Em segundo lugar, o fato de a execução dar-se no mesmo processo não constitui critério suficiente para distinguir a tutela mandamental da tutela condenatória, simplesmente porque esta diz respeito à forma de execução e não à essência da tutela. Ademais, com a inserção do artigo 475-J no ordenamento processual, não se faz mais necessária a instauração de um novo processo para se executarem os provimentos condenatórios.

Sustentamos que essas tutelas são iguais e denominamo-las de

consta no original).

executivas. Ambas têm como conteúdo uma ordem e são executadas no mesmo processo, embora possam seguir técnicas executórias diversas. Essa questão, contudo, será explorada com mais vagar quando apresentarmos nossa proposta classificatória.

Não podemos concordar com o pensamento dos ilustres processualistas supracitados, cuja ênfase está muito mais na forma, ou técnica de execução, do que em elementos essenciais ao conteúdo ou efeitos da tutela. Quando se fala em meios de coerção, no nosso modo de ver, estamos falando de técnicas possíveis para o cumprimento de um único efeito, que é o executivo. Se este se concretizará por medidas coercitivas ou sub-rogatórias, em processo autônomo ou sincrético, é um problema de técnica legislativa e não da ontologia ou eficácia do provimento. Repetimos, o conteúdo e efeito desse tipo de tutela são, respectivamente, uma ordem e a execução. A forma como se executa é um problema de técnica legislativa, mas não uma imposição decorrente do conteúdo da tutela.

Os adeptos da tutela mandamental, *data maxima venia*, seguiram o caminho ao inverso, ou seja, para justificar uma técnica diferenciada de execução, procuraram alterar o conteúdo do provimento chamado condenatória, que deveria ser executado, segundo o Código de Processo Civil de 1973, em sua versão original, em processo distinto, por atos de sub-rogação. Contudo, não existe nenhum impedimento lógico, ou mesmo empírico, que impeça o legislador de alterar a forma de execução sem, com isso, desnaturar o conteúdo de todos as tutelas executivas em que, no final das contas, consubstancia-se numa declaração do Poder Judiciário, quanto à existência do direito subjetivo do autor e uma ordem para que a parte vencida realize, no mundo empírico, a ação de direito material. Caso haja o descumprimento dessa ordem, o Estado irá usar sua força de império para buscar, forçadamente, o cumprimento daquela ação. Para isso, poderá usar de meios coercitivos ou sub-rogatórios, de um novo processo ou valer-se do processo já existente. Todas essas opções estão no campo da técnica utilizada para concretizar o único e verdadeiro efeito, que é executivo.

4. O PROBLEMA DA AÇÕES (OU PROVIMENTOS) EXECUTIVOS

As tutelas executivas *lato sensu*, assim denominadas pelos doutrinadores posteriores a Pontes de Miranda, uma vez que esse autor fala simplesmente em ação executiva, também se caracterizaria pelo fato de

permitir a execução da sentença no processo em que se desenvolveu a atividade cognitiva. Essa ideia se encontra bem destacada na seguinte definição de Gilberto Porto:

A ação executiva *lato sensu*, de sua parte, representa a possibilidade de que ações integrantes do processo de conhecimento tragam embutidas em si capacidade executória. Quer isto dizer que existe um determinado tipo de demanda onde o juízo, ao reconhecer a procedência da postulação, determina, desde logo, e independentemente de qualquer outra providência por parte do autor, a entrega do bem da vida objeto da lide.⁷²

Essa definição, em linhas gerais repetida por toda a doutrina que aceita essa classificação, não acrescenta nenhum elemento novo, apto a estribar uma classificação autônoma das tutelas. Na verdade, cai na vala comum da tutela mandamental, por dizer que se permite execução no mesmo processo, e da tutela condenatória, por não identificar o conteúdo do provimento.

O autor supracitado limita-se a dizer que o juiz “determina” qual será a conduta do réu, caso vencido. Ora, o verbo determinar significa, no fundo, ordenar. Ou seria essa “determinação” um vocábulo apto a expressar uma realidade distinta de uma ordem do juiz à parte vencida?

Na verdade, quando se analisa o conteúdo do provimento jurisdicional, este em nada difere nas chamadas tutelas condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu*, pois a suposta determinação é, independente do vocábulo que se use para identificá-lo, um comando judicial para que a parte vencida realize a ação de direito material apta a reparar o direito subjetivo violado. Quanto ao fato de permitir a execução no mesmo processo em que foi realizada a atividade executiva, essa tutela também não difere da mandamental ou da condenatória, como vimos acima.

5. CONCLUSÃO

Não aceitamos, pois, a classificação quinária, com a inclusão das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*, pois estas, quando analisadas pelo seu conteúdo, são idênticas entre si e à tutela condenatória. As variações possíveis, se existentes, dizem respeito apenas à forma de cumprir o comando contido na decisão.

72. Sobre a classificação das ações, sentenças e coisa julgada, in *Ajuris*. vol. 21, p. 53.

O problema da Teoria Quinária, segundo pensamos, consiste na falta de um critério único para estabelecer a distinção entre os diversos tipos de ação: a) a chamada ação executiva *lato sensu* tem conteúdo condenatório, mas se diferenciara dessas ações em razão dos meios de execução, que serão sub-rogatórios e não coercitivos; b) o mesmo acontece com a mandamental: embora se identifique no seu conteúdo uma ordem judicial, não se consegue demonstrar em que esse provimento se difere do condenatório, salvo a forma de execução.

CONVERSANDO COM PONTES DE MIRANDA SOBRE A APLICAÇÃO DOS ARTS. 475-N, III; 485, IV, V E 495 DO CPC NA AÇÃO RESCISÓRIA TRABALHISTA – EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA A SER RESPEITADA EM ACORDO JUDICIAL QUITADOR DE EXTINTO CONTRATO LABORAL

Marcelo Miranda Caetano¹

Se vivo fosse o mestre Pontes de Miranda² e se tivéssemos a grata sorte de fazer seu tirocínio jurídico se voltar à atuação na Justiça do Trabalho, poderíamos lhe ver tendo que solucionar caso envolvendo desrespeito à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, como ocorre quando em

-
1. Advogado. Aluno regular do doutorado em Direito da UBA – Universidade Nacional de Buenos Aires/Argentina. Mestre em Direito das Instituições Jurídicas e Sociais da Amazônia pela UFPA – Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito do Trabalho pela UNAMA – Universidade da Amazônia. Graduado pela UFPA – Universidade Federal do Pará. Professor de graduação e convidado à pós-graduação de Direito. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil/Pa, seção Pará. Membro Fundador da ANNEP – Associação Norte e Nordeste dos Professores de Processo.
 2. VELOSO, Zeno. Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda. Belém: UNAMA, 2010, p. 38/39. “Sem nenhum exagero, sem a mínima ponta de excesso, posso asseverar, pelo que sei e pelo que ouvi dizer dos doutos, inclusive na Alemanha, que Pontes de Miranda, em todo o mundo, foi o jurista que mais produziu, em todos os tempos, no que se refere a comentários a textos legais. Em Heidelberg havia um grupo de estudos que analisava a obra do nosso mestre. Em quase tudo que escreveu, Pontes inovou, antecipou-se ao seu tempo e à sua época. E isso discorrendo sobre o direito, ‘ciência difícil’, como ele próprio reconhecia. E escrevia bem, buscava atingir o inatingível, que é a perfeição, mas chegou mais perto que quase todos. Era um torturado pela forma, escrevia e reescrevia, esmerava-se. Ele mesmo confessou: ‘Há esquisita delícia em pensar’.
- (...).

segundo processo o juiz desconhece/afasta decisão lavrada em processo anterior, finalizadora total e irrevogavelmente do contrato de trabalho havido entre as mesmas partes de ambos os processos, por homologação conciliatória.

É como se, na prática (parodiando Pontes – livros repletos de exemplos), ocorresse o seguinte: Beatriz ajuizou ação trabalhista pleiteando verbas rescisórias contra a empresa Fonjas Ltda. Durante a instrução resolveram pactuar acordo para quitar totalmente o extinto contrato de trabalho, que, em audiência, foi homologado pelo magistrado e integralmente cumprido pelos pactuantes. Posteriormente Beatriz ajuizou nova ação trabalhista contra a empresa Fonjas Ltda, pleiteando verbas vinculadas ao mesmo contrato laboral, já quitado. O magistrado de tal novo processo é regularmente avisado do acordo dantes pactuado e não lhe dá importância, finalizando o litígio, por qualquer motivo, em condenação da empresa, cujo desfecho é o trânsito em julgado.

Em síntese, Pontes teria que resolver o seguinte: como afastar decisão judicial trânsita em julgado inobservadora de anterior decisão judicial também transitada em julgado, esta homologadora de acordo quitador da integralidade do extinto contrato laboral havido entre os mesmos litigantes de ambas as ações?

A concreta resolução do questionamento supra é fundamental aos jurisdicionados reclamados³, que não entendem como a Justiça do Trabalho pode lhes condenar para deferir pleito em ação judicial de reclamante⁴ já pactuador, em processo anterior e corrente nessa mesma Justiça, de acordo quitador, integral e irrevogável, do seu extinto contrato laboral com aqueles. Daí se dizer que, Pontes também teria que responder ao seguinte: como pode um segundo julgador deliberadamente inobservar decisão judicial lavrada em primitivo julgado?

Poliglota, matemático, físico, cientista político, sociólogo, filósofo, juspublicista e jusprivatista, e ainda poeta, Pontes de Miranda foi um gênico, sábio, na mais completa acepção do termo; um artista, na mais bela e alta significação do vocábulo. Há um pensamento, no livro 'A Sabedoria dos Instintos', que bem se aplica ao próprio mestre: 'O verdadeiro sábio não se esconde: a árvore que pode dar frutos anuncia-se com flores'.

Embora dedicasse muitas horas de cada dia à meditação e ao estudo, não vivia enclausurado em gabinete, todo o tempo. Admirava as coisas belas e boas da vida. Apreciava bons vinhos e a boa mesa. Conhecia profundamente os clássicos da música, mas gostava, igualmente, dos modernos. Vestia-se com aprumo e elegância. Além de tudo, era um gentleman".

3. Réu no processo do trabalho, geralmente o ex-patrão.

4. Autor no processo do trabalho, geralmente o ex-trabalhador.

A importância das indagações supra decorre do fato d'alguns juízes trabalhistas⁵, alegando prejuízo ao livre acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV da CF/88⁶) e aos princípios da proteção⁷ do trabalhador e irrenunciabilidade de direitos⁸, não validarem decisões de magistrados colegas seus, que aceitam e homologam composição das partes à finalização integral e irrevogável do liame empregatício destes. Tal se dá em função dos que não validam o acordo alegarem que as parcelas civilistas (ex: dano moral, material e estético) não poderem ser abarcadas por quitação genérica, como se parcelas trabalhistas o fossem, em função de tal transação dever ter interpretação restritiva, a teor do art. 843 do CC⁹, não se sujeitando aquelas ao mesmo tratamento destas, por diversidade de natureza jurídica.

Pois bem, indagações postas, pensamos que a conversa com o Pontes iniciaria por este solucionar o tipo de instrumento jurídico adequado à resolução do caso. Para tal, o mestre se perguntaria:

"A finalidade da justiça é a de fazer o mais possível coincidentes a incidência e a aplicação. Os erros surgem, ao longo dos caminhos.

5. ACORDO TRABALHISTA COM QUITAÇÃO TOTAL DO CONTRATO – EFEITOS – PRETENSÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL – ATO ILÍCITO DO EMPREGADOR. 1. O direito a reparação civil que o empregado tenha em face de ato do empregador, não obstante o efeito atrativo de competência decorrente do art. 114 da CF, não pode ser confundido com "crédito decorrente da relação de trabalho". O crédito, nessa hipótese, decorre de ato ilícito do empregador, causador do suposto dano moral, tendo por substrato, apenas, a relação de emprego, o que é bastante para firmar a competência da Justiça do Trabalho. 2. A transação interpreta-se restritivamente (art. 843 do Código Civil). Assim, quitação total dos direitos referentes ao contrato de trabalho não se estende, sem referência expressa, a crédito que, por natureza, não é contratual. (TRT 4ª Região, 4ª Turma, 00228-2005-028-04-00-6-RO, Relator Ricardo Tavares Gehling, DJ 06.10.2006).
6. FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 141. "O princípio da legalidade, fundamentada na legitimidade, é a base do Estado de Direito, buscando-se então a garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça a ele. O Poder Judiciário é chamado a intervir pela parte interessada, aplicando a lei que prevalecerá no caso invocado a ser decidido.
7. BARROS, Alice Monteiro. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Ltr, 2012, p. 142. "O princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, o fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente.
8. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 349. "[...]. O princípio da irrenunciabilidade dos direitos pelo trabalhador tem a função de fortalecer a manutenção dos seus direitos com a substituição da vontade do trabalhador, exposta às fragilidades da sua posição perante o empregador, pela lei, impeditiva e invalidante da sua alienação.
9. Art. 843. A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos.

O homem, que veio da assembleia e pela assembleia foi feito, confia no reexame e na discussão. Daí os recursos. Mas que se há de fazer, se não há mais recursos?" (MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VI, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 248).

Acreditamos que assim responderia: como a decisão que se quer afastar transitou em julgado, incabível é a interposição recursal, restando a ação rescisória como meio adequado à solução do erro que se quer afastar, por ser quem se presta a examinar sentença passada em julgado, para possibilitar julgado de julgado¹⁰, nos moldes do art. 836¹¹ da CLT¹² c/c os arts. 485¹³, IV, V e 495¹⁴ do CPC, que a possibilitam quando houver ofensa à coisa julgada e violação a disposição de lei, desde que ajuizada em até 02 (dois) anos do trânsito em julgado da decisão, pois:

"A ação rescisória só se propõe contra sentença que transitou em julgado, isto é, de que não cabe, ou não mais cabe recurso. Nada tem com o ter o autor interposto, ou não, os recursos que a lei lhe permitia. Acertadamente, o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 17 de setembro de 1942 (*A. J.*, 64, 363). Hão de estar exauridos os prazos dos recursos, sem se indagar da negligência – ou anuência – das partes, inclusive o autor da ação rescisória. O autor, para propor ação rescisória, tem de interpor os recursos, ou deixar que passe em julgado a decisão, não porque deva recorrer, e sim porque um dos pressupostos da pretensão a rescindir é o ter passado formalmente em julgado a sentença. O que perdeu o prazo do recurso pode pedir rescisão". (MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VI, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 222).

-
10. MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VI, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 184).
 11. Art. 836. É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor.
 12. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 1139. "A CLT prevê expressamente a admissibilidade de ajuizamento de ação rescisória no âmbito da Justiça do Trabalho, mas manda aplicar os dispositivos do CPC que conexas com esse tipo especial de ação".
 13. Art. 485 – A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...);
IV – ofender a coisa julgada;
V – violar literal disposição de lei;
 14. Art. 495 – O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Ante a solução acima, pensamos que Pontes buscaria rescindir o segundo julgado e, ato contínuo, validar a primitiva decisão judicial finalizadora do extinto contrato laboral dos litigantes, dentro da necessidade de se resguardar a eficácia do acordo homologado em tal processo¹⁵, bem ainda referendar a vontade manifestada¹⁶ por aqueles em juízo e a boa fé do negócio jurídico pactuado pelos mesmos, como pessoas capazes que são¹⁷, visando respeitar o ato jurídico perfeito e a coisa julgada passada em tal conciliação e se evitar enriquecimento sem causa de quem nada mais teria a questionar em segundo processo.

Não seria despercebida por Pontes a inexistência de imposição legal à transação judicial, quer pelos litigantes, que são livres para compor ou não, e quer pelo magistrado, que tampouco é obrigado a homologar conciliação alguma, sobretudo quando visualizar nesta ocorrência de simulações, fraudes ou ilegalidades que a comprometam¹⁸ (art. 129¹⁹ do CPC),

-
15. SAAD, Eduardo Gabriel. CLT Comentada, 30ª ed., São Paulo: LTr, 1997, p. 576. "O acordo, depois de homologado, equivale a uma sentença irrecorrível. Se, para seu cumprimento em parcelas periódicas, não forem previstos juros e correção monetária, não é dado à parte pleiteá-los posteriormente".
 16. MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado. Tomo I, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 103. "4. INTENÇÃO MANIFESTADA. – A intenção (= vontade de negócio) é elemento relevante, necessário, do suporte fático dos negócios jurídicos. Mas a intenção que importa é aquela que está na vontade, que se declarou, ou manifestou. Não se exige, em consequência, a que encheu outra vontade: a intenção que se procura, ou se revela de si-mesma, é a da declaração de vontade ou a da manifestação de vontade. A interpretação dos negócios jurídicos é – aí – interpretação do seu suporte fático, mesmo porque dizer que se o negócio jurídico é A ou B é descida à declaração de vontade, ou à manifestação de vontade, que entra na composição do suporte fático. (...)".
 17. TEPETINO, Gustavo et al. Código civil interpretado conforme a Constituição da República. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 659. "3. Capacidade para transacionar. Pelo fato de a transação se apresentar como espécie do gênero negócio jurídico, faz-se necessário que os transatores sejam capazes (v. art. 104, I). em regra, pode transigir aquele que tem poder de disposição sobre a situação jurídica objeto da transação".
 18. MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 370. "(...) 2). A caracterização de tal poder do juiz, estranho à delimitação ao pedido em que tradicionalmente sempre se pôs o juiz, consiste em ter ele (verbo 'proferirá') de obstar ao objetivo indevido da parte. A parte adversa não lho pediu, ou lho pediu, ou lho sugeriu no curso da causa. Não importa. Os atos que ele pode impedir, invocando o art. 129, foram considerados pelo Estado independentes de qualquer das partes. Ao ter de decidir, o juiz se encontra em face do que aduziram as partes e os interessados, e desse pedido do Estado. Porque, em verdade, o art. 129 funciona no processo, se queremos conservar os princípios que regem o direito processual, como pedido do Estado para que se coarcte a atividade daninha de qualquer dos litigantes, autor ou réu. Pedido permanente e para quaisquer processos".
 19. Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

permitindo a conjectura de que, se o magistrado homologou conciliação no primitivo processo o foi, dentre outros: a) por manifesta vontade das partes; b) por acreditar inexistirem vícios que lhe prejudicassem; c) por entender a avença adequada e vinculada aos contornos fático-jurídicos da ação; d) por reconhecer na conciliação pactuada legal forma de declarar/reconhecer direitos; e) por não vislumbrar existência de prejuízo ao trabalhador, que diminua ou afaste a fruição de direitos e tampouco afete sua dignidade e f) pelo caráter ampliativo e não específico da transação extintiva do contrato laboral.

Nesse diapasão, certamente Pontes alegaria ser inconcebível se presumir que o primitivo juízo tenha aceitado quitar o extinto contrato laboral por compactuar com fraude voltada a prejudicar o trabalhador, muito ao contrário, seguramente diria que a quitação indica o convencimento daquele sobre a correte e legalidade da avença.

Aliado às disposições acima, Pontes poderia se valer do art. 831, p. u. da CLT²⁰ e da Súmula 100, V do TST²¹, que determinam ter a homologação de acordo judicial mesma validade de decisão irrecorrível, valendo como coisa julgada²² e ato jurídico perfeito²³ (art. 5º, II e XXXVI, da CF/88²⁴),

20. Art. 831. A decisão será proferida depois de rejeitadas pelas partes a proposta de conciliação. Parágrafo único. No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas.

21. SÚMULA 100 DO TST. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA.

(...).

V – O acordo homologado judicialmente tem força de decisão irrecorrível, na forma do art. 831 da CLT. Assim sendo, o termo conciliatório transita em julgado na data da sua homologação judicial.

22. CAIRO JR. José. Direito Processual do Trabalho. 3ª Ed. Bahia: Editora Podivm, 2010, p. 490. “Quando o juiz reconhece ou rejeita a pretensão do reclamante, examina o mérito da questão, solucionando a lide. Nesse caso, depois de transcorrido o prazo para qualquer recurso, opera-se o fenômeno da coisa julgada material em relação às questões decididas e aos sujeitos da relação processual.

Desse modo, a sentença torna-se imutável não somente no âmbito do mesmo processo – coisa julgada formal – mas a sua parte dispositiva não poderá mais ser rediscutida em qualquer outro, salvo nas hipóteses de modificação pela via da ação rescisória, nos limites estabelecidos pela norma processual, e quando tratar-se de coisa julgada inconstitucional”.

23. EMENTA. Acordo homologado judicialmente. Coisa julgada. O acordo judicial, devidamente homologado, faz coisa julgada entre as partes, sendo incabível o posterior pronunciamento judicial a respeito da matéria nele acordada, sob pena de afronta à coisa julgada. Inteligência do artigo 831, parágrafo primeiro, da CLT. (TRT 4ª R., RO 0000607-14.2010.5.04.0232, 10ª Turma, Rel. Des. Denise Pacheco, Data: 01/03/2012)

EMENTA: ACORDO JUDICIAL HOMOLOGADO EM JUÍZO – OFENSA À COISA JULGADA – EFEITOS DE QUITAÇÃO. Existindo acordo judicial homologado dando quitação amplas

sedimentada na presunção de inexistência de vício de consentimento quando de sua pactuação, pois realizada na presença do magistrado e dos advogados contratados (exceto *jus postulandi*), tornando tal acordo irrecorrível²⁵, inclusive por inexistência de interesse recursal e por ausência de sucumbente.²⁶

A análise de Pontes encontraria fortes elementos na Orientação Jurisprudencial nº 132 da SBDI-2 do TST, que bem delimita a questão:

OJ 132, SBDI-2 do TST. Ação rescisória. Acordo homologado. Alcançe. Ofensa à coisa julgada – Acordo celebrado – homologado judicialmente – em que o empregado dá plena e ampla quitação, sem qualquer ressalva, alcança não só o objeto da inicial, como também todas as demais parcelas referentes ao extinto contrato de trabalho, violando a coisa julgada, a propositura de nova reclamação trabalhista.

Ante o dispositivo acima, acreditamos que análise de Pontes o acompanharia para entender como legalmente válido o ato da Justiça do Trabalho homologar acordo para quitar total e irrevogavelmente o extinto contrato laboral havido entre as partes, que não mais poderão rediscuti-lo noutro processo²⁷, justamente por respeito à coisa julgada e ao ato

da verbas objeto da ação, este tem eficácia de decisão irrecorrível, e qualquer discussão acerca do extinto contrato de trabalho, encontra barreira na coisa julgada. (TRT 13ª R., RO 00160.2012.024.13.00-0, 2ª Turma, Rel. Des. Wolney de Macedo Cordeiro, DJ 25/05/2012)

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

(...).

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...).

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

25. MARTINS, Sérgio. Comentários às Súmulas do TST. São Paulo: Atlas, 2009, p. 67. “Para as partes o trânsito em julgado ocorre na data da homologação pelo juiz. O trânsito em julgado não ocorre depois de 8 dias do prazo para recurso. A parte só poderá recorrer se o juiz não homologar parte da postulação pedida pelas partes. Se não estabeleceu nenhuma restrição, não cabe recurso, mas ação rescisória”.

26. KLIPPEL, Bruno. Direito sumular esquematizado – TST. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150. “A decisão realmente será irrecorrível por ausência de interesse recursal, já que nenhuma das partes restou sucumbente. A impossibilidade de interposição de qualquer recurso gera o trânsito em julgado da sentença ou acórdão que homologar o acordo, ocasionando a imutabilidade da decisão. O cabimento da rescisória encontra-se previsto na Súmula n. 259 do TST, cuja redação destaca que ‘só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT’”.

27. As disposições da OJ 132 da SBDI-2 do TST estão em pleno vigor e são válidas desde 01/05/2004, tendo como precedentes decisões de vários Ministros do TST, tais quais: Min.

jurídico perfeito²⁸, dentro da necessidade de se preservar a *res judicata*²⁹ e se garantir a estabilidade das relações, independentemente se o magistrado do segundo processo acha justa ou não a homologação conciliatória passada no primitivo julgado, que, para fins legais, é irrelevante se comparada à respeitabilidade e incidência do arcabouço jurídico permissivo e garantidor da conciliação judicial³⁰.

Não temos dúvida, outrossim, que Pontes se valeria das disposições da Emenda Constitucional nº 45/2004 para reforçar a legalidade do acordo homologado no primitivo processo e afastar possíveis alegações de impropriedade transacional daquele quanto à eventuais parcelas civilista (danos/indenizações morais e afins), em função de tal Emenda ter expressamente ampliado a competência específica da Justiça do Trabalho para dirimir pedido de indenização por danos morais e patrimoniais (art.114, VI, da CF88³¹) ou seja, em sendo competente constitucionalmente para lhe julgar (Súmula Vinculante 22 do STF³² e Súmula 392 do

Aurélio M. de Oliveira; Min. José Luiz Vasconcellos; Min. Vantuil Abdala; Min. Luciano de Castilho; Min. Francisco Fausto e Min. Barros Levenhagen. Valendo observar os seguintes julgados sobre o tema: ROAR 0677/1983; ROAR 1066/1989; ROAR 150617/1994; ROAR 255945/1996; ROAR 255945/1996; ROAR 435954/1998; AR 545318/1999; ROAR 533788/1999.

28. MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários às orientações jurisprudenciais da SBDI 1 e 2 do TST. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 211. "Se o empregado dá plena e ampla quitação, não fazendo qualquer ressalva, alcança também o contrato de trabalho, pois inclusive é possível fazer acordo de questão não posta a exame do Judiciário (art. 475-N, III, do CPC). A conciliação vale como decisão irrecorrível (art. 831 da CLT). Viola a coisa julgada a propositura de nova ação trabalhista postulando aquilo que já tenha sido sepultado pelo acordo firmado entre as partes".
29. "A estrutura lógica e jurídica do que acabamos de dizer é fácil de entender-se. Aliás, o que conteria absurdo seria dar-se prazo à rescisão de sentença que 'a todo tempo' fosse atacável! A coisa julgada formal não é princípio que se imponha necessariamente. Decorre de certas considerações, mudáveis, de utilidade social. Uma vez formulado, entende-se que a res iudicata opera e vale perante todos. Proferida a sentença e passada em julgado, desde que não seja inexistente, nem nula ipso iure, que é inconversível, só a rescisão pode cortá-la, rescindi-la; porque é cortar, cindir, a prestação que ela estabeleceu, desdar o laço de preclusão que com ela inter partes de deu. Efeito há. Tem-se de arrancar a causa". (Pontes, f. 267).
30. MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado. Tomo I, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 11. (...) À incidência da regra jurídica é indiferente o que se passa nas pessoas e até mesmo no que diz respeito aos seus atos de infringência. Essas descidas ao plano psicológico, quando se está a expor teoria geral do direito, são extremamente perigosas, por estranhas ao âmbito do direito. (...)".
31. Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
(...);
VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
32. Súmula Vinculante 22. A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas

TST³³), nada obsta que o magistrado trabalhista também possa autorizar pactuação de acordo judicial envolvendo tal matéria, quer diretamente por estar pleiteada na inicial ou de forma indireta por quitação total do extinto contrato laboral, onde o trabalhador recebe valores e benefícios do seu ex-patrão, muitas vezes maior do que teria efetivo direito na ação ajuizada, justamente para dar fim a qualquer futuro litígio envolvendo seu extinto contrato, independentemente a natureza da parcela – trabalhista ou civilista.

Para reforçar a argumentação é crível que Pontes utilizasse analogicamente as disposições do art. 320³⁴, p. u. do CC³⁵ e art. 477, §2º da CLT³⁶, que determinam a necessidade de se delimitar a quitação pactuada. Tal se daria em função das conciliações judiciais detalharem o teor do acordo (valor, nome do credor e devedor, natureza jurídica da avença, custas, prazo e local de pagamento, além de assinatura dos envolvidos), ou seja, como o acordado no primitivo processo elencaria tais delimitações,

por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

33. Súmula nº 392 do TST. Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.
34. Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.
Parágrafo único. Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.
35. TEPETINO, Gustavo et al. Código civil interpretado conforme a Constituição da República. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 620/621. “Comentário:1. Requisito da quitação. São requisitos da quitação: i) a menção ao valor e à espécie da dívida quitada, a indicação do solvens, tenha sido ele o próprio devedor ou o terceiro (se bem que este tenha a faculdade de pagar em nome do devedor, como preceitua o art. 304, parágrafo único); ii) o tempo e o lugar do pagamento, cuja declaração, aliás, não é essencial, ao contrário dos demais requisitos; iii) a assinatura do accipiens, seja o credor ou seu representante.
(...).
- o parágrafo único valoriza a substância do pagamento, ainda que em detrimento da forma da quitação, prestigiando o princípio que veda o enriquecimento indevido. Se pagamento houve, por mais que a quitação tenha sido dada sem os requisitos legais, deve ela também valer, desonerando o devedor.
36. Art. 477. É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.
§ 2º O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma da dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.

inclusive mencionando a quitação total do extinto contrato laboral, sua quitação seria legal e havida como negócio jurídico válido³⁷, com agentes capazes, conteúdo lícito e determinado e forma prescrita em lei, afastando a possibilidade de aplicação do art. 9º da CLT³⁸, por inexistir vício em na conciliação.

Tal conduta provavelmente seria entendida por Pontes como forma de impedir que qualquer magistrado³⁹, em processo futuro, deliberadamente desconheça ou afaste julgado prolatado em processo anterior⁴⁰, inclusive quando finalizado por conciliação que, em função da abrangência de sua quitação, vier a tornar qualquer pretensão futura como mera reprodução da primitiva (art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC⁴¹), situação a reforçar a rescindibilidade do segundo julgado⁴², por força das disposições do art. 6º, §1º e 2º da LINDB⁴³.

-
37. “O termo de conciliação, por força do disposto no parágrafo único do art. 831 da CLT, equivale a uma sentença irrecorrível, produzindo, portanto, coisa julgada – e esta se acha consubstanciada no próprio texto do termo, isto é, as condições do acordo: valor, parcelas quitadas, prazo de pagamento, novas condições de trabalho etc., que, por consequência, transformam-se no “dispositivo” (ou “conclusão”) da decisão, uma vez que fundamentos e razões não existem.” (o grifo é nosso). (ALMEIDA, Isis de. Manual de Direito Processual do Trabalho, 2ª volume, 7ª edição, São Paulo: LTr, 1995, p.268).
38. Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.
39. ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de prático de processo do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 266. “A coisa julgada material diz respeito ao conteúdo da sentença, como consequência da própria autoridade da res judicata, envolvendo, pois, o próprio direito. Formada a coisa julgada material, nenhum juiz, seja o prolator da sentença, seja outro qualquer, poderá examinar e decidir a mesma relação jurídica objeto da sentença”.
40. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 1154. “Havendo coisa julgada material a propósito de qualquer conflito de interesses, o reexame da questão em outro processo atenta contra a coisa julgada e autoriza o acolhimento de ação rescisória, ainda que a segunda decisão seja no mesmo sentido da primeira. É que a segunda decisão, também qualificada pela coisa julgada, substituiria a primeira, negando-lhe ou suprindo-lhe a validade, o que é incompatível com a força que o direito positivo reconhece à prestação jurisdicional transitada em julgado”.
41. Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:
(...).
- § 1º. Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.
- § 2º. Uma ação é idêntica a outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.
- § 3º. Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.
42. “O acordo celebrado entre as partes em reclamação trabalhista e devidamente homologado em Juízo, dando como quitado o objeto do pedido e as verbas oriundas do extinto contrato de trabalho, impede o obreiro de pleitear posteriormente parcelas decorrentes da relação laboral, ainda que não nomeada especificamente na transação, que vale como coisa julgada”. (TS-T,RR 121.218/94.6, Leonardo Silva, Ac. SBDI-I 1.307/97). Fonte: Comentários à Consolidação

Por outro lado, aos que dissessem não ser possível quitar por acordo judicial a totalidade do contrato laboral, em função de somente se poder o fazer das parcelas efetivamente pleiteadas na inicial, é plausível que Pontes alegasse que o direito brasileiro a muito alberga a possibilidade de se transacionar parcelas não pleiteadas no processo, na medida em que o art. 475-N, III, do CPC⁴⁴ é taxativo⁴⁵ ao autorizar o magistrado a homologar conciliação envolvendo matéria não posta em juízo⁴⁶, inclusive porque o art. 840⁴⁷ do CC permite concessões mútuas entre os litigantes, justamente para que tal acordo sirva de declaração e/ou reconhecimento de direitos e concessões mútuas entre aqueles, por ser mais célere e econômica forma de finalização do litígio, o que afasta a aplicação dos art. 128⁴⁸ e 460⁴⁹ do CPC⁵⁰.

das Leis do Trabalho, Valentin Carrion, 26ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 615.

"Acordo homologado. Inexistência de coação. Benefício para ambas as partes. Inadequação do art. 485, III, VIII e IX do CPC. Homologação de acordo no bojo de ação individual, pondo fim à relação de emprego. Livre a manifestação da vontade por parte do empregado, que tencionava celebrar novo contrato em melhores condições. Descumprimento de promessas posteriores, pela ré, não compromete a eficácia da coisa julgada, sendo estranho ao âmbito da Ação Rescisória. A rescisão do Acordo implicaria, inclusive, na caracterização da torpeza bilateral, qualificada pela movimentação temerária do Poder Judiciário." (TST, SDI, RO-AR-55.092/92.5, in DJU 13.10.95, p. 34456). Fonte: CLT Comentada, Eduardo Gabriel Saad, 30ª edição, Ed. LTR, 1997, São Paulo, p. 577.

"Comprovado na ação trabalhista que em processo anterior as partes celebraram acordo homologado judicialmente, onde o autor deu à reclamada quitação de todas as verbas postuladas, assim como de todos os demais direitos por ventura devidos e decorrentes do extinto contrato de trabalho mantido pelas partes, resulta inafastável a ocorrência da coisa julgada, prevalecendo. A autocomposição da lide pressupõe transigência mútua, incluindo capítulos não postulados na ação em que foi celebrada a homologação respectiva tem peso de coisa julgada." (Ac. TRT 2ª Reg. 2ª T (Ac. 02940659030), Rel. Juiz Alain Baldacci, DJ/SC 11/01/95, Jornal Trabalhista, Ano XII, nº 544, p. 179). Fonte: Dicionário de Decisões Trabalhistas, B. Calheiros Bomfim, Silvério dos Santos e Cristina Kaway Stamato, 1º semestre de 1995, 25ª edição, Ed. Edições Trabalhistas, p. 145.

43. Art. 6º – A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada.
§ 1º – Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.
(...).
- § 3º – Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.
44. Art. 475-N do CPC. São títulos executivos judiciais:
(...);
III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;
(...).
45. PROC. Nº TST-RR-1.259/2008-111-18-00.7
ACÓRDÃO 8ª TURMA
RECURSO DE REVISTA – HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DE ACORDO – CONTRIBUIÇÃO PR E VIDENCIÁRIA – PARCELAS DISCRIMINADAS – CORRELAÇÃO COM OS PEDIDOS DA INICIAL – ARTIGO 475-N, III, DO CPC Inexiste preceito legal obrigando a que a transação judicial observe os pedidos

Para corroborar, é presumível que Pontes se valesse do art. 485, V do CPC⁵¹ para rescindir a segunda decisão judicial, por ter malferido comandos constitucionais e legais que deveria observar, como o são os dos artigos ao norte mencionados, tornando-a, assim, passível de rescisão, independente de sua formatação meritória, pois:

(i) A violação pode ser expressa, consciente, confessada, declarada, ou inexpressa, inconsciente, dissimulada (cf. Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de outubro de 1933), ocultada, velada, disfarçada. Não importa como seja ela. O que é preciso, para que se componha o pressuposto da rescisão, é a violação em si, a negação do direito, conforme foi definido. O direito é que há de ser expresso, disse a Corte de Apelação do Distrito Federal (17 de julho de 1925); e não a violação, que pode ser implícita. (MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VI, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 307).

elencados na peça inaugural. Para demonstrar a desnecessidade de as parcelas do acordo guardarem correlação com os pedidos da inicial, recorde-se que a avença judicialmente homologada pode até mesmo versar matéria não posta em juízo (artigo 475-N, III, do Código de Processo Civil – antigo artigo 584, III, do mesmo diploma). Recurso de Revista conhecido e provido.

46. MARTINS, SÉRGIO PINTO. Comentários às orientações jurisprudenciais da SBDI-1 e 2 do TST. São Paulo: Atlas, 2012, p. 211. “Se o empregado dá plena e ampla quitação, não fazendo qualquer ressalva, alcança também o contrato de trabalho, pois inclusive é possível fazer acordo de questão não posta a exame do Judiciário (art. 475-N, III, do CPC). A conciliação vale como decisão irrecorrível (art. 831 da CLT). Viola a coisa julgada a propositura de nova ação trabalhista postulando aquilo que já tenha sido sepultado pelo acordo firmado entre as partes.
47. Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.
48. Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.
49. Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.
Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.
50. ACÓRDÃO TRT 8ª/2ªT./RO 0000105-42.2010.5.08.0110
RECORRENTE: FRANCISCA CHAVES GONÇALVES
E AGROPALMA S/A.
RECORRIDO: OS MESMOS
ACORDO HOMOLOGADO. QUITAÇÃO GERAL EM RELAÇÃO AO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. COISA JULGADA. Verifica-se dos termos do acordo homologado nos autos do processo nº 110-317/2008-4, que a reclamante deu quitação ‘integral, irretratável e irrevogável aos pleitos da inicial e ao extinto contrato de trabalho’ (fls. 69), o que atrai a aplicação dos arts. 831, parágrafo único, e 836 da CLT, não havendo mais possibilidade de se discutir a questão. Do ponto de vista da doutrina, segundo Manoel Antonio Teixeira Filho, ‘na prática, a conciliação se revela sob a forma de transação, que, por sua vez, traduz um negócio jurídico bilateral, por força do qual os litigantes põem fim ao processo, mediante exaustão do mérito (CPC, art. 269, III). Uma das vantagens da transação é que esta não se submete às regras contidas nos

Se imagina, igualmente, que Pontes levaria em conta o fato de inexistir dissenso pretoriano quanto à aplicação e validade dos comandos legais supra – especialmente art. 5º, II e XXXVI, da CF/88 – garantidores da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, situação a afastar a aplicação da Súmula 343 do STF⁵², pelo manejo rescisório se fundar em preceito constitucional⁵³, permissivo de seu cabimento⁵⁴.

Ademais, seguramente Pontes afirmaria que se qualquer das partes pactuantes do primitivo acordo quitador do extinto contrato laboral desejasse rediscuti-lo, teria que ajuizar ação rescisória para tal e não

arts. 128 e 460, do CPC, estabelecadores dos limites objetivos da entrega da prestação jurisdicional. Sendo assim, os transatores podem redimensionar esses limites, como evidência, por exemplo, o art. 584, inciso III, do estatuto processual civil' (in, BREVES COMENTÁRIOS À REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO, São Paulo: LTr, 2005, p. 124). O C. TST já uniformizou a matéria, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 132, da SBDI-2.

51. Art. 485 – A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...);

V – violar literal disposição de lei;

52. STF Súmula nº 343 – Cabimento – Ação Rescisória – Ofensa a Literal Dispositivo Baseado em Texto Legal de Interpretação Controvertida nos Tribunais
Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

53. Ação rescisória. Acidente do trabalho. Trabalhador rural. Ofensa ao art. 165, par. único da Constituição. Súmula 343 (inaplicação). A atribuição ou extensão de benefício previdenciário a categoria não contemplada no sistema próprio implica ofensa ao art. 165, § único da CF, dada a inexistência do pressuposto da correspondente fonte de custeio total. A Súmula 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não, porém, de texto constitucional. Recurso Extraordinário conhecido e provido. (RE nº 101.114/SP, 1ª Turma, Min. Rafael Mayer, D.J. de 10.2.84)

Ação rescisória. Acidente do trabalho. Trabalhador rural. Ofensa ao art. 165, parágrafo único da Constituição Federal. Súmula 343 (inaplicabilidade). A atribuição ou extensão de benefício previdenciário a categoria não contemplada no sistema próprio implica ofensa ao art. 165, parágrafo único, da Constituição Federal, dada a inexistência da correspondente fonte de custeio.

A Súmula 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não, porém, de texto constitucional.

Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE nº 103.880/SP, 1ª Turma, Min. Sydney Sanches, D.J. de 22.2.85).

Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Ação Rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação do princípio constitucional do direito adquirido. 5. Agravo regimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória. (RE 328.812-AgrR, rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJ de 11.04.2003)

ajuizar nova ação trabalhista⁵⁵, como se aquele inexistisse no universo jurídico, aliás, como delimitado na Súmula 259 do TST: “**Sumula 259 do TST. TERMO DE CONCILIAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT**”.

Ao final da conversar, certamente Pontes manejaria arestos jurisprudenciais para ratificar seu entendimento sobre o tema⁵⁶, e rapidamente se voltaria para desdobrar muitos outros, felizmente para nós todos!

54. NERI JR., Nelson. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 9ª Ed., p. 680. “Para efeitos de admissibilidade da ação rescisória, a violação da CF pode ter ocorrido por desatendimento a texto constitucional expreso, por princípio constitucional não positivado ou, ainda, por ofensa ao espírito ou ao sistema da CF. Decisão inconstitucional transitada em julgado não pode ficar imune ao controle jurisdicional da ação rescisória”.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 304. “(...) em se tratando de ação rescisória em matéria constitucional, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja ‘literal violação’ a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele, associado ao princípio da supremacia é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da súmula 343 (negativo porque indica que, sendo controvertida a matéria nos tribunais não há violação literal a preceito normativo a ensejar rescisão), por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é contrária a pronunciamento do STF”.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Edições Jus Podivm, 2006, p. 281-282. “(...) também da Súmula do STF, não tem aplicação quando a norma violada for de índole constitucional. É que a violação a uma norma constitucional é bem mais grave do que a ofensa a um dispositivo de lei infraconstitucional; violar a Constituição equivale a atentar contra a base do sistema normativo. Cumpre, diante disso, preservar a supremacia da Constituição e, de resto, garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião do texto constitucional. Não é sem razão, aliás, que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontam como paradigmáticas; e, por isso, os demais tribunais da federação devem segui-las”. ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 02. “(...) o próprio Supremo Tribunal Federal tem decidido no sentido de que tal Súmula somente se aplica à interpretação controvertida da lei infraconstitucional. Afirma-se, que a Súmula 343 se reporta à interpretação controvertida da lei, e não à matéria constitucional, que, pela sua supremacia jurídica, “não pode ficar sujeita à perplexidade”.

55. FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 823. “Em face desse fundamento, a ação própria para desconstituição de uma decisão trânsito, que é a ação rescisória, não contempla qualquer causa petende na qual se possa enxergar vícios de injustiça no que foi decidido. Os fatos embaixadores da rescisória voltam-se contra graves ilegalidades, como, v.g., a decisão decidida por juízo corrupto ou por juízo absolutamente incompetente etc.

56. PROCESSO: 00197-2008-050-03-00-2 RO
DATA DA PUBLICAÇÃO: 31-05-2008 DJMG-PG22
RELATOR: DENISE ALVES HORTA
REVISOR: CONVOCADO WILMÉIA DA COSTA BENEVIDES

RECORRENTES: 1) CARLOS FRANCISCO DAVI 2) FARMÁCIA BIOFARMA LAGOENSE LTDA.
RECORRIDOS: OS MESMOS

EMENTA: ACORDO JUDICIAL. COISA JULGADA. ALCANCE DA QUITAÇÃO PASSADA PELO TRABALHADOR. EFEITOS. O acordo celebrado entre as partes e homologado em juízo equivale a decisão irrecorrível, nos termos do art. 831, parágrafo único da CLT. A coisa julgada que então se estabelece tem seus efeitos nos limites do pactuado. Assim, quando no termo conciliatório é dada quitação somente quanto aos pedidos constantes da petição inicial, os efeitos da coisa julgada têm seu alcance restrito aos termos da lide posta em juízo, não inviabilizando nova ação trabalhista quanto aos pleitos outros decorrentes do contrato de trabalho. Porém, quando, no acordo, a quitação concedida pelo trabalhador se estende, além do pedido inicial, também a eventuais direitos decorrentes do extinto contrato de trabalho, sem qualquer ressalva, os efeitos da coisa julgada abrangem todo o pacto laboral, autorizando a extinção do processo, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 267, V do CPC. Nesse sentido a OJ 132 da SBDI-1 do TST.

"COISA JULGADA. DANO MORAL E MATERIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. ACORDO JUDICIAL EM AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA. QUITAÇÃO GERAL PELO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS. O acordo celebrado entre as partes e homologado judicialmente, em que se dá ampla, geral e irrevogável quitação pelo extinto contrato de trabalho, sem nada ressaltar, quita todas as verbas decorrentes do contrato de trabalho, inclusive aquelas relativas a danos morais e materiais provenientes de acidente de trabalho, ainda que a ação tenha sido ajuizada na Justiça Comum e posteriormente remetida a esta Especializada, pois os direitos pleiteados nas duas ações tiveram origem no extinto contrato de trabalho. Recurso a que se nega provimento. (TRT 23ª Região – RO 1210.2005.066.23.00-4, Relator Osmair Couto; Acórdão proferido pela 2ª Turma, julgado em 17/10/07, publicado em 22/10/07).

"ACORDO HOMOLOGADO EM AÇÃO RECLAMATÓRIA ANTERIORMENTE AJUIZADA. COISA JULGADA MATERIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. Tendo sido entabulado pelas partes, em autos de outra ação reclamatória, acordo judicial dando quitação plena de todos os direitos decorrentes do extinto contrato de trabalho, estão incluídos em tal transação o adicional de insalubridade, a indenização por danos morais e por assédio moral perseguida na presente ação reclamatória, impondo-se o reconhecimento de coisa julgada material, nos termos da OJ n. 132 da SDI-2 do colendo TST." (TRT 23ª Região – RO 00249.2008.071.23.002; Rel. Des. Roberto Benatar; Julgado em 27/01/2009 – Publicação: 06/02/2009).

"HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO COM QUITAÇÃO DE TODOS OS CRÉDITOS TRABALHISTAS. ALCANCE DA PRETENSÃO AO RESSARCIMENTO DOS DANOS SOFRIDOS EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRABALHO FORMULADA EM OUTRA AÇÃO. COISA JULGADA. A decisão de homologação de acordo transita imediatamente em julgado para as partes (parágrafo único do art. 831 da CLT) e a quitação ampla e irrestrita, sem qualquer ressalva, de todas as demais parcelas do extinto contrato de trabalho, alcança a pretensão de ressarcimento dos danos morais e materiais sofridos por ocasião do acidente de trabalho, por se tratar de crédito trabalhista, conforme dispõe a Carta Magna de 1988, desde a sua promulgação, em seu inciso XXVIII do art. 7º. Logo, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada material, a teor do entendimento consubstanciado na OJ n. 132 da SDI-II, do colendo TST." (TRT 23ª Região – RO 00907.2006.071.23.00-4; Rel. Des. Tarcísio Valente; DJE/TRT 23ªR: 224/2007, Publicação: 02.05.2007).

ACÓRDÃO TRT/4ª T./RO 0161900-46.2009.5.08.0125

RECORRENTES: IDENIR GOMES DA SILVA
E AGROPALMA S/A

RECORRIDOS: OS MESMOS E DENPALMA SERVIÇOS LTDA

RELATOR: GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO

ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO. COISA JULGADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Faz coisa julgada entre as partes a homologação de acordo em juízo dando integral, irretratável e irrevogável quitação aos pedidos da inicial e ao extinto contrato de trabalho, nos termos do art. 301, §§ 2º e 3º, do CPC, devendo o feito ser extinto sem resolução do mérito, ex vi do art. 267, V, do mesmo diploma legal.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de prático de processo do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALMEIDA, Isis de. Manual de Direito Processual do Trabalho, 2º volume, 7ª edição, São Paulo: LTr, 1995.
- ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 02.
- BARROS, Alice Monteiro. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012.
- BOMFIM, Calheiros *et al.* Dicionário de Decisões Trabalhistas. 1º semestre de 1995, 25ª edição, Ed. Edições Trabalhistas.
- CAIRO JR. José. Direito Processual do Trabalho. 3ª Ed. Bahia: Editora Podivm, 2010.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. vol. I, São Paulo: Lumen Júris, 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 8ª ed., São Paulo: LTr, 2009.
- DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Edições Jus Podivm, 2011.
- FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KLIPPEL, Bruno. Direito sumular esquematizado – TST. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2012.
- MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. Comentários às orientações jurisprudenciais da SBDI 1 e 2 do TST. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. Comentários à CLT. São Paulo: Atlas, 2012.
- MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomos, II e VI, Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- _____. Tratado de direito privado. Tomo I, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.
- MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 17 ed., São Paulo: Atlas, 2005.

- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NERI JR., Nelson. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 9ª Ed.
- NEVES, Daniel Assumpção e FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Código de processo civil para concursos. Editora Jus Podivm, 2011.
- OLIVEIRA, James Eduardo. Código Civil anotado e comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das Leis do Trabalho. 44ª Ed. São Paulo: LTr, 2012;
- TEPETINO, Gustavo *et al.* Código civil interpretado conforme a Constituição da República. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- VALENTIN, Carrion. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 33ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VELOSO, Zeno. Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda. Belém: UNAMA, 2010, p. 38/39.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. v. 1º. São Paulo: Atlas, 2003.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRAGMATISMO JURÍDICO COMO INSTRUMENTO DE OBSERVAÇÃO DA CONCEPÇÃO PONTEANA DE NORMA JURÍDICA NO CONTEXTO DAS CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS

Márcio Oliveira Rocha¹

SUMÁRIO – 1. Apresentação e delimitação do estudo – 2. O método pragmático na observação do problema versado – 3. Observação pragmática da concepção ponteana de norma jurídica no contexto das cláusulas gerais processuais – 4. Cláusulas gerais processuais e a ausência de métodos pragmáticos de aplicação – 5. Considerações finais – Referências.

Disputas obstinadas em filosofia são mantidas pela própria vida, que se apresenta sob diversos aspectos. [...] Minha palavra definitiva é que a coisa em que você deve apostar seu dinheiro não deveria ser uma doutrina, mas um método. Pois um método vital corrigirá a si próprio e uma doutrina, não. Doutrinas são cristais, métodos são fermentos. (Charles Sanders Peirce)

1. APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO ESTUDO

Primeiramente, cumpre destacar que, segundo Tércio Sampaio, para compreender o direito e os fenômenos decorrentes dele, exige-se do pesquisador jurídico “não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo, é preciso, pois, saber e amar. Pois, só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo, rendendo-se a ele”.²

-
1. Professor de Direito Processual Civil (Faculdade CESMAC do Agreste – Arapiraca/AL; Estácio FAL – Maceió/AL); Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL/FDA; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Advogado e consultor jurídico.
 2. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 21.

Ao que transpassa, amando e rendendo-se a densidade que o mundo do direito proporciona, o ora homenageado, nos deixou um legado de teses e pensamentos jurídicos e não-jurídicos que, em minha singela concepção, nenhum outro homem fê-lo sozinho. Compará-lo a outros juristas é comparar o incomparável. Perfaz, quiçá, comparar Ayrton Senna aos atuais pilotos da fórmula-1, tarefa que muitos tentam desempenhar, mas não conseguem com júbilo.

Assim, pensar³ ou repensar Pontes, perfaz uma maneira de agradecer-lo por ter pensado, com tamanha densidade, neste, ainda tão desconhecido, “mundo jurídico”⁴ que tem por gene: o direito.

Nessa linha, este paper tem por escopo realizar um experimento filosófico-pragmático da concepção de norma jurídica desenvolvida por Pontes de Miranda, com o que a doutrina processual contemporânea⁵ compreende por cláusulas gerais processuais. Destarte, utilizar-se-á aspectos da filosofia pragmática como instrumento de observação da doutrina ponteana quanto à compreensão e aplicação da norma jurídica no contexto das cláusulas gerais processuais.

Como forma de aclarar a hipotética apresentada, cumpre, primeiramente, instituir as diretrizes básicas da filosofia pragmática como método de apreciação de argumentos doutrinários, examinando sua gênese, aplicação e aceitável efetividade na correção de certos conflitos dogmáticos, com o escopo de aperfeiçoar as possíveis consequências práticas e teóricas dos resultados obtidos com a presente experimentação.

2. O MÉTODO PRAGMÁTICO NA OBSERVAÇÃO DO PROBLEMA VERSADO

Primeiramente, é de se ressaltar, por oportuno, que este estudo não tem o escopo de esgotar os aspectos da filosofia pragmática, se é que isso seria possível, uma vez que este movimento epistemológico-filosófico se encontra, desde o século XIX,⁶ em ativa ampliação e discussão, principalmente entre doutrinadores norte-americanos.

3. DIDIER JR, Fredie. Sobre a Teoria Geral do Direito, essa desconhecida. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 34 – “Pensar sobre esse tema é agradecer a quem já pensou sobre ele”.

4. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado das Ações. 2ª Edição. Tomo I – ação, classificação e eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

5. Compreende-se por doutrina processual contemporânea, todas as obras relacionadas ao assunto e indicadas nas referências deste estudo.

Ademais, esta pretensão jamais seria o propósito de um pragmatista, pois este “valoriza a liberdade de investigação, a diversidade dos investigadores e a experimentação”,⁷ de sorte que não se vislumbra no pragmatismo a ideia de pesquisadores descobridores de “verdades” categóricas e inquestionáveis.^{6 7}

Assim, pretende-se desenvolver a filosofia pragmática como método, sob uma perspectiva de conduzir experimentalmente a proposta do estudo, o qual tem como objeto de investigação a concepção da doutrina ponteana quanto à concepção e aplicação da norma jurídica no atual contexto das denominadas cláusulas gerais processuais.

Desse modo, emprega-se o método do pragmatismo como forma de confrontar essa possível atuação demasiadamente formalista da doutrina com a realidade da prática jurídica – no presente caso, com a realidade prática da aplicação da norma jurídica no contexto das cláusulas gerais processuais.

A expressão “demasiadamente formalista” é empregada aqui em face da necessidade premente da doutrina do direito em buscar uma essência jurídica para todos os fenômenos humanos e sociais, preocupação esta, ao nosso entender, não compactuada com os ideais do pragmatismo jurídico, pois a inquietação do pragmatismo é com a utilidade prática dos argumentos como forma de correção dos problemas individuais e sociais, não propriamente com a essência dos fenômenos ou com suas conceituações lógico-jurídicas.⁸ Não que estas conceituações não sejam relevantes, claramente o são, no entanto, somente encontraram utilidade se experimentadas na prática.

Assim, na tentativa de sempre justificar determinados acontecimentos jurídicos, se é que o são essencialmente jurídicos, com conceituações aparentemente lógicas, investiga-se com este estudo se a doutrina processual acaba por não refletir possíveis formas e molduras abstratas, perfazendo um discurso meramente contemplativo, sem observar as

6. PEIRCE, Charles Sanders. Como tornar claras nossas ideias. Trad. António Fidalgo. Disponível em <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em 08.12.12.

7. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 7.

8. DIDIER JR, Fredie. Sobre a Teoria Geral do Direito, essa desconhecida. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

consequências práticas e úteis para a apreciação de casos concretos pelo Judiciário.

Nesse contexto, no campo gnosiológico, como forma de responder a determinadas inquietações, anseios concretos sociais e filosófico-jurídicos, destacam-se as seguintes indagações: Como os magistrados fundamentam seus julgamentos e exteriorizam direitos a partir dos casos concretos que lhes chegam aos seus gabinetes? Há ou não limites na atuação dos magistrados? Que as conceituações ditas lógico-jurídicas e jurídico-positivas estão refletindo na prática? Que diferença concreta e observável isso traz para a apreciação de casos concretos pelo Judiciário?

Em face destas perquirições, o movimento pragmático surge aos poucos como um movimento filosófico que se preocupa com o *pragma*, ou seja, com a ação, tudo em contraponto a uma filosofia meramente contemplativa, com um fim em si mesma, pois esta permanece somente no campo da abstração ou no da pura especulação.

Assim, a filosofia pragmática se mostra “ativa e constitui o instrumento de modificação ou de correção do mundo natural ou humano”,⁹ preocupando-se com a análise das consequências práticas e úteis oriundas das indagações filosóficas em abstrato.

Destarte, pode-se vislumbrar, de forma simples, o pragmatismo como um método de ensinamento filosófico segundo o qual as suas discussões se exteriorizam como instrumentos experimentais de ação, as quais se legitimam e encontram utilidade por confrontar doutrinas essencialistas, no sentido de verificar se estas produzem efeitos pragmáticos/práticos, com o puro escopo de aperfeiçoamento entre teoria e prática.

O interesse do pragmatismo perfaz no que funciona e é útil, não se preocupando, como dito anteriormente, com a própria essência do objeto ou do que se pesquisa. Desta forma, “olha *para a frente* e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro”.¹⁰

Assim, no campo do direito, revelam-se de pouca utilidade as conceituações formais doutrinárias se, na prática, os magistrados ao apreciar os casos concretos, desconsideram tais compreensões construindo

9. ABBGNATO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 449.

10. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 4.

um direito com consequência prática diversa das molduras estabelecidas pela dogmática jurídica e, muitas vezes, até efetivamente contrárias, o que ao nosso entender, acabam gerando diversas compreensões do mesmo fenômeno jurídico.

A guisa de exemplo, sabe-se que o saneamento do processo é, ao nosso entender, uma fase relevante do processo, momento em que o magistrado aprecia possíveis questões processuais, declara apto o processo e estabelece os pontos controvertidos da demanda para o início da fase de instrução e julgamento. No entanto, se este momento ou fase não perfaz a atividade prática do magistrado na condução dos processos, de que vale a doutrina processual produzir teses e teses, desgastando-se em discutir seus fundamentos e efeitos? Qual a utilidade de toda essa discussão se, na prática ou na realidade dos fóruns, os magistrados sequer vislumbram este momento? Não seria a hora, no mínimo, de se investigar se o problema está na teoria ou em uma possível disfunção da grande maioria dos juízes?

Ou seja, será que não está na hora de a doutrina jurídica propor uma releitura do tão mencionado bordão de que “teoria é diferente da prática”. Parafraseando Didier: “será mesmo, meu caro” que a teoria é diferente da prática ou deva ser diferente da prática?

Ressalvada as peculiaridades das ciências exatas e das sociais aplicadas, imagine se na física vigorasse esse bordão, será que viajaríamos de avião? Se um físico renomado anunciasse uma teoria no sentido de que o ar deixaria de possuir massa em determinadas condições climáticas e, conseqüentemente, o avião cairia sempre nestas situações inopinadas e não passíveis de previsão. Desta forma, revela-se imperioso que a teoria se aproxime e muito do que de fato acontece na prática, senão qual o sentido dos grandes doutrinadores, como Pontes, debruçarem-se anos e anos em teorias que não produzem o efeito concreto esperado? Aliás, ao que transpassa dos seus escritos, Pontes de Miranda possuía uma preocupação em aliar essa realidade teórica/prática, porém não podemos titulá-lo como pragmatista por sua teoria possuir um viés essencialista.

Nesse aspecto, a teoria do pragmatismo que interessa como fundamento deste estudo é a empírica, preocupada com os fatos. Assim, deve o pesquisador pragmático “estar bem informado sobre o funcionamento, as propriedades e os efeitos prováveis de diferentes planos de ação”.¹¹

11. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 5.

Porém, guardando um moderado ceticismo, em relação aos realistas jurídicos, diante de afirmações sobre “verdades” definitivas sobre qualquer questão.

Com estas ideias gnosiológicas, o pragmatismo ganhou força como movimento em 1878¹² com o artigo de Charles Sanders Peirce, intitulado *Como tornar claras as nossas idéias*, mencionando que “estaremos completamente salvaguardados desde que tenhamos presente que a função global do pensamento consiste em produzir hábitos de ação”.¹³

Percebe-se, nesta obra, que Peirce não possuía uma vontade de instituir uma filosofia pragmática, mas tão só uma preocupação com a obscuridade e a imprecisão dos textos clássicos filosóficos, por isso ressaltava que as “nossas ideias se apresentavam obscuras ao entendimento, logo era preciso traduzi-las em fatos empíricos para que se tornassem claras”.¹⁴

Todavia, ressalte-se, por oportuno, que não se quer com estas afirmações, descartar ou abominar as “verdades” que não podem ser comprovadas ou experimentadas em concreto. Pois, o pragmatista, ao mesmo tempo que se manifesta contra as “verdades” do “senso comum”, o qual Posner denomina de “quadros de referência”,¹⁵ promulga o ensinamento de manter o debate sempre vivo e possível a novas experimentações e investigações, sem descartar por completo o que se entende por “senso comum”.

Assim, “o quadro de referências no qual certas proposições são tidas como senso comum pode mudar, por vezes rapidamente, como ocorreu nas últimas décadas com certas visões acerca das preferências e capacidade das mulheres”¹⁶ e, em outros casos, pode perdurar um pouco mais.

12. WAAL, Cornelis de. Sobre Pragmatismo. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 13.

13. PEIRCE, Charles Sanders. Como tornar claras nossas ideias. Trad. Antônio Fidalgo. Disponível em <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em 14.12.12, p. 11.

14. FREITAS, Lorena de Melo. Um Diálogo entre Pragmatismo e Direito: Contribuições do Pragmatismo para Discussão da Ideologia na Magistratura. Disponível em <http://www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo/cognitio_estudos/cognitio_estudos.htm>. Acesso em 10.8.11.

15. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 6.

16. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 6.

Destacando Posner ainda que

o pragmatista valoriza a liberdade de investigação, a diversidade dos investigadores e a experimentação. Ademais, vê o cientista não como o descobridor das verdades definitivas sobre o universo (verdades que, uma vez descobertas pelos especialistas, deveriam ser impostas ao resto de nós), mas como um identificador de erros que busca reduzir o conjunto das incertezas humanas ao criar hipóteses invalidáveis e confrontá-las com os dados.¹⁷

Nesse sentido, o pragmatismo perfaz uma teoria que questiona e põe à prova as “verdades” da teoria jurídica. Por isso também pode ser identificado como uma antiteoria e, nesse aspecto, não se revela contraditório ou irracional, como defende Dworkin¹⁸ – um dos principais oponentes dos ideais do pragmatismo –, pois em determinados casos haveriam possibilidades e “razões pragmáticas pelas quais seria bom que os juízes se considerassem moralmente obrigados a seguir a jurisprudência, em vez de livres para fazer um julgamento pragmático toda vez que se viesse diante da questão de segui-la ou não”.¹⁹

Ou, no nosso caso – *Civil Law* –, haveriam possibilidades e razões pragmáticas nas quais seria melhor que o magistrado seguisse a literalidade do texto normativo e aplicar somente a técnica da subsunção para resolução do caso objeto da lide, em vez que utilizar a ponderação, seja de princípios ou de regras como defende Humberto Ávila.²⁰

Nessa linha, Oliver Holmes²¹ menciona que em face do interesse público de livre concorrência – para o nosso estudo, podendo ser supostamente encarado como uma cláusula geral –, um homem tem a liberdade de criar um negócio que ele sabe que vai arruinar a sua vizinhança ou seus concorrentes e, um magistrado, ao analisar este caso, poderia fundamentar sua decisão nesse tipo de texto normativo abstrato e vago, chancelando tal situação. Obviamente, evidencia-se que tais julgamentos

-
17. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 7.
 18. DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
 19. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 12.
 20. ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.
 21. HOLMES JR, Oliver Wendell. The Fundamental Holmes – A Free Speech Chronicle and Reader. Edited by Ronald K. L. Collins. Cambridge University Press, 2010, p. 145.

de relativa importância podem variar em diferentes épocas e lugares, ao passo que mesmo representando um “senso comum” de uma época pode vir a ser questionado e modificado futuramente.

Assim sendo, o pragmatismo primeiramente preocupa-se com a coerência e a clareza das indagações filosóficas em abstrato ante os fenômenos empíricos exteriorizados na vida real. Destacando-se, em geral, por observar o objeto a ser estudado de forma empírica, experimental, cética e como instrumento de constante construção. E, depois, com as consequências efetivas dos testes realizados, possui como finalidade corrigir equívocos e aperfeiçoar o máximo possível a teoria, mantendo sempre acesso o discurso.

Assim, o pragmatista compartilha do ceticismo do positivista lógico “em relação a proposições que não possam ser testadas pela observação, proposições que vão das máximas do senso comum às alegações metafísicas e teológicas”.²² No entanto, não descarta totalmente as proposições que não possam ser comprovadas empiricamente.

Contudo, embora possua afinidades, o pragmatismo não é positivismo lógico, pois para este “todas as proposições cabem em uma destas três categorias: tautológicas, empiricamente verificáveis ou sem sentido”. Já para os pragmatistas, “esta é uma epistemologia simplista demais, pois não deixa espaço para as proposições tautológicas que não podem ser verificadas”.²³

Destaque-se que, após a Segunda Guerra Mundial, o pragmatismo e o realismo jurídico, o qual, ao nosso entender, inteira uma vertente do pragmatismo, enfraqueceram bastante ao ponto de se falar até na “morte” do pragmatismo, principalmente com o surgimento do positivismo lógico e “pela escola processual, que alcança seu apogeu em 1958, com *The Legal Process* – o processo legal –, de Hart e Sacks”. Depois, com o enfraquecimento das ideias do positivismo lógico, o pragmatismo ressurgiu com Richard Rorty.²⁴

Acompanhando esse ressurgimento do pragmatismo, surge o movimento dos estudos jurídicos críticos ou estudos críticos do direito

22. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 9.

23. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 9.

24. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 411.

– *Critical Legal Studies* (CLS) –, o qual perfaz uma versão mais radical do realismo jurídico, baseando-se em criticar “a ideia instituída de que o Direito é alheio à política e que os juristas mais não são do que meros fiéis aplicadores da decisão correcta – a decisão que seria correcta de *per se*, a solução neutral, que não implicaria uma escolha ideológica por parte do jurista”.²⁵

Atualmente fala-se em uma nova versão do pragmatismo ou, seguindo a onda do “neo”, o *neopragmatismo*. No entanto, não identificamos nada de diferente entre o novo pragmatismo e o pragmatismo clássico ou antigo, uma vez que ambos se apresentam “como uma rejeição cada vez mais enfática dos dualismos do Iluminismo, tais como: sujeito e objeto, mente e corpo, percepção e realidade, forma e substância”.²⁶

No entanto, os pragmatistas da atualidade não se consideram inimigos por completo do Iluminismo, pois “a importância do pragmatismo em relação ao Iluminismo está em desmascarar e desafiar os vestígios platônicos, tradicionalistas e teológicos do pensamento iluminista”.²⁷

Pregadores desse pensamento filosófico, os saudosos magistrados da Suprema Corte norte-americana, Oliver Wendell Holmes²⁸ e Benjamin Cardozo,²⁹ em seus escritos *The Path of the Law* – As veredas do direito – e *The Nature of the Judicial Process* – A Natureza do Processo Judicial –, respectivamente, contribuíram para a filosofia pragmática dando um enfoque jurídico, observando de que maneira os juízes se comportam ou poderiam se comportar nos casos levados aos Órgãos do Judiciário, bem como de que forma os magistrados fundamentam e constroem suas decisões.

Desta forma, ressalte-se que as proposições filosóficas estabelecidas por estes dois juízes norte-americanos associam-se ao objeto do estudo,

25. MARTINHO, Helena Gaspar. Indeterminação do Direito e Ativismo Judicial. In: Teoria da Argumentação e Neo-constitucionalismo: um conjunto de perspectivas. Prólogo de Manuel Atienza. Coimbra: Almedina, 2011, p. 58.

26. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 411.

27. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 417.

28. HOLMES JR, Oliver Wendell. The Path of the Law. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copy-righted by O. W. Holmes, 1897. Harvard Law Review, Vol. X, 457.

29. CARDOZO, Benjamin N. A Natureza do Processo Judicial. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

pois ao analisarem a atuação dos magistrados quanto à criação do direito, perspectiva em que, na discussão da concepção de norma jurídica no contexto das cláusulas gerais processuais, o que pragmaticamente perfaz uma criação do direito pelos magistrados, reforça a finalidade de experimentar estes aspectos da doutrina ponteana na aplicação prática destes textos normativos.

Assim, utilizando como instrumento estas inquietações do pragmatismo, tem-se o propósito de suscitar possíveis questionamentos e correções de certos conflitos dogmáticos clássicos ou, pelo menos, uma possibilidade de um novo olhar para o tema.

3. OBSERVAÇÃO PRAGMÁTICA DA CONCEPÇÃO PONTEANA DE NORMA JURÍDICA NO CONTEXTO DAS CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS

Quiçá, prevendo determinadas consequências práticas de interpretações e criações jurídicas do Judiciário contemporâneo, Pontes de Miranda, de ideais positivistas, refutando esse tipo de atuação, utiliza algumas vezes a expressão norma jurídica no sentido de texto prescritivo (= regra jurídica) emanado pela autoridade competente, escrito ou não-escrito, que se acha disposto no ordenamento jurídico.³⁰ Desta forma, ao que parece, a preocupação de Pontes não era em teorizar o estudo da norma jurídica, mas sim do fato social juridicizado (= o fato jurídico).

Assim, com base nessa perspectiva, institui a estrutura lógica da norma jurídica estabelecendo o seguinte enunciado silogístico: “se SF então deve ser P, em que a hipótese (=antecedente) é representada pelo suporte fáctico (SF) e a tese (=conseqüente) pelo preceito (P)”.³¹

O seu suporte fático, que nada mais representa do que os fatos, eventos ou condutas os quais foram considerados relevantes para o direito, sendo assim valorados e positivados, “somente depois que se concretizem (=ocorram) no mundo os seus elementos é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, poder-se-á falar em conceitos

30. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo I e II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

31. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 32.

jurídicos”.³² E, no preceito, se operam as consequências jurídicas advindas com a possível juridicização do suporte fático.

Com a vinda ao mundo jurídico, o fato que somente estava previsto abstratamente na norma jurídica, transforma-se em fato jurídico que, por via de consequência, produz efeitos jurídicos, os quais estabelecem as relações jurídicas, “constituída por direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções e outras categorias eficaciais.”³³

Muito embora esta renomada doutrina³⁴ repudie a afirmação de que os magistrados ao analisarem um caso concreto criam a norma jurídica e o direito para as partes envolvidas, argumentando que não haveria possibilidade de “juízes legisladores”, mas sim de magistrados que no exercício do seu mister verificam somente a ocorrência ou não da “incidência automática” do texto normativo aos casos concretos, acredita-se que, atualmente, não há tanta discordância quanto a essa assertiva, principalmente nos casos difíceis – *hard cases* – para os norte-americanos, nos quais há a necessidade de uma maior energia hermenêutico-criativa dos magistrados para a produção de suas decisões.

Em réplica a essa compreensão ponteana, toma-se por base o pensamento de Benjamin Cardozo, em uma visão pragmática, no sentido de que os magistrados possuem um âmbito de atuação que se alinhava em um ponto comum com a atuação dos legisladores. “Com efeito, cada qual está legislando dentro dos limites de sua competência. Não há dúvida de que os limites para o juiz são mais estreitos. Ele legisla apenas entre as lacunas. Ele preenche as brechas da lei”.³⁵

Talvez, por esse motivo, Oliver Holmes refere-se à construção do direito como “as profecias do que de fato farão os tribunais”,³⁶ o que na prática se constata com os recentes julgamentos dos Órgãos Colegiados

32. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 43.

33. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

34. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo I e II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

35. CARDOZO, Benjamin N. A Natureza do Processo Judicial. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 83.

36. HOLMES JR, Oliver Wendell. The Path of the Law. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copy-righted by O. W. Holmes, 1897. Harvard Law Review, Vol. X, 457.

do Poder Judiciário brasileiro.³⁷ Contudo, a assertiva de Holmes não significa que os magistrados podem fazer tudo, empregando um juízo de exercício de construção do direito de maneira ilimitada e sem critérios definidos, mas sim da possibilidade que os magistrados têm de construir o direito a partir de suas decisões nos casos em concreto.

Refletindo o pensamento de Holmes, Richard Posner, de maneira mais incisiva, destaca que, “na verdade, falar em ‘empregar discricionariedade’ talvez seja muita pretensão. Os juízes alteram regras, ponto final. Ao fim e ao cabo, o direito é aquilo que os juízes fazem com os casos que lhes caem em mãos”.³⁸ Realidade esta que se verifica facilmente com uma simples visita ao arcabouço de precedentes dos Tribunais Superiores.

Ressalte-se, ainda, que não se pretende com tais consignações defender uma possível tese de insegurança jurídica com a possibilidade de implementação de uma “juristocracia” ou “ditadura do Judiciário”,³⁹ como normalmente se faz quando se fala em construção do direito, da norma ou de uma possível atuação mais ativa do Judiciário (=ativismo judicial). Mas, em analisar pragmaticamente a posição de que os magistrados ao “resolverem” os conflitos de interesses nos casos concretos, principalmente nos casos difíceis – que pode envolver a aplicação de uma cláusula geral –, possuem um “poder-dever” de estabelecer o direito das partes envolvidas ou de interessados, seja aplicando, modificando ou criando propriamente as normas jurídicas para os casos concretos.

Diz-se “poder-dever” em face de o Poder Judiciário possuir como mister a função de resolver os conflitos de interesses nos casos concretos – poder jurisdicional –, bem como a obrigatoriedade de decidir – dever jurisdicional –, de proferir um provimento de mérito da questão levada ao seu conhecimento, devido à aplicação da proibição do *non liquet*, pois “a proibição justiniana de qualquer comentário sobre o produto de seus codificadores só é lembrada por sua futilidade”,⁴⁰ ou seja, não perdura

37. Cito a guisa de exemplo: (ADPF n.º 54, que reconheceu, por maioria de votos, o direito da interrupção da gravidez de feto anencéfalo; ADI n.º 4277 e ADPF n.º 132, que reconheceram, a unanimidade de votos, a união homoafetiva).

38. POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 30.

39. ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional: Sobre Tolerância, Direitos Humanos e outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194.

40. CARDOZO, Benjamin N. *A Natureza do Processo Judicial*. Trad. Silvana Vieira. Revisão

desde de um bom tempo a figura do juiz como um simples *bouche de la loi* – boca da lei.

Assim, tendo como fundamento o pensamento filosófico pragmático, o qual expressa a ideia de que as especulações abstratas gnosiológicas devem se voltar à ação, ensejando por sua vez consequências práticas, sem as quais seriam inúteis as discussões cognitivas filosóficas, constata-se pragmaticamente que os magistrados criam as normas jurídicas nos casos concretos e, conseqüentemente, criam o direito para as partes envolvidas.

De sorte que, em determinadas questões, “a norma da Constituição ou da lei escrita é clara, e então as dificuldades desaparecem. Ainda quando estão presentes, carecem às vezes daquele elemento de mistério que acompanha a energia criativa”⁴¹ dos juristas.

Mesmo no sistema *Civil Law*, como, a princípio, “era” o caso do sistema jurídico brasileiro, no qual “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”.⁴²

Alude-se “era”, tendo em vista o atual desempenho dos magistrados singulares que, na maioria das vezes, possuem como fundamento primário – fonte primária – de suas decisões os precedentes dos Tribunais Superiores, em vez dos textos legais como promulga o sistema *Civil Law*.⁴³

Nesse contexto, ao se falar em criação do direito, deve-se uma atenção às compreensões de Herbert Hart, que, em que pese positivista, em moderada parte se relaciona com as assertivas de Oliver Holmes.

Hart afirma que nos casos difíceis – *hard cases* – “não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito”.⁴⁴

técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 8.

41. CARDOZO, Benjamin N. A Natureza do Processo Judicial. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 8.

42. DAVID, René. Trad. Hermínio A. Carvalho. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 150.

43. ATAÍDE JR, Jadelmiro Rodrigues de. Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Lisboa: Editorial Juruá, 2012.

44. HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. 3ª ed. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 335.

Ademais, ressalte-se que mesmo com base no entendimento de Dworkin,⁴⁵ ferrenho crítico do pragmatismo, no qual o magistrado não cria o direito, mas apenas o interpreta de acordo com princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico, os quais fecham as lacunas existentes no ordenamento.

Constata-se pragmaticamente, extraíndo-se as ideias da hermenêutica filosófica, que o próprio ato de interpretar, um mínimo que seja, induz uma criação, pois toda compreensão se dá em um momento que Gadamer⁴⁶ tipifica como “situação hermenêutica” que parte de uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia das coisas que estão à volta do sujeito do conhecimento.

Disso resulta que toda compreensão parte de uma pré-compreensão que, na verdade, revela-se na expressão daquilo que se é enquanto individualidade subjetiva concreta, ou seja, criador de situações fáticas ou jurídicas e de compreensões fáticas ou jurídicas.

Uma compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas. É isso o que Heidegger quer dizer quando exige que se ‘assegure’ o tema científico na elaboração de posição prévia, visão prévia e concepção prévia, a partir das coisas, elas mesmas. A questão portanto não está em assegurar-se ante a tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado tudo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição.⁴⁷

Nesse sentido, Adrualdo Catão destaca que não compete ao intérprete buscar uma forma única de exegese correta, “mas sim a que, diante das circunstâncias, será considerada pelo intérprete como a mais adequada para aquela situação histórica. Assim é que os textos normativos não contêm ‘em si’ o sentido correto para sua aplicação”.⁴⁸

45. DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípio. Trad. Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios e revisão da tradução Silvana Vieira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

46. GADAMER, Hans-Georg. Trad. Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 359.

47. GADAMER, Hans-Georg. Trad. Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 359.

Desta forma, mesmo que Dworkin⁴⁹ defenda que o direito é mais uma questão de interpretação do que de criação, em uma visão pragmática, constata-se que o próprio ato de interpretar perfaz uma criação do sujeito intérprete em face do objeto a ser conhecido e interpretado, que no nosso caso seria o direito, fato este que leva à conclusão de que realmente os magistrados criam os direitos dos casos concretos seja aplicando, interpretando ou constituindo relações jurídicas concretas.

Ademais, saliente-se que mesmo no positivismo kelseniano, pode-se averiguar que há uma margem indeterminada de criação do direito, inclusive assumida pelo próprio Kelsen ao instruir que “todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica, quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado”.⁵⁰ Assim, mesmo com a lógica da moldura estabelecida pelo texto normativo, vislumbra-se uma margem de livre apreciação do direito por parte do intérprete e aplicador da norma.

Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.⁵¹

Destarte, partindo destas observações, pode-se arrematar que, em uma visão pragmática, os magistrados ao apreciarem os casos concretos observam não só uma possível “incidência infalível”⁵² das regras jurídicas, como também produzem as normas jurídicas e os próprios direitos das partes envolvidas no contexto processual.

Nessa perspectiva, como forma de reforçar este poder criativo dos magistrados de produzirem as normas do caso concreto,⁵³ seja adequando

48. CATÃO, Adualdo de Lima. *Decisão Jurídica e Racionalidade*. Maceió: Edufal, 2007, p. 40.

49. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios e revisão da tradução Silvana Vieira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

50. KELSEN, Hans. Trad. João Batista Machado. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 388-389.

51. KELSEN, Hans. Trad. João Batista Machado. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 388.

52. MELLO, Marcos Bernardes de. *Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas*: Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas. Vol. II, n.º 3, dez. (2006 – 2008). Maceió: Edufal, 2008, p. 97.

53. “É indiscutível que um sistema de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional. O órgão julgador é convocado a participar ainda mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos”. DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 59.

ou sistematizando o ordenamento jurídico posto, surge, no direito civil alemão,⁵⁴ o instrumento legislativo denominado de cláusula geral.

Destaque-se que, em nosso país, “as cláusulas gerais começaram a ser adotadas em 1990 com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), tendo sido bastante implementadas nos últimos anos, principalmente, com o advento do Código Civil de 2002, que foi inspirado numa ideia de sistema aberto e móvel e não mais naquela noção de código bastante em si, fechado, e com pretensões de resolver todos os problemas a partir do conteúdo de seus artigos”.⁵⁵

Nesse ponto, a cláusula geral constitui um procedimento legislativo que permiti “o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas”.⁵⁶

Assim, tendo por base a estrutura lógico-normativa da doutrina ponteana,⁵⁷ a cláusula geral pode ser compreendida como um texto normativo (=regra jurídica) que tem uma hipótese (=antecedente) vaga, representada pelo seu suporte fático, e a tese (=consequente), representada por um preceito indeterminado.⁵⁸ Tem-se como exemplo, no nosso ordenamento jurídico privado, a boa-fé, a função social da propriedade, a função social do contrato etc. No direito processual, pode-se destacar como cláusulas gerais processuais, a cláusula geral executiva (art. 461, § 5º, do CPC), o poder geral de cautela (art. 798 do CPC), a cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, II, do CPC) etc.⁵⁹

54. “O mais célebre exemplo de cláusula geral, paradigmático, até, pela constância com que é lembrado e pela relevantíssima função que, desde o início deste século, tem cumprido, é o § 242 do Código Civil alemão, assim redigido: § 242: ‘O devedor deve [está adstrito a] cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego jurídico’”. MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª Ed. – 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 287.

55. ATAÍDE JR, Jadelmiro Rodrigues de. Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Lisboa: Editorial Juruá, 2012, p. 55.

56. MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª Ed. – 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 274.

57. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

58. DIDIER JR, Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 56.

59. DIDIER JR, Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 68-69.

Contudo, ao que parece, a maior problemática não seja, talvez, adotar uma compreensão sobre o que consiste a cláusula geral de direito privado ou processual, estabelecendo uma possível distinção dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados.⁶⁰ Mas, por seu grau de abstração, a questão cerne que se apresenta é adequar as compreensões teóricas à realidade de aplicação prática na construção das decisões judiciais, o que se pretende realizar no tópico seguinte.

Nessa parte, acredita-se que o pragmatismo jurídico, como método de observação de questões teóricas e práticas, poderá contribuir ou, no mínimo, fomentar o discurso para novos horizontes, no sentido de vislumbrar uma construção do direito preocupada com as consequências práticas e úteis das indagações filosóficas em abstrato. E, ao que parece, a doutrina processual contemporânea já vem trilhando esse caminho de verificar questões teóricas que auxiliam na prática.⁶¹

4. CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS E A AUSÊNCIA DE MÉTODOS PRAGMÁTICOS DE APLICAÇÃO

Ao que transpassa, no desenvolver das teorias de interpretação e aplicação das cláusulas gerais, a doutrina possui uma preocupação maior com a essência do objeto (=cláusula geral) e não propriamente com o fio que conduz (=interpretação) à construção prática do que se propõe o objeto. E, talvez por isso, cometa algumas imprecisões semânticas.

A missanga, todos a vêem.

Ninguém nota o fio que, em colar vistoso, vai compondo as missangas.

Também assim é a voz do poeta: um fio de silêncio costurando o tempo.⁶²

60. Quanto ao assunto existe grande celeuma na doutrina, no entanto, grande parte dos pesquisadores tem como conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais como espécies do gênero “conceito vago”. Em uma visão pragmática acredita-se que não haveria distinções, pois a própria doutrina que realiza tal distinção dá como exemplo para os dois fenômenos a boa-fé, a função social da propriedade e função social do contrato, revelando-se de pouca utilidade prática tal distinção. MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª Ed. – 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

61. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da Ação de Direito Material. Salvador: Juspodivm, 2008. – NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER JR, Fredie. Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. Salvador: Juspodivm, 2011. – CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012.

62. COUTO, Mia. O fio das missangas: contos. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

Assim, a doutrina⁶³ assevera que para a interpretação e aplicação das cláusulas gerais, em face de sua abstração, a forma mais apropriada seria a concreção (=concretização) no lugar da subsunção. Conduto, reconhece Didier que o método da concretização “ainda necessita de um contínuo aprimoramento teórico, exige a observância dos precedentes judiciais, da finalidade concreta na norma; da pré-compreensão, da valoração judicial dos resultados da decisão e do consenso como fundamento parcial da decisão”.⁶⁴

Desta forma, constata-se que além da abstração que as cláusulas gerais provocam, aproximando o nosso sistema ao *common law*,⁶⁵ há uma abstração nas formas ou “métodos” com que elas são interpretadas e aplicadas, seja pelo excesso de teorias essencialistas ou pela “ingenuidade” dos magistrados.

Indaga-se: como observar os precedentes, se a construção destes se mostra uma verdadeira fábrica de direitos, inclusive antagônicos? Talvez, por isso, que um magistrado atualmente ao fundamentar sua decisão, para conceder uma simples vista dos autos a uma das partes, possa utilizar ou a cláusula geral do devido processo legal ou o contraditório substancial ou a boa-fé processual ou a cooperação processual ou todos de uma só vez, como fez o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 201.819/RJ – DJ 11.10.2005, entendendo que viola o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa a exclusão de sócio de sociedade civil por não ter o sócio exercido as garantias constitucionais referidas. Ressalte-se que não é que se considere este julgamento equivocado, utiliza-se este julgado apenas para destacar o que vem se afirmando.

Assim, o que os ministros fizeram no ato de fundamentação da decisão? Ponderaram os princípios? Ponderaram as regras constitucionais? Utilizaram a subsunção? Observaram a “incidência infalível” da regra jurídica? Ou simplesmente visualizaram as consequências práticas do caso e adequaram as teorias existentes?

63. MENKE, Fabiano. A interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Porto Alegre in Revista AJURIS n.º 103, 2006, p. 69-94.

64. DIDIER JR, Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 67.

65. ATAÍDE JR, Jadelmiro Rodrigues de. Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Lisboa: Editorial Juruá, 2012, p. 58.

Talvez, por isso, justifique-se a preocupação da comissão da Câmara dos Deputados, com a especificação analítica dos fundamentos jurídicos das decisões, sentenças e acórdãos (art. 500, §1º, do projeto do novo Código de Processo Civil – Versão da Câmara).⁶⁶

Um magistrado pragmatista orienta as suas decisões por suas consequências práticas, ou seja, ao apreciar o caso concreto um juiz pragmático se perguntará, das possibilidades jurídicas, “qual das resoluções possíveis tem as melhores consequências, considerando-se tudo aquilo que é ou deveria ser do interesse dos juristas, incluindo-se a importância de preservar a linguagem como meio de comunicação eficaz e de preservar a separação dos poderes”.⁶⁷

Desta forma, um pragmatista, sem cair em contradição, poderia dizer que os juízes poderiam ser conservadores, em vez de ativistas. De sorte que “se houver boas razões para romper com o passado em prol do presente e do futuro, um juiz não deve hesitar em fazê-lo, da mesma forma que as ciências, uma vez amadurecidas, não hesitam em esquecer seu fundador”.⁶⁸

Ademais, ressalte-se que doutrina afirma que “a subsunção pode ser vista como um encaixe entre conceitos. O Direito é aplicado exclusivamente por meio da lógica. Trata-se do tradicional argumento, composto

66. Art. 500 São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.

§ 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

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

V – se limita 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.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.

67. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 422-423.

68. POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 12.

por três vertentes: premissa maior, a premissa menor e a conclusão, donde, a partir da confrontação entre a premissa maior (tipo legal) e a premissa menor (os fatos postos no caso concreto), chega-se à conclusão, à consequência legal para a hipótese fática vertente”.⁶⁹ Concluindo, que esta forma de aplicação das regras jurídicas não se adequa à dinâmica das cláusulas gerais.

A mesma doutrina, destacando a importância dos precedentes judiciais, associa-se a teoria alemã do “método de grupo de casos” (*Fallgruppenmethode*), considerando esta como uma forma adequada de concreção (=concretização) das cláusulas gerais, mencionando que “por meio dele, compara-se o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados por determinada norma. Caso haja identidade fático-normativa entre os casos, será possível agregar o novo caso ao grupo já consolidado, e no que toca à sua fundamentação, bastará a indicação de que pertence ao grupo”.⁷⁰ Ao que parece, esta forma assemelha-se aos julgamentos por lista dos nossos Tribunais Superiores.

Pois bem, se na concreção (=concretização) “o direito passa a ser construído *a posteriori*, em uma mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstratamente e aprioristicamente”,⁷¹ indaga-se: a teoria do “método do grupo de casos” seria mesmo uma forma de concreção (=concretização)?

Façamos uma observação pragmática.

Se já existe uma norma concreta produzida com o julgamento dos casos (=precedentes) e, ao comparar esta norma concreta com o novo caso, constata-se que ela se enquadra como solução deste novo caso, isso não seria subsunção ou mesmo “incidência infalível”? Ou seja, não seria um “encaixe de conceitos”, com o confronto da premissa maior (precedentes) e da premissa menor (novo caso), chegando-se à conclusão, à consequência normativa para a hipótese fática vertente (identidade fático-normativa). Isso não seria uma maneira de subsumir? O que se

69. MENKE, Fabiano. A interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Porto Alegre in Revista AJURIS n.º 103, 2006, p. 78.

70. MENKE, Fabiano. A interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Porto Alegre in Revista AJURIS n.º 103, 2006, p. 81.

71. DIDIER JR, Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 60.

constrói *a posteriori*, casos já construídos? Será que existem tantos casos fielmente idênticos que justifique esse agrupamento? Nessa perspectiva, será que cada caso é um caso?

Pode-se arrematar, em uma observação pragmática, que a teoria se preocupa tanto com a essência dos fenômenos que acaba por cometer algumas imprecisões teóricas e que, talvez, possam ser aperfeiçoadas com a observação das consequências prática dos casos.

Desta forma, por possuir uma característica antiessencialista, o pragmatismo jurídico não admite que as “verdades” científicas ou do senso comum sejam taxativamente e exclusivamente pré-estabelecidas como conceitos dogmáticos e princípios valorativos intangíveis, sem a possibilidade de novas experimentações.

Portanto, o pragmatista possui “um pensamento aberto, sempre sujeito à verificação. Não se trata de um pensamento fechado, condicionado à subsunção do fato concreto a uma verdade anteriormente dada”,⁷² mas sim, devidamente verificada e construída com a intenção de aperfeiçoar cada vez mais o conhecimento científico.

Ademais, “o pragmatista crê no progresso através da ação humana calculada”, e essa questão está ligada ao próprio “caráter instrumental do pragmatismo, que é uma filosofia da ação e do aperfeiçoamento, embora isso não signifique que o juiz pragmatista seja necessariamente um ativista”,⁷³ ou um *neoprocessualista*.

Por fim, se os ideais do pragmatismo jurídico não servirem de instrumento de observação e orientação dos magistrados para a interpretação e aplicação das cláusulas gerais, pelo menos, servirá para identificar possíveis incoerências teóricas que a doutrina processual terá de enfrentar e aperfeiçoar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme estabelecido na apresentação do tema proposto, este paper teve como escopo realizar um experimento filosófico-pragmático da

72. VALLE, Vanice Regina Lírrio do (org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 110.

73. POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 5.

concepção de norma jurídica desenvolvida por Pontes de Miranda em contraponto ao que a doutrina processual contemporânea compreende por cláusulas gerais processuais, utilizando a filosofia pragmática como instrumento de observação da doutrina ponteana quanto à compreensão e aplicação da norma jurídica no contexto das cláusulas gerais processuais.

Desta forma, este estudo demonstrou que há efetivamente uma necessidade de correlação entre os conteúdos teóricos quanto à interpretação e aplicação das cláusulas gerais com a prática observada, sob pena de se construir teorias que não ultrapassam do plano da abstração.

Por fim, de igual forma, vislumbra-se que este estudo atendeu ao seu principal objetivo, o de realizar uma experiência científica de contrapor a teoria processual à prática, com o escopo de tentar ponderar questões para um possível aperfeiçoamento da interpretação e aplicação das cláusulas gerais, com a possibilidade de orientar a aplicação do direito por parte dos magistrados, tendo como método a observação das consequências práticas e úteis dos provimentos judiciais ou, no mínimo, promover um novo olhar sobre o tema.

REFERÊNCIAS

- ABBGNATO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional: Sobre Tolerância, Direitos Humanos e outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ATAÍDE JR, Jadelmiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Lisboa: Editorial Juruá, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Generale Del Diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.
- _____. trad. Márcio Pugliesi. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.
- CATÃO, Adualdo de Lima. **Decisão Jurídica e Racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007.
- CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- COUTO, Mia. **O fio das missangas: contos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil**: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012.
- DAVID, René. Trad. Hermínio A. Carvalho. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- _____. **Sobre a Teoria Geral do Direito, essa desconhecida**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios e revisão da tradução Silvana Vieira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2º Ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GADAMER, Hans-Georg. Trad. Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. **Verdade e Método I** – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.
- HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Trad. Armino Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Fundamental Holmes – A Free Speech Chronicle and Reader**. Edited by Ronald K. L. Collins. Cambridge University Press, 2010.
- _____. **The Path of the Law**. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copy-righted by O. W. Holmes, 1897. Harvard Law Review, Vol. X, 457.
- KELSEN, Hans. trad. João Batista Machado. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MARTINHO, Helena Gaspar. **Indeterminação do Direito e Ativismo Judicial**. In: Teoria da Argumentação e Neo-constitucionalismo: um conjunto de perspectivas. Prólogo de Manuel Atienza. Coimbra: Almedina, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª Ed. – 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas**: Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas. Vol. II, n.º 3, dez. (2006 – 2008). Maceió: Edufal, 2008.

MENKE, Fabiano. **A interpretação das Cláusulas Gerais**: a subsunção e a concreção dos conceitos. Porto Alegre *in* Revista AJURIS n.º 103, 2006.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____.;DIDIER JR, Fredie. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I e II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____.**Tratado das Ações**. 2ª Edição. Tomo I – ação, classificação e eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____.**Problemas de Filosofia do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lúrio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

CONDIÇÕES DA AÇÃO: QUESTÕES DE MÉRITO OU NÃO MÉRITO?

Marcos Bernardes De Mello¹

SUMÁRIO – 1. Delimitação temática – 2. Noções fundamentais: 2.1. Considerações preliminares; 2.2. Breve descrição do fenômeno jurídico; 2.3. Os planos do mundo jurídico; 2.4. Breves noções sobre eficácia jurídica: 2.4.1. Preliminares; 2.4.2. A relação jurídica de direito material e seu conteúdo. 2.5. Conclusões preliminares – 3. A segunda acepção em que é empregada a palavra ação (direito à tutela jurisdicional ou, impropriamente, “direito de ação”): 3.1. Conceito de pretensão à tutela jurídica; 3.2. O caráter de direito fundamental da pretensão à tutela jurídica (“direito de ação”); 3.3. Os pressupostos de exercício da pretensão à tutela jurídica; 3.4. Conclusões preliminares sobre a pretensão à tutela jurídica – 4. A terceira acepção em que é empregada a palavra ação – 5. Crítica ao art. 267, inciso VI do CPC: 5.1. A impropriedade da expressão “condições da ação”; 5.2. Impropriedade quanto ao conteúdo do art. 267, VI, do CPC: 5.2.1. Observação preliminar; 5.2.2. Conceito de mérito da causa; 5.2.3. Da possibilidade jurídica; 5.2.4. Da “legitimatio ad causam” – 6. Conclusão – Bibliografia

1. DELIMITAÇÃO TEMÁTICA

O Código de Processo Civil Brasileiro (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973), dispõe que o processo se extingue, *sem resolução de mérito*, dentre outros motivos, *quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual* (art. 267, VI).

Essa disposição provoca de logo uma série de indagações, como motiva sérios equívocos e maiores controvérsias, em razão das divergências doutrinárias que o assunto encerra.

Já no Código de Processo Civil anterior (Decreto-lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939), a referência à legitimidade das partes e ao

1. PhD pela PUC/SP. MCs pela Faculdade de Direito do Recife. Professor Emérito da Universidade Federal de Alagoas. Professor de Teoria Geral do Direito do Curso de Mestrado Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL). Membro do IAB. Membro da Academia, Alagoana de Letras. Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Alagoas.

interesse (ali dito legítimo interesse econômico ou moral) dentre as matérias a serem decididas no despacho saneador (art., 294, I e III, com a redação dada pelo Decreto-lei nº4.565/42), gerou discussões brilhantíssimas, sem que se tivesse, entretanto, chegado a um entendimento sobre a natureza daquela legitimidade (seria *ad causam* ou *ad processum*?), e da decisão (seria de mérito ou de não mérito?).

No caso do CPC atual, no entanto, o problema parece mais complexo, por que:

- a) tratou a legitimidade, a possibilidade jurídica e o interesse, dentre aquilo que denominou, com bastante impropriedade, *condições da ação*, definindo todos como questões de não mérito, de modo que permite ao autor intentar novamente a mesma ação, com a única exigência de que sejam pagos ou depositados os honorários advocatícios e as custas do processo anterior (art. 268, *caput*);
- b) no inciso IV do mesmo artigo 267, considera também causa de extinção do processo, sem apreciação do mérito, *a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo*, onde parece estar incluída a legitimidade *ad processum*.

Como se vê, com ênfase quanto à legitimidade, se o Código quis referir-se à *legitimatío ad causam*, assumiu o legislador uma posição, a nosso ver, equivocada, por duas razões, a saber:

- a) primeira, catalogou-a, juntamente com as outras duas espécies como "condições da ação", quando são, em verdade, pressupostos de exercício da pretensão à tutela jurídica (impropriamente chamada "direito de ação");
- b) segunda, as decisões sobre essas matérias constituem, sem dúvida, um julgamento do próprio mérito da causa, conforme se procurará demonstrar.

Logo que publicado o CPC de 1973, publicamos um ensaio intitulado *Sobre a natureza jurídica da legitimidade ad causam* (Maceió: Imprensa Oficial, 2013), no qual demonstrávamos ser de mérito a decisão sobre essa matéria. Poderia, portanto, parecer caduca a discussão.

Essa questão, no entanto, permanece viva e interessante, considerando-se que o Anteprojeto de novo CPC em tramitação no Congresso Nacional, em seu art. 467, incisos IV e VI, reproduz, *ipsis litteris*, as

disposições dos incisos IV e VI do art. 267 do CPC atual, sendo que no § 3º introduz norma que permite ao juiz apreciar de ofício a questão da ilegitimidade das partes e do interesse processual. Volta o legislador a incidir no equívoco. É necessário, por isso, alertá-lo enquanto é tempo para evitá-lo, porque *errar é humano, mas perseverar no erro é diabólico*.

2. NOÇÕES FUNDAMENTAIS

2.1. Considerações preliminares

Até quando A. Wach, conforme veremos adiante, propôs o uso da expressão *Rechtsschutzanspruch* (pretensão à tutela jurídica) para nomear o direito atribuído às pessoas de invocar a proteção jurisdicional, a palavra *ação* (*actio*) era a única empregada indistintamente para designar os direitos e os instrumentos postos à disposição das pessoas para resolverem suas questões em juízo.

Mesmo após os estudos de A. Wach e dos processualistas alemães do Século XIX, que mostraram as diferenças entre as várias espécies processuais, o vocábulo *ação* continuou a ser usado com bastante ambiguidade por grande parte dos doutrinadores do direito processual de línguas latinas, por força da tradição que nos veio do Direito Romano² e da qual ainda não nos conseguimos desvencilhar. Por isso, a vemos empregada para designar, indiscriminadamente, institutos que, em essência, guardam profundas diferenças, dando ensejo a equívocos e desacordos, como anota o já citado Redenti³.

Três são os sentidos principais em que o vocábulo *ação* é empregado e que interessam diretamente a este estudo:

- a) *ação*, no sentido próprio do termo, categoria eficaz que define o direito subjetivo revestido de impositividade quando a pretensão é desatendida (=ação de direito material);
- b) *ação* para nomear o direito atribuído às pessoas de invocar a proteção jurisdicional com o fim de solucionar suas questões jurídicas (=direito de ação, expressão predominante na literatura nacional do direito processual); e.

2. Mortara, *Manuale della Procedura Civile*, I, p. 32, e Redenti, *Derecho Procesal Civil*, I, p. 45.

3. Redenti, *Derecho Procesal Civil*, I, p. 44. A indicação detalhada da bibliografia se encontra ao final deste trabalho.

- c) ação utilizada, mais comumente e de modo geral, para, em locuções, designar os instrumentos através dos quais são formalizadas as demandas⁴ perante os órgãos do Judiciário (=remédios jurídicos processuais). Sempre que, neste texto, tivermos de usar o vocábulo ação com esse significado, o grafaremos em *italico* ou entre aspas.

Para que possamos tratar do tema objeto deste estudo com maior adequação, mister se faz precisar, corretamente, os conceitos desses institutos em que aparece a palavra *ação*, distinguindo-os e dando-lhes a denominação apropriada. Com essa finalidade, com a maior brevidade possível, examinaremos a natureza jurídica de cada um deles, mostrando as diferenças que existem entre eles e como devem ser tratados.

2.2. Breve descrição do fenômeno jurídico

A ênfase na diferença, no mundo, entre *atos* e *atos jurídicos*, constitui um dado fundamental no tratamento rigorosamente científico dispensado por Pontes de Miranda ao estudo do fenômeno jurídico⁵. Os primeiros não têm qualquer relevância para o direito, visto que não podem produzir qualquer consequência jurídica, por mínima que seja, diferentemente dos segundos que têm como característica privativa e exclusiva a geração de efeitos jurídicos, quando possíveis. Por isso, Pontes de Miranda, fundado no mais absoluto rigor lógico, faz a essencial distinção, no mundo total, entre um *mundo dos atos* (= parte do mundo total formada por todos os *atos não jurídicos*) e um *mundo jurídico*, subconjunto composto, exclusivamente, por *atos jurídicos* e onde se produzem os efeitos jurídicos.

Embora não lhe seja essencial à existência⁶, o fato jurídico tem a finalidade única de gerar eficácia jurídica, desde as mais simples de suas categorias, as situações jurídicas, como as qualidades, as qualificações,

4. Demanda é o ato jurídico com o qual o autor põe o juiz na obrigação de resolver a questão, ainda que seja 'se cabe a constituição ou o mandamento, ou a execução', na definição de Pontes de Miranda (Tratado das ações, cit., t.I, p.236).

5. Pelo que me foi dado conhecer das centenas de obras estudadas, jamais algum autor tratou, mesmo perfunctoriamente, dessa distinção que é fundamental quando se trata de saber se determinada situação é jurídica ou não.

6. Há fatos jurídicos que existem sem que produzam efeitos jurídicos. O testamento antes da morte do testador, e.g., somente produz sua eficácia com a morte do testador. Antes disso, existe ineficaz. O negócio jurídico inválido, nulo ou anulável, em regra não produz sua eficácia, mas pode produzi-la (casamento nulo putativo, v.g.), ou a produz desde que se perfaz, embora interimisticamente (eficácia do negócio anulável que é interina, mas se pode tornar definitiva). Nem por isso, deixam de ser fatos jurídicos. Daí se conclui que essa definição é imperfeita porque não abrange as espécies possíveis.

as vinculações e as vinculabilidades, à sua espécie mais importante, a relação jurídica, com seu complexo conteúdo de direitos ⇔ deveres, pretensões ⇔ obrigações, ações ⇔ situações de acionado, exceções ⇔ situações de excetuado⁷.

A doutrina clássica, desde Savigny⁸, inadequadamente, define o fato jurídico como todo fato capaz de criar, modificar, resguardar ou extinguir relações jurídicas⁹. No entanto, a análise do que se passa no mundo jurídico, a observação da vida dos direitos, evidencia que há fatos jurídicos que existiram e se extinguiram sem haver produzido nenhum de seus efeitos próprios, como acontece com o testamento que é revogado pelo testador. Ninguém poderá negar que houve um negócio jurídico, mas ninguém constatará sua eficácia, jamais. Como alguém poderá classificá-lo como fato jurídico se antes já não estiver catalogado como tal?

Por aí se constata que a existência do fato jurídico não está ligada, umbilicalmente, à geração de sua eficácia, mas se tem a certeza de que a sua eficácia depende, necessariamente, de seu existir.

Uma visão científica como proposta por Pontes de Miranda, explica o fato jurídico com fundamento nos elementos essenciais de sua existência, quais sejam os dados que integram o seu suporte fáctico, noção de veio simplificar grandemente a tarefa dos que lidam com os conceitos jurídicos, especialmente na identificação dos fatos jurídicos.

Explicamos. O mundo em que vivemos é o conjunto de todos os fatos que aconteceram, estão acontecendo e irão acontecer¹⁰, e

A regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida¹¹.

7. Esta enunciação não é exaustiva. Há outros efeitos dos fatos jurídicos, como as sanções, os prêmios, os ônus, inclusive os denominados efeitos mínimos (a que dou a denominação de situação jurídica básica), que, no entanto, não interessam aos fins deste trabalho. (Sobre isto, vide nossos Teoria do fato jurídico: plano da existência, §49, 1, e com maiores minúcias, Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, a partir do § 17).
8. Sistema del derecho romano actual, II, p.142
9. Equivocadamente, porém, uma vez que procura explicar a causa – o fato jurídico – através da indicação dos efeitos. Essa atitude, além de carente de cientificidade, é de todo inconveniente e tem sido a razão da grande dificuldade em se compreender bem, mais facilmente, os fenômenos verificados no campo do direito.
10. Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, t.I, atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012, § 1º.
11. Pontes de Miranda. Tratado de direito privado, t.I, cit. § 1º. Também, nosso Teoria do fato jurídico: plano da existência, §3º.

Nessa função, quando um fato interfere nas relações entre os homens, gerando a possibilidade de conflitos no meio social, a comunidade jurídica¹², se o considera relevante, edita sobre ele uma norma, tornando-o objeto da normatividade do direito, atribuindo-lhe consequências que se refletem nos relacionamentos inter-humanos.

A norma jurídica, como se pode constatar, é formalizada através de uma proposição linguística cuja estrutura lógica é composta por dois elementos: (a) um antecedente, em que se descreve o suporte fático, e (b) um consequente, no qual são prescritos os efeitos que o fato jurídico criado por sua incidência poderá produzir.

No trato científico do direito, portanto, deve-se considerar que, na dimensão dogmática, o fenômeno jurídico se desenvolve, em sua inteireza, em passos que se relacionam necessariamente e obedecem, rigorosamente, à seguinte ordem:

- a) a existência da norma jurídica vigente, que faz a delimitação do mundo jurídico, definindo, *abstratamente*, os suportes fáticos e atribuindo aos fatos jurídicos respectivos a eficácia jurídica própria;
- b) a concreção no mundo do suporte fático suficiente, isto é, ocorrência no plano das realidades de todos os dados fáticos previstos pela norma;
- c) a juridicização do fato jurídico (=criação do fato jurídico) por força da incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático concreto, dando-lhe entrada no mundo jurídico, no plano da existência, momento desde o qual, com propriedade, se poderá falar em juridicidade, portanto, em situações jurídicas e todas as demais categorias jurídicas;
- d) finalmente, o ingresso, no plano da eficácia, dos fatos jurídicos *lato sensu* fazendo gerar as relações jurídicas e todas as demais categorias eficaciais que lhe correspondem direitos ⇔ deveres, pretensões ⇔ obrigações, ações ⇔ situações de acionado e exceções ⇔ situações de excetuado, bem como as sanções e ônus.

A partir dessas concepções, brevemente expostas, assim podemos esquematizar o desenvolvimento do fenômeno jurídico:

12. Expressão que usamos para designar o grupo social que detém o poder de editar suas próprias normas jurídicas.

Norma jurídica



= fato jurídico → eficácia jurídica¹³

Suporte fático

De tudo isso, podemos formular as seguintes afirmativas:

- (i) fato jurídico é o que do suporte fático entrou no mundo jurídico, em decorrência da incidência de norma jurídica;
- (ii) o fato jurídico constitui o elemento fundamental da juridicidade, uma vez que somente a partir dele se compõe o mundo jurídico; antes dele, está-se em plano puramente fático;
- (iii) somente de fato jurídico pode resultar algum efeito jurídico, donde não se poder falar em situações jurídicas anteriormente à sua existência.

2.3. Os planos do mundo jurídico

Outra notável e original contribuição de Pontes de Miranda ao tratamento como logicidade do fenômeno jurídico é a divisão do mundo jurídico em três planos distintos: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia, considerando as vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos.

No primeiro plano, plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos e ilícitos, válidos e inválidos, eficazes e ineficazes. Basta a incidência da norma sobre seu suporte fático suficiente e o fato jurídico resultante terá ingresso no mundo jurídico, no plano da existência.

13. Essa, em brevíssimas palavras, a concepção de Pontes de Miranda do fenômeno da juridicização que está descrito, em minúcias, no seu Tratado de direito privado, cit. t.I, § 1º et passim, bem como, simplificada, porém sistematicamente, em nosso Teoria do fato jurídico: plano da existência, cit. especialmente dos §§ 9º a 24. Anote-se que não se faz referência à questão da validade porque não se trata de um passo comum a todos os fatos jurídicos, mas somente aos negócios jurídicos e atos jurídicos stricto sensu, porque seus suportes fáticos têm como elemento essencial a presença da vontade humana, da qual, por ser contrária ao direito ou defeituosa, decorrem os casos de invalidade. Nos demais fatos jurídicos lícitos, porque na composição do suporte fático não há vontade (=fatos jurídicos stricto sensu) ou, quando há, é irrelevante (=atos fatos jurídicos), bem como porque se referem a situações de fato, não se pode falar de invalidade, porque contrariaria a própria natureza das coisas. Dizer nulo um nascimento, uma frutificação, a descoberta de um tesouro, e.g. seria incoerente. Também não se pode falar em invalidade de fatos jurídicos ilícitos lato sensu, porque somente beneficiaria o infrator.

Existindo, o fato jurídico cujo suporte fático tenha como elemento essencial, cerne, a vontade humana (=ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico) passa, necessariamente, ao plano da validade, onde o direito faz a triagem entre o ato jurídico que válido (=não tem qualquer vício invalidante) e o inválido porque tem algum defeito invalidante (=nulo ou anulável). (*vide*, antes, a nota nº 11).

O acesso do fato jurídico ao plano da eficácia se dá da seguinte maneira:

- a) os fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos-fatos jurídicos e os fatos jurídicos ilícitos *lato sensu*, basta que existam;
- b) os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, necessitam:
 - b.a.) que existam e sejam válidos ou anuláveis (o ato jurídico *lato sensu* anulável produz seus efeitos normalmente, embora interinimísticos¹⁴. Se sobrevier sentença que decrete a anulabilidade, tudo retornará ao estado anterior, conforme dispõe o art., 182 do Código Civil);
 - b.b) se nulos, quando a lei lhes atribuir algum efeito (*e. g.* casamento putativo).

Sendo no plano da eficácia que ocorrem os efeitos jurídicos e somente tendo acesso a esse plano os fatos jurídicos, a ilação que daí se tira é a de que **somente fatos jurídicos produzem efeitos jurídicos**. Nem a lei, porque seu exclusivo efeito consiste no incidir sobre o suporte fático para torná-lo fato jurídico, nem o suporte fático, podem ser fontes de eficácia jurídica.

2.4. Breves noções sobre eficácia Jurídica

2.4.1. Preliminares

Eficácia jurídica são os efeitos que se irradiam dos fatos jurídicos. No plano da eficácia é que dela se pode falar,

Os efeitos jurídicos são, em geral, os atribuídos pelas normas jurídicas aos fatos jurídicos, tal como previstos na parte dispositiva de sua estrutura proposicional. Não que a norma os produza, porque a eficácia jurídica é emanada dos fatos jurídicos, mas é ela que os define. A norma

14. Vocábulo empregado por Pontes de Miranda para definir os efeitos que são interinos, mas que podem tornar-se definitivos.

jurídica somente produz a eficácia normativa¹⁵(= incidência que faz jurídico o suporte fáctico por ela previsto).

Se a norma jurídica somente atribui certo efeito ao fato jurídico nenhum outro fator ou circunstância poderá ampliá-lo, reduzi-lo ou excluí-lo, salvo quando as próprias normas o permitem, como no campo do direito das obrigações, principalmente, em que o sistema jurídico concede às pessoas o poder de autorregramento da vontade em razão do qual é possível, por meio de negócios jurídicos, ampliá-los, reduzi-los, modificá-los, protraí-los, condicioná-los ou limitá-los. De qualquer forma, a fixação da eficácia é sempre uma decorrência daquilo que o direito institui como efeito do fato jurídico, mesmo quando, pela omissão, se deva aplicar o *princípio de que o que não está proibido está permitido*.

Assim é que a norma jurídica pode atribuir a certo fato jurídico direito, pretensão e ação, ou somente direito e pretensão, ou apenas direito, de acordo com o que for considerado conveniente ao sistema. Excepcionalmente, pode também criar ação sem direito e até sem pretensão¹⁶. Nada impede, igualmente, que faça variarem esses efeitos, como se, *e.g.* a norma jurídica atribua ação a uma pretensão que não a tinha, ou retira ação a certa pretensão que a tinha. No plano da eficácia a comunidade jurídica tem ampla liberdade de escolha, somente limitada, a nosso ver, pelos valores culturais da comunidade que, por sua vez, devem atender aos valores fundamentais da juridicidade (Justiça, Paz, Verdade, Ordem Segurança, Bem Comum), à natureza das coisas e à dignidade do ser humano.¹⁷

Para se dizer quais são os efeitos de certo fato jurídico é essencial, por isso, que se conheça e se examine a norma jurídica que a ele se refere, a qual não terá de ser obrigatoriamente a mesma norma jurídica¹⁸ que gerou o fato jurídico.

15. Pontes de Miranda a denomina eficácia legal, expressão que nos parece insuficiente para nomear adequadamente o fenômeno, uma vez que não só a lei incide, mas todas as normas jurídicas. Por isso, preferimos a expressão eficácia normativa.

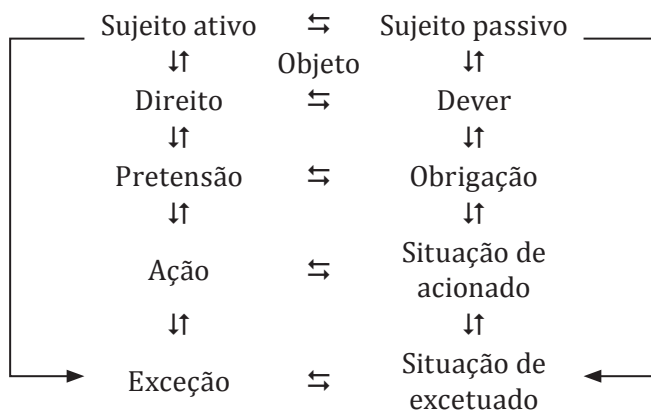
16. Exemplos: ação popular, ação civil pública, ação de interdição por insanidade física ou mental, o habeas corpus em favor de terceiro, a ação declaratória negativa que se destina, exatamente, a negar a existência de direito.

17. Sobre a matéria vide nossos Teoria do fato jurídico; plano da eficácia, cit., passim, e especificamente sobre o poder quase arbitrário da comunidade jurídica, no Teoria do fato jurídico: plano da existência, cit., §14,1.

18. Anote-se que não se deve confundir norma jurídica com dispositivos legais. Em geral, um dispositivo contém uma norma, no entanto, pode conter mais de uma norma (*e.g.* o art. 2º do CCiv.: primeira norma: a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; segunda norma: a lei resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro), como vários

2.4.2. A relação jurídica de direito material e seu conteúdo¹⁹

A relação jurídica é a mais importante das categorias de eficácia jurídica. Configura-se pela relação entre pelo menos dois sujeitos de direitos (sejam pessoas ou sujeitos de direito não personificados²⁰), que pode ter sua estrutura e conteúdo assim, graficamente, esquematizado:



Nesse esquema procuramos representar os princípios que regem as relações, bem assim seu conteúdo eficaz regular, a saber:

- a) Intersubjetividade = sujeito ativo R sujeito passivo;
- b) Essencialidade do objeto = não há relação jurídica sem objeto;
- c) Correspectividade de direitos ⇔ deveres, pretensões ⇔ obrigações, ações ⇔ situações de acionado, exceções ⇔ situações de excetuado = não há direito sem dever, nem dever sem direito, e assim por diante;
- d) Coextensão de direito, pretensão e ação = a todo direito corresponde uma pretensão e uma ação que o assegura²¹.

dispositivos legais compõem uma só norma (v.g. anulabilidade de casamento por coação que é tratada no art. 1.558, c/c art. 1.560, inciso IV, e 1.559 do CCiv.).

19. Para um estudo mais minucioso dessa matéria, vide nosso Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, cit. Cap. VII.

20. Sobre nossa concepção de sujeito de direito, vide nosso Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, cit., §§ 27 e 28.

21. Os três primeiros são princípios essenciais. Na sua falta não há relação jurídica. O princípio da coextensão, porém, que estava enunciado no art. 75 do CC/1916, é apenas relativo, uma vez que sofre exceções em que afete a existência da relação jurídica.

2.4.2.1. *Direito (subjetivo) e dever*

Como categoria eficaz, denomina-se *direito* tudo o que de vantajoso (=poderes e faculdades) é atribuído a um sujeito de direito como decorrência de fato jurídico e *dever* o que implica desvantagem a alguém (sujeição, encargo e oneração) correlata àquela vantagem. Diz-se subjetivo o direito quando alguém tem sua titularidade. Na relação jurídica, é o sujeito ativo, qualificado *credor*, tendo na situação de sujeito passivo o titular do dever, dito *devedor*²².

O direito subjetivo, como se vê, é um modo de ser do direito, este sim a categoria eficaz, propriamente dita²³. Sua ocorrência não se limita aos direitos pessoais (relativos, direitos de crédito), nem somente de personalidade e de família (absolutos), ou aos direitos reais (também absolutos), nem tampouco às áreas do direito privado. A sua existência, evidentemente, depende apenas de uma norma jurídica atribuir a alguém, determinadamente, certa vantagem (poder ou faculdade) em decorrência de fato jurídico.

Ressalte-se que não há direito subjetivo sem o correspondente dever, nem dever que não corresponda a um direito. Isto quer dizer: – não há relação jurídica sem sujeito passivo, nem também sem sujeito ativo. O *princípio da intersubjetividade* é essencial à caracterização da relação jurídica. Já houve quem quisesse explicar as relações de direito real como formada entre o titular do direito subjetivo e a coisa que lhe estaria submetida, bem assim entre o sujeito e o local, no domicílio, na nacionalidade. Nessas hipóteses não haveria sujeito passivo. Mas, o aprimoramento científico dos conceitos mostrou claramente que relação jurídica é relação inter-humana, portanto, necessariamente, de homem diante de outro homem ou da comunidade e o que se passava quanto aos direitos absolutos, entre os quais estão os direitos reais, era a circunstância de que nem sempre estava visível (determinado) o

22. Desde algum tempo, temos defendido que não existem, nas relações jurídicas, posições ativas cujo conteúdo se limite a poderes e faculdades, nem posições passivas que correspondam apenas a sujeições, encargos e onerações, porque há deveres ínsitos nos direitos, e direitos ínsitos nos deveres. Breves exemplos: o dever do credor de não obstar o regular adimplemento da obrigação pelo devedor e o direito do devedor ao regular adimplemento da dívida. Vide, sobre isto, nosso Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, cit., §27, 3.2. Não nos alongaremos no trato dessa matéria por não ser de interesse específico deste tema.

23. Há outros modos de ser do direito, como por exemplo, (a) direito transindividual, (b) direito individual, (c) direito coletivo.

sujeito passivo da relação, como no domínio em que somente se via o dono e a coisa²⁴.

A concepção dos direitos absolutos como direitos subjetivos dirigidos a *sujeitos passivos totais*, o *alter*, esclareceu definitivamente a constituição da relação jurídica que neles se verifica. Entretanto, também existem *deveres* que estão relacionados a *sujeitos ativos totais*, em geral no direito público, de que é um dos exemplos o dever do Estado de prestar a jurisdição cujos titulares do correspondente direito são todas as pessoas (CF, art. 5º, XXXV)²⁵.

O direito subjetivo, como o correspondente dever, entretanto, existem *in potentia*, portanto, não são exigíveis por si sós; enquanto somente direito subjetivo ou somente dever não se revestem de exigibilidade.

2.4.2.2. Pretensão e obrigação

Quando a norma jurídica atribui ao direito (subjetivo) o poder de exigir de alguém determinado (direitos relativos) uma prestação positiva ou negativa, ou de todos (direitos absolutos), uma abstenção ou uma atuação, existe, então, a pretensão, que tem por correlata a obrigação. Pretensão e obrigação surgem quando o direito e o dever quando se tornam exigíveis.

Pela prestação que for seu objeto, cumpre-se a obrigação e atende-se à pretensão. Daí se conclui que a exigibilidade da prestação objeto da obrigação é uma consequência de haver pretensão do sujeito ativo da relação jurídica.

Não somente nas prestações decorrentes de direitos relativos (=direitos de crédito) há pretensão. Também quanto aos direitos absolutos, em que há *sujeitos passivos totais*, como nos direitos reais e nos direitos da personalidade, há pretensões. Assim, também, nos deveres absolutos (*deveres a sujeitos passivos totais*) como em certos direitos fundamentais (CF, art.196, *v.g.*). Apenas, aqui não tem ela a direção contra determinada pessoa, mas, em razão da obrigação que têm todos de abster-se de violar o direito absoluto, ou a pretensão de exigir a obrigação, a pretensão se dirige *erga omnes* ou a devedor determinado.

24. Sobre direito e dever sem sujeitos, vide nosso Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, cit. § 36,1, i.e.

25. Vide nosso Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, cit. §40, (ii).

Direito subjetivo sem pretensão é direito inexigível. Existe, porém não pode ser invocado como base de exigência de prestação. Na prescrição, por exemplo, que encobre a pretensão, o direito continua intacto na sua existência, porém inexigível. Por isso é que o pagamento de dívida prescrita não obriga à repetição do indébito, porque havia direito ao pagamento, apenas não poderia ser exigido.

A pretensão é, assim, *plus* em relação ao direito subjetivo.

Em geral, nasce a pretensão concomitantemente com o direito subjetivo (*e. g.* nos direitos absolutos), salvo quando a exigibilidade surge somente após o próprio direito. No caso em que **A**, locatário, deve a **B**, locador, o aluguel pela locação do imóvel **I** para pagamento no dia **D**, antes desse dia, **B** tem apenas direito subjetivo a que **A** de preste no vencimento (dever). No dia **D** nasce em favor de **B** a pretensão de que a **A** cumpra a obrigação de prestar, porque somente no dia do vencimento haverá exigibilidade da prestação (salvo, naturalmente, os casos de vencimento, antecipado, legais ou negociais, quando a pretensão nascerá no momento em que ocorrer alguma deles, ou quando há *prazo de graça* – embora se vença no dia **D**, o devedor está autorizado a efetuar o pagamento, sem incidir em mora, até o dia **D**+5, por exemplo. Durante o *prazo de graça* haverá apenas pretensão, mas sem possibilidade de imposição).

2.4.2.3. Ação de direito material (primeiro sentido da palavra ação)

Violada a pretensão (= não cumprida a obrigação), nasce em favor de seu titular a ação (de direito material) que constitui a fase de impositividade da pretensão. A ação, em geral, surge com a violação da pretensão, embora haja espécies em que a ação independe da existência de pretensão e mesmo de direito subjetivo, como se verá adiante, quando tratarmos da pretensão à tutela jurídica. “De ordinário, a pretensão contém a ação, que é exigência + atividade para satisfação”.²⁶

A possibilidade de imposição forçada da pretensão caracteriza a sua acionabilidade. No exemplo acima, se no vencimento **A** não se efetua pagamento, nasce a ação em favor de **B** para impor, forçadamente, inclusive com expropriação de bens, o adimplemento da dívida.

26. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, t.V, cit., §617,5, e Tratado das Ações, cit. t. I, p. 47.

A ação é, pois, um grau maior da pretensão, nunca a própria pretensão. A evidência disso ressalta em que há pretensões sem ação, como direitos subjetivos com pretensão, mas sem ação, e pretensão que não pode ser forçadamente exigida (sem ação), como já referido anotamos antes. A exigibilidade nessas hipóteses existe, porém sem impositividade. É como se a pretensão se compusesse de duas partes (exigibilidade e atuação para satisfação) e perdesse uma delas (a atuação)²⁷.

As dívidas de jogo são exemplos de direitos mutilados, com pretensão, porém sem ação. Pode-se pedir o pagamento (=exercício da pretensão), mas não se pode impô-lo por ausência de ação).

A ação é atribuição de impositividade à pretensão, conforme dispu-
ser a norma jurídica que não só constitui, pela incidência, o fato jurídico,
como lhe atribui os efeitos jurídicos que deverá produzir, relembramos.

O exercício da ação de direito material não pressupõe, obrigatoriamente, ingresso em juízo. Nem sempre é necessária a propositura de *ação processual* denominação impropriamente dada aos remédios jurídicos processuais (terceiro sentido de *ação*, como anotado acima). Mesmo com a proibição da justiça de mão própria (=autotutela do direito), os sistemas jurídicos mantiveram algumas espécies em que a ação pode ser exercida diretamente por seu titular, sem necessidade de invocação da jurisdição estatal. São os mais expressivos exemplos dessas espécies: o desforço pessoal imediato em defesa da posse (CC, art. 1.210, §1º); os atos de legítima defesa (CC.art. 188, I); a venda pelo credor pignoratício do bem apenhado para saldar a dívida garantida (CC, art.1.433, IV, segunda parte); a constituição de penhor pelos hospedeiros (CC, art. 1.470); o *ius tolendi* e o *ius retentionis* que tem o possuidor de boa-fé (CC, art. 1.219).

Afora os casos específicos deixados à autotutela dos direitos, nada impede que o credor atue extrajudicialmente para obter que o devedor preste conforme o devido. Portanto, se o devedor atende à ação exercida *amigavelmente*, não há necessidade de invocação das vias judiciais. Do mesmo modo, se o credor já houver proposto a demanda (exerceu a pretensão à tutela jurídica) e o devedor, chamado a juízo, cumpre a obrigação, extingue-se a ação de direito material e esvazia-se de objeto a pretensão à tutela jurídica (que não se extingue). Somente se há resistência do devedor ao adimplemento é que o Estado está obrigado à prestação jurisdicional dirimindo a lide. A ação de direito material (verdadeira

27. São os casos de direitos mutilados.

acepção da palavra ação) constitui o objeto litigioso no processo civil, a matéria sobre a qual se deve pronunciar o juiz, dita mérito da causa, *res in iudicio deducta*, consoante mostramos em nosso estudo intitulado **Da ação como objeto litigioso no processo civil**²⁸.

2.5. Conclusões preliminares

Dessas noções tiramos as seguintes conclusões:

- a) o fato jurídico constitui a única e exclusiva fonte de eficácia jurídica;
- b) o direito, a pretensão, a ação e a exceção, distintos entre si, constituem o conteúdo de relações jurídicas de direito material, tendo, portanto, natureza de direito material, substantivo, nunca de direito processual;
- c) é possível haver direito sem pretensão e ação, bem como pretensão sem ação, como acontece aos direitos mutilados *e. g.*, embora tais situações sejam excepcionais em sistemas jurídicos como o nosso em que é norma de direito *o princípio da coextensão dos direitos, pretensões e ações*;
- d) os efeitos dos fatos jurídicos são os definidos pela norma jurídica, embora possam sofrer alterações, no âmbito do poder de autorregramento da vontade;
- e) a ação é a fase eficaz da impositividade da pretensão e pode, quando houver autorização legal ou *amigavelmente*, ser exercida, independente de provocação dos órgãos judiciários do Estado.

Essa é a primeira das acepções da palavra ação e a que nos parece ser a adequada.

3. A SEGUNDA ACEPÇÃO EM QUE É EMPREGADA A PALAVRA AÇÃO (DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL OU, IMPROPRIAMENTE, “DIREITO DE AÇÃO”)

Como mencionamos acima, no segundo sentido em que é empregado, o vocábulo ação diz respeito ao direito à tutela jurisdicional, em

28. in Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento, Coord. Eduardo José Fonseca Costa, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. Salvador: Editora Podium, 2010, pp. 367 a 404.

geral compondo a expressão *direito de ação*. Conforme procuraremos demonstrar, a referência a direito de ação, por inadequação, somente concorre para a imprecisão dos conceitos, em especial quando há uma expressão adequada cunhada pela processualística alemã *Rechtsschutzanspruch* (pretensão à tutela jurídica, como a traduziu Pontes de Miranda ou pretensão à tutela jurisdicional, como prefere José Frederico Marques).

3.1. Conceito de pretensão à tutela jurídica

O monopólio da justiça pelo Estado, substituindo a justiça privada²⁹, teve como consequência necessária a outorga, às pessoas, de um direito que lhes atribui poder para provocar a atuação da jurisdição estatal, sempre que haja necessidade de solucionar um conflito de interesses³⁰. Esse direito a invocar a proteção jurisdicional, desde o Direito Romano, foi confundido com a ação de direito material, em razão das semelhanças (que um exame menos profundo poderia aparentar) entre eles.³¹ Diziam as Institutas de Justiniano (*De actionibus*, L.4, Tit.VI, proêmio), reproduzindo definição de CELSO: “*Ação não é outra coisa que o direito de perseguir em juízo aquilo que lhe é devido*”.³²

Dessa opinião resultou a concepção segundo a qual somente poderia invocar a proteção jurisdicional do Estado quem tivesse direito (material) lesado, uma vez que a *ação* dele decorreria. O poder de ir a juízo pedir a satisfação de um interesse seria o próprio direito substantivo (material) em movimento³³, mais ainda, como disseram os franceses, *le droit casqué et armé en guerre*. Essa a denominada concepção civilística, ou privatística, da ação.

Para Savigny, ilustre representante dessa Escola,

Sob esse ponto de vista geral (da ação como a relação que resulta da violação do direito) se reconhece que toda ação implica necessariamente duas condições: um direito e a violação deste direito. Se

29. Eduardo Couture, Introdução ao Estudo do Processo Civil, p. 26, Pontes de Miranda, Tratado das Ações, t.I, p. 234, e os já citados Leo Rosenberg e James Goldschmidt.

30. Pontes de Miranda, Comentários ao código de processo civil, t.I, p. XXI, Prólogo.

31. Mesmo porque, nos primórdios, era essa sua única finalidade mediata (a finalidade imediata da jurisdição é a realização do direito objetivo). As ações sem que o autor tenha titularidade de direito material violado são de criações do direito moderno.

32. *Actio nihil aliud est quam ius persequende in iudicio*.

33. COUTURE, Eduardo, Fundamentos do direito processual civil, p. 29

o direito não existe, a violação não é possível: se não há violação, o direito não pode revestir a forma especial de uma ação; não existe *actio nata*...³⁴ (a interpolação entre parêntesis é nossa).

Apesar de haver dominado pacificamente o pensamento jurídico até meados do Século XIX, essa concepção não explicava várias situações que já eram constatadas, e ainda o são, no cotidiano da realização do direito, como por exemplo:

- a) a possibilidade de ser a *ação* julgada improcedente, situação em que a decisão nega que o autor tenha o direito que pleiteia;
- b) a existência do processo de cognição cuja função é, apenas, a de perquirir e decidir sobre a existência do direito arguido e sua violação, de modo que somente poderia ir a juízo quem fosse titular de direito violado. Nessa perspectiva, o processo somente deveria ser executivo;
- c) a admissibilidade da ação declaratória, em que se discute tão somente sobre existência ou não de direito, ou falsidade ou autenticidade documental, em que nem isso se discute, e das ações constitutivas, que visam, precisamente, a criar direitos, dentre outras situações.

Coube primeiramente a Mütther, durante a célebre polêmica mantida com Windscheid, indicar a natureza pública da relação jurídica processual, o que ressaltava que a *ação* seria um direito dirigido contra o Estado para que solucionasse demandas entre as pessoas.

Oskar von Bülow, em 1868, publicou sua fundamental obra sobre as exceções e pressupostos processuais, não somente realçando a natureza de direito público da relação jurídica processual, mas e principalmente, dando um tratamento independente e científico ao Direito Processual Civil que, até então, era cuidado como simples parte do Direito Civil.

Segundo anotou Chiovenda³⁵, no entanto,

34. Sistema del derecho romano actual, v. IV, p.10: Bajo este punto de vista general se reconoce que toda acción implica necesariamente dos condiciones; – un derecho y la violación de este derecho. Si el derecho no existe, la violación no es posible; y si no hay violación, el derecho no puede revestir la forma especial de una acción; no existe *actio nata*...

35. Saggi di diritto processuale civile, v.I, p. 13: L'aver determinato l'autonomia del diritto d'agire più chiaramente che non fosse stato fatto innanzi, cercando di salvare la natura stessa di diritto in senso proprio alla falcotà d'agire, è merito fondamentale della teoria dei A.Wach.

O haver determinado a autonomia do direito de agir mais claramente do que até então não fora feito, procurando preservar a natureza mesma de direito em sentido próprio de faculdade de agir, é mérito fundamental da teoria de A.Wach.

Realmente, deve-se à obra de A.Wach, especialmente através dos seus livros *Manual de direito processual civil* (*Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*), de 1885 e *Da pretensão de declaração* (*Der Feststellungsanspruch*, publicado, inicialmente, em 1888, como parte integrante de publicação da Universidade de Leipzig em homenagem a B. Windscheid, e separadamente em 1889), a caracterização precisa da autonomia do direito à prestação jurisdicional do Estado em relação ao direito material discutido na demanda, direito este exercitável através da pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*), como ele a denominou. Na opinião de A.Wach e dos seguidores da teoria do direito concreto à tutela jurídica, como é conhecida sua concepção, existiria um direito subjetivo público à proteção jurisdicional do Estado independente do direito subjetivo, da pretensão e da ação, que, em essência, seria um *direito à sentença favorável*. Bülow, que o seguiu, entendia que seria um *direito à sentença justa*, não à sentença favorável.

A menção feita a um *direito à sentença favorável*, ou a uma *sentença justa*, como conteúdo da pretensão à tutela jurídica, desvirtuou a magnífica contribuição daqueles juristas à sua correta tipificação, pois, ao que nos parece, implicou um retorno a uma posição semelhante à da concepção civilística. Com efeito, uma sentença favorável, pelo menos em termos teóricos, somente pode ser proferida quando o autor tem *razão* quanto à ação deduzida em juízo, vale dizer: o autor é titular de ação decorrente de uma pretensão efetivamente violada pelo réu, que, por isso, precisa ser imposta pelo órgão jurisdicional. Daí resulta evidente que, se somente quem tenha direito à sentença favorável possa exercer a pretensão à tutela jurídica, é necessário que para propor a demanda, previamente, se tenha certeza de que há um direito violado a ser satisfeito pelo Estado. Assim, retorna-se ao equívoco de vincular ao exercício da pretensão à tutela jurídica diretamente à existência da ação de direito material levada a juízo, de modo que a demanda teria de ser sempre procedente.

Tal concepção, em última análise, importa negar à pretensão à tutela jurídica o caráter autônomo e de direito público que se lhe reconhecia, voltando a não ter explicação convincente todas aquelas situações, a que antes aludimos, em que se pode ir a juízo sem que se tenha direito

subjetivo, pretensão e ação (*e.g.*: ação (=causa) julgada improcedente, ação declaratória de inexistência de direito e a declaratória de falsidade documental, ações constitutivas).

Pontes de Miranda, dentre outros, demonstrou o equívoco de A.Wach em vincular o exercício da pretensão à tutela jurídica à existência de um direito, pretensão ou ação, ao observar que

...se só os que têm a pretensão tivessem direito ao uso dos remédios, haver-se-ia de começar do fim para o princípio: quem tem razão (direito, pretensão) tem ação, quem tem ação tem remédio processual. Ora, só se sabe quem tem "razão" depois que se instaurou o processo (remédio), que se verificou ser procedente a ação (isto é, existir), por se terem produzido as provas, e se pronunciado a sentença, contendo o direito objetivo³⁶.

Parece evidente que, se somente pudesse ir a juízo quem tivesse direito, pretensão ou ação, o processo seria apenas executivo e o aparelhamento judiciário do Estado existiria unicamente para impor o direito subjetivo do autor ao réu.

Por sua vez, a referência de Bülow à *sentença justa* alude a uma face-ta profundamente subjetiva da decisão, que, por isso mesmo, nem sempre se pode conhecer com certeza e precisão. Quantas vezes divergem as opiniões quanto a ser justa ou injusta determinada sentença? E mais, quantas vezes o que é justo não é legal e o que é legal não é justo? É preciso ainda notar que, se assim fosse, não seria possível considerar a sentença injusta como prestação jurisdicional do Estado, tese que ninguém sustenta.

A finalidade *imediata* do processo consiste na realização do direito objetivo³⁷. A solução de conflitos, a pacificação, é objetivo *mediato*. Quando o juiz profere a sentença (=entrega a prestação jurisdicional) aplica o direito objetivo que tem por incidente aos fatos concretos. Não importa, em rigor, se a sentença foi favorável ou desfavorável ao autor, como também, se foi justa ou injusta (embora o ideal do direito seja o de que se faça justiça). O que interessa é que tenha sido proferida a sentença, aplicando o direito que o juiz entende incidente, porque o objeto da relação jurídica processual consiste na *promessa de prestação jurisdicional*³⁸.

36. Pontes de Miranda, Tratado das ações, t. I, p. 273.

37. Pontes de Miranda, Comentários ao código de processo civil, t.I, p. XXI e XXII, Prólogo.

38. Vide nosso Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, §42, 2.1.(iii)

A possibilidade sempre presente de que haja erros e injustiças impõe a necessidade de por à disposição dos interessados meios processuais de reexame das decisões para possíveis correções, como os recursos. Se, percorridos os caminhos do processo, não há mais recursos, o erro ou a injustiça se tornam definitivos em homenagem ao valor *segurança jurídica*, valor esse que interessa diretamente à sociedade, suplantando o indivíduo. É situação de ocorrência inevitável, mesmo se a sentença é rescindível, por ocorrer qualquer das hipóteses que permitem a *ação rescisória*, porque essa não se relaciona, essencialmente, com a favorabilidade ou justiça da decisão, mas aos pressupostos processuais de rescindibilidade definidos pelos ordenamentos processuais que, em geral, não se referem a isso.

Se existe um direito autônomo das pessoas à proteção jurisdicional, não tem qualquer sentido fazer-se alusão à *certeza* da existência prévia de direito (material) violado, tampouco a ser *justa* a decisão. Por isso, a concepção de A.Wach de um *direito concreto à tutela jurídica* foi refutada originalmente por Degenkolb e Plòsz, que fizeram escola com adeptos do porte de Liebman, Alberto dos Reis, Alfredo Rocco, Ugo Rocco, entre tantos outros.

Em termos gerais, essa refutação ressalta que o direito à tutela jurídica³⁹ não seria um direito à sentença favorável, nem à sentença justa, mas um direito *abstrato* de pleitear ou defender em juízo qualquer interesse, pessoal ou não, que se pretenda mereça proteção. A simples menção à existência do interesse a proteger seria suficiente para fazer atuar a jurisdição estatal. Seria, portanto, um *direito à sentença*, através da qual o Estado entregaria a prestação jurisdicional e cumpriria sua obrigação correspectiva da pretensão à tutela jurídica. É a *teoria do direito abstrato à tutela jurídica*.

Parece-nos que a explicação da pretensão à tutela jurídica como resultante de um direito abstrato não incide nas deficiências da concepção de A.Wach e permite esclarecer, plenamente, sem subterfúgios e sem necessidade de qualificar-se de *sui generis*, todas aquelas hipóteses em que se admite o seu exercício (da pretensão à tutela jurídica) sem que o autor tenha uma pretensão de direito material violada, ou mesmo uma ação (vale dizer, um direito subjetivo).

39. José Albuquerque Rocha, Teoria geral do processo, p.161, et passim, se refere a direito à prestação jurisdicional

Realmente, concebida a pretensão à tutela jurídica simplesmente como dirigida ao Estado para que esse entregue a prestação jurisdicional a que se obrigou quando retirou dos indivíduos o poder de resolver, por suas próprias forças, os seus litígios, fica justificado, por que:

- a) alguém pode ir a juízo pedir *habeas corpus* por outrem;
- b) o cidadão pode propor ação popular; as entidades legitimadas podem ajuizar ação civil pública; a pessoa pode intentar ação de interdição por insanidade física ou mental, que são exemplos de ações sem direito subjetivo;
- c) é legítima a propositura de ação declaratória negativa, que se destina, precisamente, a negar a existência de um direito, de ação declaratória de falsidade documental, bem assim de ações constitutivas que buscam a constituição (=criação) de direitos;
- d) uma ação pode ser julgada improcedente.

E, em verdade, todas essas situações (e muitas outras) existem e a Ciência não pode deixá-las inexplicadas ou deficientemente explicadas.

De tudo isto resulta evidente a existência de uma pretensão decorrente de um direito público autônomo à tutela jurídica que outorga a todos os sujeitos de direito (=pessoas e entes e patrimônios não personificados) ⁴⁰a *capacidade de ser parte* cujo conteúdo se consubstancia na aptidão genérica de poder invocar a jurisdição estatal e atuar perante ela, sempre que haja necessidade de aplicação forçada de uma ação (=garantir um direito subjetivo acobertado por pretensão que tenha sido violada), de resolver uma controvérsia ou de satisfazer um interesse *de que se considera titular*; não de que seja, efetivamente, titular, porque essa afirmação somente poderá ser feita na sentença, depois de percorridos os passos do processo.

A pretensão à tutela jurídica tem como correspectiva a obrigação do Estado de efetivar a prestação jurisdicional que prometeu, através de uma sentença de mérito, ou de recusá-la se o autor, ou o réu, ou ambos não demonstram os pressupostos necessários a obtê-la. Esse direito e essa pretensão à tutela da jurisdição não se confundem com o direito, a pretensão e a ação que se pretenda sejam protegidos através de seu

40. Sobre a distinção entre pessoa e sujeito de direito e sobre sujeitos de direito que não são pessoas, vide nossos Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, §§ 27 /31.

exercício, embora constituam o fundamento daquilo sobre que se deva manifestar⁴¹. Anote-se ainda, que a titularidade da pretensão à tutela jurídica não é apenas do autor, mas a tem também o réu.

3.2. O caráter de direito fundamental da pretensão à tutela jurídica (“direito de ação”)

A pretensão à tutela jurídica decorre de um direito público subjetivo⁴² que tem caráter de direito fundamental e no Brasil tem também *status* constitucional (CF, art.5º, XXXV e LV).

Com efeito, o monopólio pelo Estado da distribuição da justiça, já o dissemos, acarretou a necessária outorga a todas as pessoas de titularidade de um *direito* a invocar a jurisdição estatal para solução das controvérsias entre os particulares e entre esses e o próprio Estado. *É direito que nasce já com pretensão (=exigibilidade)*, motivo pelo qual a referência direta à pretensão. Correlativa e indeclinavelmente, assumiu o *dever* (que nasce desde logo como obrigação) de prestar os atos jurisdicionais adequados a cumpri-lo. Em rigor, existe uma relação jurídica cujo sujeito ativo é o *alter* (= *sujeito ativo total*, na terminologia ponteana), qualquer pessoa, sendo sujeito passivo o Estado, que assim se configura: *Alter* R Estado. Trata-se, como se pode concluir, de uma relação jurídica em que o *devedor* é alguém determinado, o Estado, e indeterminado o sujeito (=alter) que tem a titularidade do *direito* (=credor). A pretensão à tutela jurídica não se exerce contra o réu, mas contra o Estado.

Por se tratar de uma relação jurídica em que o *alter* (=sujeito passivo total) ocupa o polo ativo (credor) e o Estado o polo passivo (devedor), estando investido de seu poder de império em situação na qual predomina o interesse público, necessariamente, deve ser classificada como de direito absoluto e de direito público⁴³. Mas, não só. Como veremos adiante, esse direito absoluto tem também caráter de direito fundamental.

41. Schönke, Derecho procesal civil, 165.

42. Chiovenda entende haver apenas um *protere giuridico di forre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge* – Saggi di diritto processuale civile, v.I, p. Essa opinião contém uma impropriedade, quando se refere a vontade da lei, porque lei não tem vontade, mas apenas expressa uma vontade, e uma inadequação, quando fala de poder jurídico como se fora uma categoria eficaz, uma vez que poder é tão somente um dos elementos que compõem o conteúdo do direitos (o outro são as faculdades). Sobre poderes e faculdades como conteúdo dos direitos vide nosso A propriedade e sua função social constante de obra coletiva em homenagem ao insigne jurista Ministro Carlos Aires Brito, ainda no prelo.

43. Vide, sobre a classificação das relações jurídicas nosso Teoria do fato jurídico: plano a eficácia, cit. §§ 40 e 44.

Em geral, a doutrina concebe como de direito absoluto a relação jurídica em que o *sujeito passivo* é o *alter* e o *dever de abstenção* constitui seu conteúdo. Entretanto, como menciona Pontes de Miranda⁴⁴ (embora indiretamente e *en passant*), há *deveres jurídicos a sujeitos ativos totais*, cujo conteúdo não é de abstenção (embora na maioria dos casos o seja), mas de *atuação*, como ocorre no caso da pretensão à tutela jurídica em que a correlata obrigação do Estado é de atuar através dos seus órgãos instituídos para efetivar a prestação jurisdicional.

O ser pública a relação jurídica decorre da circunstância de ser indispensável a presença do Estado, como um dos seus termos, paramentado com a condição de titular do *imperium* de que é dotado, além da presença do interesse público que domina seu conteúdo.

Acrescente-se, ainda, que se configura como uma relação jurídica de direito fundamental, não apenas porque assim está definido na Constituição Federal (art. 5º, incisos XXXV e LV), mas também em razão de que seu conteúdo transcende à própria Constituição, uma vez que, em rigor, resulta de uma imposição do direito das gentes⁴⁵.

44. Quando se refere aos chamados deveres consigo mesmo, diz o mestre no Tratado de direito privado, t.V, 13: "Não há dever jurídico consigo mesmo. O não dever suicidar-se é, juridicamente, dever perante sujeito ativo total, a sociedade. No plano moral é que pode existir dever consigo mesmo". Em verdade, quando há esses deveres constituem (que é muito raro) deveres jurídicos a sujeitos ativos totais e não meros deveres morais (o que é mais comum). Por isso, o titular desses deveres está vinculado a todos, deve a todos, ao alter, e não só a alguém determinadamente, muito menos a si mesmo.

45. Está nos Comentários ao CPC de Pontes de Miranda, t. I, p.244: a) Nenhuma regra de direito material pode ser recebida e interpretada como limitativa da capacidade de ser parte, tanto mais quanto a regra que cerceasse teria a probabilidade de ser inconstitucional, ou contra o direito das gentes (sem razão A.Skeld).

Pontes de Miranda entende que são fundamentais, em sentido estrito, os direitos que decorrem do direito das gentes e, por isso, são recepcionados, necessariamente, pelo direito estatal, independentemente de que sejam explicitados nas constituições. São supraestatais. Os direitos que as constituições declaram fundamentais sem que sejam originários do direito das gentes são direitos constituídos pelo estado, adotados por livre deliberação própria, sem o serem por obrigação imposta do concerto internacional: são direitos estatais que, por isso, outra constituinte originária, posteriormente, pode não recepcioná-los, o que não poderia ocorrer com aqueles de origem supraestatal do direito das gentes. A existência e eficácia dos direitos fundamentais originários do direito das gentes (=fundamentais propriamente ditos) não dependem de que constem dos textos positivados nas constituições. (Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969, IV, p.621 e s.). Recomendamos a leitura do artigo de George Sarmento intitulado: Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais, Revistado mestrado em direito da Universidade Federal de Alagoas, ano I, nº 1.

Em verdade, esse direito à tutela jurídica já o encontramos consignado na Magna Carta outorgada ao povo inglês, por imposição dos barões ao Rei João Sem Terra em 1215, onde se

Se se trata de um direito, por que a insistente referência a uma *pretensão à tutela jurídica* e não a um *direito à tutela jurídica*? Porque, conforme mostramos antes, o direito, em si, é inexigível. Quando se torna exigível já se reveste do caráter de pretensão. No caso do fundamental *direito à tutela jurídica*, conforme mencionado acima, a exigibilidade nasce simultaneamente com ele, de modo que não tem sentido falar em direito, quando já presente a pretensão que o acoberta.

Essa opinião difere de outras, a saber:

- (i) para os seguidores da doutrina de A.Wach, a pretensão à tutela jurídica seria simplesmente de direito processual;
- (ii) na concepção de James Goldschmidt⁴⁶ nasceria no direito material, ramo da Ciência Jurídica por ele concebido que, entretanto, mesmo não tendo obtido aceitação maior, constitui um reconhecimento da pré-processualidade da pretensão à tutela jurídica e também uma tentativa de fixá-la, definitivamente, em certo ramo da Ciência Jurídica;
- (iii) Pontes de Miranda entende que a pretensão à tutela jurídica é de natureza, pré-processual, sendo no Brasil de Direito Constitucional⁴⁷, mas não se refere, explicitamente, à sua fundamentalidade, embora mencione sua origem no direito das gentes, conforme anotamos na nota nº 43.

Em verdade, não há um paradigma para o tratamento dado à pretensão à tutela jurídica, salvo quanto a não poder ser negada, cada comunidade jurídica tem liberdade de tratá-la da maneira que melhor se adéque a seu sistema jurídico, de modo que constitui problema de técnica legislativa em qual ramo do direito, efetivamente, se coloca. No Brasil está inscrita no texto constitucional desde a Constituição Federal de 1946, art.141, §4º, à de 1988, art. 5º, incisos XXXV e LV.

Finalmente, o que constitui realidade inquestionável, no que são unânimes os melhores espíritos, é que a pretensão à tutela jurídica não

lê: To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice. (A ninguém venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos, direito ou justiça). Embora se referindo, especificamente, à proteção dos direitos humanos de que tratam, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, art.8º, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 25, definem como fundamental o direito de acesso à justiça.

46. Principios generales del proceso, I, 29, e Derecho procesal civil, 2, citados.

47. Tratado das ações, 1, 271

tem natureza processual, porque pré-existe ao processo, o que bem demonstram: (a) os muitos casos em que a prestação jurisdicional é entregue pelas vias administrativas; (b) a circunstância de existir incorporada à esfera jurídica das pessoas, independentemente de que usem os remédios jurídicos processuais (*ações de direito processual*); e (c) o fato de somente haver processo como resultado do seu (da pretensão à tutela jurídica) exercício através do uso dos remédios jurídicos processuais (*ações de direito processual*), o que indica posteridade desses relativamente a ela.

3.3. Os pressupostos de exercício da pretensão à tutela jurídica

A concepção de uma pretensão à tutela jurídica como algo abstrato, desvinculada, portanto, de haver uma pretensão de direito material efetivamente violada merecedora de satisfação, tem suscitado objeções doutrinárias. O argumento mais utilizado é o de que seria absurdo admitir-se a possibilidade de alguém poder invocar a jurisdição estatal sem que tenha de demonstrar (provar), previamente, a existência de lesão a um direito subjetivo, ou ao menos a titularidade de um direito que se deseja proteger ou impor, obrigando-a a atuar para atender a qualquer interesse sem uma causa jurídica ou mesmo por uma motivação qualquer, por mero capricho.

Embora atraente, essa refutação não tem consistência, uma vez que desconsidera o dado fundamental de que os sistemas jurídicos exigem certos pressupostos essenciais⁴⁸ que precisam ser atendidos por aquele que deseje exercer a pretensão à tutela jurídica: (a) *capacidade de ser parte* e o *interesse de agir* (=necessidade e conveniência da prestação jurisdicional)⁴⁹.

48. Grande parte da doutrina do Direito Processual costuma referir-se a condições da ação. Sobre a inadequação dessa locução vide adiante.

49. O CPC no art. 3º dispõe que para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade. Equivocadamente, porém, por dois motivos: (i) deixou de mencionar a capacidade de ser parte que, em verdade, é um dos pressupostos, e incluiu a legitimidade ad causam que, em absoluto o é, pois constitui matéria que diz respeito ao mérito da causa, como se mostrará adiante; e (ii) usou impropriamente, ao vocábulo ação quando deveria referir-se a exercício da pretensão à tutela jurídica (mesmo que empregasse a inadequada locução direito de ação) ou, então, demanda. Portanto, sem dúvida, duas são os pressupostos para o exercício da pretensão à tutela jurídica (=provocação da tutela estatal): (a) a capacidade de ser parte e (b) o interesse.

- a) A titularidade de *capacidade de ser parte*⁵⁰, como já mencionado, constitui exigência indispensável para que alguém possa figurar, como parte, em relação jurídica processual, seja na condição de autor, de réu ou de terceiro interessado (= litisconsorte voluntário, assistente, embargante, oponente ou, apenas, recorrente), de modo que somente quem a tem pode ir a juízo. No direito hodierno, é reconhecida, indistintamente, a todas as pessoas físicas e jurídicas, ao menos nos países civilizados, pois decorre da titularidade da pretensão à tutela jurídica, vale dizer: quem tem pretensão à tutela jurídica tem capacidade de ser parte. No sistema jurídico brasileiro, também é atribuída, em particular, a alguns entes que não são pessoa, como a sociedade não personificada (sociedade em comum), a sociedade irregular, o espólio, a massa falida, o condomínio, as heranças jacente e vacante, o nascituro, o *nondum conceptus*, o Ministério Público. Independe de que o seu titular tenha capacidade de agir, ou mesmo capacidade processual. Não importa, portanto, se a pessoa é incapaz no plano do direito material e no plano do direito processual, ou mesmo se é pessoa⁵¹. A simples possibilidade de poder estar em juízo como parte ou interveniente, mesmo que seja por intermédio de representante (absolutamente incapaz) ou assistente legal (relativamente incapaz), é que caracteriza a capacidade de ser parte.

Ter capacidade de ser parte, em suma, é ser titular do direito de invocar a jurisdição, portanto e com maior propriedade, de exercer a pretensão à tutela jurídica.

- b) O pressuposto da *necessidade* ou *conveniência* (=interesse de agir) se caracteriza pela indispensabilidade de demonstração da utilidade prática de natureza jurídica, econômica ou simplesmente moral⁵² que o autor *pode obter* (não que obterá) da prestação jurisdicional a partir do exercício da pretensão à tutela jurídica. É evidente, não parece possível a prova da ocorrência desse

50. Sobre a capacidade de ser parte, com maiores detalhes, vide nosso Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, §24.4, ou nosso artigo Achegas para uma teoria das capacidades em direito, Revista de Direito Privado, n. 3, p. 9-34, jul./set. 2000 e Direitos & Deveres (Revista do CEJUR/ UFAL), ano II, n. 4. p. 3-40, jan./jun. 1999.

51. Sobre sujeitos de direito que não são pessoas, vide nosso Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, cit., §26.

52. Usamos a palavra moral em sentido bem amplo para mencionar tudo o que não é jurídico ou econômico, englobando, portanto, todos os bens da vida que podem tocar a alguém seja de que natureza for: religioso, político, científico, artístico, por exemplo.

pressuposto sem que seja afirmada a existência do direito que se deseja ver protegido. Portanto, quando se diz que a pretensão à tutela jurídica é abstrata não se afirma a desnecessidade de o autor alegar que há um direito a efetivar, mesmo que não seja seu próprio, nesse caso, porém, quando legitimado para tanto, mas, sim, se assevera que não é preciso que se prove, antecipadamente, a *certeza de que o autor tem razão*, vale dizer, que haja certeza da procedência de sua demanda. O exercício da pretensão à tutela jurídica, assim, não é livre ao puro e simples arbítrio das pessoas, nem a jurisdição está obrigada a atuar sobre coisas abstratas.

Por isso, se alguém invoca a prestação jurisdicional e não comprova ter capacidade de ser parte, nem, tampouco, a utilidade que poderá tirar da prestação jurisdicional que deseja, portanto, que lhe é necessária ou conveniente (=interesse), o Estado-juiz não apenas pode, mas deve recusar-se a prestá-la, por ausência dos pressupostos que, por se referirem à pretensão à tutela jurídica, que existe antes do processo, são classificados por Pontes de Miranda como pressupostos pré-processuais⁵³.

3.4. Conclusões preliminares sobre a pretensão à tutela jurídica

De tudo isso, podemos enunciar as seguintes conclusões sobre a pretensão à tutela jurídica (*direito de ação*):

- a) existe um direito fundamental, portanto, subjetivo público, à proteção jurisdicional pelo Estado, corolário do monopólio da justiça estatal como via para a solução das controvérsias e conflitos intersubjetivos (há exceções, embora poucas), que é conteúdo de uma relação jurídica de direito absoluto cujo sujeito ativo é o *alter* (=sujeito total) e passivo o Estado, que já nasce revestido de exigibilidade, por isso a referência à pretensão à tutela jurídica;
- b) a pretensão à tutela jurídica é abstrata, pois desvinculada da ação de direito material que o autor crê ser titular, bem assim

53. Comentários ao CPC, t.I, p. XXXIII (na 1ª edição) e XXIV (na 5ª edição revista, aumentada e atualizada por Sérgio Bermudes). Há vários outros pressupostos, esses, porém, processuais, como a formalização adequada da demanda (CPC, art. 2º), a capacidade processual (*legitimatio ad processum*), a capacidade postulacional, por exemplo, exigidas e definidas pelas leis processuais para que se possa constituir e desenvolver válida e eficazmente a relação jurídica processual (=processo), mas, em razão de terem natureza tipicamente processual, não podem dizer respeito, propriamente, à pretensão à tutela jurídica.

da situação de acionado que esse atribui ao réu, o que comprova a nítida distinção entre ela e a ação (de direito material) que se pretende impor, mesmo porque não tutela apenas o interesse do autor, mas também do réu;

- c) a pretensão à tutela jurídica tem por corresponsiva a obrigação da prestação jurisdicional pelo Estado, sempre que dela necessitar quem tenha capacidade de ser parte, cujo conteúdo consiste em proferir a sentença que deve realizar o direito objetivo⁵⁴, aplicando as normas jurídicas incidentes ao caso concreto que lhe é posto, sem outras referências a que seja favorável ao autor ou ao réu, como também a que seja justa ou injusta. Não se dirige, portanto, contra o réu, mas contra o Estado.
- d) a pretensão à tutela jurídica tem natureza pré-processual e de direito público, resultante de um direito fundamental (no sentido do direito das gentes); sua posição enciclopédica na ciência do direito pode variar em cada sistema jurídico, de modo que pode ser posto seu reconhecimento em qualquer ramo do direito e mesmo nem ser explícito, porque sua supraestatalidade (origem no direito das gentes) a faz existente independentemente de declaração estatal. No Brasil está declarada no art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal de 1988.

4. A TERCEIRA ACEPÇÃO EM QUE É EMPREGADA A PALAVRA AÇÃO

o terceiro sentido, e o mais comum, em que se costuma usar a palavra ação, é aquele que se refere aos meios que o direito processual põe à disposição das pessoas para que exerçam a pretensão à tutela jurídica, submetendo a ação (de direito material) que entendem ser titulares à apreciação do juiz (o autor) para que decida a questão. Com esse significado está empregado no art. 3º do CPC (bem como na nomeação do Capítulo II do Título I e dele próprio). A esses meios através dos quais a *demand*a é formalizada, Pontes de Miranda dá a denominação de *remédios jurídicos processuais*, com a qual os distingue da ação propriamente dita (de direito material) e da pretensão à tutela jurídica (impropriamente chamado *direito de ação*).

54. Pontes de Miranda, Tratado das ações, cit, t.I, p.233.

Em geral, se utiliza o vocábulo *ação* em locuções empregadas para nomear os meios através dos quais, para atender a exigência do art. 2º, *in fine*, do CPC, o autor formaliza a *demand*a. Assim é que se fala em *ação executiva*, *ação ordinária*, *ação cautelar*, *ação possessória*, *ação de cobrança*, *ação de depósito*, *ação de consignação em pagamento*, *ação de despejo*, *ação de indenização*, *ação demarcatória*, *ação reivindicatória*, *ação de reconhecimento de paternidade*, *ação de divórcio*, *ação de sonegados*, *ação anulatória*, *ação de mandado de segurança*, entre inumeráveis outras expressões, mesmo porque *advogado adora dar nome às ações*, desnecessariamente, porém.

5. CRÍTICA AO ART. 267, INCISO VI DO CPC

Consoante anotamos no início deste trabalho, e se confirma agora, depois de tudo o que aqui foi dito, na literatura jurídica de línguas latinas grassa uma injustificável imprecisão terminológica decorrente do uso da palavra *ação*. Essa imprecisão, porque despreza, abertamente, os mais elementares critérios e princípios assentes na boa ciência em relação à nomenclatura dos objetos, é responsável pelos eternos equívocos e erros no que permeiam a doutrina do processo civil. Apesar de arraigado desde priscas eras, esse vício não tem justificativa plausível, senão pela acientificidade da terminologia, máxime porque há locuções que definem as espécies com nomenclatura adequada e que elimina a possibilidade de serem confundidas: (i) *ação* para designar categoria de eficácia jurídica de direito material; (ii) *pretensão* (ou mesmo *direito*) à *tutela jurídica* para nomear a pretensão (ou mesmo direito) de invocar a jurisdição estatal com a finalidade de obter a prestação jurisdicional; (iii) *remédio jurídico processual* para denominar os meios segundo os quais se formalizam as demandas.

Em razão dessa imprecisão muitos erros se cometem, como o contido na norma do art. 267, VI, do CPC que se refere a (1) *condições da ação* e enumera como tais a (2) *possibilidade jurídica do pedido*, (3) a *legitimidade ad causam* e (4) o *interesse (=necessidade da tutela jurisdicional)*. Senão, vejamos.

5.1. A impropriedade da expressão “condições da ação”

A norma do CPC quando menciona o que denomina de *condições da ação*, adotando linguagem utilizada pela grande maioria dos processualistas, especialmente de língua latina, está fazendo referência às matérias

relacionadas a pressupostos para que alguém possa exercer o seu direito (pretensão) à tutela jurisdicional, em nomenclatura precisa. Sem dúvida, essa locução, por sua acentuada equivocidade devida ao emprego da palavra ação, contém grave defeito terminológico porque, tecnicamente, não é de ação que se trata, nem no sentido específico e próprio de ação categoria eficácia referente à impositividade da pretensão de direito material, nem tampouco na acepção corriqueira de *ação processual* (=remédio jurídico processual): de pressupostos para o exercício da pretensão (ou direito) à tutela jurídica é o de que, em verdade, ali se cuida. A gravidade da incorreção terminológica até que se poderia ter por amenizada se se falasse em *condições para o exercício do direito de ação*. Mas, mesmo assim não se removeriam as impropriedades, em face da inadequação do uso das palavras *condições* (porque é de pressupostos que se cuida e conveniente seria o seu emprego para guardar coerência com *pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo* – CPC, art. 267, IV.) e *ação* (porque é sobre pretensão à tutela jurídica que se versa).

Cientificamente correta, portanto, é substituir-se a expressão *condições da ação* por *pressupostos para o exercício da pretensão à tutela jurídica*.

5.2. Impropriedade quanto ao conteúdo do art. 267, VI, do CPC

5.2.1. Observação preliminar

Afora a inadequação terminológica, outra gravíssima impropriedade contém a norma do CPC ao enumerar o que considera condições da ação, incluindo dentre elas incluiu duas matérias que não têm essa natureza, pois dizem respeito ao mérito da causa: a possibilidade jurídica e a legitimidade *ad causam*. Somente o interesse (necessidade de prestação jurisdicional) é que, em verdade, constitui pressuposto para exercício da pretensão (direito) à tutela jurídica, juntamente com a capacidade de ser parte, como já mostramos antes.

Para que possamos demonstrar a correção de nosso ponto de vista de que a possibilidade jurídica e a legitimidade *ad causam* não constituem pressupostos para o exercício da pretensão à tutela jurídica (mesmo que a denominemos *condições da ação*), mas, sim, questões que dizem respeito ao mérito da causa, faz-se necessário conceituar, previamente, o que seja mérito da causa.

5.2.2. Conceito de mérito da causa

Esta matéria é bastante controvertida em doutrina. Em face da exiguidade de espaço, muito sucinta e objetivamente apresentaremos nossa ideia do que seja mérito da causa.

Para a adequada formalização de uma demanda (*ação*) o CPC (art. 2º) exige que o autor fundamente sua *pretensão processual* (aquilo que pretende obter da sentença) em fatos e no direito objetivo sobre eles incidente (=fatos jurídicos), afirmando, em suma e geralmente: (i) que é titular de um direito subjetivo, cujo devedor seria o réu; (ii) que, apesar de exigível (=pretensão) o réu não adimplira a correlata obrigação conforme pactuada, (iii) em razão do que é titular de uma ação (de direito material), o que lhe permitiria impor, inclusive forçadamente, a prestação inadimplida; (iv) no entanto, em face de lhe ser vedado fazê-lo pessoalmente, pede que o Estado-juiz o faça, no exercício de seu poder jurisdicional, proferindo uma sentença que satisfaça sua pretensão processual.

O réu, por sua vez, ao apresentar sua resposta, ou (i) se conforma com o pedido e confessa os fatos alegados pelo autor, ou (ii) contesta, podendo (ii') apenas oferecer defesa, negando a ação do autor, (ii'') ou opor-lhe, conjuntamente, também uma exceção substancial (=de direito material) que vise a elidir a ação do autor, suspendendo a sua eficácia imediata (exceções suspensivas) ou extinguindo-as (exceções peremptórias), ou, ainda, (ii''') somente opondo-lhe exceção, e, em todas as hipóteses, formula seu pedido. (Excluamos as alegações referentes a questões de ordem meramente formal, a possibilidade de reconvenção e de ação declaratória incidental).

Em rigor, a ação que o autor diz ser titular e, quando há, a defesa do réu (oposição e exceções), ambas, de ordinário, de direito material⁵⁵, formam, em seu conjunto, a *causa petendi*⁵⁶, que, juntamente com os pedidos, corporifica a matéria controvertida posta perante o juízo (=res in iudicio deducta). Essa matéria controvertida posta à decisão do juiz é que constitui o mérito da causa.

55. Embora em poucos casos, é possível haver causas cujo mérito constitui-se, exclusivamente, de questões de direito formal, processual, como ocorre em várias hipóteses que podem fundamentar ação rescisória.

56. É preciso ressaltar, porém, que há hipóteses, que não são raras, em que a res in iudicio deducta é formada apenas por ação e até somente por exceção. Tratamos do assunto em relação ao conjunto – pretensão→ação, defesa e exceção – porque o abrange em seu aspecto mais completo.

Sobre esse mérito é que deve ser proferida a sentença para que se considere efetivada a prestação jurisdicional, uma vez que o juiz somente a realiza quando decide a demanda, reconhecendo a procedência ou improcedência da ação afirmada pelo autor, em face da defesa e da exceção (se houver) opostos pelo réu. Qualquer julgamento que termine o processo, principal, incidental ou reconvenicional, sem decidir o mérito da causa (=a *res in iudicio deducta*), dizendo de sua procedência ou improcedência, não pode ser considerado, em sentido estrito, prestação jurisdicional, porque, em rigor, a está negando. O abade Panormitano, citado por Pontes de Miranda, ensinava que a diferença entre decisão de mérito e de não mérito se podia explicar pelo erro do juiz: sempre que juiz erra *in iudicando*, há decisão de mérito; sempre que o juiz erra *in procedendo*, sua decisão é de não mérito. A decisão de não mérito nunca entrega a prestação jurisdicional, porque somente diz respeito ao procedimento.

Como já havíamos observado em nosso *Aspectos de Despacho Saneador*, p. 24 s, esse conceito de mérito se aplica a qualquer espécie de processo. Tanto serve ao procedimento de cognição, em que o juiz deve decidir sobre a procedência ou improcedência da pretensão invocada pelo autor, diante das objeções e exceções (materiais) opostas pelo réu, como ao processo de execução, cuja finalidade consiste na satisfação daquela pretensão reconhecida, antes, na sentença, ou em presumida liquidez de título extrajudicial.

Posto esse conceito de mérito da causa, passaremos a analisar a natureza jurídica da possibilidade jurídica e da *legitimatío ad causam*, em suas implicações quanto ao tema deste trabalho.

5.2.3. Da possibilidade jurídica

O art. 2º do CPC dispõe que o Estado-juiz somente prestará a tutela jurisdicional a pedido do interessado, *nos casos* e formas legais. Decompondo a norma jurídica, temos que o interessado na tutela jurisdicional somente poderá obtê-la se o ordenamento jurídico reconhece como merecedor de proteção o interesse que ele pretende seja assegurado pelo juízo, vale dizer, que constitua um direito subjetivo seu, com pretensão (exigível) e ação (impositivo)⁵⁷. Se o ordenamento jurídico não

57. Só excepcionalmente, conforme dispuser a lei, pode-se pleitear em juízo direito de titularidade de outrem (CPC, art. 6º).

reconhece o direito subjetivo como exigível e impositivo, vale dizer, um direito acobertado por pretensão e ação, não é possível a invocação da proteção jurisdicional. Portanto, sem ele (reconhecimento pelo ordenamento jurídico), há impossibilidade jurídica de que a jurisdição estatal atue no sentido de proteger qualquer interesse, por mais relevante que seja. [Exemplo clássico é a dívida de jogo, que embora haja o direito do credor a recebê-lo, não tem ele ação (de direito material) para impor o seu pagamento (trata-se de um direito mutilado, sem ação). Por isso, se um credor por dívida de jogo pretender ingressar em juízo para recebê-la, o juiz se negará a admitir a demanda. Outro exemplo que se dava, era o de pedido de divórcio, antes do advento da Lei nº 6.515/77, quando o CC somente admitia o desquite. Se alguém pedia em juízo o divórcio, o juiz teria de negar a prestação jurisdicional por impossibilidade jurídica.].

Vista desse modo poderia parecer que a possibilidade jurídica seria um pressuposto para o exercício da pretensão à tutela jurídica. Equivocadamente, porém, pois a decisão que reconhece a impossibilidade jurídica do pedido constitui uma decisão de mérito, *uma vez que, em sua essência, a declaração do juiz é de que o autor **não tem o direito (mais propriamente a ação de direito material)** que pretende seja protegido.* Não se trata, portanto, de uma decisão de natureza formal, mas sim sobre direito material, uma negação do direito que o autor diz ter. É decisão sobre a causa de pedir (= *causa petendi*) que integra, como vimos, o mérito da causa.

Se o juiz decide pela impossibilidade jurídica, é evidente que o autor não poderá repetir a demanda. Se, tendo mudado a lei, o ordenamento jurídico passa a considerar aquele mesmo interesse como um direito acobertado por pretensão e ação, a demanda que se propuser não se pode considerar repetição daquela, mas uma nova, com nova causa de pedir, agora fundada em ação.

5.2.4. Da “*legitimatio ad causam*”

Segundo Alfredo Buzaid⁵⁸, a maioria dos autores nacionais considera que entre as condições da ação estaria incluída a *legitimatio ad causam*. Para alguns, seguidores do conceito de ação (no sentido de pretensão à tutela jurídica), como um direito concreto, a decisão negativa sobre ela

58. Do Despacho Saneador, Revistado Direito Processual Civil, I, pag. 48/49.

conduziria à improcedência da ação, por ser questão de mérito, enquanto para outros que adotam o conceito de ação (no sentido de pretensão à tutela jurídica) como um direito abstrato do reconhecimento da ilegitimidade de causa decorreria a *carência da ação*, não configurando decisão de mérito⁵⁹.

Inicialmente, é preciso que fixemos o que se deva entender por ilegitimidade *ad causam*. Chiovenda⁶⁰, por exemplo, explica que com essa expressão.

quer significar-se que, para receber o juiz a demanda, não basta que reputo existente o direito, mas faz-se mister que o reputo pertencente àquele que o faz valer e contrário àquele contra quem se faz valer.

Essa exigência está declarada, textualmente, nos já citados arts. 3º e 6º do CPC:

Art. 3º. Para propor e contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Parece lógico e evidente que outro não pode ser o autor da demanda senão o titular da ação (de direito material) que constitui a *res in iudicio deducta*, salvo *lex specialis*. Do mesmo modo, o réu deve ser aquele em face de quem, pessoalmente, se quer proteger o interesse. Nos polos da relação jurídica processual que se forma, angularmente, com o Estado-juiz⁶¹, devem estar presentes os titulares das posições ativa e passiva da

59. Essa informação do brilhante processualista, como já chamávamos atenção em nosso Aspectos do Despacho Saneador, p. 35, não pode ser aceita como verdade absoluta, pois que há autores que, filiados a certa corrente, divergem da maioria quanto à natureza da decisão sobre a legitimatio ad causam. Por exemplo: (a) Galeno Lacerda (Despacho Saneador, p. 75 e segs.), adota a concepção do direito abstrato, mas entende que a decisão sobre a legitimação ad causam é de mérito, enquanto, ao contrário (b) Chiovenda (Instituições de Direito Processual Civil, v.1, p. 262), ilustre defensor da concepção do direito concreto, ensina que "a falta de legitimatio ad causam emprega-se, na prática, o nome especial de carência de ação".

Há também juristas, de que é exemplo Pontes de Miranda, que entendem não poder a legitimidade ad causam ser tratada como uma condição da ação (pretensão à tutela jurídica), porque é matéria que diz respeito à relação jurídica material objeto da demanda, isto é, à res in iudicio deducta. (, e.g.).

Buzaid, responsável pela elaboração do projeto que resultou no CPC de 1973, por ser seguidor dessa concepção da legitimidade ad causam como condição da ação fez incluir o inciso VI no seu art. 267.

60. Instituições de Direito Processual Civil, cit., v. 1, p.258.

61. Na concepção angular da relação jurídica processual no vértice está o estado-juiz e nos lados autor e réu

relação jurídica material em causa, salvo situações excepcionais autorizadas em lei, como mencionado antes.

A essa titularidade ativa e passiva quanto à *res in iudicio deducta* é que se denomina legitimação para a causa (*legitimatio ad causam*). A titularidade da ação de direito material deduzida em juízo se confunde, assim, salvo *lex specialis*, com a *legitimatio ad causam*⁶².

Desse conceito uma verdade ressalta evidente: a legitimação *ad causam* refere-se diretamente à titularidade da ação de direito material deduzida em juízo, bem como da posição de acionado (passiva) nessa mesma ação de direito material, de modo que nos parece inadmissível conceber a legitimação para a causa como um pressuposto para o exercício da pretensão à tutela jurídica, ativa e passivamente, pior ainda das chamadas *condições de ação*. Reforça essa concepção a circunstância de que a pretensão à tutela jurídica, por ser resultante de um direito público subjetivo à proteção jurisdicional do Estado, é autônoma e independente do direito material que gera a ação de que se pretende a satisfação. Essa autonomia não permite *condicionar* o exercício da pretensão à tutela jurídica ao direito material em que se baseia a demanda, sob pena, como já demonstramos, de um retorno à teoria privatística da ação (sentido de pretensão à tutela jurídica), na qual podemos incluir a concepção do direito concreto.

Se a titularidade da ação de direito material deduzida em juízo (*res in iudicio deducta*) indica a legitimidade *ad causam* do autor e, correlativamente, se a titularidade da posição de acionado caracteriza a legitimidade *ad causam* do réu, segue-se que a decisão que declare não ter o autor ou o réu, ou ambos, essa legitimidade implica afirmação de que lhe(s) falta a condição de sujeito (s) da relação jurídica de direito material em que nasceu a ação; nega-se, portanto, que o autor seja o titular da ação de direito material, ou que o réu seja o titular da situação de acionado, o que importa, à evidência, julgar improcedente a demanda. Vai-se ao mérito da causa.

Dessa maneira, é evidente que uma decisão com esse conteúdo não pode admitir renovação da demanda sobre a mesma matéria, com base nos mesmos fundamentos fácticos e jurídicos, sob pena de desrespeito à coisa julgada material (por exemplo, Se **A** vai a juízo, em seu próprio

62. SANTOS, Moacyr Amaral., Direito Processual Civil: Parte Geral, p. 201

nome, cobrar de **B** um crédito cujo credor é **C** e o juiz o declara parte a ilegítima *ad causam*, **afirma, em última análise, que A não tem o direito para o qual pretende satisfação**). Se, posteriormente, por algum título hábil (herança, cessão de crédito) **A** sucede a **C** na titularidade do crédito, a demanda que propuser contra **B** não constituirá renovação da demanda anterior, mas nova demanda, porque a *res iudicio deducta* não é o crédito em si, mas a ação para recebê-lo.

Não é possível, está claro ter-se a *legitimatatio ad causam* como pressuposto de exercício da tutela jurídica (condição da ação) e muito menos permitir que aquele que foi declarado parte ilegítima *ad causam* possa voltar a juízo invocando a mesma ação de direito material. A ilegitimidade *ad causam* não é sanável. Quem é parte ilegítima não é titular da pretensão de direito material violada (=ação) deduzida em juízo e por isso não pode exigir a prestação do réu. Se não ocorre fato jurídico novo que modifique a posição do autor, não vemos como seja possível tornar-se, ele, parte legítima, simplesmente.

6. CONCLUSÃO

Considerando-se os pressupostos teóricos desenvolvidos neste breve estudo, parece indiscutível a impropriedade da norma do art. 267, VI, do atual Código de Processo Civil, em face do permissivo do seu art. 268. A sua inclusão no Código vigente, sabe-se, foi produto de uma época em que a vontade do Executivo prevalecia, absoluta, essa matéria foi imposta pela convicção doutrinária do responsável pela elaboração de seu projeto, o ilustre processualista Alfredo Buzaid, convicção essa a que, evidentemente, falta fundamentação científica, pois não expressa a exata caracterização, a precisa natureza dos institutos.

Volta-se, agora, à elaboração de outro Código e propõe-se a repetição do equívoco.

A matéria, sem dúvida é polêmica, mas, por isso mesmo, que não deveria constar de disposição legal, ou, ao menos, excluí-la do âmbito de incidência do art. 268.

BIBLIOGRAFIA

ALSINA, Hugo. *Las nulidades en el proceso civil*, B. Aires: EJE, 1958.

_____. *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, B. Aires: EJE, 1959.

- _____. *Defensas y Excepciones*, B. Aires: EJEa, 1958.
- BRISEÑO, Humberto. *Categorías Institucionales del Proceso*, México, 1956.
- BÜLOW, Oskar von. *Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales*, Trad. de M. A. Rosas Lichtshein, B. Aires, 1964.
- BUZAID, Alfredo. Despacho Saneador: Revista de Direito Processual Civil, vols. 1 e 2.
- CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*, Trad. Sentis Melendo, B. Aires, 1945.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y e LAVENE, Ricardo. *Derecho Procesal Penal*, B. Aires: G. Kaft, 1945.
- CERQUINHO, Galvão. Despacho Saneador, Revista Forense, vol. 86.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Trad. J. Guimarães Menegale, São Paulo, 1945.
- _____. *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma, 1930.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*, Trad. Rubens Gomes de Souza, São Paulo, 1946.
- _____. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, Trad. De Mozart Victor Russomano, Rio de Janeiro.
- CUNHA, Oscar. Despacho Saneador, Revista Forense, vol. 101.
- DERNBURG, Heinrich. *Pandette*, trad. F. Bernadino Cicala, Milão, 1906.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil*. Rio de Janeiro, 1946.
- GARCÊS NETO, Martinho. Despacho Saneador, Aplicações e Deturpações, Revista Forense, vol. 101.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*, Trad. Pietro Castro, Barcelona: Labor, 1936.
- _____. *Principios Generales del Proceso*, B. Aires, EJEa, 1961.
- GUIMARÃES, Machado. Carência de ação, Revista Forense, vol. 166.
- GUSMÃO, S. C. Despacho Saneador, Revista Forense, vol. 116.
- INSTITUIÇÕES DE JUSTINIANO. edição bilingue, Trad. Perez de Anaya e Peres Rivas, B. Aires, 1947;
- LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*, Porto Alegre, 1953;
- LIEBMAN, Túllio. Citação Inicial, Revista Forense, vol. 104;
- _____. Decisão e Coisa Julgada, Revista Forense, vol. 109;

- LIMA, Alcides Mendonça. O Despacho Saneador, Revista Forense, vol. 205;
- _____. O Despacho Saneador no Código de Processo Civil, Revista de Direito Processual Civil, vol 6;
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual Civil Brasileiro*, 2 ed. Rio de Janeiro, 1959;
- _____. A carência da ação, especialmente em relação à legitimação para a causa, Revista de Direito Processual Civil, vol 3;
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, 2ª ed. 1963;
- MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, edição Revista Forense;
- _____. Despacho saneador, Revista Forense, vol. 86;
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Aspectos do Despacho Saneador*, Maceió: Imprensa Oficial, 1964;
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Sobre a natureza jurídica da legitimidade ad causam*, Maceió: Imprensa Oficial, 1973.
- MILHOMENS, Jonatas. *Teoria e Prática do Despacho Saneador*, Rio, 1958;
- MORTARA, Ludovico. *Manuale della Procedura Civile*, Torino, 1921;
- NEVES, Cândido. O novo código de processo civil, Revista Forense, vol. 82;
- _____. Limites à Intervenção do Juiz na Direção do Processo Civil, Revista Forense, vol. 89;
- OLIVEIRA, José Lopes de. *O despacho saneador*, São Paulo, 1969;
- FERREIRA, Luiz Pinto. Da apelação de despacho saneador, Revista Forense, vol. 131;
- PLÁCIDO E SILVA. *Comentários ao código de processo civil*, 4a ed.;
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, 1ª e 2ª edições;
- _____. *Tratado da ação recisória*, 3ª edição, Rio 1957;
- _____. *Tratado de direito privado*, t.I, atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012;
- _____. *Tratado das Ações*, 1ª edição, São Paulo, 1970/73;

- REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*, Trad. Sentis Melendo e Ayera Redin, B. Aires: EJE, 1957;
- REIS, Alberto dos. *Dicionário de processo civil anotado*, Coimbra, 1950;
- _____. Código de processo civil brasileiro, Revista Forense, vol. 88;
- ROCHA, José Albuquerque, *Teoria geral do processo*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.
- ROSA, Eliezer. *Dicionário de processo civil*, Rio de Janeiro, 1947;
- _____. *Alguns aspectos do despacho saneador*, Revista Forense, vol. 111;
- _____. *Exceção em sentido processual*, Revista Forense, vol. 116;
- _____. *Carência, procedência e improcedência de ação*, Revista Forense, vol. 129;
- _____. *Sobre o ante-projeto da reforma do código de processo civil*, Revista Forense, vol. 130;
- ROSENBERG, Leo. *Derecho Procesal Civil*, Trad. Angela Romera Vera, B. Aires, 1955;
- SAVIGNY, M. F. C. von. *Sistema del derecho romano actual*, Trad. Jacinto Messias e Manoel Poley, 2ª ed. Ed. Madrid;
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Da reconvenção no direito brasileiro*, São Paulo 1958;
- _____. *Direito Processual Civil*, São Paulo, 1962;
- SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*, Trad. Prieto Castro, Barcelona: Bosch 1950;
- SILVA, Ademar R. da. Pressupostos Processuais, Revista Forense, vol. 155;
- TELES, José Homem Corrêa. *Doutrina das ações*, edição por Pontes de Miranda, Rio, 1918;
- THON, August. *Norma giuridica e diritto soggettivo* 1ª ed. Italiana (sem indicação do tradutor) Pádova: CEDAM, 1939;
- VIDIGAL, Luiz Eulalio de Bueno. Pressupostos Processuais e condições da Ação: Revista de Direito Processual Civil, vol. 6º;
- _____. Existe o Direito de Ação? Revista de Direito Processual Civil, vol. 5º;
- WACH, Adolf. *Conferências sobre la ordenanza procesal civil alemana*, Trad. Ernesto Krotoshin, B. Aires, 1958;
- _____. *La pretensión de declaración*, Trad. Juan M. Semon, B. Aires, 1962;
- WENGER, Leopold. *Compendio de derecho procesal civil romano*, 2ª Ed. Barcelona: Labor, 1937.

PROBLEMATIZAÇÃO DO DIVÓRCIO JUDICIAL NA TEORIA DO FATO JURÍDICO DE PONTES DE MIRANDA

Marsel Botelho¹

SUMÁRIO – Introdução – 1. Singularidades dos planos fenomênicos do fato jurídico – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

Há certos efeitos jurídicos que não podem ser diretamente “recebidos” pelas partes, sendo necessária a intervenção da jurisdição, porta pela qual penetram o mundo jurídico e adentram ao plano da eficácia.

Mas, como se sabe, o fato jurídico pode ser existente, e não valer; válido, sem efeito; existente e válido, e ainda, ou talvez sempre, não gerar efeito, ao menos em termos de sua eficácia específica. Mas não é somente isso o que ocorre com a sentença “desconstitutiva”, ou, como se costuma dizer, de “efeito desconstitutivo”.

A sociedade conjugal, quando atingida por fato jurídico (a que se chama aqui de *antecedente lógico*) também material, da mesma espécie, portanto, do daquela (artigos 1.573, 1.580, §2.º etc., CC), oriundo de incidência normativa outra que não a que deu origem a sentença (artigos 162, §1.º; 458+publicação; CPC) ou ao seu término propriamente (art. 1.571, CC), fulmina a comunhão de vida plena (art. 1.511, CC, sistematicamente).

De maneira tal que, apesar de existente o *antecedente lógico*, sua existência, conforme o caso, *deve ser* reconhecida e preservada em

1. Bacharel em Direito pela UFPE. Mestre em Direito pela UNICAP. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor Universitário. Ex-Diretor dos Sindicatos dos Escritores Profissionais de Pernambuco.

sentença, para que possa, assim, ser eficaz, o que não importa dimanar todos os efeitos *coadjuvantemente* (direito material+direito processual). Com o registro integrativo da sentença transitada em julgado, sim, os produzirá totalmente.

É preciso, então, que se destrinchem efeitos do fato jurídico material e os do fato jurídico processual, sem essa particularidade há de se fazer confusão neste estudo, inclusive entre forma e substância, e isso ao direito, ao menos, deve ficar bem decodificado.

1. SINGULARIDADES DOS PLANOS FENOMÊNICOS DO FATO JURÍDICO

Ciente de que uma separação de fato por dois anos (antes da Emenda Constitucional n. 66/2010), mesmo que ainda não reconhecida (separação judicial), não produzia unicamente “efeitos materiais”, tendo-se em conta que a incidência normativa do *antecedente lógico* não ocorre com/na sentença, precede-a, sendo inquestionavelmente fato jurídico e este dimana efeitos jurídicos (entretanto, ao revés, os suportes fáticos da sentença nela se concretizam e se *fazem* na/com a sentença), tanto que, reconhecida em decisão (a separação de fato ou rompimento da vida em comum), seus efeitos, diz-se, “retroagem”, a exemplo de não se configurar o abandono do lar etc.: declara-se, depois se desconstitui, nos termos que aqui se quer estabelecer.

A rigor, os efeitos não retroagem para alcançar uma situação de fato, nem poderiam, pois se estar a falar de situação de fato mesmo, factual, do simplesmente mundo, que não se cuida de reprisar filme de fatos da vida.

O que se dá é o reconhecimento de que houve mesmo rompimento da vida em comum (a que se chama de sociedade de fato), desde a data que se “deu”, e esse *se dá* é do *antecedente lógico*, que é imprescindível, e não poderia, no entanto, haver gerado apenas “efeitos materiais”, que, por ficção incompleta jurídica, agora, pela sentença, se lhe empresta o qualificante jurídico, declarando no plano da existência processualmente (coisa julgada) e constituindo no plano da validade e/ou da eficácia:

Uma das convicções centrais é a de que o processo, ou a sentença, que nele se profere, não cria regra jurídica nova, nem, portanto, altera a incidência da regra de direito material. O erro só afeta a aplicação. O que incidiu, incidiu. Se passa em julgado a sentença que decidiu mal,

tal preclusão apenas faz colocar-se à frente do interesse estatal da realidade do direito, que fracassou (a despeito de ser precípua), o interesse de não se deixar aberta a porta ao bis *in idem*.²

Porquanto, e isto já foi inserido, o sistema precisa reconhecer, por seus próprios mecanismos, já que não o permite aos particulares, a autenticidade/certeza do *antecedente lógico*, ocasionador do rompimento da sociedade conjugal (vida em comum), não ainda do vínculo jurídico.

No rompimento da vida em comum (art.1.572, § 1.º; 1.573, IV, CC), não há dúvida, a jurisdição declara a existência de uma situação de fato ou, em outras palavras, (declara para depois constituir) a inexistência da sociedade de fato (vida em comum), que é um componente da sociedade conjugal (= sociedade de fato+vínculo jurídico), em face de certos efeitos jurídicos tais que só o Estado pode *desfazê-los* ou *fazê-los*.

A declaração gera-se sob a influência de seu plano fenomênico da existência da vida em comum, elemento do casamento (razão de se manter ainda o vínculo jurídico), nem por isso se dissolve na juridicidade, e se limita a reconhecer apenas uma separação factual e, em seguida, “constituir” a produção de alguns efeitos para “desobrigar”, a exemplo, do dever de fidelidade. Aos apressados, poder-se-ia dizer, também, que é de mera referibilidade processual, como parece. Mas não é bem assim.

Se com a declaração e, empós, a “desconstituição”, esta não fosse de efeito “ex tunc”, a ambos os cônjuges poderia ser-lhes imputadas condutas infiéis, abandono de lar etc. Hipótese, portanto, descartável, que transformaria a separação em um instituto inútil, contrário às intenções do legislador, enfim, em letra morta.

De outra sorte, o divórcio direto, desde que haja separação de fato (sentido da ruptura da vida em comum incontornável) há mais de dois anos, “quebra o vínculo jurídico”, e, percebe-se, o único agregado material é o lapso de tempo maior que na separação de fato judicialmente posta.

Repensando bem, veja-se que, estruturalmente, a distinção entre separação judicial e divórcio era apenas quanto à diferenciação do ingrediente tempo, que não poderia haver divórcio direto sem separação de fato ou rompimento da vida em comum previamente estampada na

2. PONTES DE MIRANDA. Comentários ao CPC. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. XLVI.

separação judicial, não se estar a falar do divórcio com base em descumprimento dos deveres do casamento, litigioso, o que também não afetaria o raciocínio, pois atinge, vai até ao plano fenomênico da validade e da eficácia do *antecedente lógico*.

A distinção relevante, porém, e aí em que reside a diferença, é que aquela (a separação judicial) não quebrava o vínculo jurídico, e este (divórcio) sim. Evidente que o legislador é livre para estabelecer efeitos estes ou aqueles, mas não pode destroçar os conteúdos lógicos mínimos da ciência do direito, mas particularmente do fenómeno da incidência normativa e do fato jurídico.³

Dentro, entretanto, desses fenómenos jurídicos materiais e processuais descritos, como se depreende, não se pode confundir a existência do *antecedente lógico*, que se associa à incidência material, e quanto a esta o Estado não tem poder para tanto (salvo o controle de constitucionalidade difuso/concentrado), porque apenas “diz” se *é* ou não fato jurídico e não se *é* ou não a norma capaz de incidência. Recolhe-se a “dizer” se incidiu ou não, nesse sentido, não a rigor, poder-se-ia dizer que o direito processual “constitui” o material no plano existencial.

Assim, atente-se que, nas hipóteses de que se trata, o legislador quis afetar, através da jurisdição, o plano da eficácia, ou, conforme o caso, o da validade e da eficácia (impedimento) do *antecedente lógico*, em relação ao casamento, fazendo a distinção entre os efeitos da separação judicial e os do divórcio.

Assim se tinha por indiscutível:

Primeira hipótese (separação judicial): separação de fato + tempo → rompimento da vida em comum → sentença constitutiva + efeito declarativo =, desobrigação dos deveres do casamento + reconhecimento do desfazimento da sociedade de fato (= separação judicial), dizendo-se que não houve quebra do vínculo jurídico, as partes continuam casadas, mas as pondo em uma nova situação jurídica.

Assim se tinha por discutível:

3. “Aliás, dizer que o legislador pode destruir a separação entre inexistência e nulidade é o mesmo que supô-lo apto a, por exemplo, decretar a mudança de sexo ou abrir audiência na lua.” PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo III. Rio: Forense, 1974, p. 21.

Segunda hipótese (divórcio): separação de fato (+ tempo = separação judicial) + tempo → “sentença desconstitutiva” = rompimento do vínculo conjugal (= divórcio), dizendo-se que houve quebra do vínculo jurídico, as partes não são mais casadas.

A cautelaridade, numa separação de corpos de pessoas casadas (a exemplo da exclusão da mulher ou do homem da residência do casal por violência) não visava só a garantir a utilidade do processo principal, que nem precisa haver, porque a nova situação jurídica produzida independe da distribuição daquele (principal): os efeitos “desconstitutivos” prevalecem de qualquer forma. Não seria concebível que, por ausência da principal, o cônjuge subtraído ao lar por atos de violência a ele retornasse incólume simplesmente.

Em ambas, em regra, os efeitos do rompimento da sociedade conjugal ou da vida em comum retroagiriam (“ex tunc”), e os concernentes à quebra do vínculo não (“ex nunc”).

Qual seria, para a ciência do direito, a importância disto, de haver-se menos com a existência do que com a validade ou eficácia do fenômeno jurídico?

De tudo que já foi dito, percebe-se que o conceito do *ser* do fato jurídico é mais fechado, tudo é mais bem posto e, por outro lado, o conceito de inexistência é metajurídico, se bem que se sabe que o existir ou inexistir, por si mesmos, nada acrescentam ao mundo, nada mais nada menos porque é um conceito estático.

O existir simplesmente, a validade e a eficácia, ao direito, associados às normas cogentes, de ordem pública, como se queira denominá-las, quando não operam, fora da jurisdição, transformação jurídica necessária para que se obtenham os efeitos previstos no ordenamento, cabe ação constitutiva. Diferentemente daquilo que existe e é válido e eficaz, com as particularidades já revisitadas, caso permita a lei a manifestação de vontade extrajudicial.⁴

Noutra moldura, *valer* e *eficaz* já apontam numa outra direção: aceitam para uma transformação do que já *é* e nessa sede se dão as relações

4. PONTES DE MIRANDA. Tratado das ações. Tomo III. São Paulo: RT, 1972, p. 10: “Se o interessado pode obter a constituição sem ser preciso que proponha ação, o que se há de entender é que a ação constitutiva não cabe, isto é, não há necessidade da tutela jurídica.”

humanas, assim como as jurídicas, indissociavelmente postas. Não há, portanto, liberdade no existir, que é de somenos importância, apesar de aparentemente a afirmação proclamar uma incoerência, já que tudo vem depois.

Malgrado posições contrárias, fora que devem estar da dogmática jurídica, o sentido de existir ao direito é algo dirigido, mais acentuadamente no fato jurídico estrito senso da sentença, previamente, e apenas isso, se não se pretende que a inutilidade profane a ciência jurídica. Em um mundo de perfeições humanas, talvez não restasse espaço às normas jurídicas; sequer, também, à arte, como quis profetizar Piet Mondrian.

Tanto que, assim bem encartado, distorções não há quanto à natureza constitutiva, tanto quanto ao efeito declaratório do *antecedente lógico*, da sentença de separação judicial ou do divórcio. Sem deslembrar que a sentença de natureza declaratória reconhece a existência ou inexistência de relação jurídica, que é conceito do mundo jurídico; ou a falsidade ou a autenticidade de um documento, “portanto, a qualquer efeito vinculativo, ou extintivo, ou modificativo”⁵.

Documento posto a carga de juridicidade. Assim como falsidade e autenticidade. Não sendo, na realidade meros fatos, mas suportes fáticos, porque deve haver interesse jurídico em relação a eles.⁶

Não se vem ao processo discutir se uma carta de amor é de autoria de ciclano ou fulano, meramente com essa intenção, exceto se houver nisso relação com o mundo jurídico, tanto para prevenir (ameaça), quanto para corrigir (lesão a direito), pois deve haver carga de juridicidade, fato de juridicidade ao menos.

Enfim, não se vai à jurisdição discutir fato que não tenha obrigatoriedade, ao menos *in potentia*: fato de juridicidade. Que não se discute fatos brutos diga-se. É preciso, no mínimo, o lampejo de juridicidade naquilo que se busca na jurisdição, que tem por função “dizê-la”, mesmo que seja o próprio direito processual a perfazê-la, quando não identifica, previamente, o interesse de agir ou em decorrência mesmo do exercício da tutela jurisdicional.

5. PONTES DE MIRANDA. Tratado das ações. Tomo III. São Paulo: RT, 1972, p. 7.

6. PONTES DE MIRANDA. Comentários ao CPC. Tomo V, Rio: Forense, 1974, p. 416.

E se “direito” não há, o “dito” fica sendo o “direito”. Não se lhe permite dizer mais nada. Daí, então, mais intensamente, a constatação de ser o direito processual também substância.⁷

Saliente-se que, em regra, como acontece em relação às nulidades, a nulidade do ato processual, princípio da abstenção do material, não atinge o direito material discutido, salvo se este

Por si, atribui efeitos negativos “materiais” à nulidade do ato processual. Só os atos processuais são atingidos, e a enumeração deles é taxativa.

Nenhum fato de direito material pode ser fundamentado de invocação de nulidade dentro do processo, salvo se consta do próprio pedido e a sentença tem de decretá-lo.⁸

Não se deve, respeitando-se o que foi dito, baralhar os expedientes: efeitos são por autorização da eficácia, não são a própria. Dessa arte, então, há de vir que, mesmo em se atribuindo efeito de direito material a direito processual, este não se torna, nem um ao outro, aquele, pois que têm conjuntos eficácias distintos.

Num paralelo, grosso modo, o mesmo se diga com a dita sanção da nulidade: não há, no entanto, por se dizer efeito da sanção, negócio sanado, apenas se repete, com suporte agora eficiente, negócio jurídico tido insanável, substituído “ex novo”.

A repetição, sem rigor, se associa apenas ao plano da existência e não ao da validade ou eficácia, porque existem o ato inválido e o ato ineficaz no insanável. Não há efeito do novo sobre o anterior, o efeito jurídico brota apenas daquele.

Para robustecer o argumento, à vista de tais digressões, outra relação próxima da realidade do fato jurídico do término da sociedade conjugal era: (direito material) = ação de constituição no plano material da existência do *antecedente lógico* + (direito processual) “ação” de constituição, no plano da existência, da validade e da eficácia do direito processual → divórcio = “efeito constitutivo” ou, como se prefere chamar, *efeito coadjuvante* de validação e eficacização do *antecedente lógico* ou *efeito disjuntivo* da sociedade conjugal.⁹

7. “Mas o ato processual, ele mesmo, tem forma e substância” (...) PONTES DE MIRANDA. Comentários ao CPC. Tomo III, Rio: Forense, 1974, p. 323.

8. PONTES DE MIRANDA. Comentários ao CPC. Tomo III, Rio: Forense, 1974, p. 322-323.

9. Ação e “ação” são termos utilizados aqui no sentido ponteano.

Assim, não se constituíam “efeitos jurídicos retroativos aos materiais” do que não se constituiu como direito previamente, do que não é, e não se diga que foram constituídos na sentença unicamente, em face de sua autoridade: os efeitos da sentença são outros, próprios (ação ≠ “ação”), mesmo que se complementem, de direito material e processual.

E só, tais que a eficácia está prevista em normas processuais, que servem para “dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha o direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”¹⁰.

Daí se justificar o cognome de sentença de “efeitos constitutivos ou desconstitutivos”, e não que seja sua *natureza* constitutiva ou desconstitutiva porque “cria” direito material isoladamente, distintamente daquilo que se chama de *força da sentença* por “desconstituir ou “constituir” fato jurídico de direito material, que a sua natureza não é a mesma dos efeitos que impõe, sua eficácia é que pode ser declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva: a eficácia é poscedente à existência do fato jurídico material e não precisa ocorrer ao mesmo tempo ou simultaneamente como acontece ao fato jurídico processual.

Claro que os efeitos podem refletir bem a coisa, porque o móvel, o “comportamento”, dela diz muito, mas, em ciência, não se deve definir algo somente por seus efeitos, preciso ter-se a certeza da coisa em si mesma, ficando mais fácil, mais provável, daí, prever efeitos. É o que deve, pensa-se, fazer a ciência jurídica.

Enfim, a (des)constitutividade é aqui vista sobre o prisma de uma unidade (des)constitutiva material-processual, tendo em vista que passa a ser um *ente* (*ser+dever-ser*) independente da norma ou do suporte fático que lhe foi imprescindível. E não uma ou outra coisa isoladamente. A materialidade é *a priori* enquanto a processualidade é *a posteriori*. Em suma, a existência (“constituição” material) se dá *a priori*; e a processual, *a posteriori*, certificando a incidência, garantindo o conjunto eficaz pelo fato da eficacização da sentença, não seus efeitos.

Num paralelo com a doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual, mesmo admitindo que “a constitutividade muda em algum ponto, por

10. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol.1, Campinas: Bookseller, 1998, p. 67.

mínimo que seja, o mundo jurídico”¹¹, afirma que “quem constitui faz *mais* do que declarar e “quem somente declara não constitui”, arrematando, para justificar a distinção entre sentenças declarativas e constitutivas, que, “às vezes, há *maior* eficácia constitutiva, e são elas constitutivas, com efeito declarativo” e “outras vezes, é *maior* a eficácia declarativa, e são declarativas, com efeitos constitutivos”¹².

Colocando o eminente mestre que esse hibridismo, esses campos cinzentos existem na ausência de melhor classificação, porque se esbarra na natureza das coisas e “o mundo não é como *queríamos* que fosse”.

E arremata dizendo que o sentido de “declarar” posto nas sentenças constitutivas ou desconstitutivas está relacionado com o direito material, concluindo que *esse sentido “é o de dizer que já se constituirá, antes, alguma relação jurídica, em oposição a só se constituir agora”*¹³. Rui Barbosa levava a extremos tais premissas:

Rui Barbosa (*A Transação do Acre no Tratado de Petrópolis*, 50) aludiu à existência dos julgados “meramente declarativos”, distintos das sentenças constitutivas; porém não precisou – e então não podia fazê-lo, salvo com antecipação de décadas – se se referia a sentenças declarativas, *pròpriamente* ditas, ou a sentenças declarativas e sentenças com elemento declarativo. Apenas como que viu, de longe, esse elemento, quando disse que sentenças como as de divórcio, de interdição, ou de adoção (então, havia as cartas de adoção, ef. Ordenações Filipinas, Livro II, Título 56, pr., e Livro III, Título IX, §2, e Título 59, §11, e a esses julgamentos confirmativos é que havia de referir-se Rui Barbosa), embora não sejam declarativos, “o princípio geral de que o caráter das sentenças é declarativo subsistirá ileso”.¹⁴

E isso reflete exatamente o que se vem dizendo, que a jurisdição, nas sentenças constitutivas, vincula sua atuação aos planos da validade e da eficácia do *antecedente lógico*.

Por outro lado, este trabalho edificou-se, também, na certeza de que se pode, como aqui se fez, ir além da “declaração *mais* constituição”, albergada por Pontes de Miranda, mas colocada por Liebman em contraponto a Chiovenda, tanto quanto ao lecionar que, nas desconstitutivas,

11. PONTES DE MIRANDA. Comentários ao CPC. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 56.

12. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 56.

13. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 56.

14. PONTES DE MIRANDA. Tratado das ações. Tomo II. São Paulo: RT, 1972, p.17.

cujas declaratoriedade antecede-a, não ultrapassa o simples motivo, a questão prejudicial, ou o elemento computável do *decisum*.

Sem deslembrar que a classificação quinária ponteana das ações tem por base a predominância, força maior de um ou outro efeito, e não ausência. Aqui se diria do conjunto eficácia, que se confundiria com sua natureza jurídica no sentido ponteano.

Quatro conclusões. Primeira: a separação judicial por ser sentença constitutiva mantinha uma *situação de fato* preexistente (efeito declaratório), *certificando-a*, que não poderia, por óbvio, alterá-la ou não mantê-la, ou seja, ou reconhece que há ou que não há ruptura da vida em comum para dar-lhe efeitos jurídicos. Não se poderia, em princípio, “apagar” a factualidade no mundo dos fatos por decisão; fatos são o que são.

Segunda: esse reconhecimento prévio transformava também o mundo jurídico, em face da força “desconstituiva” que flui em nível dos deveres conjugais etc. Assim, certificava factualmente, validava e eficazizava (e não efetivava) juridicamente, trazendo certeza jurídica a uma relação jurídica.

Ora, a declaração se prestava justamente à existência de separação de fato ou ruptura da vida em comum, mesmo posta à carga de juridicidade não deixava de ser fato, factualidade, o que seria estapafúrdio o direito desprezá-lo em qualquer que seja a ficção jurídica.

Sendo assim, a jurisdição julga suportes fáticos, que são fatos valorados, não fatos brutos, o que não implica deixar de sê-los ou percam sua natureza por meio da juridicidade e deixe de julgar fatos. Os fatos nela não se diluem nem a juridicidade neles. Questão de ciência mesmo.

Pode-se, assim, alegar que não havia situação jurídica transformada? Claro que havia, pois o vínculo jurídico que ainda se mantém resta, agora, corroído, fragilizado, modificado, prestes a sucumbir, e o separado de fato, por sentença, passava a ser separado por direito e essa situação jurídica é, sem equívoco, nova, liberando dos deveres conjugais.

Aliás, toda sentença tem por fito trazer certeza jurídica, independentemente de ser dessa ou daquela eficácia, certificando a incidência normativa sobre os suportes fáticos.

Daí é peremptória a conclusão de que uma sentença de natureza declaratória pode criar situação jurídica nova por *efeito*, e não só a

desconstitutiva por *força*. Da sentença “constitutiva” da separação judicial resultava: certeza da situação de fato + certeza da situação jurídica transformada, com predominância de constitutividade, na linguagem ponteana.

Terceira: a “sentença desconstitutiva” do divórcio direto não só certificava, em face do *antecedente lógico*, mas também levava coadjuvadamente seus efeitos aos da separação, mantendo ou bicertificando a situação de fato anterior e atribuindo novos efeitos jurídicos à situação jurídica precedente, se os efetiva ou não, volve ao plano sociológico do direito, porque as partes podem manusear, em comum acordo, os efeitos, não a eficácia; no caso há predominância de constitutividade, na linguagem ponteana.

E observe-se que a prestação jurisdicional independe de haver situação de dúvida, nem relativamente à jurisdição ou às partes; na separação consensual ou no divórcio direto, o que a jurisdição fazia era certificar a concreção do suporte fático abstrato da norma, não repelia, a rigor, uma situação duvidosa, pois, em hipótese, a incidência deve coincidir com a aplicação.

A declaratividade, para o mundo jurídico, funciona como certeza jurídica de que *é* ou não, o que não implica um contraponto à dúvida, sendo a incidência incondicional.

A premissa de que há dúvida entre as partes porque provocam a jurisdição é falsa, só a conclusão é verdadeira, que certifica, pois a dúvida pertinente ao direito, em relação às partes, deve ser objetiva e se é objetiva, na realidade, não o é dúvida para o juiz (art. 126, CPC): o Judiciário, relativamente à sua atuação civil, não é órgão de consulta.

A certeza que a jurisdição traz ao mundo jurídico não tem como correlato, por óbvio, uma situação de dúvida subjetiva, mas de verificação de correspondência dos suportes fáticos, verossimilhança, verdade possível, porque seu papel é “dizer” o direito, incongruente, assim, falar-se em dúvida.

Quarta: Da “sentença desconstitutiva” do divórcio resultava: nova certeza da separação de fato + certeza da situação jurídica nova. Portanto, irrelevante dizer-se que a “sentença constitutiva” certifica e efetiva (mas valida e eficaciza) o direito potestativo, enquanto a sentença

declaratória traz apenas uma certeza jurídica.¹⁵ A sentença declaratória tem eficácia declaratória, sendo assim, integra os efeitos do fato jurídico que certificou; quer dizer, atua no plano da existência do direito material coadjuvadamente, mesmo porque a eficácia do direito material, neste caso, é regulada totalmente por este.

CONCLUSÃO

De tudo que aqui se tentou explicar, resta a ilação de que a sentença constitutiva de separação ocorria sempre em duas etapas, relativamente à “constituição” do *antecedente lógico* no plano existencial como elemento complementar do suporte fático ou da eficácia do fato jurídico extintivo do casamento:

A primeira em que as normas de direito material incidiam para criar o *antecedente lógico* que se integrava ao suporte fático do fato jurídico a “desconstituir”, a que Pontes de Miranda chamou de “declarar, no sentido processual, é menos e mais do que isso; é não condenar, não-constituir, não-executar, não-mandar; mas, apenas, enunciar, autoritativamente, que *existe*, ou que *não existe*”¹⁶ (plano processual); e firma: “Na constituição, também se interpreta e aplica lei, e também se pode errar; mas, em tal caso, o erro é no plano declarativo, e não no constitutivo, que vem, logicamente, após aquele e nele está, *ex hipotese*, o *decisum*, tendo sido a declaração (1) simples motivo, ou (2) questão prejudicial, ou (3) elemento computável do *decisum*”¹⁷. Nessa etapa, direito material e processual se completam, para, juntos, “constituírem” o *antecedente lógico*; portanto esse “declarar” processual do *antecedente lógico* não lhe “constitui” no plano da existência material, mas lhe reconhece a incidência processualmente (coisa julgada material, se de carga não inferior a 3 (três).

Ressalvando que não há plano constitutivo, muito menos dentro do plano declarativo, o que se declara é que há ou não incidência, conseqüentemente, fato jurídico, aí se poderia falar em constituição de fatos jurídicos, cujos suportes fáticos foram suficientes (mas o plano é o da existência material do *antecedente lógico*).

15. DIDIER JR. Braga, Paula Sarno.Oliveira, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 2.^a ed., Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 329-333.

16. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 56.

17. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 55.

Se, por outro lado, formou-se deficientemente, há que se decretar sua invalidade (atingindo o plano da existência, pois se o nulo e o anulável geram efeitos não se pode dizer que é inexistente, mas que existe inválido); se nulo, há que se desconstituí-lo, o ato, (plano da existência, mesmo que gere efeitos, e que também existe nulo).

Se anulável, apenas pode haver desconstituição do fato jurídico que já se encontrava no plano da existência e no da eficácia (decretação de anulabilidade, aí cabe também, se pedido, a desconstituição dos efeitos). Se anulável, mas sanado, a sanção vai constituir o ato em validade. Não se devendo concluir, a rigor, que essas desconstituições ou constituições, porque atingem o plano da existência, possam implicar que o ato inexistiu. Não há, a rigor, um plano constitutivo. Sem deslembrar que há nulidades que se convalidam para sempre e que geram efeitos para sempre. Só há três planos do fato jurídico: o da existência, o da validade e o da eficácia.

A segunda em que se prolata a decisão “de eficácia desconstitutiva”, mas que se entende aqui só atingir o plano da validade ou da eficácia, a que Pontes de Miranda deu o caráter de criar o próprio direito material, ou seja, atingindo o plano da existência pelo revestimento da sentença ao seu conteúdo, a gerar o próprio direito material e afirma que se deve entender, relativamente aos que chamam “declarar” ao invés de constituir, que “esse ‘declara’ está aí no sentido de direito material, que é o de dizer que já se constituíra, antes, alguma relação jurídica, em oposição a só se constituir agora”¹⁸, sendo, para Pontes, apenas troca de sentido de constituir por declarar; que rejeita, e, neste trabalho, ocorre com a concreção dos suportes fáticos materiais, extraprocessualmente, que não na sentença.

Ou seja, declarar que se “constituiu” materialmente mais declarar que se “constituiu” no processo é o que faz a sentença declaratória, sem constituição de situação jurídica nova até agora. Nas (des)constitutivas “declara-se” (que é o constituir-se de direito material) mais o “declara-se” (enunciação, sentido lingüístico, de direito processual, que equivale a constituir-desconstituir) resultando, em outras palavras, que esse primeiro “declara” é de referibilidade material, de pura constitutividade material, no sentido já colocado e o segundo “declarar” a constituição ou desconstituição processualmente é apenas no sentido enunciativo, portanto, o eminente doutrinador não admite, tecnicamente, o termo

18. PONTES DE MIRANDA. Comentários ao CPC. Tomo V. Rio: Forense, 1974, p. 56.

“declarar” na constituição, com o que se concorda, exceto no aspecto exclusivamente enunciativo, com os aspectos já postos.

Para Pontes de Miranda, então, o divórcio resultaria da eficácia derivada do elemento declaratório mais a eficácia derivada do elemento constitutivo, ambas em termos de direito processual, predominando o segundo.

Porém, neste trabalho, o que se quer dizer é que, nas sentenças constitutivas, o direito material se “constitui”, e não é simplesmente enunciado lingüisticamente como declaração, ou dependa do enunciado “declaratório” processual, no sentido de criação do *antecedente lógico*, mas apenas de constituição em validação ou eficacização.

Por isso se dizer que essa constituição processual do *antecedente lógico* é validativa ou eficaz, portanto, complementar de suportes fáticos ou de eficacização, resultado da complementação, por constituição, da eficácia da sentença, que, somadas essas duas etapas, *ipsis litteris*, resulta na constituição ou desconstituição do direito material, com as particularidades já colocadas.

Isso tudo, também, é remanescente do pensamento ponteano, e diga-se correto, quando difere força ou efeito da coisa julgada material e sua eficácia constitutiva, coisas distintas.

Evidentemente, esse conjunto eficácia (E) perfaz uma força, que não pertence a um só dos elementos-efeitos do conjunto “{n}” dos efeitos, mas seria aquela cuja irradiação dimana do conjunto eficácia preponderantemente, constituindo situação jurídica nova, mais que declarando em face da força jurídica que a “sentença constitutiva” tem de transformar o mundo jurídico eficacizando-o, porque a função da sentença é eficacizar e não é à toa que a denominação ponteana é dada por eficácia declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva.

Para que não sobreleve nenhuma dúvida sobre a posição que se escolhe, de que às “sentenças constitutivas” não geram direito material isoladamente, ou seja, pelo fato jurídico exclusivamente processual, posição destacada em Pontes de Miranda, quer se deixar bem claras duas premissas já inadiáveis.

Primeira: A posição do eminente doutrinador considera que, em relação às “sentenças constitutivas”, a regra processual dessas sentenças é regra de forma que basta por si mesma para a criação de direito material.

Destacando que há outras regras de forma, como as que determinam o modelo do ato negocial de um contrato, que é de direito material.

Aclarando mais o raciocínio ponteano: no divórcio, a desconstituição de direito material se daria por regra de forma de direito processual, inadmissível, na linha do grande mestre, que fosse por regra de direito material, já que precisa de sentença, suporte fático¹⁹. Ponto óbvio por observância literal do art. 1. 571, IV, CC.

Assim, implica dizer que a regra de fundo, imprescindível ao caso, é de direito material. O problema, em se admitindo simplesmente essa hipótese para o divórcio judicial, é que a sentença, suporte fático do término do casamento, seria também regra de fundo, uma vez que afirma que a constituição do direito material se dá na sentença e que assim ela “criaria” o próprio direito material com sua força constitutiva, portanto, a sentença não só revestiria com sua forma, já que houve criação por ela constituída, mas resultaria do enchimento dos elementos materiais nela contidos, componentes da substância material colacionada e, assim, seria apenas invólucro, e não haveria de se entender que a norma, de direito material do art. 1. 571 incidiu sobre a sentença (divórcio), que já seria também fato-conteúdo, substrato, suporte fático? Claro que sim.

Tal confusão levar a pensar que prevaleça forma processual sobre conteúdo material, uma vez que se poderia concluir que se tal norma incidiu sobre o conteúdo da sentença (e não sobre a própria sentença como ato processual), apenas confirmaria a premissa que se defende, porque se deve ter em conta a incidência da norma que colocou a sentença como suporte fático e não o próprio suporte fático (que é a sentença mesma), a criar direito, como na hipótese analisada. Tal raciocínio é plenamente aplicável para qualquer hipótese constitutiva, como a uma das mais, poder-se-ia dizer, redundante, caso da adoção.

Essa idéia parece um contrassenso com tudo aquilo que foi posto, caso não se fizesse um apanhado sistemático de normas outras que não só a do art.1.571, IV, CC, sem deslembrar que o conteúdo que a sentença vincula não lhe pertence, ainda mais a se pensar que a última incidência foi a de direito material e não a de direito processual. Mais uma razão para se convolar o mecanismo descrito.

19. PONTES DE MIRANDA. Tratado das ações. Tomo III. São Paulo: RT, 1972, p. 10: “A sentença só é constitutiva se a decisão do juiz é elemento do suporte fático do exercício do direito formativo.”

Do contrário, resultaria uma celeuma enorme entre forma e fundo (conteúdo): Ou seja, o elemento declarativo, no plano processual, “constituiria” o *antecedente lógico* na desconstituição do vínculo conjugal no plano do direito material.

E em assim sendo o magistério ponteano, tomado *ad litteram*, restaria que as sentenças constitutivas, que por si mesmas constituem direito material, o fazem apenas porque lhe dão forma. Forma e fundo de direito material independem da forma e fundo de direito processual no plano da existência. Nesse plano, as duas se integram, não se põe uma em lugar da outra. Certo que não há forma sem conteúdo. Conotação sem denotação anterior. Interpretação sem compreensão anterior etc., o que não se pode é embaralhar todas elas, porque compõem uma estrutura de elos em cadeia.

Para a sentença, dar-se forma é existir, ser publicada, e o conteúdo, que pode ou não haver, que vincula, é de direito material, que não se torna processual em face do vínculo, nem a forma processual que se integra à nova situação jurídica do casamento com o divórcio vai implicar a “criação” de direito material processualmente, porque aí se teria de admitir que o direito material fosse incapaz de dar-se forma e fundo, ou a inutilidade da forma material, ou mesmo da incidência reveladora (incidência abstrata, deôntica) em composição com a eficácia jurídica (incidência concreta). O problema de forma, no sentido que se defende, é questão de validação ou eficacização do direito material.

Para deixar bem clara a posição aqui assumida, entenda-se que, quanto ao plano da existência material do *antecedente lógico*, nele é que se constitui ou se desconstitui direito material, sem que dependa de regra de forma de direito processual, em que sua processualização é revestimento que não o “cria” nem o “descria”, mas é condição de validação ou de eficácia, embora Pontes de Miranda ensine que

O que vai ser processual realizar-se-á dentro do processo. O que é de direito material continua preso, lá fora, a esse direito (procuração judicial, consentimento do marido para a mulher estar em juízo ou da mulher para certos pleitos do marido). O ato processual de revestimento é, na maioria dos casos, a *homologação* (e.g., Código de Processo Civil, arts. 269, III, e 1.097). A homologação é expediente de *processualização* (ou de *estatalização*, se empregarmos a expressão ‘processo’ em sentido amplíssimo que abranja o processo do Código de Processo Civil e o dos juízes arbitrais.²⁰

20. PONTES DE MIRANDA. Comentários ao CPC. Tomo III. Rio: Forense, 1974, p. 17.

A forma da sentença (relatório, fundamento, dispositivo etc.) coincide com sua existência e só ocorre no exato momento em que é publicada, passando a existir como tal. Sentença também é substância de direito, independente do conteúdo material. E também é ato formal. Em outros termos, a regra da forma de um contrato pertence ao direito material, assim como a de fundo, mesmo que intervenha a jurisdição para eficacizar ou validar.

E mais: “Cumpre não confundirmos regras de direito material e *regras sobre o conteúdo*, bem como regra de direito formal e *regra de forma*. A regra sobre forma dos negócios jurídicos de direito material é de direito *material*, e só raramente processual (e. g., sentença constitutiva, jurisdição voluntária constitutiva)”²¹. Neste trabalho não se vislumbram tais raras exceções.

Segunda: Daí que a sentença como suporte fático do término do casamento é regra de forma indiscutivelmente, mas não para servir ao plano de existência do direito material. Tal concepção problematizada consiste em se pensar ou fazer a diferença de que o constituir-se fato jurídico material (existência do *antecedente lógico*) ainda não é o constituir ou desconstituir processual, que o faz quanto à eficácia constitutiva material, sem prejuízo do plano de existência.

Para finalizar nossa tese, defendida desde 2007, a emenda constitucional n. 66/2010 veio para corroborar que o divórcio não está irrestritamente sob o manto da atividade do Estado-Juiz, o que faz com que se tenha por incontroverso que a processualização do divórcio nunca fora condição para a criação de direito material, por revesti-lo, dar-lhe forma, nem antes da referida emenda, como tentamos demonstrar, tampouco agora. Tais dogmas considerados intransponíveis pela doutrina não passam de mito.

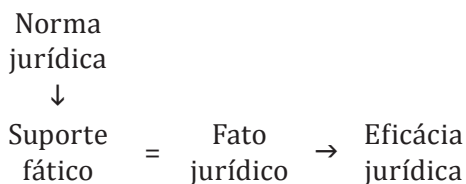
Assunto por demasiado deflagrador de controvérsias por suas idiosincrasias, no entanto, a colocação de Pontes de Miranda é terminantemente iluminadora:

O efeito constitutivo suscita problemas sutis e dignos das boas inteligências, pela constitutividade mesma que pode nascer do direito material e projetar-se no direito processual, utilizando-lhe a forma e o próprio ato do juiz. Infelizmente, os legisladores do Código não tinham vivas

21. PONTES DE MIRANDA. Comentários ao CPC. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. 51.

as noções de direito material e formal, o que nos aumentou o trabalho de interpretar e construir.²²

Não se quer aqui, como se anota, e serve como alerta aos mais céticos, sustentar-se a declaratividade da desconstituição, como o faz Chiovena²³, ou a da invalidade, porém, e disso não se abstém, de recortar mais a estrutura do fato jurídico e suas inter-relações estruturantes, se não colocar os pontos sobre os ii. A saber, também, a relação



Dada por Marcos Bernardes de Mello²⁴, ainda não é suficiente para representar a realidade do fenômeno jurídico material em seus três planos. Então, para usar uma imagem lógica que pudesse dar conta, ao menos em parte, do “tráfego jurídico” em seus planos fenomênicos, elaborou-se a Figura 1 abaixo, sem deslembrar que até aqui a doutrina pensava ser inviável qualquer tentativa nesse sentido.

Tenha-se que “FJ” = fato jurídico; “●” = existente; “○” = nulo; “►” = efeito (jurídico/normativo); “>” = sem efeito; “---” = invalidade/deficiência; “—” = válido.

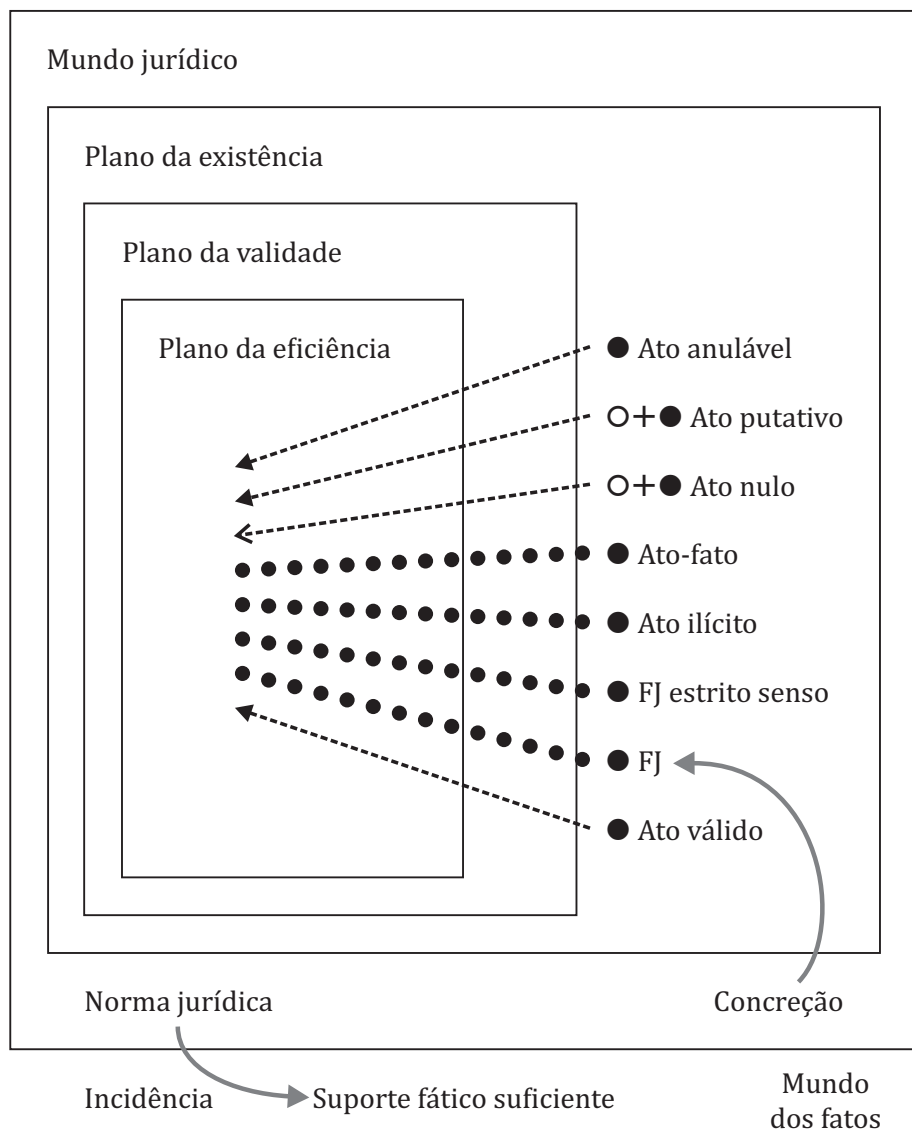
A finalidade dos fatos jurídicos é criar efeitos, por isso, na representação, todos buscam o núcleo (plano da eficácia), mesmo que não atinjam sequer o plano da validade. A concreção e a incidência representam-se por uma curva cheia, para distinguir da reta cheia, que tem significado distinto. O serrilhamento ou pontejamento, na passagem de plano, implicam que não lhe tocam. Observação: Sob o ponto de vista da teoria da eficácia e efeito que se desenvolveu em outros trabalhos, “►” e “>” seriam conjunto eficácia e não efeitos, sendo “>” conjunto eficácia vazio.

22. PONTES DE MIRANDA. Comentários ao CPC. Tomo I. Rio: Forense, 1974, p. 90.

23. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol.1, Campinas: Bookseller, 1998, p. 244.

24. BERNARDES DE MELLO, Marcos. Teoria do fato jurídico – plano da existência. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74 e BERNARDES DE MELLO, Marcos. Teoria do fato jurídico – plano da eficácia. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, nota 57, p. 29 e p. 10.

Fenomenica do fato jurídico ponteano sem interferência judicial



REFERÊNCIAS

BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol.1, Campinas: Book-seller, 1998.

DIDIER JR. Braga, Paula Sarno.Oliveira, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 2.^a ed., Salvador: JusPODIVM, 2008.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*. Tomo I. Rio: Forense, 1974.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio: Forense, 1974.

_____. *Comentários ao CPC*. Tomo V, Rio: Forense, 1974.

_____. *Tratado das ações*. Tomo II. São Paulo: RT, 1972.

_____. *Tratado das ações*. Tomo III. São Paulo: RT, 1972.

REMÉDIO HEROICO OU ANTÍDOTO INEFICAZ? RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL, “HABEAS CORPUS” E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Nestor Eduardo Araruna Santiago¹

Alex Xavier Santiago da Silva²

O *habeas corpus* (HC), medida impugnativa historicamente associada à garantia do direito fundamental à liberdade individual, tem previsão constitucional no art.5º, LXVIII, CF, e se presta a resguardar o sujeito de direitos ante as situações de violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Há séculos, o HC é estandarte simbólico da democracia e principal instrumento de garantia dos direitos fundamentais, uma vez que a sua razão de ser está ligada a necessidade de limitar o poder e o arbítrio do Estado, bem como sua ingerência sobre os direitos individuais do cidadão, principalmente a liberdade de ir, vir e permanecer.

Exatamente por isso, possui uma forte identificação com o início do liberalismo e com os ideais iluministas e revolucionários. Estes direitos individuais, dentre os quais se inclui o direito à liberdade de locomoção, são classificados doutrinariamente ao estabelecimento dos direitos de primeira dimensão (BONAVIDES, 2006, p. 569).

1 Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) e do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ – Direito) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Assessor de Desembargados do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). E-mail: nestoreasantiago@gmail.com.

2 Discente do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista FUNCAP. E-mail: alex_xsantiago@hotmail.com.

Segundo Pontes de Miranda (2007), é comum que se associe a origem do HC à *Magna Charta Libertatum* de 1215, uma vez que foi exatamente neste histórico diploma inglês que se afirmou que um homem livre não poderia ser preso ou detido antes de ser julgado e condenado por seus pares ou pela lei.

Neste diapasão, o HC representava a ordem judicial garantidora da liberdade diante de uma ameaça de prisão ilegal. Assim, apenas em razão da condenação pelo Poder Judiciário, a supressão da liberdade física poderia prosperar: “Toma o corpo deste detido e vem submeter ao Tribunal, o homem e o caso” (PONTES DE MIRANDA, 2007, p. 47).

É conhecida a trajetória do HC não só na doutrina, como também na jurisprudência brasileira. Hoje utilizado contra ato abusivo por parte do Estado ou de particular que tolha ou venha a tolher a liberdade ambulatoria do ser humano, em outras épocas, era utilizado também para finalidades diversas, muito bem narradas por Pontes de Miranda em seu clássico “História e Prática do Habeas Corpus”, de 1916, tais como o exercício de funções públicas, de liberdades públicas e de profissões. Assim, num momento histórico em que não existia outro “remédio heroico” apto a tutelar o cidadão em face de atos arbitrários de natureza estatal, socorria-se do *habeas corpus* como medida suficiente para tanto.

No sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF) também há informações relevantes sobre julgamentos históricos que tiveram lugar naquele Tribunal. Verifica-se, numa simples contagem numérica, a quantidade de ações de HC impetradas com finalidades diversas: desde a contestação do Estado de Sítio no Governo Hermes da Fonseca até o histórico discurso de Rui Barbosa, que, por se ver ameaçado quanto ao seu direito de reunião e manifestação de pensamento pelo fato de se candidatar, pela oposição, à Presidência da República, houve por bem impetrar a ordem mandamental para não se ver tolhido de tais direitos, passando, também, pela expulsão da família real do Brasil.

Em todos esses casos, valeu-se do HC como instrumento de tutela de algum direito, ainda que indiretamente ligado à liberdade de locomoção, em especial, pela inexistência de legislação sobre o mandado de segurança, que surgiu na década de 1930, e que seria a ação adequada, hodiernamente, para resolver a grande maioria das questões jurídicas que outrora foram solucionadas – ou não – com a impetração do HC.

Diante desta conjuntura fático-social, pode-se ver que, no Brasil, a história do uso do HC confunde-se com a própria história republicana

do desenvolvimento do Poder Judiciário, que, com o tempo e a criação de tópicos constitucionais e legais específicos, absorveu e amadureceu o seu uso, sem jamais negar sua essência jurídica de que dito “remédio heroico” deveria ser utilizado com a finalidade de tutelar a liberdade ambulatoria do paciente.

Neste sentido, em decisão paradigmática proferida em 2011, o STF, dando amplo significado à ideia de liberdade, concedeu ordem de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União para que o condenado pudesse exercer seu direito de ser visitado pelos seus filhos e enteado, sob o argumento de que o indeferimento do exercício de direitos por parte do acusado agrava o grau de restrição de liberdade do paciente. Anote-se que tal impetração foi realizada em substituição ao recurso próprio a ser manejado em incidentes de execução da pena, qual seja, o agravo em execução, sem que fosse apontado qualquer óbice para sua cognoscibilidade (STF, HC 107.701/RS, julg. em 13 set. 2011, *online*). Aliás, no mesmo acórdão, ressaltou-se o papel a que se presta a impetração de *habeas corpus* atualmente: contra indicamento em inquérito policial, ou tomada de depoimento; recebimento da denúncia, por falta de recurso próprio; decisão de pronúncia; sentença condenatória, etc.

A afirmação deste instituto perante a ordem constitucional brasileira, diante de uma semântica libertadora, bem como o precedente histórico de essência das sociedades democráticas, faz do HC uma ação constitucional autônoma, que não pode ser reduzida a uma simples espécie recursal. Cretella Júnior (1995) assevera não se tratar de uma espécie recursal, embora regulamentada no capítulo destinado aos recursos no Código de Processo Penal.

No decorrer dos anos e sempre com o sentido de proteção da liberdade ambulatoria, consolidou-se na jurisprudência do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) o entendimento de que o HC poderia ser utilizado como elemento processual substitutivo do Recurso Ordinário Constitucional (ROC), justamente em razão da amplitude do caráter impugnativo do HC, destinado à proteção do cidadão contra ameaças presentes ou iminentes à sua liberdade.

Além disso, o *status* autônomo e constitucional da ação de *Habeas Corpus* é reafirmado pela viabilização do direito à efetivação da prestação jurisdicional em razão de ato arbitrário ao exercício do direito de liberdade e, em sentido lato, do direito ao acesso do Poder Judiciário, uma

vez que a impetração pode ser feita por qualquer cidadão, independentemente da condição de advogado, situação esta que não se repete na interposição de ROC, que deve ser feita por defensor habilitado nos autos.³ A ausência de limitação técnica ao exercício do *jus postulandi* é forma clara de democratização de acesso à justiça, retirando-se as peias formais de manuseio exclusivo pelos operadores do Direito.

Convencionou-se chamar de HC substitutivo de ROC, ou simplesmente *HC substitutivo*, toda vez que a ordem mandamental liberatória fosse utilizada com caráter de fungibilidade ao ROC, já que a denegação de uma ordem de HC, por si só, configura constrangimento ou coação ilegal, perpetuando-se a ilegalidade, que, não raro, origina-se de ato supostamente ilegal prolatado por autoridade judiciária de primeira instância e que se confirma em segunda instância, com a “denegação” (*sic*) da ordem mandamental.

Diferentemente do que ocorre com relação ao HC, que não tem prazo certo para impetração, vinculando-se somente à exigência de restrição imediata ou futura da liberdade de locomoção, o ROC é recurso típico, de previsão constitucional e regulamentação procedimental em lei ordinária, e o mais importante, com prazo igualmente definido para sua interposição.

O ROC – que não é garantia fundamental – está previsto nos art.102, II, alínea “a” e art. 105, II, alínea “a” da CF. A competência recursal do STF para processar e julgar o ROC limita-se aos pronunciamentos oriundos de tribunais superiores em HC, mandado de segurança, *habeas-data* e mandado de injunção com conteúdo denegatório, e também, o crime político. Já no STJ, a competência recursal limita-se aos julgamentos denegatórios em HC e Mandados de Segurança proferidos pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios, em única ou última instância, bem como as causas em que forem partes, Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e do outro, Município ou pessoa residente no País.

O art. 540 do Código de Processo Civil remete aos regimentos internos do STF e STJ a observância quanto aos requisitos de admissibilidade

3. Grinover et alli (2009) entendem que a interposição de Recurso Ordinário Constitucional dispensa a apresentação de procuração, já que o rito que se segue no STF para processamento do referido recurso é o mesmo do HC (2009, p.. 305).

e ao procedimento no juízo de origem, o que faz com que os tribunais recursais adotem a mesma medida, uniformizando o tratamento do tema. O art. 30 da Lei n. 8.038/1990 estipula o prazo de 5 dias para a interposição do ROC contra decisões denegatórias de HC proferidas pelos tribunais recursais, juntamente com as razões recursais. Igual prazo é previsto no art. 310 do regimento interno do STF, já consolidado na súmula n. 319.

É importante observar que o ROC não comporta pedido liminar, o que obriga ao recorrente manejar, no mesmo tribunal, medida cautelar autônoma, com pedido liminar, de caráter satisfativo, a fim de que seja concedido efeito suspensivo à decisão denegatória de HC. Este é o posicionamento tranquilo do STF a respeito do tema, conforme se depreende de vários julgamentos, como, p. ex., a Ação Cautelar n. 504/SP, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) n. 107.675/DF e o HC 114.932/MG.

Contudo, desde o segundo semestre de 2012, a Primeira Turma do STF, por decisão majoritária, e o STJ vêm restringindo o uso, já consagrado por estes mesmos tribunais, do HC substitutivo de ROC sob o argumento de que o HC, por ser uma ação constitucional, não pode ser amesquinhado, mas também não seria passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como *remédio heroico*. Assim, havendo recurso próprio contra decisões denegatórias de HC nos Tribunais Recursais e no STJ, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamotearia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.

Esta é o trecho da ementa do referido julgamento que demonstra a modificação da orientação jurisprudencial que interessa à presente discussão:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. [...] (STF, HC 109956/PR. 1ª. Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. J. em 7 ago. 2012, *online*.)

Segundo a argumentação do Ministro Relator, apesar de o HC ser medida constitucionalmente garantida àquele que sentir-se coagido ou violado em seu direito de liberdade de locomoção, e apesar de o STF e o STJ terem historicamente acatado o HC como substitutivo de ROC, não

haveria mais viabilidade para a continuidade desta aquiescência jurisprudencial sob a invocação do princípio da fungibilidade recursal.

Primeiro, por conta do grande número de ações de HC impetradas perante o STF no primeiro semestre de 2012 (2.181), contra apenas 108 ROC. No STJ, foram contabilizadas 16.372 impetrações de HC, contra 1.475 interposições de ROC, o que, inevitavelmente, leva referidos tribunais a uma sobrecarga de serviço.

O segundo argumento desta decisão aduz o fato de que não há previsão constitucional do uso do HC como substitutivo de Recurso Ordinário.

Por fim, lembra que seria “cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado ‘*habeas corpus substitutivo*’, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição”⁴.

A partir de então, os julgamentos que se seguiram, tanto na Primeira Turma do STF quanto nas 5^a. e 6^a. Turmas do STJ passaram a adotar este novo entendimento⁵, que, entretanto, ainda não é unânime no próprio STF⁶.

Sem a pretensão de esgotar a discussão, mas, pelo contrário, de incentivá-la, devem ser perscrutadas as fundamentações jurídicas utilizadas para a virada de entendimento consolidado do STF e do STJ acerca da possibilidade de fungibilidade entre o HC e o ROC, o que vem levando ao seu não conhecimento, sob o argumento de burla ao direito e de vulgarização do preceito constitucional que lhe é atinente.

É importante investigar, também, se tal burla ao direito, pela utilização indevida do HC como sucedâneo recursal ao ROC, poderia enquadrar-se como *abuso de direito*. Como é sabido, tal instituto é muito

-
4. Voto do Ministro relator Marco Aurélio, nos autos do HC 109.956/PR do Supremo Tribunal Federal, DJ: 07/08/2012.
 5. Dentre muitos, confirmam-se: STJ, HC n. 149.895 – PE, Rel. Min. Campos Marques (Convocado do TJPR), julgado em 23/11/2012; STJ, HC n. 171.534 – SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 23/11/2012.
 6. O posicionamento dos Ministros da Segunda Turma do STF, até o presente momento, ainda permanece no sentido de se conhecer e julgar os Habeas Corpus impetrados em caráter substitutivo aos Recursos Ordinários Constitucionais (Dentre outros, cf. STF, HC 111210/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 07 ago. 2012.). Assim, não se pode dizer que o STF tenha pacificado a matéria, como sugerem alguns.

estudado no direito privado, mas é de reconhecimento restrito no processo, notadamente, no penal.

Pergunta-se, também, se, com esta orientação jurisprudencial, os Tribunais Superiores estariam criando verdadeira contradição em face de outras decisões sobre o manejo do HC como medida necessária em casos de evidente e notória violação do direito de deambulação, e, com isso, erigindo uma contradição insuperável ao entendimento do papel do HC como instrumento garantidor das liberdades individuais e da fungibilidade recursal como exercício de direito lastreado na boa fé, que, por sua vez, é elemento do abuso de direito.

O *abuso de direito*, igualmente conhecido no direito penal como *exercício irregular de direito*, é instituto que encontra fundamentação legal no art. 187 do Código Civil brasileiro (CC)⁷, que, por sua vez tomou por inspiração o art. 334 do Código Civil lusitano⁸, que, de outra banda, positiva o conceito adquirido da jurisprudência dos tribunais franceses (RODRIGUES; 2003, p. 48), já que sua origem remonta ao *Code Napoléon*, do início do século XIX.

Cuida-se de preceito de ordem pública, ligada à cláusula geral de boa-fé, tendo como objeto a garantia da função social das relações obrigacionais (CASADO, 2012, p. 305).

A definição deste instituto refere-se ao exercício desarrazoado de um determinado direito estatuído em lei, quando o transgressor, ao exceder-se na *potestas* de fazer valer o exercício desse mesmo direito, viola os valores ínsitos à própria prerrogativa. (VENOSA, 2003, p. 603-604).

Ancona Lopez (2009, p. 61) chama o abuso de direito de “ilícito atípico”, pois ocorre no exercício de direito próprio que contraria valores do sistema, em especial a boa-fé e a lealdade, e ressalta que o abuso de direito é figura autônoma, aplicável a qualquer prerrogativa jurídica, em qualquer ramo do Direito, “e existe desde que em seu exercício haja afronta aos valores e princípios do sistema, vindo a prejudicar terceiros” (ANCONA LOPES, 2009, p. 61).

7. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

8. “Art. 334. É ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestadamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.”

Theodoro Júnior (2003, p.119) estabelece os aspectos imprescindíveis para que haja a caracterização do *abuso de direito*: a) conduta humana; b) existência de um direito subjetivo; c) exercício desse direito de forma emolutiva; d) dano para outrem; e) ofensa aos bons costumes e à boa-fé; e e) prática em desacordo com o fim social ou econômico do direito subjetivo.

Carpena (2008, p. 382) adiciona às características do abuso de direito a necessidade de aferição do regular exercício de um determinado direito sob a ponderação razoável dos princípios regentes do ordenamento jurídico, segundo os seus valores fundamentais. Sua aferição é objetiva, independente da consciência que o agente tenha ou não de sua conduta resultar em prejuízo para outrem, bastando ultrapassar os limites impostos pelos fins econômicos ou sociais no exercício do direito (DUARTE, 2003, p. 69).

Chama-se a atenção para a necessidade de que o exercício – regular – do direito se dê com boa-fé, a fim de que não seja caracterizado como *abuso de direito*. Assim, tem-se um conceito indeterminado dentro de outro conceito indeterminado, tal como um documento em branco, cujas lacunas serão colmatadas pela doutrina e pela atividade jurisdicional dos Tribunais. Como lembra Nascimento (2011, p. 220), “o conteúdo aberto da boa fé objetiva faz com que ela própria não ofereça um critério de decisão para incidência sobre casos concretos”, já que “sua realização se dá no âmbito da jurisdição”.

Duarte (2009, p. 60) assevera que a boa-fé funda-se em critérios objetivos, por se tratar de um imperativo de segurança jurídica, de previsibilidade nas relações sociais, justamente para evitar que tenha limites elásticos, fazendo com que o aplicador da norma adote fórmulas casuísticas para solucionar os casos concretos. Por outro lado, considera-se de má-fé quem “por culpa sua, desconhece o vício em razão de não ter se acercado do cuidado normal para a verificação de circunstâncias que pudessem macular a aquisição do direito ou o exercício da posição jurídica” (DUARTE, 2009, p. 62).

Em verdade, não se pode limitar a eficácia da ação constitucional do *Habeas Corpus*, neste caso, sob o argumento do abuso de direito de recorrer. Como se viu, a indeterminação conceitual do abuso de direito não permite abuso em sua interpretação, sob pena de se configurar verdadeiro *assédio processual*, que se caracteriza pela própria restrição de

utilização das medidas impugnativas de garantia postas no texto constitucional.

Não se deve considerar o HC como simples recurso. O *jus postulandi* concedido a qualquer cidadão exclui a possibilidade de tratá-lo como espécie recursal. Logo, em sendo considerado o HC ação constitucional autônoma, não assiste razão em falar-se em “abuso do direito de recorrer” através da impetração de *Habeas Corpus*. Trata-se de exercício legítimo de garantia constitucional, posto à disposição do cidadão.

É interessante afirmar que, se se tomasse como verdadeiro o argumento de que o HC seria simples espécie recursal, tal como está disposto de forma equivocada no CPP, a recusa do manejo do HC substitutivo ignoraria o *princípio da fungibilidade*, que tradicionalmente tem sido utilizado pelo STF e pelo STJ em seus julgados, de forma a se oportunizar a prestação jurisdicional almejada (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 46). E mesmo se assim o fosse, a argumentação seria equivocada.

Em matéria processual penal, o *princípio da fungibilidade* tem seu fundamento legal no art. 579 do CPP. Aplica-se indistintamente aos recursos e ações autônomas de impugnação, embora seja comum a aposição do adjetivo *recursal* ao referido princípio. Assim, no processo penal, tal como no processo civil, admite-se a possibilidade de recebimento, conhecimento e julgamento de um determinado recurso ou ação autônoma de impugnação, ainda que não tenha havido a apresentação correta da medida impugnativa (MIRABETE, 2000, p. 311). E a aplicação da fungibilidade tem relação direta com o uso do *costume*, que é fonte formal subsidiária do processo penal, apesar de regulamentação que se pretende minuciosa do arcabouço jurídico processual (ROCHA, 2009, p. 42).

Todavia, é inequívoco o condicionamento da aplicação deste princípio à evidente inexistência de má-fé no ato de interposição da medida impugnativa erroneamente utilizada, “evitando que o acesso ao duplo grau de jurisdição não seja obstado por questões formais não muito relevantes” (PENTEADO, 2006, p. 44).

Isto porque, para se considerar válida a impetração de HC, em lugar do ROC, devem ser observados três requisitos básicos fixados pela doutrina e pela jurisprudência, a fim de que se aceite a aplicação do princípio da fungibilidade, quais sejam: dúvida objetiva quanto ao recurso a ser interposto; inexistência de equívoco grosseiro e observância de prazo. (DIDIER JÚNIOR, CUNHA, 2009, p. 47) (WAMBIER, MEDINA, 2008, p.64).

Assim sendo, havendo a perfeita adequação a estes critérios, não há por que se afastar a possibilidade do HC como substitutivo de ROC, tendo-se como base a aplicação legítima do princípio da fungibilidade. Lembrando-se, ainda, que a aplicação do referido princípio representa um importante meio de garantia da finalidade social e material do processo, e em última instância, do Direito, por concretizar o acesso à Justiça.

A inexistência de má-fé, ao mesmo tempo em que se presta a possibilitar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, também se torna elemento impeditivo da caracterização do “*abuso do direito de recorrer*”, ou ainda de eventual banalização da utilização de determinado instituto recursal, ante a uma dada situação processual.

Tratando-se de *abuso de direito*, e pressupondo a possibilidade de aplicação deste instituto ao HC, é imprescindível a demonstração de determinadas “elementares” necessárias para sua ocorrência, conforme rol estabelecido por Humberto Theodoro Júnior, anteriormente exposto (2003). Neste caso, não existe demonstração de “espírito emolutivo” ou atitude de má-fé pela mera impetração do HC, uma vez que o que se busca, em verdade, é a utilização de um instrumento constitucional legítimo, cabível e eficaz, no sentido de resguardar direito de ir e vir porventura tolhido por ato oriundo, em regra, de autoridade pública. Como ressalta Souza (1998, p. 176-177), nominar-se de HC substitutivo o instrumento constitucional destinado à tutela da liberdade ambulatoria é equivocada, já que não se trata de substituição alguma, “mas apenas uma escolha, dada a conveniência no existente no momento, entre duas medidas legais que poderão levar a resultados semelhantes”.

É, de fato, uma questão de ordem prática: a interposição do ROC induz, também, à imprescindibilidade de se manejar uma Ação Cautelar autônoma no Tribunal Superior a qual ele se direciona, sobrecarregando, por outra via processual, a jurisdição. Assim, a impetração do HC, por admitir pedido de concessão de liminar *inaudita altera parte*, torna muito mais conciso e objetivo o manejo instrumental pela reversibilidade do pleito, que, com muito mais razão, asseguraria os princípios processuais constitucionais acima mencionados.⁹

9. Souza (1998), após ressaltar que o HC tem vantagens em face dos diversos meios impugnativos existentes no processo e que tornam a advocacia uma atividade estressante, como, por exemplo, a utilização da mesma petição, com os mesmos requisitos, aponta desvantagem na escolha do HC substitutivo no lugar do ROC: “a decisão não unânime, desfavorável

Ainda, deve se considerar de que a impetração do HC no lugar da interposição do ROC trata-se de mera irregularidade processual, que não causa qualquer prejuízo ao procedimento. É uma escolha baseada na discricionariedade da defesa, de fundo constitucional; afinal de contas, “um mecanismo processual não pode ser considerado como um autômato completo e fechado; [...] a escolha real é deixada aos sujeitos que têm o direito de decidir como proceder nos diversos passos do procedimento” (TARUFFO, 2009, p. 162). Isso porque, para se caracterizar irregularidade processual digna de imposição de qualquer sanção por parte do órgão julgador, deve-se verificar se o ator processual agiu contrariamente ao *modus faciendi* previsto em lei, ou, então, agiu sustentado em “premissas de fato falsas como decorrência de um erro inescusável (quando for escusável se reconhecerá boa-fé)” (SOUZA, 2011, p. 225).

Desta forma, a impetração de HC substitutivo de Recurso Ordinário nada mais é do que a busca pela concretização dos princípios constitucionais da *duração razoável do processo* e da *eficiência*, este manifestado pelo princípio da *instrumentalidade das formas*, que é um dos princípios do processo. Aliás, a utilização deste último princípio é que impede o uso inadequado do meio impugnativo como forma de repressão à má-fé processual (SOUZA, 2007, p. 179).¹⁰

Portanto, como diz Penteado (2006, p. 45), trata-se de uma medida de autoajuste do sistema, protegendo-se os interesses das partes, notadamente porque, em processo penal, a regra é a irrecurribilidade das interlocutórias. Percebe-se claramente que o uso do HC como instrumento substitutivo de recursos, não só ao ROC, não pode ser considerado como abuso de direito, já que sua utilização pelos operadores do direito, notadamente os defensores do acusado, se dá em razão de uma deficiência/ineficiência sistêmica do instrumental impugnativo posto à disposição. Em outras palavras: o excesso de recursos, notadamente na esfera criminal, com prazos diferentes e requisitos diversos de interposição, certamente militam contra a própria velocidade da prestação jurisdicional

ao acusado, admite embargos infringentes, nos termos do art. 333, V, do Regimento Interno do Tribunal [STF], quando proferida em recurso criminal ordinário, o que não ocorre com a ação de habeas corpus” (p. 178).

10. Como diz Casado (2012, p. 312), “A lição de Barbosa Moreira ainda se aplica à vedação do abuso de direito no processo na medida em que propõe que o bem da vida a ser entregue no processo deva ser alcançado como o mínimo de dispêndio e energias. A energia em excesso, uma ‘saraivada de ações’, por exemplo, é sinônimo de abuso de direito processual e tem efeitos nocivos no que concerne ao tempo para solução da (ou das) contenda(s).”

pelos Tribunais Superiores, sabidamente congestionados de recursos e ações originárias e, desta forma, manietados de entregar ao jurisdicionado aquilo que é previsto como sua função na CF.

Limitar o direito de impetração de *Habeas Corpus* seria estreitar os lindes uma garantia constitucional protetora do direito à liberdade ambulatoria, bem como limitar vertiginosamente o direito ao acesso à justiça, assegurado como direito fundamental, insculpido no art. 5º, XXXV, CF. A limitação do HC sob a referida argumentação é a própria limitação do Estado brasileiro, enquanto sociedade democrática, livre e constitucional.

Argumente-se, também, que, ao se adotar o posicionamento referendado por maioria da 1ª. Turma do STF, vedando-se a fungibilidade de uma ação constitucional, esse Tribunal negará a própria função de Corte Constitucional, que lhe é estabelecida pela CF.

Outrossim, cabe notar que a negativa de aplicação do princípio da fungibilidade poderá produzir efeitos que vão além daqueles previstos pelo precedente oriundo do STF. Por exemplo, há julgados no STJ que realçam a hipótese de conhecimento de impetração prematura de ROC como HC substitutivo¹¹, bem como a fungibilidade entre Revisão Criminal e HC ¹².

Ademais, há que se argumentar que, se a medida impugnativa utilizada é equivocada, mas é apresentada dentro do prazo legal da medida correta, é inexistente a caracterização da má-fé processual (SOUZA, 2007, p. 180). Ainda, deverá o juiz, verificando a impropriedade, determinar o processamento de acordo com o rito cabível à medida que deveria ter sido apresentada (MARQUES, 1997, p. 196).

A impetração de *Habeas Corpus*, no caso em debate, não deve ser vista como elemento denotativo de má-fé recursal ou de deslealdade processual, mas pelo contrário, em verdade, representa tão-somente a valorização, o respeito e a predileção por uma ação de essência constitucional, de hipótese de cabimento adequada, bem como representa, finalmente, a efetivação prática de elementos principiológicos que devem

11. RHC 29.289/MG, 5ª. Turma, Rel. Min. Napoleão N. Maia Filho, DJe 20 maio 2011. Noutro caso, acolheu-se a fungibilidade entre a Revisão Criminal e o HC: RHC 19.215/MS, 5ª. Turma, Rel. Min. Arnaldo E. Lima, j. em 03 out. 2006.

12. HC 142.273/RJ, 6ª. T. Rel. Min. Maria Theresa Rocha de Assis Moura, DJe 12 dez. 2012.

ser os reais balizadores dos institutos processuais brasileiros, nomeadamente aqueles que preservam os direitos fundamentais do cidadão.

REFERÊNCIAS

- ANCONA LOPEZ, Teresa. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 98, n. 885, p. 49-68, jul. 2009.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 635.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Novembro_2012_eletronica.pdf>. Acesso em 24. jan. 2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoaseriada/index.php/regimento>>. Acesso em 24. jan. 2013.
- CARPENA, Heloísa. Abuso de direito à luz do novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord). **A Parte Geral do Novo Código Civil**: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CASADO, Marcio Mello. A cláusula geral da vedação ao abuso de direito e sua aplicação ao processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 209, mai./jun. 2012, p. 293-322.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 6 v.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- DUARTE, Ronnie Preuss. Boa fé, abuso de direito e o novo Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 92, n. 817, p. 50-78, nov. 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. IV.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10^a. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Lealdade processual**: elemento de garantia da ampla defesa em um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal**: garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e prática do Habeas Corpus**. Campinas (SP): Bookseller, 2007, t. I.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- RODRIGUES, Silvio. Direito civil: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.
- ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. **Recursos no código de processo civil**: atualizados nos termos das leis n. 8.950/94 e 9.139/95. Rio de Janeiro: Aide, 1997.
- SOUZA, Alexandre Araújo de. **O abuso de direito no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SOUZA, José Barcelos de. **Doutrina e prática do habeas corpus**. Belo Horizonte: Sigla, 1998.
- TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 177, p. 153-182.
- THEODORO JR., Humberto Theodoro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**. 3^a. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2003, v. 3.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

36

A “DISREGARD DOCTRINE” E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ANÁLISE JURÍDICA

Paulo Machado Cordeiro¹

SUMÁRIO – Introdução – 1. A desconsideração da personalidade jurídica – 2. O devido processo legal sob a ótica procedimental – 3. A “disregard doctrine” e o Projeto do Novo Código de Processo Civil – 5. Natureza jurídica da decisão que determina a desconsideração da personalidade jurídica: contribuição da doutrina das ações de Pontes de Miranda – 6. Recurso cabível – 7. Conclusões – [Referências](#).

INTRODUÇÃO

Inicialmente gostaria de parabenizar a ANNEP pela iniciativa em homenagear Pontes de Miranda, jurista que contribuiu e contribui de forma efusiva com as letras jurídicas brasileiras.

O presente artigo analisará a aplicação da teoria das cargas de eficácia da sentença desenvolvida por Pontes de Miranda para o caso da questão da desconsideração da personalidade jurídica, bem como o modo como o Projeto do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010) irá versar sobre a matéria. Dispõe o código projetado nos artigos 62 a 65 sobre o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos seguintes termos:

Art. 62. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica.

1. Juiz Federal da 3ª Vara de Alagoas. Diretor do Foro. Professor da Universidade Federal de Alagoas. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas.

Art. 63. A desconsideração da personalidade jurídica obedecerá ao procedimento previsto nesta Seção.

Parágrafo único. O procedimento desta Seção é aplicável também nos casos em que a desconsideração é requerida em virtude de abuso de direito por parte do sócio.

Art. 64. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão intimados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer provas cabíveis.

Art. 65. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento.

A teoria da desconsideração da personalidade somente ingressou no direito brasileiro na década de 70 do século XX, a partir da Conferência proferida por Rubens Requião na Universidade Federal do Paraná, publicada na Revista dos Tribunais sob o título “Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica.”²

O Código Civil de 1916 não previu a desconsideração da personalidade jurídica a par de estabelecer a distinção da personalidade e do patrimônio da pessoa jurídica e dos seus sócios.

Partindo-se, então, da evolução jurisprudencial, porfiando a necessidade de aplicação da desconsideração em atividades especiais que justificaram a edição de leis especiais a exemplo da Consolidação da Leis do Trabalho, na Lei nº 4.591/1964, sobre condomínios em edificações e incorporações imobiliárias, no Código Tributário Nacional, no Código de Defesa do Consumidor, na Lei nº 9.605, do meio ambiente e no novo Código Civil.

Apesar da previsão legal da existência de diversos precedentes que os acima indicados são pálidas exemplificações, observa-se, contudo, não haver, até o momento, qualquer disposição legal sobre os aspectos processuais desse instituto. As leis existentes que dispõem sobre a teoria da desconsideração, bem como o Código de Processo Civil vigente, não trazem normas disciplinando o procedimento a ser adotado na sua aplicação.

Este trabalho pretende analisar essa questão à luz da Constituição Federal, trazendo o entendimento de doutrinadores e do Superior Tribunal de Justiça, sobre qual momento seria adequado para o interessado

2. REQUIÃO, Rubens RT 410/12

peticionar requerendo a sua aplicação: em sede de processo de conhecimento ou incidentalmente no bojo da execução? E, a partir desse ponto inicial vislumbrar a temática sobre a visão de *lege ferenda*, isto é, do projeto de lei 166/2010, do novo Código de Processo Civil.

1. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica, *disregard doctrine*, ressaltou Marçal Justen Filho³ (1987, p. 54) “surgiu a partir da atuação jurisprudencial”, ou seja, perante situações concretas em que o aplicador do Direito se via diante do problema, atualmente resolvido pela teoria, passou a dar soluções semelhantes ao que tem sido adotado hoje em dia e é reconhecido como categoria jurídica autônoma. Embora o tema tenha origem na jurisprudência é inegável que o seu grande sistematizador tenha sido Rolf Serick em evidente compilação aos inúmeros precedentes colhidos da jurisprudência estadunidense⁴.

João Casilo⁵ (1979, p. 25) destaca que o mais antigo julgado desconsiderando a pessoa jurídica ocorreu em 1809 nos Estados Unidos, quando na Europa ainda eram candentes as discussões sobre a natureza da pessoa jurídica, ressaltando que o caso ficou conhecido como *Bank of the United States v. Devenaux*, no qual figurou como relator o Juiz Marshall.

O tema foi abordado em leis especiais a exemplo da Consolidação das Leis Trabalhistas, de 1943, admitiu no § 2º, artigo 2º a teoria ao dispor que:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiveram sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

Em seguida, o Código Tributário Nacional, com a redação do artigo 135, imputou responsabilidade pessoal aos sócios pelas obrigações

3. JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no Direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

4. SERICK, Rolf págs. 90/92

5. CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 69, n. 528, p. 24-40, out./1979

tributárias, quando houver excesso de poderes ou infração da lei, fazendo alusão à responsabilização do sócio que se utilizar da cortina da pessoa jurídica em tentativa de eximir-se de suas obrigações fiscais.

Destacam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁶ que a edição do Código de Defesa do Consumidor de 1990 fez inserir a teoria definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 28 do CDC tratou expressamente do instituto ao dispor:

O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Após a edição do Código de Defesa do Consumidor, outras leis foram editadas adotando a teoria, como a Lei Antitruste nº 8.884 de 1994 (artigo 18) e a Lei nº 9.605, de 1998 (artigo 4º) que trata de questões ligadas ao meio ambiente.

O atual Código Civil incorporou no seu texto a teoria, viabilizando a possibilidade de aplicação através da interferência do Poder Judiciário que deverá, quando impulsionado, deixar de lado a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, a fim de combater os abusos da personalidade jurídica. Note-se o dispositivo:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Neste passo, é possível desconsiderar a personalidade jurídica quando ocorrer abuso de direito em uma das seguintes modalidades: a) desvio de finalidade quando a pessoa jurídica buscar objetivos estranhos ao contrato social ou agir contra a lei e, b) confusão patrimonial, quando ocorrer mistura da atuação e do patrimônio do sócio e da própria sociedade. Nas duas hipóteses, no entanto, como lecionam Pablo Stolze

6. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil – Teoria Geral. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 313).

Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁷ (2007), faz-se necessária a ocorrência de prejuízo.

O próprio Código Civil, em seu artigo 187, define abuso de direito: “Também comete ato ilícito o titular de um direito ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Aliter, Fábio Ulhoa Coelho⁸ (2008) destaca que, mesmo nas hipóteses não abrangidas pelo Código Civil ou pelas leis esparsas que reportam ao tema, está o Poder Judiciário autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica quando for fraudulentamente manipulada para frustrar interesses legítimos dos credores.

2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL SOB A ÓTICA PROCEDIMENTAL

O processo é instrumento para tomar decisões das mais variadas dimensões de uma sociedade democrática, legitimando as ações, os atos, fatos e negócios, com a previsão de procedimento formal na busca da verdade e garantia de decisões justas. No processo judicial, as partes envolvidas no litígio têm o direito de que suas pretensões sejam analisadas de forma isonômica, para que tenham chances iguais de satisfação. A tarefa de solucionar os conflitos da sociedade, proferindo decisões, pertence ao Estado, que exerce esse dever-poder através de um processo.

O processo por ser expressão do poder estatal, precisa ser legitimado através de procedimentos, tanto para o processo jurisdicional, como para o processo administrativo e legislativo. Porém, os procedimentos não podem ser escolhidos aleatoriamente, ou seja, devem ser previamente dispostos em lei e voltados para a garantia dos processos constitucionais, principalmente para os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição da República).

Historicamente considerada a Magna Carta de 1215, expedida pelo rei inglês João Sem-Terra, já tratava do direito do devido processo legal

7. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

8. COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ou *due process of law*, dispondo que nenhum homem livre seria provado de sua vida, liberdade ou propriedade, senão pelo julgamento legal. Nesse momento, no entanto, o conceito de devido processo legal, restringia-se apenas à proteção no âmbito do processo penal e tinha cunho eminente processualista.

No Brasil, o devido processo legal foi recepcionado muitos depois, ingressando no ordenamento jurídico com a Constituição de 1946, artigo 141, § 4º. Luiz Rodrigues Wambier⁹ destaca que o texto dessa norma apenas evidenciava o princípio da justiciabilidade: “segundo o qual nenhuma lesão ao direito, de qualquer cidadão, poderá deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário”, no entanto como destaca em seguida, desse princípio deflui tranquilamente o do devido processo legal, por ser inimaginável a justicialidade sem o uso de instrumentos apropriados e previamente previstos no ordenamento jurídico. Posteriormente, as Constituições de 1967, 1969 e 1988 mantiveram este pensamento iniciado pela Carta de 1946.

Mas, somente a Constituição de 1988 trouxe, para o ordenamento jurídico brasileiro, a previsão expressa dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, respectivamente, nos incisos LIV e LV, do artigo 5º, estendendo a garantia para a esfera cível e abrangendo os processos jurisdicionais, administrativos e legislativos.

O princípio do devido processo legal é um direito fundamental com a finalidade de tutelar de forma ampla e genérica todos os demais direitos fundamentais abraçados pelo ordenamento jurídico. Decorre do próprio sistema do Estado Democrático de Direito, que agrega em seu conceito os mais variados princípios constitucionais como o direito a um procedimento ordenado, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à razoabilidade, à proporcionalidade, à igualdade, à publicidade.

Deve ser analisado sob dois enfoques: o processual ou procedimental, que impõe a necessidade de um processo legal ou substancial, que se relaciona à elaboração e aplicação das normas. Compreende-se o sentido formal, como explica Wambier, da garantia de ser processado e de processar conforme normas previamente estabelecidas para este fim, de modo que ninguém poderá ser privado de seus direitos. Nessa acepção,

9. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. Revista de Processo, nº 63, ano 16, jul-set de 1991, p. 54-63.

o princípio desdobra-se nas garantias de acesso à justiça, do juiz natural, do tratamento igualitário das partes do processo, da publicidade dos atos, da motivação das decisões, da ampla defesa e do contraditório. Por outro lado, no sentido material, as decisões do Poder Judiciário deverão ser substancialmente justas, razoáveis e proporcionais e os litigantes devem ser tratados igualmente. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo o juiz ponderar os valores envolvidos e decidir pelo que for mais relevante no caso concreto.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório são correlatos ao do devido processo legal¹⁰, de forma que, não há processo justo sem o estabelecimento do direito de defesa dos envolvidos no litígio. Hoje em dia, como ressalta Didier¹¹, estes dois princípios chegam a confundir-se, por estarem inseridos no mesmo artigo da Constituição da República e por não haver ampla defesa sem que seja colmatado o próprio contraditório, a ampla defesa é o direito fundamental de defesa das partes. É a forma de garantir a justiça do processo, concebendo, aos envolvidos, acesso a todos os meios legais de demonstração de suas razões, trata-se de aspecto substancial do contraditório.

A busca da verdade real dos fatos alegados nos processos litigiosos impõe a necessidade de produção de provas, de forma que a ampla defesa possibilita ambas as partes utilizarem de todos os meios possíveis para provarem seus direitos. O juiz não pode deixar de deferir a produção de prova para elucidar um determinado fato controvertido, mesmo que num primeiro momento, incline-se o magistrado pelos elementos probatórios e a interpretação dada por somente uma das partes.

O contraditório origina-se da combinação dos direitos de ação e da ampla defesa. É definido por Nelson Nery Júnior¹² como princípio que, de um lado, atende a necessidade de dar-se conhecimento às partes da existência da ação e de todos os atos do processo, de outro lado, possibilita que as partes reajam aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Dessa forma, consagra o direito de informação e de manifestação, obrigando o julgador a dar conhecimento às partes dos atos praticados no processo

10. GARCIA, Gabriela Helou. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica, Trabalho colhido na Internet com a indicação do tema.

11. DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

12. NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal, 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.79.

e garantir a defesa, por escrito ou oralmente, dos fatos constantes nos autos, estando o princípio do contraditório inseparavelmente ligado à distribuição da justiça organizada e ao princípio da audiência bilateral.

O juiz, por força de sua imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas, ouvindo uma deve ouvir a outra, somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor seu articulado, de apresentar provas e de influir sobre o convencimento do julgador. As partes devem ser ouvidas de forma igualitária de modo que se o princípio do contraditório deve ser visto como garantia das partes e do próprio processo, de modo que seja indispensável à efetividade para a prestação jurisdicional.

As decisões devem ser precedidas de um procedimento que respeite as partes, permitindo que se manifestem livre e igualmente no processo. Qualquer demanda, inclusive de aplicação da *disregard* deve obedecer ao princípio do devido processo legal, sob pena de serem invalidadas.

3. A “DISREGARD DOCTRINE” E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código Civil no artigo 50 dispõe sobre norma específica atinente à desconsideração da personalidade jurídica, esculpindo norma de direito material e de direito processual, estabelecendo as hipóteses que legitimam a aplicação da teoria e a necessidade de um processo legal, provocado pela parte ou pelo Ministério Público, princípio da inércia da jurisdição, para verificação do cabimento no caso concreto.

Interessante é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre o assunto:

EXECUÇÃO – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – POSSIBILIDADE – DESNECESSIDADE DA PRÉVIA INSTALAÇÃO DE PROCESSO DE CONHECIMENTO – SÓCIO – CITAÇÃO. 1. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada pode ser decretada nos autos da própria ação de execução, independentemente de processo de conhecimento autônomo. 2. Só depois de decretada a desconsideração da personalidade jurídica é que se faz necessária a expedição de mandado de citação, dirigido aos sócios que venham a ser incluídos no pólo passivo. (TJMG nº 1.0024.07.763195-0/001, Rel. Guilherme Luciano Baeta Nunes, julgado em 03/06/2008, publicado em 21/06/2008).

O mesmo entendimento é sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça:

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o vu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros, (STJ, Recurso Ordinário em MS nº 16.274 – SP Relatora Ministra Nancy Andrigli, julgado em 19 de agosto de 2003). Em outro caso aventou a Corte Superior: “A providência prescinde de ação autônoma. Verificados os pressupostos e afastada a personificação societária, os terceiros alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses. (Recurso Especial nº 228.357 – SP Relator Ministro Castro Filho, 09 de dezembro de 2003).

Além disso, existe um Projeto de Lei tombado sob o número 2426/2003 que, nos mesmos moldes do projeto do CPC tem por objetivo regulamentar processualmente a desconsideração da personalidade jurídica, acatando o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, permitindo a postulação da desconsideração em sede de processo de execução:

Art. 2º. A parte que postular, no processo de execução, a desconsideração da personalidade jurídica ou a responsabilidade pessoal de membro, instituidor, sócio ou administrador por débito da pessoa jurídica, indicará, necessária e objetivamente, em requerimento específico, quais os atos praticados e as pessoas deles beneficiados, o mesmo devendo fazer o Ministério Público nos casos em que lhe couber intervir na lide.

Diante da análise do dispositivo acima e do referente ao projeto do CPC, as partes ou o Ministério Público, nos casos em que couber a intervenção do órgão ministerial, portanto, há de se combinar este dispositivo com as regras de legitimação do parquet, têm legitimidade para requerer a desconsideração, podendo ser requerida em ação autônoma de conhecimento ou incidentalmente. Além disso, seja qual for a teoria adotada, sempre deverá haver o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois o contraditório no processo civil deve se manifestar em todos os tipos de processo existentes: de conhecimento, de execução e cautelar.

Importante questão tem sido deduzida nos diversos pretórios, a respeito da responsabilidade patrimonial secundária do sócio, sendo certo de que a jurisprudência do E. STJ, funda-se na regra de que o

redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.

Todavia, em recente julgado, a Primeira Seção desta Corte Superior, concluiu, no julgamento do ERESP n.º 702.232/RS, da relatoria do e. Ministro Castro Meira, publicado no DJ de 26.09.2005, que: a) se a execução fiscal foi ajuizada somente contra a pessoa jurídica e, após o ajuizamento, foi requerido o seu redirecionamento contra o sócio-gerente, incumbe ao Fisco a prova da ocorrência de alguns dos requisitos do art. 135, do CTN: quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa; b) constando o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário na CDA cabe a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN, independentemente se a ação executiva foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio ou somente contra a empresa, tendo em vista que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei n.º 6.830/80.

Caso a execução fiscal fosse ajuizada somente em desfavor da pessoa jurídica, não constando da CDA o nome dos sócios-gerentes da empresa como co-responsáveis pela dívida tributária, motivo pelo qual, independente da demonstração da ocorrência de que os sócios agiram com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, inexistente a possibilidade do redirecionamento da execução.

A responsabilidade patrimonial secundária do sócio, na jurisprudência do E. STJ, funda-se na regra de que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.

Todavia, a Primeira Seção do eg. STJ, concluiu, no julgamento do ERESP n.º 702.232/RS, da relatoria do e. Ministro Castro Meira, publicado no DJU de 26.09.2005, que:

- a) se a execução fiscal foi ajuizada somente contra a pessoa jurídica e, após o ajuizamento, foi requerido o seu redirecionamento contra

o sócio-gerente, incumbe ao Fisco a prova da ocorrência de alguns dos requisitos do art. 135, do CTN: quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa;

- b) constando o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário na CDA cabe a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN, independentemente se a ação executiva foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio ou somente contra a empresa, tendo em vista que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei n.º 6.830/80.

Os fundamentos de referido aresto restaram sintetizados na seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ART. 135 DO CTN. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. EXECUÇÃO FUNDADA EM CDA QUE INDICA O NOME DO SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. DISTINÇÃO.

1. Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

2. Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei n.º 6.830/80.

3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como co-responsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa.

4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

5. Embargos de divergência providos'

5. NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO QUE DETERMINA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: CONTRIBUIÇÃO DA DOCTRINA DAS AÇÕES DE PONTES DE MIRANDA

Segundo Pontes de Miranda, as sentenças não possuem uma única carga de eficácia. Para ele são cinco as eficácias contidas nas sentenças. São elas: condenatória, constitutiva, declarativa, executiva e mandamental. Todas elas distribuídas de forma escalonada. Os pesos das cargas de eficácia vão de 1 a 5. O autor denomina a eficácia de peso 5 de preponderante, a eficácia de peso 4 de imediata, a eficácia de peso 3 de mediata e as eficácias 2 e 1 de eficácias mínimas. Por exemplo, no caso de uma ação declarativa, a eficácia preponderante (5) será declaratória, já a eficácia imediata (4) será mandamental, enquanto que a eficácia mediata (3) será constitutiva, enquanto que a eficácias mínimas serão respectivamente condenatória (2) e executiva (1).¹³

No caso sobre análise a decisão que determina a desconconsideração da personalidade jurídica pode parecer condenatória, já que decorre de sanção imposta decorrente do reconhecimento de ato ilícito. É o que se colhe do art. 50 do CC-02, bem como do CPC projetado, ambos já citados. No entanto, trata-se de ação cuja carga de eficácia preponderante é a constitutiva, definida como sendo “a que tem por fito geral modificar ou extinguir alguma relação jurídica”.¹⁴ A ação constitutiva pode ser constitutiva positiva, constitutiva modificativa e constitutiva negativa.¹⁵ No caso da decisão que desconstitui a personalidade jurídica tem-se que é de natureza constitutiva negativa. Explica-se.

Pode parecer que a decisão aludida possa ser preponderantemente condenatória ou declaratória. A eficácia condenatória tem como cerne a reprovação, ordenar que sofra.¹⁶ Já a eficácia declaratória tem por função reconhecer a existência ou inexistência de relação jurídica, bem como falsidade ou autenticidade de documento.¹⁷ Por outro lado, a

13. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado das ações. São Paulo: Saraiva, 1972, T. I, p. 130.

14. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado das ações. São Paulo: Saraiva, 1972, T. III, p. 3.

15. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado das ações. São Paulo: Saraiva, 1972, T. III, p. 3.

16. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado das ações. T. I., p. 209.

17. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado das ações. T. I., p. 197.

constitutividade tem por função alterar em algum aspecto o mundo jurídico.¹⁸

No caso da decisão que determina a desconsideração da pessoa jurídica prepondera o desconstituir (constituir negativo), já que tem por função primordial retirar o manto que encobre a pessoa jurídica e imputar aos sócios a responsabilidade pelo ato reputado ilícito, segundo os ditames da legislação. É claro que a aludida decisão possui um nítido caráter condenatório, já que é o reconhecimento da prática do ilícito, reprovando-o, que leva à desconstituição, finalidade primordial da ação material a ser reconhecida na decisão que desconstitui a personalidade jurídica. Aqui, tal qual a sentença que extingue o usufruto baseada em culpa do usufrutuário – também constitutiva negativa – o elemento condenatório aparece com eficácia imediata (peso 4).¹⁹

O elemento declaratório aparece, mas aqui como eficácia mediata (peso 3), uma vez que declara a existência de vínculo jurídico entre o sócios e a parte a quem aproveita a decisão constitutiva negativa. Além disso, declara a existência do ilícito que fora reprovado pela eficácia condenatória, também presente, como já destacado. A eficácia executiva aparece como eficácia mínima de peso 2 e a madamentalidade como eficácia mínima de peso 1.

6. RECURSO CABÍVEL

O recurso cabível da decisão tomada no incidente de desconsideração previsto no projeto do CPC é o agravo de instrumento, mas nada impede que uma demanda autônoma seja proposta e em razão desse expediente o recurso cabível seja considerado como a apelação, caso a decisão ponha termo ao processo, como no caso de uma ação meramente declaratória, para certificar o direito da parte exequente ou autora de processo de conhecimento ver o seu crédito forrado, no caso da prática dos atos ultra vires autorizadores da *disregard*.

Além disso, quando uma parte é incluída no processo de execução e nele citado em aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, seus embargos poderão alegar que a eficácia do título executivo

18. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado das ações. T. I., p. 203.

19. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado das ações. São Paulo: Saraiva, 1972, T. IV., p. 305.

não o atinge, porque em face dele não há título executivo, nesse caso a jurisprudência tem certa propensão a admitir a execução contra o terceiro, contudo o instrumento processual adequado para deduzir em juízo a tese da inadmissibilidade da execução nessa circunstância é a ação de embargos fundados na ausência do título, mas se os bens forem penhorados sem prévia citação do titular sua defesa será realizada mediante embargos de terceiros. Nesses casos, não há dúvida de que a decisão apreciará e solucionará o próprio mérito dos embargos e o recurso cabível será a apelação, mesmo porque absolutamente inadequado o procedimento incidental previsto no projeto.

Portanto, o procedimento adotado pelo projeto tem perfeita consonância com os casos a que se aplica, mas não esgota todas as circunstâncias aplicáveis à situação e deve subserviência estrita aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório a ser observado em cada caso.

7. CONCLUSÕES

Após estas rápidas considerações, podem ser formuladas observações de arremate abaixo:

- a) apesar de diversas previsões legais autorizadoras da *disregard*, observou-se, contudo, não haver, até o momento, qualquer disposição legal sobre os aspectos processuais desse instituto. As leis existentes que dispõem sobre a teoria da desconsideração, bem como o Código de Processo Civil vigente, não trazem normas disciplinando o procedimento a ser adotado na sua aplicação;
- b) não há dúvidas de que, mesmo nas hipóteses não abrangidas pelo Código Civil ou pelas leis esparsas que reportam ao tema, está o Poder Judiciário autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica quando for fraudulentamente manipulada para frustrar interesses legítimos dos credores (atos *ultra vires*);
- c) o processo é instrumento para tomar decisões das mais variadas dimensões de uma sociedade democrática, legitimando as ações, os atos, fatos e negócios, com a previsão de procedimento formal na busca da verdade e garantia de decisões justas;
- d) no processo judicial, as partes envolvidas no litígio têm o direito de que suas pretensões sejam analisadas de forma isonômica,

para que tenham chances iguais de satisfação. A tarefa de solucionar os conflitos da sociedade, proferindo decisões, pertence ao Estado, que exerce esse dever-poder através de um processo;

- e) as decisões judiciais devem ser precedidas de um procedimento que respeite as partes, permitindo que se manifestem livre e igualmente no processo. Qualquer demanda, inclusive de aplicação da *disregard* deve obedecer ao princípio do devido processo legal, sob pena de serem invalidadas;
- f) o projeto de lei 166/2010 prevê expressamente o procedimento incidental como forma básica para certificação do direito do exequente obter a desconsideração da personalidade jurídica de devedor que ao praticar ato ultra vires enquadra-se nas regras atinentes à *disregard of legal entity*.
- g) quando uma parte é incluída no processo de execução e nele citado em aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, seus embargos poderão alegar que a eficácia do título executivo não o atinge, porque em face dele não há título executivo, nesse caso a jurisprudência tem certa propensão a admitir a execução contra o terceiro, contudo o instrumento processual adequado para deduzir em juízo a tese da inadmissibilidade da execução nessa circunstância é a ação de embargos fundados na ausência do título, mas se os bens forem penhorados sem prévia citação do titular sua defesa será realizada mediante embargos de terceiros. Nesses casos, não há dúvida de que a decisão apreciará e solucionará o próprio mérito dos embargos e o recurso cabível será a apelação, mesmo porque absolutamente inadequado o procedimento incidental previsto no projeto.

As posições defendidas neste trabalho podem ser objeto de críticas e até não terem aceitação na jurisprudência, em face da alta discutibilidade das premissas e conclusões aqui evidenciadas, mas oportunizou ao autor estudar o tema e ponderar manifesta inquietação científica sobre tema tão relevante, mesmo assim relembro advertência do eminente professor e advogado baiano Milton Tavares que no Direito há, pelo menos, duas verdades, uma contra e outra a favor.

REFERÊNCIAS

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª edição, São Paulo. Malheiros. 2005.

- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 7ª edição, Salvador, Juspodium, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, São Paulo, T. IV, p. 672.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1987.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª edição, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso do direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, v. 410, ano 58, dez de 1969, p. 12-24.
- SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad em las sociedades mercantiles el abuso de derecho por médio de la persona jurídica**. Barcelona: Ariel, 1958.
- SOUZA, Artur César de. **Contraditório e revelia**: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista de Processo**, nº 63, ano 16, jul-set de 1991, p. 54-63.

37

SENTENÇAS CONDICIONAIS

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Os negócios jurídicos processuais – 3. A decisão judicial como negócio processual – 4. O dogma das sentenças incondicionais no direito brasileiro – 5. Sentenças sujeitas à condição e termo – 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, desde a vigência do direito reinícolá, sempre prevaleceu a convicção de que as sentenças judiciais não poderiam ser emitidas sob condição. Doutrina e jurisprudência ainda hoje comungam desse entendimento, fortalecido pela redação do parágrafo único do art. 460 do CPC-1973.

Neste ensaio, buscaremos demonstrar que o ordenamento brasileiro admite as sentenças condicionais. Para isso, buscaremos, primeiramente, justificar a existência de negócios processuais, assim como a possibilidade de considerar as decisões judiciais como espécie de negócio jurídico processual para, em seguida, chegar à constatação de que as condições (suspensiva e resolutiva), enquanto determinações temporais próprias dos negócios jurídicos porque ligadas ao autorregramento da vontade -, podem ser utilizadas, em certos casos, nos provimentos judiciais.

2. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Coube à doutrina alemã elaborar e desenvolver o conceito de negócio jurídico processual², a partir do final do século XIX³. Na Itália, CHIOVENDA

-
1. Doutor (UFBA) e Mestre (UFAL) em Direito. Professor-adjunto da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor e coordenador do curso de Direito da SEUNE. Professor convidado da Escolas Superiores de Magistratura de Alagoas (ESMAL) e Pernambuco (ESMA-PE). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro fundador da Associação do Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Advogado. E-mail: www.pedrohenriquenogueira.com.br.
 2. DENTI, Vittorio. *Negozió processuale*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1978, v. XXVIII, p. 138.
 3. WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1977, p. 28-29, notas 8 e 9 et passim. Admitindo a existência de negócios

admitia claramente a figura dos negócios processuais, visto que para certos atos a lei relaciona, imediatamente, a produção de efeitos com a vontade das partes. Assim se daria com os atos unilaterais praticados com o fim de criar, modificar ou extinguir direitos processuais (*v.g.* renúncia, aceitação da herança etc.)⁴.

A doutrina brasileira, quando não recusou valor à figura⁵, simplesmente silenciou sobre o problema, salvo algumas exceções⁶. A mesma postura se encontra na processualística latino-americana, embora alguns autores, como JUAN MONROY GÁLVEZ⁷ tenha se debruçado sobre o tema e admitido a existência de negócios processuais.

Negócio processual é o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria

-
- jurídicos processuais: SCHÖNKE, Adolf. *Direito Processual Civil*. Revisão Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 148; LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Tedesco*. Tradução Edoardo Ricci. Napoli: Morano, 1959, p. 122; LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999, p. 306; JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 174.
4. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Nicola Jovene, 1913, p. 775-776. Aceitam os negócios processuais, com poucas variações conceituais, na doutrina italiana: MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJE, 1970, v. I, p. 292; DONDINA, Mario. *Atti Processuali Civili (civili e penali)*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, I. Torino: UTET, 1957, p. 1.520; ROCCO, Ugo. *Diritto Processuale Civile – Parte Generale*. Napoli: Jovene, 1936, p. 318; ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, I. Milano: Giuffrè, 1964, p. 419; PALERMO, Antonio. *Contributo alla Teoria degli Atti Processuali*. Napoli: Jovene, 1938, p. 75; INVREA, Francesco. *La giurisdizione concreta e la teorica del rapporto giuridico processuale*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. IX, parte I. Padova: CEDAM, 1932, p. 44; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, III. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 124-125; FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 416, dentre outros.
 5. Recusam a figura do negócio processual, no Brasil: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484; KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 141; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 16; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 248; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 6. Os argumentos apresentados são similares: no processo não haveria espaço para o autorregramento da vontade, uma vez que os efeitos de possível ocorrência dos atos dos sujeitos do processo já estariam previamente disciplinados pela lei.
 6. Calmon de Passos adota posição intermediária. Assume que, em tese, em face da redação do art. 158 do CPC-1973, a figura do negócio processual poderia ser admitida em nosso direito. Nada obstante, as declarações negociais das partes, para produzirem efeitos no processo, necessitariam da intermediação judicial. (PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69-70).
 7. GÁLVEZ, Juan Monroy. *Teoría General del Proceso*. 3. ed. Lima: Communitas, 2009, p. 351.

jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais⁸. No negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação⁹.

Parece inquestionável a existência de um espaço deixado aos diversos sujeitos processuais para que possam influir e participar na construção da atividade procedimental¹⁰.

É preciso esclarecer que aqui não se adota a ideia segundo a qual os efeitos no negócio jurídico seriam sempre *ex voluntate*. Os efeitos jurídicos, a rigor, decorrem do fato jurídico (independente de ser a espécie negocial ou não). Somente a previsão em abstrato dos efeitos se encontra nas normas jurídicas. Logo, não há propriamente efeitos *ex voluntate*. Conforme bem sintetizou PAULA SARNO BRAGA, “Serão negócios processuais quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (com limites variados)”¹¹.

Os negócios processuais também não dependem, necessariamente, da intervenção ou intermediação judicial para produzir os seus efeitos. A desistência do recurso já produz o efeito de transitar em julgado de imediato a decisão recorrida¹², sem que se necessite da intermediação judicial para sua propagação. Ora, se à parte é dada a possibilidade de manifestar vontade abdicando do direito de recorrer e o ordenamento jurídico valora e recebe esse querer, dando-lhe inclusive primazia sobre os provimentos jurisdicionais posteriores que o contrariem¹³, é porque está reconhecido o poder de autorregramento da vontade no processo.

É possível, enfim, falar em *negócios jurídicos processuais*, como a renúncia ao prazo (CPC-1973, art. 186), a convenção processual de dilação

-
8. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 58.
 9. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 166.
 10. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords.). Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 291.
 11. BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, junho, 2007, n. 148, p. 312.
 12. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 335.
 13. Cf. STJ. AgRg no RESP n. 902711/SP. Relator Ministro Luiz Fux. DJe 18.11.2010.

de prazo não-peremptório (CPC-1973, art. 182), o acordo de substituição de bem penhorado, a eleição negocial do foro¹⁴, o acordo para a suspensão do processo (CPC-1973, art. 265, II, e art. 792), o adiamento negociado da audiência (CPC-1973, art. 453, I), a desistência do recurso, a arrematação no processo de execução¹⁵, a adjudicação, o calendário processual, os acordos de procedimento em geral etc.

O universo de negócios processuais é significativamente amplo. Uma considerável parte dos atos procedimentais praticados pelas partes pode, com grande vantagem, ser enquadrada como autênticos negócios jurídicos processuais.

Encontram-se no processo tanto negócios *unilaterais* (que se perfazem pela manifestação de apenas uma vontade), como a *desistência* e a *renúncia*, quanto negócios *bilaterais* (que se perfazem pela manifestação de duas vontades), como é o caso da *eleição negocial do foro* e *suspensão convencional do andamento do processo*. Se a *renúncia* é um negócio jurídico unilateral, como reputa a doutrina de maneira generalizada¹⁶, não atribuir a mesma natureza jurídica à *renúncia ao direito de recorrer*, por exemplo, seria incoerência que não se pode aceitar.

Na própria petição inicial há pelo menos o negócio jurídico processual¹⁷ de *escolha do procedimento* a ser seguido, visualizado com mais facilidade quando o autor pode optar entre diversos procedimentos: mandado de segurança ou procedimento ordinário, Juizados Especiais ou procedimento sumário etc.

-
14. Paula Sarno Braga admite, ainda, a existência de negócios processuais plurilaterais – com vontades distintas, advindas de mais de dois lados, que convergem para um fim comum –, como uma suspensão convencional firmada entre opositos e oponente ou uma cláusula compromissória aposta em contrato social que deu fim a processo instaurado por um dos sócios (BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual, cit., p. 314).
 15. Sobre a arrematação como ato negocial: DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 5, p. 640-641; MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, X. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 353 e segs.; ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 702.
 16. Na doutrina, por exemplo, GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.
 17. Vai ainda mais além Paula Costa e Silva, com argumentos muito bons, que aproxima o acto postulativo do ato negocial. Defende que é ato que delimita o objeto do processo e que traduz o que a parte “quer” do tribunal. Traduz manifestação de vontade, com escolha dos efeitos desejados, sendo que o tribunal fica adstrito ao que lhe foi pedido (SILVA, Paula Costa e. Acto e Processo – O dogma da irrelevância da vontade nos actos postulativos. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 318 ss.).

Os negócios jurídicos *bilaterais* costumam ser divididos em *contratos*, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e *acordos* ou *convenções*, quando as vontades se unem para um interesse comum¹⁸.

O relevante para caracterizar um ato como *negócio jurídico* é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico, com poder de autorregramento.

O conceito de negócio jurídico não preconiza a ligação direta e unívoca de todos os efeitos decorrentes do ato à vontade manifestada pela parte, como se para ter configurado o negócio o figurante precisasse estipular livremente o conteúdo de todos os efeitos. Essa necessidade de correspondência unívoca entre a vontade e os efeitos resultantes do ato – como se todos os efeitos do ato estivessem ligados ao querer do agente –, nem mesmo no plano do direito material sempre se verificaria¹⁹.

Os negócios processuais têm como objeto situações jurídicas tipicamente processuais²⁰. Conforme assinala TEIXEIRA DE SOUSA, “é a disponibilidade sobre os efeitos processuais que afere a admissibilidade dos negócios processuais”²¹.

3. A DECISÃO JUDICIAL COMO NEGÓCIO PROCESSUAL

Não é comum encontrar quem procure enquadrar as decisões judiciais como atos processuais negociais. Até mesmo entre os autores que admitem a existência dos negócios jurídicos processuais, normalmente, há uma certa resistência à aproximação das duas categorias.

18. Por exemplo, GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.; BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. Fernando de Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2, p. 198.

19. Quando alguém saca uma nota promissória (negócio jurídico unilateral de direito cambiário), não exige a lei que o emitente configure todos os efeitos decorrentes do seu ato. Além disso, há vários efeitos que operam mesmo que o emitente não os queira. Assim, v.g., ao emitir uma nota promissória agrega-se-lhe inapelavelmente o caráter de título executivo (CPC-1973, art. 585, I). São, como se vê, efeitos previstos na lei, contra os quais a vontade do estipulante nada pode, mas, nem por isso, se cogita de afastar o caráter negocial daquele ato.

20. Sobre o conceito de situações jurídicas processuais: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 117.

21. SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o Novo Processo Civil. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 193.

PALERMO²², muito embora aceite a categoria dos negócios jurídicos processuais, negou de forma explícita, a possibilidade de se reconduzir as sentenças judiciais a um ato tipicamente negocial, pois nela faltariam os elementos típicos do negócio.

Outros, como FAZZALARI, não deixam de reconhecer uma proximidade entre as sentenças e os atos negociais (negócios jurídicos). Para o autor italiano, o que diferenciaria os dois conceitos seriam os regimes jurídicos, mas, ainda assim, a sentença não deixaria de ter um caráter negocial²³.

De outro lado, alguns autores, notadamente os que adotam uma concepção que poderíamos denominar “ampla” de negócio jurídico processual (assim entendido como o exercício de um direito subjetivo) conseguem visualizar o enquadramento da sentença, ou dos provimentos jurisdicionais, como negócios jurídicos.

FRANCESCO INVREA²⁴ insere na classe dos negócios processuais certos atos processuais do juiz. Tais negócios processuais pertenceriam aos negócios jurídicos de autoridades, em contraposição aos negócios jurídicos de não autoridades. Aponta, ainda, que a nomenclatura “negócio jurídico” seria preferível para designar a classe das manifestações de vontade dirigidas a produzir efeitos jurídicos, em lugar “ato jurídico”, pois os ilícitos também seriam atos jurídicos e, nada obstante, os seus efeitos não seriam queridos pelo agente.

Já ENZO ENRIQUES²⁵ considera que a sentença, como declaração de vontade, produz uma eficácia determinada por poderes pertencentes ao juiz. Ao mesmo tempo em que há efeitos, ditos “secundários”, produzidos independentemente da circunstância de ser a sentença o exercício de poderes jurisdicionais, existem os efeitos ditos “essenciais” produzidos pela sentença como ato jurisdicional, relacionados à declaração de vontade por trás da qual estaria o poder a cargo do juiz de determiná-los. Na

22. PALERMO, Antonio. Contributo alla Teoria degli Atti Processuali. Napoli: Jovene, 1938, p. 84.

23. “La sentenza dell’autorità giudiziaria se distingue dal negozio privato, non per diversità di natura – entreambi gli atti sono manifestazioni di volontà; anche la sentenza appartiene al tipo negoziale, beninteso in senso lato -, ma per le peculiarità di regime.” (FAZZALARI, Elio. Lodo e Sentenza (ancora sulla <<natura>> negoziale del lodo). In: Rivista di Diritto Processuale, n. 2, anno XLV. Padova: CEDAM, 1990, p. 383).

24. INVREA, Francesco. La giurisdizione concreta e la teorica del rapporto giuridico processuale. In: Rivista di Diritto Processuale, v, IX, parte I. Padova: CEDAM, 1932, p. 45.

25. ENRIQUES, Enzo. La Sentenza come Fatto Giuridico. Padova: CEDAM, 1937, p. 189.

primeira hipótese, a sentença seria um fato jurídico em sentido estrito. Na segunda, um ato de tipo negocial²⁶.

Examinando a natureza da sentença arbitral, SANTORO-PASSARELLI²⁷ entende tratar-se de negócio jurídico. A atividade do árbitro, do ponto de vista lógico, seria idêntica à atividade do juiz ao compor o litígio. A diferença entre as duas atividades compositivas estaria na declaração do juiz a respeito de uma situação jurídica, emitindo um comando. Somente em alguns casos, o juiz apareceria investido em um poder dispositivo (v.g. art. 2.099 do Código Civil italiano, segundo o qual na relação de trabalho, não havendo previsão do salário em regulamento de empresa ou acordo entre as partes, caberá ao juiz fixá-lo, levando em conta as opiniões de associações profissionais); nesses casos, a atividade judicial equivaleria à do árbitro.

Para os que aceitam a natureza jurisdicional da sentença arbitral²⁸, resta facilitada a adoção de ideia de que o provimento exarado pelo árbitro seja um negócio jurídico. Nada obstante, também para decisões tipicamente judiciais, o raciocínio se aplica. Embora aqui não adotemos a concepção “ampla” do negócio jurídico – a ponto de identificá-lo como todo ato que represente o exercício de poderes jurídicos, justamente porque, de acordo com o paradigma teórico aqui adotado, um poder ou direito subjetivo pode ser exercitado através de ato jurídico *stricto sensu* (v.g. o despacho que ordena a citação do réu constitui exercício do poder jurisdicional, mas não se trata de negócio jurídico, e sim de ato jurídico processual em sentido estrito) –, é possível identificar enquadrar alguns provimentos jurisdicionais no conceito de negócio jurídico processual.

-
26. “Perciò, considerare la sentenza como facente parte degli atti g. a carattere negoziale, vuol dire concepire la sentenza come esercizio di potere, non essendo il processo campo di diritti soggettivi. Che la sentenza sia esercizio di un potere è cosa talmente ovvia che a volte, come vedremo, quasi lo si dimentica.” (ENRIQUES, Enzo. *La Sentenza come Fatto Giuridico*. Padova: CEDAM, 1937, p. 173).
 27. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Negozio e giudizio*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno X. Milano: Giuffrè, 1956, p. 1.160-1.166.
 28. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26; ALMEIDA, João Alberto de. *Processo Arbitral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 143; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, p. 99. Negam o caráter jurisdicional da arbitragem, no direito brasileiro, dentre outros: MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 87; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 147-148.

Os atos judiciais também podem ser enquadrados na categoria dos negócios jurídicos; fala-se então de *negócio jurídico processual judicial*²⁹, porque o sistema admite para certos atos uma margem de liberdade de escolha para o juiz.

Certas normas atribuem ao juiz o poder de escolha de situações jurídicas processuais que vincularão, no procedimento, as partes e até mesmo o próprio órgão jurisdicional. Assim sucede, além de noutras: i) na decisão fixadora do prazo de citação na ação rescisória (CPC-1973, art. 491), podendo ser de 15 a 30 dias, à opção do relator, que, ainda quando orientado por certos critérios (*v.g.* a complexidade da causa, ou a quantidade de documentos trazidos pelo autor), terá inegável margem de discricionariedade para eleger o prazo; ii) na decisão monocrática proferida pelo relator negando provimento a recurso em confronto com jurisprudência dominante do próprio tribunal (CPC-1973, art. 557), hipótese em que lhe cabe a escolha da forma de julgamento (monocrático ou colegiado) com todas as diferentes consequências processuais resultantes dessa eleição (*v.g.* diversidade de recursos para impugnação, julgamento em mesa, ausência de direito à sustentação oral); iii) na sentença de julgamento liminar de improcedência (CPC-1973, art. 285-A), há, a cargo do juiz, pelo menos, a escolha do regime jurídico decorrente de seu ato (preenchidos os requisitos do art. 285-A do CPC-1973, poderia o magistrado deixar o procedimento transcorrer, julgando o litígio ao final, mas também lhe seria lícito julgar desde logo, antes de citar o réu), com mudança, a depender da escolha, não só no procedimento, mas nas situações jurídicas das partes; iv) na sentença, ou decisão liminar, em processo cautelar atípico (CPC-1973, art. 798), quando o juiz poderá escolher medidas adequadas a preservar o provável direito subjetivo posto em situação de perigo³⁰, dentre mais de uma que se apresente adequada para tutela de prevenção na situação concreta; v) na decisão que fixa o prazo para realização da alienação por iniciativa particular, na execução por quantia certa (CPC-1973, art. 685-C, § 1º)³¹, para a qual

29. Sobre o assunto, conferir: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais. Salvador: Tese de Doutorado da UFBA, 2011, p. 109 e segs.

30. Há aí discricionariedade judicial orientada apenas pela finalidade de proteção do direito ameaçado, cabendo ao juiz a escolha da media a ser tomada. Assim: LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, VIII, t. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 97; SILVA, Ovídio Baptista da. Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 103.

31. “O magistrado deve estabelecer um prazo máximo para que a alienação privada seja efetivada de modo a evitar a eternização dessa modalidade de venda. Entendemos que o prazo é fixado pelo magistrado no âmbito de seu poder discricionário, devendo atentar, todavia,

não há pré-fixação do intervalo de tempo até a consumação da alienação; vi) na decisão que fixa ordem de produção das provas³² (v.g. resolvendo ouvir as testemunhas, antes do perito, ou, ainda, as testemunhas antes de colher o depoimento pessoal de uma das partes, não obstante o art. 452 do CPC-1973 estabeleça uma cronologia); vii) na decisão que deixa de receber o recurso de apelação por impugnar sentença fundada em súmula de tribunal superior, como prevê o art. 518, § 1º do CPC-1973³³.

Os atos praticados pelo juiz, nas situações exemplificativas acima, constituem exercício não somente do poder jurisdicional, mas do poder de autorregramento da vontade, sendo-lhe outorgada pelo sistema a faculdade de escolha de determinadas categorias e de determinadas situações jurídicas processuais. Por isso, apresentam-se como autênticos *negócios jurídicos processuais judiciais*.

4. O DOGMA DAS SENTENÇAS INCONDICIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

A doutrina brasileira, em geral³⁴, na atualidade, tem recusado, com veemência, a possibilidade de sentenças condicionais. DINAMARCO bem ilustra esse posicionamento:

“Sentença condicional é aquela que submete seus próprios efeitos a algum evento futuro e incerto. O Código de Processo Civil a

para as peculiaridades do caso concreto.” (SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. Curso de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 167, v. II).

32. Segundo Gajardoni, razões de conveniência e oportunidade podem levar o juiz a inverter a ordem do art. 452 do CPC-1973, tratando-se aí de hipótese de flexibilização procedimental (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização Procedimental – Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 187).
33. Essa regra se insere no que Gajardoni chamou de regime geral de flexibilização procedimental, de modo que é lícito ao juiz determinar ou não o processamento do recurso, suprimindo ou não, conforme o caso, fases do procedimento recursal (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização Procedimental – Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 175). Trata-se de escolha feita pelo juiz e o sistema jurídico qualifica essa escolha, dando inclusive regimes jurídicos diferenciados conforme seja a eleição pelo recebimento ou pelo não recebimento do recurso em confronto com a súmula.
34. Assim: ZAVASCKI, Teori. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 102; LOPES, João Batista. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2006, v. 2, p. 151; PIMENTEL, Wellington Moreira. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: RT, 1979, p. 532. Mais recentemente: BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, t. 1, p. 363 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento. São Paulo: RT, 2007, v. 2, p. 418, dentre outros.

põe na ilegalidade e a jurisprudência afirma sua nulidade, porque sentenças com esse vício são a negação da oferta de segurança jurídica que pela via do exercício da jurisdição o Estado se propõe a oferecer às pessoas”³⁵.

Nas Ordenações (Filipinas, Livro III, Tít. XLVI, § 4º) já se encontrava vedação³⁶ (conquanto admitindo algumas exceções) à prolação de sentenças condicionais. O Regulamento n. 737/50 foi omissivo a respeito. Já no Código de 1939, não se pôs uma explícita vedação e alguns até as admitiam, a partir do enunciado do art. 281³⁷, mas predominava mesmo a recusa doutrinária à figura da sentença condicional³⁸.

O Código de 1973, por força do disposto no parágrafo único do art. 460 (na redação original, antes da Lei n. 8.952/94, o enunciado constava do art. 461), fortaleceu a convicção quanto ao dogma da incondicionabilidade das sentenças: “Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.”

O pensamento herdado desde os praxistas é de que as sentenças deveriam ser puras, certas, não podendo ser condicionais³⁹. À sentença condicional faltaria o requisito da certeza.

35. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 214.

36. “§ 4.º E não deve dar sentença condicional, salvo, se a condição fosse logo cumprida, assi como se o Julgador condenasse o réo no que o autor jurasse que lhe era devido, porque em tal caso poderá dar a dita sentença condicional.” No Título LXXVII se previa: “Toda a sentença diffinitiva deve ser pura, e não ter em si condição alguma. Porém, sem embargo disto, se for condicional, não será por isso nenhuma de Direito, como si fosse dada contra Direito expresso, ou por quem não tivesse jurisdição”.

37. “Art. 281. A condenação será em coisa ou quantia certa, podendo, todavia, ser alternativa, quando o fôr o pedido.” Pedro Batista Martins observava: “A natureza da sentença depende da natureza do pedido, o qual, a seu turno, se funda na causa petendi. Se a obrigação do réu é condicional, condicional há de ser o pedido e, em consequência, a decisão judicial” (MARTINS, Pedro Batista. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. III, t. 2º, p. 269). A confusão é evidente, porém, entre a condicionabilidade da sentença e a condição da obrigação reconhecida na sentença.

38. COSTA, Moacir Lôbo da. Sentenças Condicionais. In: Revista de Direito Processual Civil, v.1, ano 1. São Paulo: Saraiva, jan-jun/1960, p. 104; REZENDE FILHO, Gabriel. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1966, v. 3, p. 27.

39. SOUSA, Joaquim José Pereira e. Primeiras Linhas sobre o Processo Civil, I. Coimbra: Imprensa Litteraria, 1872, p. 246; NAZARETH, Francisco J. Duarte. Elementos do Processo

A doutrina formada a partir do Código de 1973 perfilhou o mesmo entendimento, recepcionado, também, pelos precedentes. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se tem adotado o entendimento segundo o qual as sentenças condicionais seriam nulas⁴⁰.

Buscaremos, a partir de agora, contrariar essa ordem de ideias, pois o direito brasileiro admite sentenças condicionais.

5. SENTENÇAS SUJEITAS À CONDIÇÃO E TERMO

As sentenças e decisões condicionais são exemplos característicos de *negócios processuais judiciais*. Nelas o juiz pratica um autêntico negócio jurídico ao inserir no provimento uma determinação inexa⁴¹, normalmente uma condição, da qual decorre o surgimento ou a extinção dos efeitos do ato processual.

A inserção de determinações inexas em atos jurídicos (quando admitida) é sempre resultado do poder de autorregramento da vontade. As normas jurídicas podem admitir que a uma manifestação de vontade se ligue uma limitação, estipulada pelo próprio agente, do efeito jurídico resultante do seu ato⁴². As determinações inexas (termos e condições) são próprias dos negócios jurídicos.

As condições estipuladas em provimentos judiciais – que por si já evidenciam a possibilidade de reconduzir as decisões judiciais à categoria do negócio jurídico processual -, são encontráveis em nosso ordenamento jurídico⁴³.

Civil. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1860, v. I, p. 344. Entre os brasileiros, BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil*. Campinas: Russel, 2002, p. 201. João Monteiro obtemperava: “A sentença deve ser pura, porque sentença condicional não seria certa. Como fixar o conteúdo da condenação, si a respectiva obrigação determinante tem a própria existência dependente de um acontecimento futuro e incerto?” (MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Off. Graph. do Jornal do Brasil, 1925, v. I, p. 580).

40. STJ. RESP 569174/PR. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 24/05/2004; STJ. RESP 164110/SP. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 08/05/2000.

41. Pontes de Miranda chama de “determinações inexas” os elementos futuros subordinantes da eficácia de um ato jurídico, postos pelo exercício da própria vontade do sujeito; tais elementos se inexam ao ato para lhes fazer futuramente irradiar ou cessar a eficácia (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, V. Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 92).

42. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 655.

43. Não cogitamos aqui da chamada “condanna con riserva” do direito italiano, em que o juízo profere um provimento condenatório, em sede de cognição sumária, diferindo a uma fase posterior o exame das defesas do réu (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale*

É preciso esclarecer que aqui não nos referimos às sentenças que decidem relação jurídica sujeita à condição suspensiva ou termo inicial (CPC-1973, art. 460, parágrafo único), porque aí a condição se vincula à relação jurídica substancial e não ao ato processual (decisão).

Como bem observaram FREDIE DIDIER JR., RAFAEL OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA, “o art. 460, p. ún., do CPC, não veda que a decisão preveja uma condição de eficácia do direito por ela certificado, isto é, não proíbe a prolação de uma decisão condicional”⁴⁴. O que está vedado é a prolação de sentença que reconheça um direito, mas, ao mesmo tempo, condicione o reconhecimento desse direito a um evento futuro⁴⁵.

Em doutrina, por vezes, se fala em “sentenças condicionais”⁴⁶ para aludir à hipótese de provimento que decide relação condicional. Preferimos não utilizar essa expressão porque o que se condiciona aí não é a decisão, mas a situação jurídica litigiosa⁴⁷. CARNELUTTI⁴⁸ já ressaltara, porém, a distinção entre as condições do direito reconhecido na sentença e as condições do reconhecimento do direito. Não se mostra conveniente inserir o adjetivo “condicional” para qualificar atos (decisões) que não estejam condicionados, como se dá na decisão versando sobre relação jurídica sujeita à condição.

Tal como bem demonstrado por COUTURE⁴⁹, não há uma relação necessária entre o caráter condicional da relação jurídica litigiosa e a na-

Civile. 5. ed. Napoli: Jovene, 2010, p. 571), prevista, v.g., no art. 35 do Codice italiano, figura que se aproxima da tutela antecipada por abuso do direito de defesa brasileira. Aqui, embora haja aparentemente uma condição resolutiva posta no provimento (o evento futuro do exame pelo juiz das exceções trazidas pelo réu), é a própria lei quem estabelece a resolução da eficácia do ato judicial a um evento futuro. Isso sucede também nas decisões provisórias passíveis de revogação (v.g. decisão liminar em processo cautelar etc.). Trata-se de *conditio iuris*.

44. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. Curso de Direito Processual Civil. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 331.
45. ARAGÃO, E. D. Moniz de. Sentença e Coisa Julgada. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 123.
46. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 24.
47. O Superior Tribunal de Justiça (STJ. RESP 164110/SP. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 08/05/2000) identificou bem as duas situações, embora ainda tenha adotado a nomenclatura usual (“sentenças condicionais”). Diferenciando com nitidez a sentença condicional da sentença que julga relação sujeita à condição: ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. In: Revista de Processo, n. 109. São Paulo: RT, jan-mar/2003, p. 53 e segs; BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363, v. 2, t. 1.
48. CARNELUTTI, Francesco. La sentencia condicional. In: Estudios de Derecho Procesal. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1952, p. 185-186, v. II.
49. COUTURE, J. Eduardo. Sentencias provisionales, condicionales y alternativas. In: Estudios de Derecho Procesal Civil, III. Buenos Aires: Ediar, s/a, p. 318.

tureza condicional da decisão judicial. De fato, a sentença deve ser certa, concludente quanto ao direito subjetivo material afirmado no processo, mesmo que a ele se ligue uma condição no plano do direito material. Decisão ou sentença “com reserva”⁵⁰ parece ser expressão mais adequada por permitir a distinção entre os dois tipos de decisões: (a) as verdadeiramente condicionais, cujos efeitos se subordinam, total ou parcialmente, a uma condição ou termo inseridos por força da manifestação de vontade do juiz, e (b) as que decidem relações jurídicas sujeitas à condição, impropriamente denominadas “condicionais”⁵¹.

Na sentença com reserva, há o diferimento de parte da eficácia do provimento judicial (“o efeito executivo é que vai depender da ocorrência do evento”, como observou BARBOSA MOREIRA⁵²), mas essa postergação decorre da própria natureza da relação substancial objeto do litígio. Nesses casos, o juiz não pode dispor, nem modificar, nem deixar de considerar a condição ou o termo ligados à situação litigiosa, tal como se dá nas chamadas condenações para o futuro.

Nem se deve supor também que a sentença subordinada a ocorrência de eventos futuros seria incerta. Quando o juiz diz qual a prestação a ser cumprida pelo vencido, atendeu ao requisito da certeza. Como lembra PONTES DE MIRANDA, “S o juiz diz que B é condenado a x se ocorrer o fato *a*, ou se expirar o prazo *b*, decidiu com certitude”⁵³.

Quando nos referimos às condições inseridas em sentenças, falando então em *decisões condicionais*, estamos aludindo às hipóteses em que o juiz dispõe de alguma margem de liberdade para *escolher* se agrega ou não ao provimento uma condição (suspensiva ou resolutiva); somente aqui, propriamente, se pode falar em decisões ou sentenças condicionais, não vedadas pelo art. 460, parágrafo único, do CPC-1973.

Essa margem de autorregramento certamente não abrange o elemento declarativo da decisão. Não pode o juiz reconhecer a existência ou não

50. MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, V. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 73.

51. Carnelutti já advertia com exatidão: “não são hipóteses de sentença condicional as daquelas que constituam ou acertem uma relação dependente de um determinado evento” (CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Direito Processual Civil, III. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 658).

52. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Execução sujeita a condição ou a termo no processo civil brasileiro. In: Doutrina, v. 9. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2000, p. 197.

53. MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, V. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 73

da relação jurídica substancial afirmada sob condição, pois aí teríamos sentença desprovida do requisito da certeza. Isso não inibe, contudo, que, *em certos casos*, o juiz disponha de alguma margem para modular, no tempo, os efeitos mandamental, condenatório ou executivo de suas decisões.

Além das cauções, ou contracautelas, exigíveis no âmbito das tutelas de urgência (CPC-1973, art. 799), podem ser aqui indicados como exemplos de condições ou termos inseridos em provimentos judiciais: (a) o deferimento de antecipação de tutela (CPC-1973, art. 273, I) condicionado a posterior emenda da petição inicial quanto ao valor da causa; (b) o deferimento de antecipação de tutela condicionado à juntada de procuração outorgada pelo autor (podendo a condição aqui ser suspensiva ou resolutiva); (c) a fixação antecipada de parâmetros de redução das astreintes em caso de cumprimento (CPC-1973, art. 461, § 5º) nas execuções de obrigação de fazer e entregar coisa (v.g. o juiz estabelece, no provimento, que o valor da multa diária é de R\$ 500,00, mas estipula que, se a coisa for entregue em até cinco dias após o vencimento, o valor da multa seria reduzido para R\$ 100,00); (d) a estipulação de cronograma de redução das astreintes nas execuções para entrega de coisa (v.g. o juiz fixa no provimento que o valor da multa diária é de R\$ 500,00, a ser reduzido progressivamente em 2% ao dia, após 10 dias do vencimento, como forma de evitar que se configure multa excessivamente desproporcional (CPC-1973, art. 461, § 6º).

Para certas relações jurídicas continuativas, notadamente naquelas sujeitas a mudanças por variação nas *circunstâncias fáticas*, admitem-se a inserção de condições ou termos nos provimentos que as decidem. Basta imaginar o caso da demanda de alimentos promovida por filhos contra o genitor. Pode o juiz pura e simplesmente condenar o réu a prestar os alimentos (a sentença ficaria exposta a uma eventual e futura modificação, conforme prevê o art. 471, I do CPC-1973), mas também é lícito ao julgador, desde logo, condicionar os efeitos condenatório e executivo do provimento a um evento futuro e incerto que, *a priori*, possa interferir na obrigação alimentar (v.g. condenar o réu a prestar os alimentos até o dia em que o filho colar grau em curso superior)⁵⁴, ou, ainda, fixar um termo inicial para que o provimento judicial possa produzir os seus efeitos⁵⁵.

A possibilidade de inclusão de condições resolutivas nas sentenças que decidem relações jurídicas continuativas decorre do próprio regime

54. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “para evitar a perpetuidade da obrigação alimentar”, e diante de indícios de que o alimentando estaria freqüentando curso universitário

jurídico de revisão do art. 471, I do CPC (a chamada cláusula *rebus sic stantibus*). Há poder escolha para o juiz entre já emitir o provimento com a restrição nele contida (condição ou termo) (v.g. “condeno o réu a prestar os alimentos até a conclusão do curso universitário do alimentando), ou emitir o provimento puro e simplesmente (a fim de que o interessado no futuro pretenda a eventual modificação da decisão) (v.g. “condeno o réu a prestar alimentos”).

O que é relevante considerar é que a inserção de termos ou condições nas sentenças determinativas resulta do exercício de autorregramento da vontade; o juiz possui – e porque o sistema assim o permite –, a discricionariedade para, *em certos casos*, incluir ou não no seu provimento a limitação da eficácia, vinculando-a à ocorrência de evento futuro certo (termo) ou incerto (condição).

6. CONCLUSÃO

A partir do exposto, podemos concluir que do enquadramento dos pronunciamentos jurisdicionais na categoria dos negócios jurídicos processuais, resultam, como consequência prática importante, a possibilidade de utilização pelo juiz, em certos casos, de condições ou termo nas decisões judiciais, superando positivamente o problema da admissibilidade das decisões ou sentenças condicionais (que, por isso, podem ser admitidas no direito brasileiro).

apenas para garantir o pensionamento, inseriu no provimento, como uma condição resolutiva, a comprovação, pelo alimentado, do “atestado de frequência e aproveitamento no curso”, ao final de cada semestre (TJ/RS. Apelação Cível n. 70029353638. Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho. DJ 23/12/2009).

55. Certa feita, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em ação de exoneração de alimentos proposta pelo genitor contra filha que já concluía curso superior, decidiu que a prestação alimentícia deveria remanescer, mas somente até determinada data, “a fim de possibilitar à alimentada adaptar-se a nova situação e ingressar no mercado de trabalho, pois assim como não se pode manter o encargo de forma indeterminada, também não seria prudente a imediata exoneração dos alimentos” (TJ/RS. Apelação Cível n. 70027277961, Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho. DJ 14/10/2009). Trata-se, então, de provimento que se reconduz a um negócio jurídico processual judicial sujeito a termo inicial, antes de cujo implemento a sentença não virá a produzir os seus efeitos típicos (exonerar o alimentante da obrigação alimentar).

38

OS EFEITOS DEVOLUTIVO E TRANSLATIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Pedro Miranda de Oliveira¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Recursos ordinários e recursos excepcionais – 3. Efeito devolutivo: 3.1. Efeito “meramente” devolutivo; 3.2. “Ampla devolutividade” (re julgamento da causa) – 4. Efeito translativo – 5. Conclusão – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A interposição de um recurso em determinado processo faz com que este sofra consequências naturais, decorrentes da existência de algo de novo que se agrega à demanda já existente. Tais consequências, pode-se dizer, consistem em efeitos jurídicos diversos decorrentes do novo ato processual.²

Não é sem razão que o tema *efeitos dos recursos* é uma das matérias mais complexas da teoria geral dos recursos.

O primeiro *efeito* dos recursos é obstar a coisa julgada. É uma consequência inerente a todo e qualquer recurso, decorrente da sua interposição, qual seja o efeito de prolongar a pendência da causa, evitar a formação da coisa julgada e, destarte, impedir o trânsito em julgado da decisão recorrida.

-
1. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela PUC-PR. Professor Adjunto de Processo Civil da UFSC. Professor nos cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da UFSC, da PUC-Rio, do CESUSC, da UNIVALI, da UNISUL, da UNIVILLE, da UNIDAVI, da FACTO, do Complexo Educacional Damásio de Jesus e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC e da Escola Superior do Ministério Público de Santa Catarina – ESMPPSC. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Advogado e consultor jurídico.
 2. JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 245.

Para Cândido Rangel Dinamarco, trata-se do “efeito constante e mais amplo de toda interposição recursal: impedir ou retardar preclusões”. O autor explica que, no direito processual civil brasileiro, toda interposição recursal tem o efeito direto e imediato de *prevenir a preclusão temporal*, a qual fatalmente ocorreria se recurso algum fosse interposto. Ao recorrer, a parte evita que o ato judicial recorrido adquira desde logo firmeza e imunidade a questionamentos futuros, ou seja, impede que, ao menos naquele momento, ocorra a preclusão.³

Além de propriamente obstar a formação da coisa julgada, a doutrina mais tradicional especifica apenas dois efeitos dos recursos: o devolutivo e o suspensivo. Porém, os efeitos dos recursos não se resumem ao binômio *devolução-suspensão*.

A doutrina mais recente, aprofundando-se no assunto, detectou que outros fenômenos processuais atinentes à relação recursal não se restringem à aludida dicotomia, reclamando tratamento dogmático dos estudiosos de processo civil.

Nelson Nery Junior, processualista contemporâneo, enumera outros efeitos dos recursos: *efeito expansivo*, *efeito translativo* e *efeito substitutivo*.⁴

Neste trabalho analisaremos os efeitos devolutivo e translativo nos recursos excepcionais.

2. RECURSOS ORDINÁRIOS E RECURSOS EXCEPCIONAIS

Os recursos podem ser classificados em ordinários e excepcionais (também chamados de extraordinários *lato sensu* e de estrito direito).

Regra geral, os recursos ordinários têm forma menos rígida; são dirigidos a tribunais inferiores; não existem requisitos específicos de admissibilidade; a fundamentação é livre (com exceção dos embargos

3. DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 107-109.

4. NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 428. Nelson Luiz Pinto, em sentido contrário, entende que os chamados efeito substitutivo, efeito expansivo e efeito translativo são mera decorrência do efeito devolutivo, “razão pela qual não podem ser considerados de forma autônoma”. (Manual dos recursos cíveis. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 35-36).

de declaração); comportam discussão quanto à matéria de fato; são vocacionados para corrigir “injustiças”. São eles: a apelação, os agravos, o recurso ordinário, os embargos de declaração e os embargos infringentes.

Na lição de Pontes de Miranda,

esses recursos permitem a revisão da decisão recorrida com a amplitude do efeito devolutivo, que encontra limites apenas na extensão impugnada. São recursos de revisão da justiça do pronunciamento impugnado. Isso os distingue dos recursos extraordinários, que buscam, principalmente, assegurar a inteireza positiva da Constituição e das leis federais.⁵

Os recursos excepcionais, por sua vez, têm forma mais rígida; são dirigidos aos Tribunais Superiores; obedecem a requisitos específicos de admissibilidade; a fundamentação é vinculada; não comportam discussão em relação a fatos e provas; não se prestam para fazer justiça no caso concreto. São eles: o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência.

A classificação que divide os recursos em ordinários e excepcionais está assente na especificidade de alguns requisitos próprios de admissibilidade inerentes à segunda categoria.

Os recursos excepcionais são recursos de fundamentação vinculada, como mencionado. Todas as particularidades que os caracterizam, ou seja, todos os pressupostos de admissibilidade que lhes sejam peculiares decorrem necessariamente da sua vinculação a determinado motivo que justifica a sua interposição.⁶ A simples existência de sucumbência, que basta para a interposição e o conhecimento dos recursos ordinários não é suficiente para embasar os recursos de natureza excepcional, que exigem a invocação de questões de direito federal ou constitucional.

Pode-se dizer que a característica mais marcante dos recursos excepcionais, nominados de *estrito direito*, diz respeito ao âmbito de

5. PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. t. VIII. P. 15.

6. MENDES, Leonardo Castanho. Recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade. São Paulo: RT, 2006. p. 133-134. E complementa: “Então, a verdadeira particularidade dos chamados recursos excepcionais pode ser assim resumida, em duas partes: fundamentação vinculada à ofensa à ordem jurídica federal, excluídas de sua esfera de proteção as ordens jurídicas locais, ofensa que ocorre mediante a decisão tomada sobre determinada questão em julgamento de causa, de última ou única decisão”. (Ibidem, p. 135).

devolutividade, que fica restrito às *quaestiones iuris*. Afinal, são recursos que visam, precipuamente, à proteção do direito objetivo, não se presutando para a verificação da justiça do caso concreto do julgamento das instâncias inferiores.

A classificação dos recursos em *ordinários* e *excepcionais* (como preferimos denominá-los) foi duramente criticada por parcela significativa da doutrina processual brasileira, entre os quais merecem destaque José Carlos Barbosa Moreira⁷ e Ovídio Araújo Baptista da Silva. Este último, inclusive, argumenta que “esta é uma classificação frequente tanto na doutrina brasileira quanto na lição de processualistas europeus. Os critérios seguidos pelos sistemas jurídicos europeus, no entanto, não correspondem, quanto a esta questão, aos aceitos pelo direito brasileiro. Para determinados sistemas europeus – como é o caso do direito italiano e português –, são *ordinários* todos os recursos que correspondam a meios de impugnação formulados na mesma relação processual, capazes de prolongar a pendência da causa evitando a formação da coisa julgada; enquanto consideram-se *extraordinários* os recursos interpostos *contra uma sentença já trânsito em julgado*, como ocorre, por exemplo, no direito português, com o recurso de *revisão* (art. 771) e a *oposição de terceiros* (art. 778); ou com a denominada *oposizione di terzo* do direito italiano (art. 404)”⁸.

No sistema brasileiro, todos os recursos seriam ordinários, conforme os definem os sistemas jurídicos da Europa Continental, uma vez que não consideramos recursos todos os meios autônomos de impugnação, como a ação rescisória e a reclamação constitucional.

Apesar disso, não se pode negar a existência de um núcleo comum, que aproxima e harmoniza os recursos *excepcionais*, evidenciando certas características que explicam o porquê de sua qualificação e de sua utilização neste estudo, especialmente os recursos extraordinário e especial.

De resto, os recursos excepcionais apresentam vários pontos em comum, já que, em última análise, o recurso especial é uma *variante* do extraordinário, advindo da Constituição e com a criação do STJ.

7. Propõe o referido autor o arquivamento dessa classificação: “Merece ela, em nossa opinião, ser arquivada para todo o sempre, além do mais, pelos equívocos que é capaz de gerar, e de fato tem gerado, mercê da constante e notável flutuação dos critérios doutrinariamente sugeridos para fundá-la”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. p. 255).

8. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Curso de Processo Civil. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 1. p. 411-412.

Rodolfo de Camargo Mancuso, com propriedade, sustenta que são características comuns aos recursos extraordinário e especial: (a) exigem o prévio esgotamento das instâncias ordinárias; (b) não são vocacionados à correção da injustiça do julgado recorrido; (c) não servem para a mera revisão da matéria de fato; (d) apresentam sistema de admissibilidade *desdobrado* ou *bipartido*, com uma fase perante o tribunal *a quo* e outra perante o *ad quem*; (e) os fundamentos específicos de sua admissibilidade estão na Constituição e não no CPC; (f) a execução que se faça na sua pendência é provisória.⁹

O sistema processual pátrio revela que os meios de impugnação nas instâncias ordinárias são os mais amplos possíveis (apelação, agravos etc.). Na instância excepcional, onde se julgam o recurso extraordinário e o recurso especial, há uma gama de limitações quanto ao cabimento e à admissibilidade destes recursos.

Na lição de Athos Gusmão Carneiro, os recursos ordinários “respondem *imediatamente* ao interesse do litigante vencido em ver reformada a decisão que o desfavoreceu”. O recurso extraordinário, por sua vez, “é fundado *imediatamente* no interesse de ordem pública em ver prevalecer a *autoridade* e a *exata aplicação* da Constituição e da lei federal. O interesse privado do litigante vencido, então, funciona mais como móvel e estímulo para a interposição do recurso extremo”¹⁰.

Apesar de toda a crítica apresentada pela doutrina quanto à classificação de recursos em ordinários e extraordinários, pode-se dizer, sem receio de equívoco, que se trata de uma classificação legal, positivada. Afinal, o próprio CPC, em seu art. 467, faz esta distinção de forma expressa ao definir *coisa julgada* da seguinte maneira: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

9. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 127. Na lição de Mantovanni Colares Cavalcante, “os recursos excepcionais seriam aqueles responsáveis pela transposição da causa das instâncias ordinárias para a instância especial, uma vez que existem para garantir a observância ao ordenamento jurídico, e por isso mesmo são chamados de recursos de estrito direito, já que se obedecerá em tais meios de impugnação a uma análise restrita da legalidade ou constitucionalidade da decisão recorrida, através do I) recurso especial ou do II) recurso extraordinário, respectivamente”. (Recurso especial e extraordinário. São Paulo: Dialética, 2003. p. 39).

10. CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 654, p. 7-15, abr. 1990. p. 8.

Sem a pretensão de criar uma classificação eminentemente teórica ou mesmo acadêmica, a distinção entre recursos *ordinários* e *excepcionais* permite identificar uma série de aspectos particulares a cada um destes instrumentos processuais. Isso explica o porquê de tantas peculiaridades que envolvem a admissão dos recursos excepcionais.¹¹

3. EFEITO DEVOLUTIVO

A ideia de efeito devolutivo advém da época em que a possibilidade de julgar derivava da delegação do poder do imperador, que o transferia aos magistrados. Assim, ao recorrer ao imperador, havia uma espécie de *devolução* desse poder.¹²

Originariamente, o efeito devolutivo era concebido como devolução da competência a órgão hierarquicamente superior. Daí a razão de alguns doutrinadores defenderem que o efeito devolutivo existe apenas quando o órgão competente para apreciar a decisão recorrida for superior ao que a prolatou.

Na atualidade, porém, o efeito devolutivo vem sendo concebido de forma rigorosamente distinta. Em que pese o desvirtuamento histórico do vocábulo *efeito devolutivo*, acreditamos que ainda hoje a palavra *devolução* permite compreender o fenômeno que ocorre com todos os recursos.

O efeito devolutivo é, pois, a possibilidade que se concede à parte vencida de ver a decisão que lhe fora desfavorável ser reapreciada pelo Poder Judiciário. Devolver significa, nesse sentido, reapreciar. Portanto, entendemos que o conceito de devolução deve voltar-se ao Poder Judiciário como instituição una e não se exigir que a questão seja necessariamente remetida a órgão de grau hierarquicamente superior.

Para Flávio Cheim Jorge, de todos os efeitos dos recursos que a doutrina elenca, apenas um, o devolutivo, é o que constitui genuinamente um efeito recursal. Os demais correspondem a situações jurídicas atreladas a outros fenômenos processuais, mas que encontram um ponto de inserção na interposição do recurso. Na concepção do autor, os outros

11. JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 19.

12. VESCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 55.

efeitos, ou são decorrências naturais do *devolutivo*, ou consequências da existência de uma nova fase processual, a recursal. E completa, afirmando que um efeito peculiar a todos os recursos ocorre “quando se observa que o conteúdo do recurso é justamente a obtenção de um novo exame de determinada matéria, exsurge que dele necessariamente advém o efeito peculiar e natural de fazer com que a matéria decidida seja reexaminada”¹³ Chama-se tal fenômeno de *efeito devolutivo*.

O efeito devolutivo é manifestação expressa do *princípio dispositivo*, princípio este fundamental do direito processual civil brasileiro. Como o juiz, em regra, não pode agir *ex officio*, necessitando aguardar a provocação da parte interessada (CPC, art. 2º), deve igualmente julgar apenas nos limites do pedido (CPC, art. 460), fixados na petição inicial pelo autor (CPC, art. 128). Em outras palavras, o magistrado não pode julgar *extra*, *ultra* ou *infra petita*.

Transportando esse princípio para o âmbito recursal, verifica-se que o recurso interposto devolve ao órgão *ad quem* apenas o conhecimento da matéria impugnada. O juízo destinatário do recurso somente poderá julgar nos limites do que o recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso. É o pedido de nova decisão que fixa os limites e o âmbito de devolutividade de todo e qualquer recurso, raciocínio este consubstanciado na expressão latina *tantum devolutum quantum appellatum*.¹⁴

Esse raciocínio está inteiramente ligado ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, consistente na vedação imposta pelo sistema recursal brasileiro no que concerne à reforma da decisão impugnada em prejuízo do recorrente, ou seja, o recurso só pode beneficiar quem recorreu. Trata-se, assim, de preceito extraído do próprio princípio dispositivo, segundo o qual, a parte que deixou de recorrer resignou-se com o gravame que lhe foi imposto, não podendo o tribunal, *ex officio*, melhorar sua situação em detrimento da outra. O órgão julgador deve prolatar decisão

13. JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 247.

14. NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 428-429. Nas palavras de Arruda Alvim, “o princípio da vedação da *reformatio in pejus* radica-se na própria feição assumida pelo princípio dispositivo. Quer dizer, a parte recorrente age no seu interesse e correlatamente procura obter uma vantagem, a qual, se conseguida, significará uma desvantagem para o adversário”. (Anotações sobre a teoria geral dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: RT, p. 52-95, 1999. v. 2. p. 62).

levando em consideração apenas a matéria versada no recurso, ou seja, o pedido formulado pelo recorrente. Eis a analogia do efeito devolutivo com o princípio dispositivo, que rege predominantemente toda a temática processual civil brasileira.

Contudo, há casos em que o sistema processual autoriza o órgão recursal a conhecer de ofício matérias de ordem pública, como por exemplo, as do art. 267, § 3º, do CPC, sobre as quais não incide a preclusão, não ocorrendo, dessa forma, violação ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

De outra parte, e para finalizar, o recurso extraordinário, como expõe Arruda Alvim, é meio de impugnação,

“para o qual a *sucumbência*, ou a *derrota*, é insuficiente para o seu cabimento, senão que há de se demonstrar a possível violação à Constituição Federal. Quando se diz ‘violação à Constituição federal’ significa que essa alegada violação há de estar no acórdão; ou seja, há de estar prequestionada (Súmula 282 do STF e, ainda, Súmula 356, que determina que, quando a matéria [essa violação] que haveria de estar no acórdão não está, é dever da parte utilizar-se dos embargos de declaração para que isso possa vir a ocorrer, sob pena de não vir a ser admitido o recurso extraordinário). Isso autoriza concluir que o efeito devolutivo do recurso extraordinário circunscreve-se ao acórdão e aos fatos que o embasam, e, que devem ser aqueles havidos como ocorridos à luz da versão do acórdão; i.e., tais como constantes do acórdão. De certa forma, o efeito devolutivo é aquele que toma como base o acórdão, não o transcendendo para adentrar o restante material do processo”.¹⁵

3.1. Efeito “meramente” devolutivo

Costuma-se dizer que os recursos excepcionais são recebidos no *efeito meramente devolutivo* (CPC, art. 542, § 2º). Na verdade, ele não é recebido no efeito suspensivo, ou seja, não impede que se processe a execução provisória da decisão impugnada (CPC, art. 497).

Logo após o advento da atual Constituição, um dos projetos que tramitaram no Congresso Nacional para regulamentação dos recursos extraordinário e especial previa a possibilidade de o relator do recurso, a

15. ARRUDA ALVIM. Comentários aos arts. 102 e 103 da CF/88: norma constitucional, sua aplicação direta, afastando em determinados casos o direito ordinário. In: MARTINS, Ivens Gandra; REZEK, Francisco (coord.). Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: RT, p. 432-452, 2008. p. 446.

requerimento da parte, conferir efeito suspensivo sempre que se verificasse a possibilidade de a execução da decisão recorrida causar danos de difícil reparação ao recorrente. Entretanto, a nº Lei 8.038/1990 (Lei de Recursos) não disciplinou tal possibilidade.

Apesar disso, restará sempre a possibilidade de a parte socorrer-se de medida cautelar, com o objetivo de impedir a imediata produção de efeitos da decisão impugnada pelo recurso sem efeito suspensivo, ou antecipar-se aos efeitos da tutela recursal (efeito ativo).

Ressalta-se, por fim, que não é mais necessário requerer a extração de carta de sentença para que se inicie a execução. Interposto o recurso excepcional, poderá a parte adversa ajuizar a execução provisória do julgado, mediante petição dirigida ao juízo competente, instruída com cópias autenticadas da sentença ou acórdão exequendo, da certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo e das procurações outorgadas pelas partes, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal (CPC, art. 475-0, § 3º).

3.2. “Ampla devolutividade” (rejulgamento da causa)

Dispõe a Súmula 456 do STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

Em função dessa súmula, os Tribunais Superiores, na análise dos recursos excepcionais, exercem o *rejulgamento da causa*, pois não são meras cortes de cassação.

Nelson Nery Junior reforça a assertiva, afirmando que “não há no processo civil brasileiro, como existe em outros países, *recurso de cassação*, onde o tribunal superior cassa o acórdão do tribunal inferior e lhe devolve os autos para que seja proferida nova decisão. Os nossos recursos constitucionais têm aptidão para modificar o acórdão recorrido. O provimento, tanto do recurso especial quanto do extraordinário, tem como consequência, fazer com que o STF e o STJ reforme ou anule o acórdão recorrido”.¹⁶

Se o STF tivesse sido instituído à semelhança das *Cortes de Cassação* europeias (v.g. França e Itália), a constatação do erro de direito na

16. NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 441.

apreciação da causa determinaria apenas a cassação do julgado e posterior remessa dos autos a novo julgamento pelo tribunal inferior. Inspirada no modelo norte-americano de *Corte de Revisão*, quando verifica ser caso de recurso a Suprema Corte brasileira julga, desde logo, a causa e restabelece a autoridade do direito constitucional não observado pelo tribunal local.¹⁷

Ao apreciar os recursos extraordinário e especial, STF e STJ *rejulgam a causa* decidida de modo *errado* e restabelecem o primado do direito violado. No entanto, o problema está em estabelecer os limites desse *rejulgamento da causa*.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, “dessa súmula, se depreende que os Tribunais Superiores não são Cortes de Cassação. Assim, admitidos os recursos de estrito direito, haverá, de acordo com o que consta da Súmula 456, *rejulgamento da causa*, respeitados os limites decorrentes da natureza dos recursos especial e extraordinário, que, como regra geral, impedem o reexame das provas constantes dos autos”.¹⁸

E conclui que, em princípio, “os recursos especial e extraordinário devem poder ser decididos sem que necessidade haja de que os autos sejam reexaminados. *Como regra geral, os elementos para o rejulgamento da causa devem constar da própria decisão recorrida*”.¹⁹

Como se vê, os Tribunais Superiores, ao aplicar o direito à espécie, receberão os fatos tais como foram postos no acórdão recorrido e rejulgarão as questões decididas na instância de origem. Contudo, não têm sua competência limitada às questões constitucionais e federais existentes no recurso que motivaram a sua admissibilidade, mas sim, admitido o recurso, devem julgar, sem quaisquer restrições, a causa toda.

Ocorre que a exigência de *causa decidida* é requisito atinente à admissibilidade dos recursos excepcionais; não ao mérito recursal. O

-
17. VILLELA, José Guilherme. Recurso extraordinário. Revista de Processo, São Paulo, v. 41, p. 137-150, jan./mar. 1986. p. 139.
 18. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005. p. 261-264. Nelson Nery Junior, por outro lado, mostra-se mais liberal, ao admitir o reexame de provas no juízo de revisão. Diz ao autor que, “movido o óbice constitucional da causa decidida (CF 102 III e 105 III), o que se exige para o juízo de cassação dos RE e REsp, o STF e o STJ ficam livres para rever a causa”. E finaliza: “O reexame de provas, portanto, não é viável no juízo de cassação dos RE e REsp, mas é absolutamente normal e corriqueiro no juízo de revisão” (Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 442).
 19. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005. p. 261-264.

recurso pode não ser conhecido pela falta de causa decidida. Entretanto, uma vez conhecido o recurso, no juízo de mérito, podem ser considerados pelo STF e STJ fundamentos jurídicos a respeito dos quais tenha sido inadmitido no tribunal de origem.

Afinal, são as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais que estão previstas na Constituição. Se alguma delas estiver presente e forem preenchidos os pressupostos de admissibilidade, o recurso será conhecido e o Tribunal ingressará na apreciação do mérito, sem qualquer limite, salvo os estabelecidos pela própria ordem constitucional.

As Súmulas 292 e 528 do STF bem refletem esse raciocínio. Estabelece a Súmula 292: “Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101 [atual art. 102], III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros”. A Súmula 528 é decorrência da primeira: “Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento”.

O Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local, ao apreciar a admissibilidade do recurso excepcional, deve analisar todos os seus fundamentos. Porém, se apenas um deles lhe parecer procedente, deve admitir o recurso. Em outras palavras, se o recurso é fundamentado na alegação de vários dispositivos constitucionais e a decisão de juízo de admissibilidade o recebe apenas com base em alguma das alegações, o Tribunal Superior deverá conhecer todas as matérias impugnadas, sem a necessidade de interposição de agravo de instrumento.

Nelson Rodrigues Netto bem exemplifica a questão:

“Raciocinando de forma ilustrativa, podemos admitir, por exemplo, que um dado contribuinte tenha interposto recurso extraordinário com base na alínea ‘a’, do inciso III, do art. 102, da CF, alegando haver a decisão recorrida contrariado a Constituição Federal, ao ter violado o princípio da isonomia (art. 150, II) e o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º), e, com base na alínea ‘b’, por ter julgado inconstitucional a Lei Federal ‘X’, que dispunha sobre juros de mora, e a Lei Federal ‘Y’, concernente ao cálculo de atualização monetária, do hipotético tributo.

Há assim duas hipóteses de cabimento suscitadas pelo recorrente: uma da alínea ‘a’ e a outra da alínea ‘b’, do inciso III, do art. 102, da CF. O

recorrente apresenta duas questões constitucionais subsumíveis, cada uma, a um dos fundamentos constitucionais do recurso invocados”.²⁰

Nesse exemplo, em última análise, são quatro as causas de pedir remotas e duas as próximas. Se o recurso extraordinário for admitido apenas por uma delas, o STF deverá apreciar todos os fundamentos levantados em face das hipóteses de cabimento apontados como tendo sido violadas.

Por outro lado, se o recurso assenta em várias alíneas do art. 102, inciso III, e é admitido apenas por uma delas, deverá o STF conhecê-lo por inteiro. O objetivo é evitar a necessidade de interposição de agravo relativamente ao fundamento menosprezado no juízo (de admissibilidade) *a quo*.

A orientação dessas súmulas, portanto, evita que o recorrente, com o recurso extraordinário *admitido parcialmente*, seja obrigado a agravar das partes não admitidas.

Dessa forma, a *admissão parcial* do recurso excepcional devolve ao respectivo Tribunal Superior todas as questões arguidas no recurso. Mas apenas aquelas suscitadas na impugnação. É certo que as questões não recorridas transitaram em julgado, não se operando o efeito devolutivo.

4. EFEITO TRANSLATIVO

A cognição (= devolutividade), no âmbito dos recursos, pode referir-se a dois planos distintos: *horizontal*, que diz respeito à amplitude do recurso e, por este prisma, em regra, limitado pelo recorrente (CPC, art. 515, *caput*); e *vertical*, que permite ao magistrado atingir em profundidade a cognição acerca dos fundamentos defendidos (CPC, art. 515, § 2º).

Pode-se dizer que o chamado efeito *translativo* é um *plus* ao princípio do efeito devolutivo, pois amplia a devolutividade do recurso no que tange ao seu *plano horizontal*, ou seja, devolve ao tribunal até mesmo matérias que não foram objeto de impugnação (CPC, art. 515, § 1º e art. 516).²¹

Consectário dos *princípios inquisitório e publicista* do processo, o *efeito translativo* traduz a possibilidade de o órgão julgador examinar,

20. RODRIGUES NETTO, Nelson. Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial. São Paulo: Dialética, 2005. p. 97.

21. Em sentido contrário, tem-se a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, segundo a qual, o efeito translativo é a ausência de efeito devolutivo em sua dimensão vertical. (Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 355 e ss.).

sem que conste das razões ou contrarrazões recursais, questão de ordem pública, nos termos dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC.²²

Como já visto, o efeito devolutivo do recurso tem sua origem no *princípio dispositivo*, segundo o qual é defeso ao órgão *ad quem* julgar além do que lhe foi requerido na instância recursal, sob pena de estar julgando *extra, ultra* ou *citra petita*, de acordo com o grau de vício em que ocorrer. Portanto, em princípio, aplicam-se também na esfera recursal os arts. 128 e 460 do CPC, cujas disposições proíbem o juiz de conhecer questões não suscitadas pelas partes, bem como de proferir decisão a favor do autor, de natureza diversa da pedida.

Não obstante, por força do princípio inquisitório, ao qual está vinculado o efeito translativo, as questões de ordem pública podem ser apreciadas de ofício pelo juiz ou tribunal, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, independentemente de provocação da parte. Somente nesses casos é possível a reforma da decisão impugnada em prejuízo do recorrente, sem que haja violação do princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Em síntese, o órgão julgador não está adstrito ao pedido formulado pelo recorrente ou às contrarrazões do recorrido, mas autorizado a julgar fora dos limites recursais, sem, contudo, incorrer em julgamento *extra, ultra* ou *citra petita*.

O poder dado pela lei ao juiz para, em instância recursal, examinar de ofício as questões de ordem pública não levantadas pelas partes não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, pois isto só ocorre pela atuação do *princípio inquisitório* e não pela sua antítese, que é o *princípio dispositivo*, corolário do efeito devolutivo dos recursos.²³

Ressalta-se, portanto, que o princípio *dispositivo* (= efeito devolutivo) é a regra e o *inquisitório* (= efeito translativo) a exceção. Na verdade, um *plus* em relação ao primeiro. Dessa forma, apenas ocorrerá o efeito translativo nas hipóteses previstas em lei.

Mas a questão que se levanta gira em torno da possível aplicação do efeito translativo em sede de recursos excepcionais, pois sua aplicação na seara dos recursos ordinários parece estar superada e pacificada, sendo a resposta positiva.

22. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recurso especial. São Paulo: RT, 2002. p. 336.

23 . NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 484.

Para Nelson Nery Junior,

“opera-se o efeito translativo nos recursos ordinários (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário), mas não nos recursos excepcionais (recurso extraordinário, recurso especial e embargos de divergência).

[...]

Não há o efeito translativo nos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência) porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas *decididas* pelos tribunais inferiores (CF, 102, III e 105, III). Caso o tribunal não tenha se manifestado sobre questão de ordem pública, o acórdão somente poderá ser impugnado por ação autônoma (ação rescisória), já que incidem na hipótese os STF 282 e 356, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada, para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional.

Além disso, a lei autoriza o exame de ofício das questões de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC 267 § 3º). Ocorre que a instância dos recursos extraordinário e especial não é ordinária, mas excepcional, não se aplicando o texto legal referido”.²⁴

Essa posição está pacificada no STF.²⁵ No entanto, o STJ e parcela significativa da doutrina já admitem a incidência do efeito translativo nos recursos excepcionais, corrente à qual nos filiamos.

Primeiramente, importante ressaltar que a Constituição prevê apenas as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, ou melhor, indica sob quais condições eles podem existir juridicamente. Seu regramento está previsto no CPC e nos regimentos internos dos Tribunais Superiores.²⁶

24. NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 487-488. Teresa Arruda Alvim Wambier explica que os recursos extraordinário e especial são “recursos interpostos da decisão, e que podem gerar reforma da decisão – quase como se o restante do processo não existisse. Estes recursos não abrem o acesso a outra matéria, que não a decidida e impugnada, chegar à cognição do STF e do STJ”. (Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: RT, 2001. p. 205-206).

25. Apesar disso, verifica-se entendimento contrário no âmbito do STF: “A decadência é matéria de ordem pública e pode ser declarada em qualquer fase processual, mesmo no recurso extraordinário e ainda que não prequestionada. O juiz tem o dever de pronunciá-la ex officio”. (STF, Pleno, RE 66.103/MG, rel. Min. Adauto Cardoso, RT 430/290).

26. ROSA, Pêrsio Thomaz Ferreira. O efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários. Revista de Processo, v. 138, p. 27-55, ago. 2006. p. 45.

Portanto, não há vedação constitucional quanto à incidência do efeito translativo em sede de recurso especial e recurso extraordinário, pois em última análise, sua aplicação não está ampliando a competência dos ditos recursos.

Um segundo ponto diz respeito ao § 3º do art. 267 do CPC. Este dispositivo, quando trata do exame de ofício de questões de ordem pública, estabelece que este pode ocorrer “em qualquer tempo e grau de jurisdição”, não fazendo restrição alguma à instância extraordinária. Quisesse o legislador fazer tal restrição teria dito que o exame de ofício pode ser feito “em qualquer tempo nas instâncias ordinárias”. Portanto, não há vedação legal ao efeito translativo em instâncias excepcionais.

Não tem razão a tese de que o efeito translativo em sede de recursos extraordinários estaria vedado porque não haveria causa decidida sobre matérias de ordem pública de natureza processual. Ora, se houver causa decidida sobre matéria de ordem pública, não há por que se referir a efeito translativo.

Quando falamos de efeito translativo estamos tratando de matérias e fundamentos que podem ser conhecidas de ofício. Portanto, é indiferente se houve prequestionamento, causa decidida, oposição de embargos de declaração ou não. Tal discussão é totalmente inócua: o efeito translativo prescinde de discussão das partes sobre a matéria, justamente por ser de ordem pública.

Ademais, mesmo que se exigisse tal requisito, a causa decidida sempre estaria presente, ainda que de forma implícita, pois para que se exerça qualquer julgamento no processo, é imprescindível que antes sejam analisadas e superadas as condições da ação, o mesmo valendo para os pressupostos processuais.

Consoante análise de Rodolfo de Camargo Mancuso, “em questões de ordem pública, que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis de ofício, e bem assim em tema de condições da ação e de pressupostos – positivos e negativos – de existência e validade da relação jurídica processual (CPC, art. 267, § 3.º), o quesito do prequestionamento pode ter-se por *inexigível*, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa”.²⁷

27. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 311.

Na verdade, a única coisa que importa é o recurso excepcional ser admitido, por qualquer fundamento. Conhecido, o Tribunal Superior *re-julgará a causa* e, então, opera-se o efeito translativo.

Como afirmam Fredie Didier Junior e Leonardo José da Cunha, “nada há de especial no *julgamento* de um recurso excepcional; o ‘excepcional’ em recurso excepcional está em seu juízo de admissibilidade, tendo em vista as suas estritas hipóteses de cabimento”.²⁸

Também não tem pertinência o argumento de que a aceitação da tese do efeito translativo nos recursos excepcionais causaria um aumento significativo no volume dos recursos endereçado aos Tribunais Superiores. Não. Os recursos apenas são conhecidos se forem preenchidos todos os requisitos de admissibilidade. E é no julgamento do mérito que incide o efeito translativo.

O Brasil, cabe lembrar, não adotou o modelo das Cortes de Cassação europeias, consagrado, por exemplo, na Itália e na França. Nestes países, as Cortes Supremas apenas cassam a decisão e a devolvem ao tribunal inferior, que deverá proferir novo julgamento. O STF e o STJ, ultrapassado o âmbito de admissibilidade dos recursos excepcionais, rejudgam a causa, aplicando o direito à espécie (Súmula 456 do STF) e, dessa forma, incide perfeitamente o efeito translativo.²⁹

Há acórdãos do STJ no sentido de que é possível averiguar matéria de ordem pública quando o recurso especial tenha sido conhecido em função de causa decidida a respeito da aplicação de outros dispositivos legais:

“Como regra, esta Corte exige o prequestionamento para as questões de ordem pública. Entretanto, permite-se a análise dessas matérias

28. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5. ed. Salvador: JusPodvim, 2008. v. 3. p. 281. Para os autores, “uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, a decadência e as questões de ordem pública de que trata o § 3º do art. 267 do CPC”. (Ibidem, p. 282).

29. De acordo com Gisele Santos Fernandes Góes, “em razão da aplicação do entendimento contido na Súmula 456 do STF, os recursos especial, extraordinário e de embargos de divergência, uma vez conhecidos, ocasionam o efeito translativo, ou seja, o STF e o STJ não ficam adstritos ao raio de devolução de matéria alegada, pois sua cognição é sobre toda a causa, revendo a admissibilidade do processo – questões de ordem pública, ligadas às condições da ação e pressupostos processuais”. (Recurso especial, extraordinário e embargos de divergência: efeito translativo ou correlação recursal? Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 22, p. 58-64, jan. 2005. p. 64).

quando o recurso especial supera o juízo de admissibilidade por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos”³⁰

Em outra decisão, o Ministro Teori Albino Zavascki assim consignou:

1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem.

2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ).

3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º, e no art. 301, § 4º, do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial.³¹

Tratando do recurso especial, Gleydson Lopes de Oliveira afirma expressamente que, preenchidos os requisitos gerais e específicos do recurso, “deve o Superior Tribunal de Justiça analisar de ofício matéria de ordem pública, porquanto não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo, profira decisão eivada de vício, susceptível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial”.³²

30. STJ, Quinta Turma, Ag 119.585-7 AgRg/MG, rel. Min. Jorge Mussi, j. 05/04/2010, DJU 12/04/2010. No mesmo sentido: “A questão relativa à legitimidade de parte só pode ser objeto de recurso especial, se prequestionada (súmulas n. 282 e 356 do STF). Se a matéria não foi prequestionada, isso não impede o seu conhecimento de ofício por esta Corte, mas só no caso de o recurso especial ser conhecido”. (STJ, Segunda Turma, Ag 95.597 AgRg/GO, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, j. 24/04/1996, DJU 13/05/1996).

31. STJ, Primeira Turma, REsp 609.144/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 06/05/2004, DJU 24/05/2004. No mesmo norte: “Ao tomar conhecimento do recurso especial, o STJ deve apreciar, de ofício, nulidades relacionadas com os pressupostos processuais e as condições da ação. Não é razoável que – mesmo enxergando vício fundamental do acórdão recorrido – o STJ opere modificação cosmética, perpetuando-se a nulidade”. (STJ, Primeira Turma, REsp 109.474/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 09/09/1997, DJU 20/10/1997).

32. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recurso especial. São Paulo: RT, 2002. p. 342. No mesmo sentido é a posição de Bernardo Pimentel de Souza: “É que, conhecido o recurso, o

Com os recursos excepcionais não é diferente. A nosso ver, preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso, daí sim, pode, ou melhor, devem STF e STJ conhecerem de ofício das matérias de ordem pública.

A propósito, até mesmo Nelson Nery Junior, mesmo que por outros motivos, acaba admitindo essa possibilidade. Diz o autor que os recursos excepcionais têm dupla função: a de *cassação* e a de *revisão*. Admite expressamente que existe efeito translativo nos recursos excepcionais, mas apenas na função de revisão, que corresponde ao *iudicium rescissorium* da ação rescisória. Após afirmar que a revisão pressupõe anterior cassação da decisão recorrida, finaliza com a seguinte lição: “pelo juízo de revisão o tribunal superior exerce funções de verdadeiro tribunal de apelação, sendo-lhe permitido analisar e rever amplamente as provas e decidir de ofício, *pela primeira vez*, as questões de ordem pública não suscitadas pela parte ou interessado (efeito translativo do recurso)”.³³

5. CONCLUSÃO

Enfim, sendo o recurso extraordinário ou especial admitido por um fundamento devidamente prequestionado (na verdade, havendo uma causa decidida em relação à aplicação de dispositivo constitucional ou federal), abre-se a instância superior e aí a causa deverá ser re julgada. Na oportunidade, poderá o Tribunal Superior conhecer de ofício de matéria ligada às condições da ação e aos pressupostos processuais, aplicando o direito à espécie.

Superior Tribunal de Justiça pode constatar a ausência de algum pressuposto processual, de alguma condição da ação. Por tal razão, ultrapassada a barreira da admissibilidade, o tribunal deve apreciar de ofício questões de ordem pública” (Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 313). E ainda: “Se o tribunal admite o recurso de estrito direito sob qualquer fundamento, não pode passar ao largo da matéria de ordem pública nem descurar do controle das condições da ação e dos pressupostos processuais de existência e validade, solução, aliás, que se afina com o ideal de economia”. (PESSOA, Roberto Dórea. Juízo de mérito e grau de cognição nos recursos de estrito direito. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: RT, p. 495-520, 2006. v. 10. p. 502).

33. NERY JUNIOR, Nelson. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinários e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257). In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, p. 966-975, 2008. p. 975.

BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA ALVIM. Comentários aos arts. 102 e 103 da CF/88: norma constitucional, sua aplicação direta, afastando em determinados casos o direito ordinário. In: MARTINS, Ivens Gandra; REZEK, Francisco (coord.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, p. 432-452, 2008.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.
- _____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 1.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V.
- CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2003.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 654, p. 7-15, abr. 1990.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 5. ed. Salvador: JusPodvim, 2008. v. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. Recurso especial, extraordinário e embargos de divergência: efeito translativo ou correlação recursal? *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 22, p. 58-64, jan. 2005.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MENDES, Leonardo Castanho. *Recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: RT, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. Anotações sobre a teoria geral dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, p. 52-95, 1999. v. 2.
- _____. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinários e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e

RISTJ 257). In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, p. 966-975, 2008.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002.

PESSOA, Roberto Dórea. Juízo de mérito e grau de cognição nos recursos de estrito direito. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, p. 495-520, 2006. v. 10.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. t. VIII.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*. São Paulo: Dialética, 2005.

ROSA, Pêrsio Thomaz Ferreira. O efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários. *Revista de Processo*, v. 138, p. 27-55, ago. 2006.

SOUZA, Bernardo Pimentel de. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás médios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

VILLELA, José Guilherme. Recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 137-150, jan./mar. 1986.

O EXERCÍCIO DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO E A PRESCRIÇÃO¹

Rafael Alexandria de Oliveira²

SUMÁRIO – 1. A exceção de contrato não cumprido – 2. Exercício da exceção de contrato não cumprido e prescrição – 3. Conclusão.

1. A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

A exceção de contrato não cumprido, ou simplesmente exceção de inadimplemento, é uma exceção substancial dilatória³ por meio da qual o sujeito contra quem se pede, seja judicial ou extrajudicialmente, o adimplemento de uma prestação fundada em vínculo sinalagmático, pode, legitimamente, recusar-se a cumpri-la, neutralizando, temporariamente, a eficácia da pretensão deduzida pelo outro sujeito, enquanto não lhe for satisfeita, ou pelo menos oferecida, a contraprestação devida.

-
1. Artigo escrito em homenagem a Pontes de Miranda.
 2. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Processual Civil pelas Faculdades Jorge Amado/JusPodivm. Professor da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil do Curso JusPodivm. Procurador do Município do Salvador/BA. Advogado.
 3. Cf. CASSIN, René. De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques: exception non adimpleti contractus et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la resolution. Paris: Recueil Sirey, 1914, p. 428 e seguintes; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial. 3 ed. São Paulo: RT, 1984, t. XXVI, p. 92; BOLAFFI, Renzo. Le eccezioni nel diritto sostanziale. Milão: Società Editrice Libreria, 1936, p. 140; ABRANTES, José João. A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento. Coimbra: Almedina, 1986, p. 151 e seguintes; SERPA LOPES, Miguel Maria de. Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus). Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959, p. 192. Entendendo tratar-se de meio de defesa processual, em que “não se debate o mérito do direito argüido”, ver: RODRIGUES, Silvio. Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 75.

Trata-se de argumento de defesa de que pode se valer o devedor com vistas à legitimação do seu estado de inadimplência e consequente suspensão da exigibilidade da prestação por ele devida⁴.

Como enfatiza José João Abrantes, “o autor da acção tem direito à prestação, sendo esse um direito incondicionado, que não vê a sua existência condicionada à execução da obrigação assumida pelo seu titular”⁵. Ou seja, ao exercer a exceção de contrato não cumprido, o excipiente *não nega* o direito afirmado pelo autor: “o seu efeito é tornar ineficaz a pretensão deste outro contraente – *pretensão que vale por si só*”⁶.

Daí se percebe que a exceção de contrato não cumprido é um *contra-direito*: é uma situação jurídica ativa que pode ser oposta, como reação, a uma outra situação jurídica ativa, sem negá-la⁷.

Os contradireitos podem ser *extintivos* ou *neutralizantes*⁸: são extintivos se a situação jurídica ativa contraposta pelo demandado tem por objetivo *extinguir* o direito afirmado pelo demandante – como se dá, por exemplo, com a compensação (art. 368, CC⁹); são neutralizantes se não têm por objetivo extinguir o direito afirmado pelo demandante, mas apenas *neutralizá-lo*, suspendendo os seus efeitos, seja provisória, seja definitivamente. Exemplo de contradireito neutralizante é

-
4. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. XXVI, op. cit., p. 90.
 5. ABRANTES, José João. A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português, op. cit., 149.
 6. Ibidem, loc. cit.
 7. Entendendo tratar-se de um contradireito, ver: ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de obligaciones. Revisão de Henrich Lehmann. Tradução e adaptação da 35 ed. alemã feita por Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1950, v. I, p. 168. Em sentido contrário, reputando contraditório afirmar que o demandado dispõe de situação jurídica ativa contra o demandante, ver: PUGLIATTI, Salvatore. Eccezione (teoria generale). Enciclopedia del diritto. Padova: CEDAM, 1965, v. XIV, item 14. O autor italiano afirma que “la facoltà di sospendere l'adempimento della propria obbligazione, attiene alle contingenze del vincolo obbligatori o, alla influenza che esse possono esercitare sulla esecutività della prestazione: così come l'impossibilità sopravvenuta può estinguere l'obbligazione, altre circostanze possono temporaneamente sospendere l'esecutività”. Ou seja, na sua opinião, a faculdade de suspender o adimplemento da própria obrigação atende às circunstâncias do vínculo obrigatório ou à influência que esse vínculo pode exercer sobre a executividade da prestação. Para ele, assim como a impossibilidade superveniente pode extinguir a obrigação, outra circunstância pode temporariamente suspender a executividade.
 8. A sistematização e a terminologia foram propostas por Fredie Didier Jr., em conversas particulares que travamos no decorrer desta pesquisa.
 9. Art. 368. “Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.

a prescrição, que, uma vez acolhida, não gera a extinção do direito do autor, atingindo-lhe apenas a eficácia. Outro exemplo é o direito de retenção, por meio do qual não se pretende fulminar o direito do demandante de obter para si o bem que está em mãos do demandado, mas apenas sobrestar o seu exercício até que sejam indenizadas as benfeitorias implementadas.

Justamente porque o objetivo do exercício da exceção de contrato não cumprido não é extinguir o direito em que se funda a demanda da contraparte, mas apenas suspender temporariamente os seus efeitos, ela é um *contradireito neutralizante*.

Esse contradireito, que é a exceção¹⁰, nasce a partir do momento em que, no contexto de uma relação jurídica sinalagmática, um sujeito deixa de cumprir a obrigação que lhe é atribuída e, nada obstante isso, demanda¹¹ o cumprimento da obrigação atribuída ao outro sujeito. Surge, então, para esse outro sujeito, com quem o primeiro mantém o vínculo sinalagmático, o direito de recusar o cumprimento da própria obrigação. “Subjetivamente, ele diz: ‘*poderei* deixar de adimplir porque o outro não adimpliu’”¹². Justamente porque passa a ter o direito de, se e quando for demandado, recusar o cumprimento, o devedor, que é titular da exceção, pode, vencida a obrigação e tornando-se exigível o seu objeto (a prestação), deixar de cumpri-la desde já.

A partir de então, se o devedor, titular do contradireito de *recusa do cumprimento* (exceção), for demandado, judicial ou extrajudicialmente, para adimplir a sua obrigação, poderá então exercer, concretamente, a sua exceção. Se a demanda por cumprimento for judicial, o exercício e acolhimento da exceção têm o condão de fazer com que o inadimplemento

10. Essa é uma noção importante: a exceção é o contradireito; ela não é um meio de arguir o contradireito. Exceção é conteúdo, não forma. O veículo por meio do qual o excipiente leva ao processo a sua exceção é estabelecido pela legislação processual. No capítulo terceiro, em item dedicado ao assunto, veremos qual o meio que a legislação processual brasileira estabelece como adequado para a arguição da exceção. Em sentido contrário, referindo-se à exceção como meio, como instrumento: MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. Reconvenção e exceção no processo civil: o dilema da escolha entre a reconvenção e a exceção e o problema da falta de exercício do direito de reconvir. Coimbra: Almedina, 2009, p. 29.

11. Os termos demanda e demandar serão utilizados, ao longo do texto, num sentido comum, querendo significar o ato de reclamar, exigir ou requerer algo. Não necessariamente serão utilizados num sentido técnico, de ação processual concretamente exercida. Isso porque as exceções de inadimplemento tanto podem ser exercidas no contexto de uma demanda judicial, como no contexto de uma demanda extrajudicial.

12. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. XXVI, op. cit., p. 102.

(recusa de cumprimento) do excipiente esteja, então, justificado e legitimado, de modo que poderá ele manter-se nesse estado até que o outro sujeito cumpra ou ofereça a sua própria prestação. Não a exercendo – o que é perfeitamente possível, já que a exceção se insere na esfera de disponibilidade do devedor –, o seu inadimplemento deixa de ser legítimo e o sujeito pode ser compelido a cumprir aquilo a que se obrigara, independentemente do cumprimento ou oferecimento da prestação atribuída à contraparte.

Tudo o que até aqui se disse é muito importante para que possamos precisar o que é e o que não é exceção de inadimplemento.

Por vezes, confunde-se o argumento “não cumpri porque você não cumpriu”, que integra o substrato fático cuja ocorrência faz nascer a exceção, com a exceção de inadimplemento em si – que é, como se vem dizendo, uma situação jurídica ativa (contradireito) prevista pelo ordenamento quando se consolida um determinado suporte fático.

Mas é necessário discernir as coisas.

Uma coisa é afirmar “não cumpri porque você não cumpriu”; outra é afirmar isso dentro de um determinado contexto fático e pleitear o reconhecimento de um contradireito, que é a exceção, de suspender o cumprimento da própria prestação, enquanto a contraprestação não for cumprida.

Afirmar “não cumpri porque você não cumpriu” não é, ainda, exercer a exceção de inadimplemento; trata-se, até então, de mera *justificativa* do descumprimento. Para que se tenha a exceção de inadimplemento é necessário ir além. O “não cumpri porque você não cumpriu”, além de servir como justificativa do descumprimento, serve também como *fundamento* para que se possa exercer o contradireito de recusa temporária do cumprimento da própria prestação. Somente então haverá, efetivamente, exercício da exceção de contrato não cumprido: quando o “não cumpri porque você não cumpriu” se fizer acompanhar de um “só cumprio a minha prestação se você cumprir a sua”.

Isso é exercer a exceção de contrato não cumprido.

Como se percebe, ao exercer a exceção, o excipiente faz mais do que simplesmente justificar o seu próprio inadimplemento. Ele afirma também o inadimplemento do outro, da contraparte, o que significa dizer que ele, excipiente, se diz titular de um direito de crédito em face do

demandante/excepto. Assim, sem negar o direito do outro sujeito, visa a impedir, ao menos temporariamente, que esse outro sujeito veja satisfeito o seu direito sem ter prestado ou oferecido o que deve.

A fórmula de que se utiliza o excipiente – “não cumpri, nem devo cumprir agora, porque você não cumpriu”, seguida do “só cumpro se você cumprir” – revela, então, um outro campo de atuação da *exceptio*: sem deixar de ser, por excelência, um argumento de defesa, ela propicia ao demandado/excipiente uma ferramenta de coerção indireta, na medida em que, exercida e acolhida, suspende a exigibilidade da prestação devida pelo excipiente até que o demandante/excepto cumpra, ele próprio, a sua prestação.

Com isso, ela termina por funcionar, numa comparação feita por René Cassin, como uma espécie de multa coercitiva¹³, na medida em que, por meio de coerção psicológica, força o excepto ao cumprimento da sua obrigação¹⁴. Desse modo, só poderá ter acesso ao bem da vida que almeja – satisfação do direito de que é titular em face do excipiente – se, em contrapartida, satisfizer o direito do próprio excipiente.

Analizada a exceção de inadimplemento sob essa perspectiva – de instrumento de coerção indireta –, vê-se que ela pode ser útil para que o demandado/excipiente tenha acesso ao direito de crédito em que se assenta o seu direito de recusa. A questão que surge, no entanto, é: e se a pretensão relativa a esse direito de crédito já estiver prescrita?

É o que abordaremos no próximo item.

-
13. Naturalmente que a comparação deve ser vista em termos: a multa coercitiva e a *exceptio* são institutos jurídicos totalmente diferentes; nem convém, neste momento, traçar-lhes um paralelo. A aproximação restringe-se a um ponto, apenas: ambos terminam por, cada um a seu modo, induzir psicologicamente ao cumprimento de uma prestação. E só.
 14. Nesse sentido, René Cassin afirma que a exceção de contrato não cumprido “est également un moyen de peser sur la volonté du demandeur, de l'obliger à exécuter ce qu'il a promis, mais elle n'agit pas par voie de contrainte matérielle et directe sur la personne du demandeur. [...] L'exc. non adimpleti contractus apparaît comme un moyen de contrainte très voisin de l'astreinte, car elle oblige le débiteur d'un service ou d'une abstention à se conformer à son engagement, poussé par la crainte de ne point obtenir la rémunération promise ou la restitution du bien que détient l'excipiens [...]” (CASSIN, René. De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques: exception non adimpleti contractus et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution. Paris: Recueil Sirey, 1914, p. 406-407). Numa tradução livre: a exceção é também um meio de influenciar a vontade do requerente, obrigando-lhe a executar o que prometeu, mas sem atuar por meio de coerção direta sobre a sua pessoa. [...] Ela aparece como um meio coercitivo muito próximo das astreintes, porque obriga o devedor de um fazer ou de um não fazer a cumprir a sua prestação por receio de não obter a remuneração prometida ou a restituição do bem que está na posse do excipiente.

2. EXERCÍCIO DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO E PRESCRIÇÃO

Uma vez oposta a exceção, o demandante/excepto pode impugná-la ao argumento de que a pretensão relativa ao direito de crédito em que se funda a exceção está prescrita? Em outras palavras, se o excipiente disser “não cumpri porque você não cumpriu; só cumpro se você cumprir”, pode o excepto, por sua vez, redarguir “você já não me pode exigir, por demanda direta, o cumprimento da prestação, de modo que também não o pode por exceção”?

A questão relativa à prescritibilidade das exceções é e sempre foi polêmica¹⁵.

Tratando dessa situação, Pontes de Miranda escreveu que “a prescrição da pretensão do demandado contra o demandante não obsta a que nasça e persista a exceção *non adimpleti contractus*”¹⁶. Assim o disse por entender que a exceção é elemento do conteúdo do crédito, restringindo o direito do demandante¹⁷. Em outro volume da sua obra, ele foi enfático: “a *exceptio non adimpleti contractus* não se extingue com a prescrição da pretensão”¹⁸.

René Cassin confessa ser partidário da regra *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt in excipiendum* – “o que é temporário, em se tratando de ações, é perpétuo no tocante às exceções”¹⁹. Em sua opinião, os interesses essenciais do excipiente não são afetados, uma vez que será possível, ao menos em linha de princípio, invocar a regra *quae temporalia*, que continua em vigor, após a prescrição da sua pretensão²⁰.

15. Conferir, com amplas considerações históricas: BOLAFFI, Renzo. *Le eccezioni nel diritto sostanziale*. Milão: Società Editrice Libreria, 1936, capítulo nono, p. 240 e seguintes. Ver também: SERPA LOPES, Miguel Maria de. Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido, op. cit., p. 340 e seguintes.

16. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. XXVI, op. cit., p. 95.

17. Esse é, segundo Renzo Bolaffi, o argumento utilizado pela doutrina alemã que sustenta a imprescritibilidade da exceção de contrato não cumprido (Cf. BOLAFFI, Renzo. *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, op. cit., p. 278). O autor italiano objeta, no entanto, que a *exceptio non adimpleti contractus* não é uma limitação intrínseca ao direito do credor, mas um poder jurídico que se atribui ao devedor de impor essa limitação, razão por que, diz ele, “non si esclude che questo potere giuridico sia soggetto alla prescrizione” (Ibidem, p. 279).

18. Idem. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. VI, p. 24.

19. Conforme tradução de CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: RT, 2008, p. 39-40.

20. No original: “les intérêts essentiels de l’excipiens ne sont nullement lésés puisqu’il lui sera possible, du moins en principe, d’invoquer la règle: quae temporalia, s’il est poursuivi en

Serpa Lopes, referindo-se à doutrina estrangeira, noticia que, em sua grande maioria, os juristas opinam pela aplicação da regra *quae temporalia*, admitindo a oposição da exceção ainda que prescrita a pretensão relativa ao direito de crédito subjacente²¹. Mas o autor, pessoalmente, entende que, “prescrito o débito da outra parte contratante, não lhe cabe mais, quando acionado pelo seu credor, opor a êste a *exceptio non adimpleti contractus*”²². Por conta disso, cuida da prescrição no contexto dos modos terminativos da exceção²³.

O Código Civil brasileiro vigente inovou no particular. Visando aplacar as dúvidas que acossavam o espírito da doutrina nacional acerca da prescritibilidade ou imprescritibilidade da exceção, o art. 190 traz regra que lança uma luz sobre o problema. Diz ele que “a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão”. Trata-se de dispositivo que não existia no Código Civil de 1916.

De acordo com Moreira Alves, que transcreve a justificativa contida no relatório da Comissão Revisora da Câmara dos Deputados, o que se quis com a sua inclusão foi evitar que, prescrita a ação, o direito com pretensão prescrita pudesse ser utilizado de modo perpétuo por meio de exceção. O exemplo invocado foi o da compensação: trata-se de contradireito que somente pode fundar-se em crédito ainda não prescrito²⁴.

A doutrina cuidou de assentar que o aludido prazo prescricional somente se aplica às *exceções dependentes*; as *exceções independentes* não se sujeitam a prescrição alguma²⁵. Eis a distinção, nas palavras de Pontes de Miranda:

exécution après la prescription de son action” (CASSIN, René. De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques, op. cit., p. 640; ver também p. 714 e seguintes).

21. Cf. SERPA LOPES, Miguel Maria de. Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido, op. cit., p. 352.
22. Ibidem, p. 354.
23. Ibidem, p. 335 e seguintes.
24. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 152.
25. Cf. THEODORO JR., Humberto. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. 2, p. 185. Compartilham esse pensamento, apesar de utilizarem nomes distintos para designar as exceções dependentes e as independentes: CAHALI, Yussef Said. Prescrição e decadência, op. cit., p. 41; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. I, p. 362. Mesmo à luz do Código Civil de 1916, que não continha regra expressa sobre o tema, Serpa Lopes já admitia a prescrição das exceções dependentes, ou não autônomas: SERPA LOPES, Miguel Maria de. Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido, op. cit., p. 348.

Segundo a exceção vem contra o direito ou contra a pretensão, ou contra a ação, ou contra a exceção, em sua eficácia, a) baseada em direito que não é aquele em que ela se contém, ou b) só se apoia em si-mesma, no *ius exceptionis*, diz-se, respectivamente, não autônoma (dependente) ou autônoma (independente).²⁶

Em outras palavras, diz-se *dependente*, ou *não autônoma*,²⁷ a exceção que tem por fundamento um direito autônomo, o qual, por sua vez, é distinto dela mesma, exceção. A exceção de contrato não cumprido, por exemplo, é uma *exceção dependente*²⁸. Isso porque o direito de recusa em que ela consiste só tem existência na medida em que existe, como seu fundamento, um direito de crédito do excipiente em face do excepto. Também o é, pelo mesmo motivo, o direito de retenção: um sujeito pode negar a entrega de um determinado bem (direito de recusa), com fundamento no seu direito de crédito (por exemplo, indenização das benfeitorias que, de boa-fé, nele fizera).

Esse direito de crédito em que elas se assentam pode perfeitamente ser exercido por meio de demanda autônoma. Por exemplo: o sujeito que suscita a exceção de inadimplemento pode, perfeitamente, pleitear, por demanda autônoma, o cumprimento da obrigação que lhe é devida.

É importante, contudo, atentar para o seguinte: o contradireito em que consiste a exceção *não coincide* com o direito que lhe serve de fundamento e que pode ser exercitado por demanda autônoma.

O direito que lhe dá fundamento é a sua *causa*; a exceção, a *consequência jurídica*. Assim, por exemplo, *porque* Davi deixou de cumprir a própria prestação e, com isso, fez nascer para Bernardo um direito de crédito (*causa*), Bernardo pode, se demandado para cumprir a contraprestação, exercer a exceção/contradireito de recusá-la, enquanto não receber o que lhe é devido (*consequência*).

Nada impede que Bernardo formule demanda autônoma contra Davi buscando a certificação ou satisfação do direito de crédito que lhe serve de fundamento para a exceção. O *direito de recusa*, entretanto, somente poderá ser exercido por meio de exceção, até porque não se pode pensar em *recusa* sem uma prévia *demand*a.²⁹

26. Ibidem, p. 12.

27. Andreas von Tuhr as chama de exceções subordinadas (VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Tradução de W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1999, t. I, p. 20).

28. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. VI, p. 15.

29. Pontes de Miranda chega a dizer, em certo ponto da sua obra, "isso não quer dizer que não possa ser intentada ação declaratória positiva da relação jurídica do direito de exceção; ou a

A *exceção independente*, ou *autônoma*, por sua vez, é aquele contradireito que não se fundamenta em nenhum outro direito. A prescrição é um exemplo de exceção independente: o demandado tem o contradireito de obstar os efeitos da pretensão do demandante e essa situação jurídica ativa não tem por fundamento nenhum outro direito; baseia-se tão-somente na conjugação de certos pressupostos de fato – no caso específico, a inércia, durante certo lapso de tempo, do titular de um direito. Também o é o *beneficium excussionis personalis*, ou *benefício de ordem*, previsto no art. 596 do Código de Processo Civil e no art. 1.024 do Código Civil, segundo o qual “o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade” (art. 596, CPC).

Justamente porque são independentes, esses direitos de obstar a pretensão (prescrição) e de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade (benefício de ordem) somente podem ser exercidos como *reação* a uma determinada demanda. São, pois, situações jurídicas ativas que só podem ser exercidas como contradireitos (exceções). É dizer: nada obstante *independentes* quanto à afirmação de outro direito, que lhes sirva de fundamento, elas são *dependentes* da pré-existência de uma demanda.

Ao afirmar que somente se pode falar em prescrição das exceções dependentes, os adeptos dessa doutrina partem do pressuposto de que o direito que serve de fundamento a tais exceções e que lhes dá existência pode ser exercido autonomamente. Em outras palavras, o seu titular não depende do ajuizamento de uma demanda para poder exercê-lo, como contradireito. Pode fazê-lo por meio de demanda autônoma. Isso, porém, não vale para as exceções independentes: considerando que elas somente se exercem se o outro sujeito formular a sua demanda, “o excipiente não poderia perder o direito à sua defesa antes de ter podido exercê-lo”³⁰.

Todas essas considerações seriam suficientes para fazer supor que, sendo a exceção de inadimplemento uma exceção dependente, e

negativa” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. VI, op. cit., p. 23). Embora constitua uma situação jurídica ativa – o que, em tese, permitiria que sobre ela o sujeito titular pleiteasse, judicialmente, uma declaração positiva –, parece-nos que a exceção, ainda que seja ela dependente (tenha por fundamento um direito), somente pode ser exercitada como reação a uma demanda. O que se pode exercitar autonomamente é o direito que lhe dá fundamento, não o direito de recusa em que consiste a exceção.

30. THEODORO JR., Humberto. Comentários ao novo Código Civil, v. III, t. 2, op. cit., p. 185.

considerando que às exceções dependentes se aplica, a princípio, o quanto previsto no art. 190 do Código Civil brasileiro, a conclusão exata seria a de que o exercício da nossa *exceptio* está suscetível de ser obstado pela prescrição.

Mas não é bem assim.

Como já foi visto, uma coisa é o *direito de recusa* de uma prestação; outra coisa é o *direito de crédito* que lhe serve de fundamento. Ambas são situações jurídicas ativas que se conferem aos sujeitos de um vínculo sinalagmático, desde que satisfeitos seus respectivos pressupostos de fato. Nesse contexto, a prescrição atinge a pretensão relativa ao *direito de crédito* em que se funda o direito de recusa; não atinge, a princípio, o *direito de recusa*. Isso por dois motivos.

Primeiro, porque o direito de recusa depende, dentre outras coisas, de uma demanda para que possa existir. As exceções, mesmo as *dependentes*, são *exceções*, e não se podem exercer – falamos em exercício das *exceções*, não do direito em que se fundam – senão como *reação* a uma demanda. Por isso, ainda que o demandado tenha sido inerte quanto ao exercício do seu direito de crédito, isso não significa que também o seja quanto ao exercício da exceção, na medida em que “não se pode excepcionar quando se quer, e sim quando alguém avança contra o que tem o *ius exceptionis*”³¹.

Segundo, porque, a despeito de o objeto prestacional ter conteúdo negativo – direito de *não cumprir* uma obrigação –, a sua natureza jurídica, como contradireito que é, é de direito potestativo, o qual não se submete a prazo prescricional, mas a prazo decadencial³².

Há, porém, um outro lado, que precisa ser analisado.

Um dos pressupostos para que a exceção de contrato não cumprido exista é o de que haja inadimplemento, seja por parte do demandante, seja por parte do demandado³³. Para que se possa discutir sobre o adim-

31. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. VI, op. cit., p. 24.

32. Segundo Agnelo Amorim Filho, “os direitos potestativos (que são, por definição, direitos sem pretensão, ou direitos sem prestação, e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação) não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional” (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 86, v. 744, p. 736, out, 1997).

33. É o que Serpa Lopes chama de dupla inadimplência (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido, op. cit., p. 282).

plemento ou inadimplemento de uma obrigação, é necessário que essa obrigação já esteja vencida e, por conseguinte, seja exigível. Inadimplemento e exigibilidade do direito de prestação são coisas inconfundíveis. A exigibilidade é uma *situação jurídica*, o inadimplemento é um *fato*. Para que se diga *exigível*, o direito a uma prestação deve estar livre de qualquer condição ou termo que impeça a sua plena eficácia e, pois, o seu pleno exercício³⁴. Inadimplemento é a inexecução, é o não pagamento, é o descumprimento de um dever jurídico.

Nada obstante se tratar de noções inconfundíveis, elas guardam, entre si, íntima relação, na medida em que o inadimplemento pressupõe a exigibilidade do crédito: somente quando o direito de prestação é exigível é que se pode falar em adimplemento ou inadimplemento. Desse modo, quando apontamos o *inadimplemento* como pressuposto da exceção de contrato não cumprido, deve-se subentender aí também, como pressuposto, a *exigibilidade* das obrigações³⁵. Isso quer dizer que não há exceção se uma das obrigações for *inexigível*³⁶.

É exatamente aí que está a chave para resolvermos o problema.

A prescrição, como cediço, atinge a pretensão relativa a um determinado direito de prestação (art. 189, CC³⁷), encobrindo os seus efeitos. A pretensão, diz André Fontes, “é o poder de exigir alguma prestação, [...] de exigir um comportamento”³⁸. Ou seja, “o conteúdo da pretensão é a própria exigibilidade”³⁹. A partir do momento em que ela extingue a pretensão vinculada a um direito, a prescrição lhe retira, ou neutraliza, a exigibilidade. A obrigação que lhe é correlata passa a ser, então, *inexigível*.

34. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de execução civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 150.

35. Nesse sentido, María Cruz Moreno afirma que “el crédito del excipiens tiene que estar vencido, ser exigible” (MORENO, María Cruz. La exceptio non adimpleti contractus, op. cit., p. 58).

36. A menos que se trate de exceção de inseguridade, que está prevista no art. 477 do Código Civil: “Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”. Como se vê, ela não pressupõe o inadimplemento, mas apenas o risco de inadimplemento.

37. Art. 189. “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

38. FONTES, André. A pretensão como situação jurídica subjetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 10-11.

39. Ibidem, p. 21.

Considerando, pois, que o inadimplemento e, subentendido nele, a *exigibilidade* são pressupostos da exceção, necessário concluir, então, que, em casos tais, *não há exceção*.

Essa conclusão é importante. Não é verdade que *houve* exceção, mas ela se extinguiu, nem é verdade que *há* exceção, mas a arguição da prescrição a faz extinguir⁴⁰. A exceção nem sequer chega a nascer⁴¹, a menos, é claro, que a prescrição ocorra no curto espaço de tempo que se coloca entre o conhecimento, pelo devedor, da demanda do credor e o exercício do contradireito, caso em que a exceção terá nascido, mas terá sido extinta pelo desaparecimento superveniente de um dos seus pressupostos.

3. CONCLUSÃO

Em suma, se a pretensão relativa ao direito de crédito que serve de fundamento ao excipiente já está prescrita, isso significa que *não há contradireito de recusa* e, por não havê-lo, a exceção, se exercida, deverá ser rejeitada.

Não é que há prescrição da exceção; ela, exceção, simplesmente não existe, porque um dos pressupostos de fato necessários para o surgimento desse contradireito – exigibilidade e consequente inadimplemento – não existe. Se o substrato fático não está completo, não se pode falar no surgimento da exceção, que é efeito jurídico.

Como se vê, o art. 190 do Código Civil brasileiro é irrelevante para a solução desse nosso caso específico. Tem ele o mérito de aplacar as dúvidas doutrinárias, viabilizando o consenso. Mas a conclusão acerca da inexistência da exceção – não da sua *prescrição*, como diz a lei – é solução a que se poderia chegar independentemente da existência do referido dispositivo legal.

40. Discordamos, pois, de Serpa Lopes: SERPA LOPES, Miguel Maria de. Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido, op. cit., p. 335 e seguintes.

41. Em sentido contrário, entendendo que a exceção nasce, a despeito da prescrição, e não se extingue por conta dela: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. XXVI, op. cit., p. 95.

A AÇÃO PUBLICIANA: ENTRE A ORIGEM ROMANA E O DIREITO ATUAL

Roberto P. Campos Gouveia Filho¹

Maria Eduarda Vilar²

Pedro Spíndola Bezerra Alves³

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Breves Considerações sobre as Origens Romanas da Ação Publiciana: 2.1. Considerações Iniciais; 2.2. Posse e Propriedade no Direito Romano: 2.2.1. Propriedade Quiritária; 2.2.2. Propriedade Bonitária; 2.2.3. A Exceção de Usucapião; 2.2.4. A “Actio Publiciana” – 3. A Ação Publiciana no Direito Atual: 3.1. Considerações Iniciais. 3.2. A Natureza Jurídica e a Eficácia da Usucapião ; 3.3. A Ação Publiciana: 3.3.1. O Poder de Reivindicar como Inerente à Propriedade; 3.3.2. A Irrelevância do Título de Aquisição da Propriedade para a Existência dos Poderes – Pretensão e Ação – de Reivindicação; 3.3.3. Aspectos Gerais da Ação Publiciana: Causa de Pedir, Legitimados, Eficácia e Prescrição – 4. Conclusão – Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade defender a existência, no direito atual, da chamada ação publiciana. Em seguida, sinteticamente, tratar-se-á de alguns de seus aspectos mais relevantes como a legitimação – ativa e passiva, seu fundamento (fato jurídico que a enseja), sua eficácia e o prazo estabelecido pelo sistema para o seu exercício. Por se tratar de instituto tradicionalíssimo e pelo fato de, em boa parte, não haver, hodiernamente, maiores estudos sobre o tema, buscar-se-á, no direito romano, as origens da ação publiciana.

-
1. Bacharel e Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professor de Direito Processual Civil da mesma Instituição de Ensino Superior. Membro da Associação Norte e Nordeste dos Professores de Processo (ANNEP). Advogado.
 2. Acadêmica em Direito na UNICAP.
 3. Bacharel em Direito pela UNICAP. Mestrando em Direito e Linguagem (Retórica e Pragmatismo) pela Faculdade de Direito do Recife (FDR-UFPE). Advogado.

Numa obra que homenageia nosso maior jurista – Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda – nada mais adequado do que caminhar pelos contornos por ele tão percorridos: o direito romano e a completa interação entre o direito material e o direito processual.

Um esclarecimento se faz, de logo, necessário: embora a publiciana se relacione com todos os bens reivindicáveis, sejam eles suscetíveis de registro ou não, o cerne da análise é relativo aos primeiros, mais especificamente aos imóveis. Assim, muitas das passagens adiante que não especificam o tipo de bem têm, por base, tal simplificação.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ORIGENS ROMANAS DA AÇÃO PUBLICIANA

2.1. Considerações Iniciais

O Direito Romano e os seus institutos não se apresentavam enquanto um sistema uniforme previamente constituído para servir às vicissitudes da sociedade romana.

Assim, a primeira ressalva a ser feita diz respeito ao fato de que tal direito não foi teorizado de forma plena para então ser aplicado pelos; em verdade, foi, de forma preponderante, produto do pragmatismo do povo romano, sempre na busca de soluções para os diversos acontecimentos do cotidiano.

Nessa perspectiva, observa a doutrina romanista que o Direito Romano não representa uma unidade constante, utilizada durante toda a existência da sociedade romana, uma vez que foi modificado demasiadamente conforme as fases históricas pelas quais passou esta sociedade⁴.

4. Para elucidar tal questão, observe-se a preleção de Bonfante: “El Derecho, como cualquiera otra manifestación de la vida de los pueblos, el arte, la costumbre, la literatura, es un producto de la consciencia social y, por lo tanto, varía en el tiempo, varía de pueblo a pueblo, a medida que cambian y se afinan las necesidades, los sentimientos y la civilización. Todo esto representa el principio de la evolución jurídica. [...] Estas dos grandes crisis [guerras contra Cartago e contra os bárbaros] originan, por lo tanto, tres sistemas distintos de Derecho, o, mejor dicho, tres épocas, teniendo en cuenta siempre que, por aquella fuerza de inercia que alimenta a veces las instituciones más desusadas y que entorpece el desarrollo de los gérmenes nuevos, el movimiento no corre paralelo en todas las instituciones, de suerte que el estado del Derecho, al acabar una dada época, no representa en todas las partes un mismo sistema”, BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1929, p. 9-10.

Os institutos romanos são, portanto, depreensões obtidas pelos modernos estudiosos a respeito do material e pesquisas perpetradas sob o lume de todas as suas fases. O estudo destes institutos é, desse modo, imprescindível para compreender de que forma o legado romano influencia a cultura jurídica compartilhada pela tradição ocidental.

O propósito deste item é, pois, compreender as raízes históricas da criação romana da *actio publiciana*, cuja existência perdura por séculos e se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro. Para alcançar este desiderato, todavia, faz-se necessário entender o que esta ação significava para os romanos e sob quais fundamentos estava ela sedimentada.

Para tanto, cumpre analisar alguns institutos jurídicos romanos que permitiram o surgimento da *actio publiciana*, sendo não apenas o esteio lógico para a formação do conceito desta ação, mas também o substrato fático que a ensejou.

2.2. Posse e Propriedade no Direito Romano

A posse e a propriedade são institutos jurídicos romanos que influenciaram sobremaneira a tradição ocidental. Em que pese ao aspecto demasiado cambiante desses institutos, é incontestável sua importância, uma vez que serviram de base para a criação de inúmeros outros institutos jurídicos de monta.

Relembrando as ressalvas feitas inicialmente, nota-se que o conteúdo atribuído ao instituto romano da posse é objeto de muitos embates, pois: a) pela inexorável correlação entre direito e realidade, o instituto foi modificado de acordo com o momento histórico por que passava Roma; e b) o estudo dos institutos do Direito Romano gerou conclusões diversas para quem os analisava, sendo clássica a divergência entre Savigny e Ihering a respeito da doutrina da posse – tema a que não se tangencia em virtude dos limites metodológicos deste trabalho⁵.

A despeito das controvérsias, para efeito do presente trabalho, adota-se as lições de Fritz Schulz, para quem, quanto à origem e significado, no direito privado clássico, posse provém de *possidere*, a qual “(…)

5. Sobre o tema, ver RUSSOMANNO, Mario C. *La Posesion En El Derecho Romano*. Buenos Aires: Esnaola.

contiene la palabra sedere (sentarse) y aunque la primeira sílaba (pos) linguisticamente es dudosa, el significado de possidere dificilmente puede ser otro que el de ‘sentarse en una cosa’” e “(...) su significado es muy técnico; possessio significa poder físico sobre una cosa corporal (...)”⁶.

Em que pese às considerações acima, a ideia de que a posse é um poder físico sobre uma coisa ainda não a distingue completamente do instituto do domínio (propriedade). Para uma melhor distinção, observa-se que posse é poder de fato, enquanto propriedade é poder de direito. Ratificando tal noção, Moreira Alves esclarece:

Os jurisconsultos romanos, no período clássico, tiveram a noção exata de que a posse era um fato, tanto assim que salientaram que ela difere da propriedade, e que, em caso de aplicação do *postliminium* (vide nº 83), o beneficiado por essa ficção readquire os seus direitos, mas, não, a posse, porque ela é um fato (*res facti*). Só no período pós-clássico é que – segundo demonstração de Albertario – surgiu a ideia de que a posse seria um direito (...)”⁷.

Nesse sentido, posse é um fato, pois, sendo poder físico sobre uma coisa, não depende do direito para existir, e não pode ser prevista por ele, dada sua natureza factível.

Os interditos possessórios, muito embora não fossem ação⁸, surgiram pela necessidade de restabelecer o equilíbrio de uma situação fática já consolidada, qual seja: a posse, uma vez ocorrido o esbulho ou turbacção. Não se trata aqui da defesa de um direito previamente tutelado, mas da proteção de um fato social, cuja existência jurídica só se dá quando se torna objeto de litígio.

6. SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clasico*. Barcelona: Bosch, 1960, p. 409.

7. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, p. 262.

8. A natureza jurídica dos interditos romanos é deveras discutida, havendo, inclusive, corrente teórica sólida defensora da não jurisdicionalidade deles. Muito disso tem a ver com a noção diminuta do papel do Estado-juiz na sociedade, a qual o reduz a mero certificador de direitos pré-existentis: atuação para a descoberta da vontade concreta da lei, como diz Chiovenda. Essa visão, totalmente ultrapassada, é cada vez mais rechaçada pela doutrina que, numa visão historicista, percebe a jurisdicionalidade em atos ordenatórios dirigidos pelo Estado-juiz a quem quer que seja, tais como o eram os interditos romanos. Pontes de Miranda, homenageado deste livro, deu, sem dúvida, a maior contribuição para o tema, ao revelar a distinção entre as sentenças executivas e mandamentais, estas em especial, das três tradicionalmente defendidas: declaratórias, constitutivas e condenatórias. Ver, especialmente, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1976, t. 6. Para uma crítica acentuada da recepção do direito romano pela processualística moderna, em especial o problema dos interditos, ver SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdicção e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Portanto, a posse já era protegida no direito romano pelos pretores, os quais, por intermédio dos interditos, garantiam sua manutenção e re-integração.

No que tange à propriedade, os romanos não se preocuparam, muito pelas razões acima expostas, em defini-la precisamente. No entanto, pode ser entendida como um direito derivado do *jus utendi, fruendi e abutendi*, isto é, direito de usar, gozar e abusar da coisa. A propriedade seria, em síntese, o poder jurídico que a pessoa tem de usar, fruir e dispor de um bem, com as restrições impostas por lei: “Propiedad es un derecho sobre cosa corporal que confiere por principio a su titular, un pleno poder sobre la cosa, aunque este poder pueda estar sujeto a variadas limitaciones”⁹.

Nesse diapasão, insta realçar que o proprietário tinha o poder de reaver a coisa de quem injustamente a possuía, pois, não raro, ocorria de ser o dono – isto é ter o domínio – e, mesmo assim, não estar na posse da coisa. Isso acontecia exatamente por ser a posse uma situação de fato, a qual se revela pela ligação física do sujeito com a coisa, ao passo que a propriedade é direito, e se verifica por meio de um título aquisitivo.

Com efeito, assim como existiam os interditos para a proteção da posse, com o fito de salvaguardar a propriedade existia a *rei vindictio* romana, isto é, a ação reivindicatória através da qual se discutia o domínio¹⁰.

A principal distinção dos romanos no que concerne a propriedade diz respeito à classificação das coisas em *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. A *res Mancipi* referia-se aos imóveis localizados em Roma, além dos escravos, animais de porte, de tiro e carga e as servidões rústicas. Todas as demais coisas eram chamadas de *res nec Mancipi*, eram as coisas móveis, com exceção daquelas que, embora possuísem mobilidade, eram consideradas como *res Mancipi*.

A transmissão da propriedade da coisa no Direito Romano ocorria de modo solene e não solene. Entre os modos solenes encontravam-se a *Mancipatio* e a *iure cessio*, ao passo que a *traditio* era o modo de aquisição não solene.

9. SCHULZ, Fritz, op. cit., p. 325.

10. Idem, p. 352

A *mancipatio* era um ato jurídico solene através do qual ocorria a transmissão da *res Mancipi* gerando a aquisição do *dominium ex iure quiritium*.

Já a *in iure cessio* se aplicava tanto à *res Mancipi* quanto a *res nec Mancipi* e consistia no abandono da *res* em juízo, isto é, a transmissão da propriedade ocorria no Tribunal, perante o pretor ou governador da província.

A *traditio*, por sua vez, destinava-se a transmitir a propriedade da *res nec Mancipi*, o que se dava pela entrega da coisa mediante a transmissão de sua posse; além disso, era necessário que as partes estivessem de acordo sobre a transferência da propriedade e sobre o objeto¹¹.

Como dito alhures, o conceito de propriedade foi muito alterado, possuindo, assim, uma acepção diversa a depender do período histórico em análise. Moreira Alves sintetizou, com peculiar clareza, as oscilações das espécies de propriedade existentes em cada fase do direito romano:

No período pré-clássico, os romanos só conheceram uma espécie de propriedade: a propriedade quiritária (*ex iure quiritium*). “No direito clássico, encontramos ao lado da propriedade quiritária, três situações análogas à propriedade, às quais os romanistas, em geral, denominam propriedade bonitária (também chamada pretoriana), propriedade provincial e propriedade peregrina.” (...) “No período pós-clássico, essas diferentes espécies de propriedade vão desaparecendo até que, no tempo de Justiniano, só vamos encontrar – como no direito moderno – uma única, disciplinada por normas que, no período clássico, se aplicavam a uma ou outra das diversas espécies¹².

As origens históricas da ação publiciana remontam às mencionadas propriedades quiritária e bonitária, algo a ser pormenorizado no item abaixo.

2.2.1. Propriedade Quiritária

A forma principal da propriedade romana foi o domínio *ex iure quiritium*. A propriedade quiritária – ao contrário da propriedade bonitária, que foi uma criação do direito pretoriano – é a propriedade reconhecida pelo *ius civile* romano. Apenas o cidadão romano era pessoa capaz de ser titular desse direito¹³.

11. Idem, p. 330 e segs.

12. ALVES, José Carlos Moreira, op. cit., p. 283-285.

13. SCHULZ, Fritz, op. cit., p. 326.

Tanto as coisas imóveis quanto as móveis eram suscetíveis de estar sob o domínio *ex iure quiritium*¹⁴. Desse modo, adquiria-se a propriedade quiritária da *res Mancipi* pela *mancipatio* ou *in iure cessio* e da *res nec Mancipi* pela *traditio* e também – embora com menos frequência, em virtude da formalidade exigida – pela *in iure cessio*.

Ademais, a proteção judicial da propriedade quiritária se obtinha, principalmente, com a *rei vindicatio*: “La *rei vindicatio* clásica, era una acción por la cual el actor, fundándose en su derecho de propiedad quiritaria, exigía del demandado, la restitución de una cosa por este poseída”¹⁵.

2.2.2. Propriedade Bonitária

A origem desse tipo de propriedade remonta a ocorrência reiterada de uma situação típica: o comprador recebia a *res Mancipi* (coisa imóvel) do vendedor por meio de simples *traditio*. No entanto, a *traditio* não transferia ao comprador o domínio *ex iure quiritium* sobre a *res Mancipi*. Como visto, a propriedade quiritária da *res Mancipi* só se adquiria por uma das formas solenes de aquisição da propriedade: ou através da *mancipatio* ou da *in iure cessio*¹⁶.

Dessa forma, o comprador ficava desprotegido, pois o vendedor, que ainda possuía a propriedade quiritária sobre a *res Mancipi*, podia reivindicá-la (*rei vindicatio*), mesmo tendo recebido o preço acertado, ou tornar a alienar a coisa, transferindo-a a terceiros pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*.

Nesse contexto, o pretor – o qual era imbuído da equidade e exercia uma função similar à do juiz de hoje – passou a proteger o comprador que se encontrava nessa situação através da *exceptio rei uenditae et traditae* (exceção de coisa vendida e entregue). Logo, o comprador, valendo-se dessa exceção, possuía a prerrogativa de neutralizar o direito do vendedor caso este ingressasse com uma ação reivindicatória com base no domínio *ex iure quiritium*¹⁷.

No entanto, outro problema persistia irresoluto: a proteção apenas mantinha o comprador de boa fé na posse da *res Mancipi*, sem, contudo,

14. ALVES, José Carlos Moreira, op. cit., p. 282.

15. SCHULZ, Fritz, op. cit., p. 352.

16. ALVES, José Carlos Moreira, op. cit., p. 283.

17. Idem, p. 283.

torná-lo proprietário quiritário, o que só viria a ocorrer com o transcurso do lapso temporal necessário para adquirir a propriedade por meio de usucapião¹⁸.

Assim, criou-se a chamada propriedade bonitária, cujo titular era o comprador da *res Mancipi* que a recebeu por meio de simples *traditio*. A propriedade bonitária (que pertencia ao comprador) coexistia com a propriedade quiritária (que ainda era do vendedor) até que o comprador adquirisse o domínio *ex iure quiritium* por usucapião. Portanto, a propriedade bonitária era transitória, posto que, com o transcurso do prazo da usucapião, convertia-se em quiritária¹⁹.

Desta feita, observa-se que a propriedade bonitária é uma criação dos pretores romanos para resolver o conflito e oferecer maior segurança jurídica a uma relação de compra e venda que, embora tenha ocorrido de forma não solene, efetivamente se concretizou com a entrega da coisa e o recebimento do preço pactuado.

Em compêndio, a situação que despontava era a seguinte: o comprador mantinha-se na posse da coisa, defendendo-se contra o vendedor e contra terceiros que tivessem adquirido o domínio *ex iure quiritium*; ao passo que o vendedor, embora fosse o proprietário quiritário, estava impedido de obter a restituição da *res Mancipi* por meio da *rei vindictio*, porquanto o comprador podia paralisar o seu direito através da *exceptio rei uenditae et traditae*.

2.2.3. A Exceção de Usucapião

A este ponto, estabelecidas as premissas inerentes ao estudo dos institutos da posse e da propriedade, torna-se imperioso falar na usucapião, uma vez que, a partir dela, se possibilitou a criação da *actio publiciana*.

A usucapião, no direito romano, configurava-se enquanto modo de aquisição do domínio de coisa móvel ou imóvel, por certo elastério temporal e determinados pressupostos legais. Contudo, o seu substrato teórico foi profundamente alterado ao longo das três fases de desenvolvimento do Direito Romano²⁰: “Durante más de mil años el Derecho romano fue el Derecho vivo, de caudal siempre creciente y en constante

18. Ibidem.

19. SCHULZ, Fritz, op. cit., p. 327.

20. ALVES, José Carlos Moreira, op. cit., p. 311.

evolución, que rigió la vida del Estado romano. El período dentro del cual esta evolución se realizó, comprende, al mismo tiempo, el más grande proceso de poderío estatal y cultural que el mundo conoce”²¹.

Assim, para os propósitos desta análise, sendo o instituto da usucapião um dos mais antigos, estando presente desde a Lei das XII Tábuas²², far-se-á, por necessário, um corte epistemológico na matéria para evidenciar as principais características pertinentes ao estudo da ação publiciana. Não obstante, uma breve exposição das alterações sofridas será explanada.

A finalidade precípua da usucapião, nos períodos pré-clássico e clássico, era tornar proprietário de um domínio aquele que adquiria a coisa de quem não era o real proprietário ou aquele que não adquiria a coisa através do rito solene de transmissão do domínio, situações já expostas anteriormente. Já no período pós-clássico, as formas específicas de transferência da propriedade foram extintas, pois, como já ressaltado, passou-se a admitir apenas um tipo de propriedade, restando tão-somente a primeira hipótese para a usucapião²³.

O intervalo temporal de efetiva posse exigido para aquisição da propriedade por meio da usucapião e os demais requisitos legais diferiram de acordo com os mencionados períodos, sendo comum, no entanto, a necessidade de boa-fé e a posse ininterrupta. Inicialmente, apenas cidadãos romanos poderiam usucapir – e unicamente a propriedade quiritária –, no entanto, no período abarcado pelo direito clássico, houve a necessidade da criação de um instituto similar que permitisse aos estrangeiros usucapir, uma vez que o domínio romano se estendia muito além de Roma. Assim, foi criada a *longi temporis praescriptio*, como forma de defesa de quem possuísse imóvel provincial (apenas posteriormente estende-se a coisas móveis) por tempo específico contra a reivindicação de seu proprietário, mas sem, no entanto, configurar modo de aquisição da propriedade, como a usucapião. Com a perda da posse, tal defesa não mais se prestava²⁴.

No pós-clássico foi criada por Constantino a usucapião extraordinária chamada *longuissimi temporis praescriptio* que se configurava

21. JÔRS, P.; KUNKEL, W. *Derecho Privado Romano*. Barcelona: Labor, 1937. p. 1.

22. BONFANTE, Pedro, op. cit., p. 281.

23. ALVES, José Carlos Moreira, op. cit., p. 312.

24. *Ibidem*.

enquanto forma de *exceptio* para quem possuísse com boa-fé, embora sem causa jurídica específica, imóvel por quarenta anos. Posteriormente, o instituto foi modificado por Justiniano, pelo que passou a ter eficácia aquisitiva, sendo mais que uma *exceptio*, houve, com isso, a fusão dele com a usucapião, embora guardassem suas peculiaridades²⁵.

Destarte, o conteúdo da usucapião foi objeto de muitas alterações em virtude da sua importância para a vida daquela sociedade. A sua eficácia aquisitiva a tornava elemento de resolução de contendas, vez que o poder de fato da posse de alguém poderia contrariar o poder de direito da propriedade de outrem, devendo haver um equilíbrio, um parâmetro de justiça que solvesse a disputa: “La *usucapio* es una institución antiquísima, de derecho quirritario. El nombre significa adquisición mediante la posesión, a que *usus* no es sino el antiguo vocablo que indica la *possessio*; y la denominación misma de este modo de adquirir era en su origen sencillamente el de *usus*”²⁶.

A posse, enquanto fato, não importa aprioristicamente ao direito, mas, por opção política – haurida da ética de cada sociedade –, entende-se que a sua manutenção através do tempo gera poder de direito sobre o domínio, e que, quando objeto de litígio, será reconhecido, declarado (daí porque até hoje se declara a existência da usucapião²⁷, e não se decreta).

Portanto, exercer poder de fato sobre uma coisa, ou seja, possuí-la, era visto como algo legítimo e natural, e permitia ao possuidor valer-se dos interditos para preservar esta posse. Caso a coisa não fosse reivindicada e o lapso temporal considerado justo e positivado pelo direito transcorresse, o possuidor tornava-se dono, por usucapião, não podendo mais a coisa ser reivindicada.

2.2.4. A “Actio Publiciana”

Inicialmente, importa retomar a situação descrita no item da propriedade bonitária: o comprador adquire o imóvel por meio da *traditio*, tornando-se mero possuidor, contudo poderia vir a se tornar proprietário quirritário se permanecesse na posse da coisa pelo tempo da usucapião.

25. Idem, p. 314.

26. BONFANTE, Pedro, op. cit., p. 281.

27. Em verdade, a declaração não é propriamente da usucapião, enquanto fato jurídico, mas sim de seu efeito: a aquisição da propriedade.

Caso o proprietário quiritário reivindicasse a coisa, o proprietário bonitário poderia se valer da exceção criada pelo direito pretoriano.

No entanto, se o proprietário bonitário perdesse a posse para o vendedor ou para um terceiro não poderia lançar mão da *rei uindicatio* por não ser o dono quiritário.

Com vistas a corrigir o impasse, por construção pretoriana, criou-se a *actio publiciana*. Por essa ação considerava-se, de forma fictícia, já transcorrido o lapso temporal para o proprietário bonitário adquirir o domínio quiritário por usucapião²⁸.

Com efeito, uma vez lhe concedido o domínio quiritário sobre a coisa – por ficção do transcurso do prazo da usucapião – poderia agora o comprador se valer da *rei uindicatio* para recuperá-la de quem quer que a possuísse indevidamente: “En resumen, podemos decir, que la finalidad perseguida por la *actio Publiciana* clásica, fue la protección de un tipo especial de posesión, precisamente de la posesión que podía conducir a la *usucapio*. La acción fue una *rei uindication* elaborada artificialmente por el pretor”²⁹.

Desse modo, a *exceptio rei uenditae et traditae* não bastava à plena proteção do comprador que adquiriu a *res Mancipi* por simples *traditio*, porquanto apenas era útil enquanto ele se mantivesse na posse da coisa, entretanto, uma vez perdida esta a exceção não configurava instrumento hábil para readquiri-la.

Conclui-se, assim, que a *actio publiciana* é uma criação casuística, reclamada pela necessidade de atender a uma nova realidade social desamparada pelo *jus civilis* e que gerava injustiças e a aniquilação de direitos³⁰.

Em síntese, se o proprietário quiritário (seja o vendedor, seja terceiro) reivindicasse a coisa (*res uindicatio*) – não obstante tivesse recebido o preço e entregue o objeto-, podia o comprador se valer da *exceptio rei uenditae et traditae* de modo a se manter na posse, sendo considerado, de forma provisória, proprietário bonitário até adquirir a propriedade quiritária por usucapião. Por outro lado, se o comprador perdesse a posse da coisa, então, neste caso, podia recuperá-la através da *actio publiciana*, de quem quer que a tivesse esbulhado.

28. ALVES, José Carlos Moreira, op. cit., p. 283.

29. SCHULZ, Fritz, op. cit., p. 361.

30. Posteriormente as hipóteses de incidência desta ação se estenderam a outras situações, conforme aponta ALVES, José Carlos Moreira, op. cit., p. 284.

3. A AÇÃO PUBLICIANA NO DIREITO ATUAL

3.1. Considerações Iniciais

Eis o ponto central do presente estudo: a perspectiva atual da ação publiciana. A doutrina brasileira em geral pouco tem atentado para a importância da ação publiciana, algo que, mesmo indiretamente, dá ensejo ao falso entendimento de sua não recepção pelo direito moderno.

Para o desenvolvimento da problemática, faz-se necessário estabelecer duas premissas fundamentais: a natureza jurídica da usucapião e a eficácia jurídica dela. É disso que se passa a tratar.

3.2. A Natureza Jurídica e a Eficácia da Usucapião

Em qualquer de suas espécies, e de acordo com quaisquer classificações, a usucapião é fato jurídico, ou seja, no entendimento de Pontes de Miranda³¹, é resultado da incidência de alguma norma jurídica sobre um dado de fato (suporte fático, na terminologia ponteana) nela previamente estabelecido, ou seja, um dado de fato devidamente valorado por quem tenha o poder de fazê-lo: o legislador, no sentido amplo do termo.

Como qualquer fato jurídico, ao menos do ponto de vista hipotético, a usucapião é voltada para a produção de efeitos jurídicos, de modo a atribuir algo a alguém no mundo jurídico.

É de suma importância entender que, ao menos no direito brasileiro vigente, a composição do suporte fático suficiente da usucapião independe de qualquer manifestação de vontade por parte do usucapiente. Grosso modo, não é necessária a intenção em se tornar proprietário da coisa para usucapir, eis o porquê de, por exemplo, o menor impúbere e o louco usucapirem.

Assim, na classificação ponteana do fato jurídico, totalmente adotada neste trabalho, a usucapião é classificada como ato-fato jurídico³²,

31. Adota-se, neste trabalho, como premissa fundamental, a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, isso não só no que tange à incidência normativa e a composição dos suportes fáticos dos fatos jurídicos, como também a classificação destes últimos. Sobre o tema, ver, amplamente, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. 1; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

32. Sobre a usucapião como ato-fato jurídico, ver MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p.

pois, se de um lado é necessário o agir humano para a composição de seu suporte fático: há de ter-se a coisa, pelo lapso temporal fixado, como se dono (titular) dela fosse; de outro, a intenção em se tornar proprietário dela é de toda irrelevante, restando apenas o fato (= acontecimento do mundo) gerado pela conduta humana (= ato, agir) como dado de importância para o direito. Eis, portanto, a natureza jurídica da usucapião.

A importância pragmática disso é notória, pois não há plano de validade na usucapião. Ou seja, não se pode falar em usucapião válida e inválida, de modo que, neste último caso, ela possa ser desconstituída: ou a usucapião ocorre (plano da existência) ou ela não ocorre, e se ocorre, salvo expressa previsão legal em contrário³³, algo não existente no direito brasileiro, produz seu efeito.

Quanto aos seus efeitos, a usucapião é geradora da propriedade para o possuidor da coisa. Inexoravelmente, composto o suporte fático da usucapião, o possuidor torna-se proprietário da coisa. Isso tanto em relação aos bens móveis (arts. 1.260 e segs., CC), como em relação aos imóveis (arts. 1.238 e segs., CC).

É por isso que a conhecida ação de usucapião e a sentença que a reconhece são classificadas como de força declaratória, pois se visa, ao fim e ao cabo, a certificação jurídica, e de modo absoluto, da aquisição da propriedade por parte do possuidor, autor da ação. Se o bem se submete a registro, como ocorre com os imóveis, a ação é necessária, não para a constituição da propriedade, mas sim à obtenção de uma ordem dirigida ao oficial competente para a efetivação do registro (efeito mandamental da ação de usucapião): só se obtém o registro com a ordem sentencial, embora já se seja proprietário antes da sentença.

A ação de usucapião tem por base, portanto, a ocorrência do ato-fato jurídico da usucapião.

A usucapião, todavia, não é base apenas para as ações de usucapião, todas elas declarativas, porquanto, também a tendo por base, se tem a ação publiciana, a ser analisada a seguir.

135-136.

33. É conhecida a possibilidade de atos-fatos jurídicos serem ineficazes, como ocorre com o pagamento no direito brasileiro. Ver, para tanto, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e Extinção das Obrigações*. São Paulo: RT, 2006, p. 59

3.3. A Ação Publiciana

3.3.1. *O Poder de Reivindicar como Inerente à Propriedade*

A propriedade, indubitavelmente, é um direito subjetivo. Trata-se, como cediço, do mais amplo de todos os direitos reais. Como qualquer direito do tipo, a propriedade tem por sujeito passivo a alteridade: sujeição passiva total e, pois, indeterminada.

É possível, no entanto, ser proprietário e não ter a coisa, objeto do direito de propriedade. Há hipóteses, inclusive, em que alguém se torna proprietário sem se tornar, ao mesmo tempo ou em qualquer momento, possuidor da coisa. Por exemplo, *a*, por escritura pública, celebra com *b* acordo de transmissão (título para aquisição) da propriedade do imóvel *x*. Ocorre o registro do referido negócio jurídico. Em momento algum, contudo, houve a tradição da coisa, em qualquer de suas formas estabelecidas. Não se pode, porém, não ser *a*, no direito brasileiro, proprietário do bem, pois o suporte fático do art. 1.245, CC, foi preenchido (isso, claro, considerando ser *b* efetivo proprietário do bem, pois, do contrário, o acordo seria ineficaz e o registro nulo). É proprietário, sem ser possuidor. O motivo, além disso, da não transmissão da posse não importa: seja porque não houve acordo para a transmissão dela, seja, porque *b*, embora tivesse a propriedade, não tinha a posse.

É por conta disso que um dos poderes dados ao proprietário é o poder de reivindicar a coisa de quem a injustamente tenha (parte final do *caput* do art. 1.228, CC). Em rigor, tal poder é uma pretensão inerente ao direito de propriedade, tendo, de acordo com Pontes de Miranda, pretensão como o poder de exigir algo (prestação: fazer ou não fazer) de alguém³⁴. Obviamente, só tem pretensão a reivindicar o proprietário que não tem a posse da coisa titularizada: do contrário, ter-se-ia de dizer, absurdamente, que o proprietário teria contra ele mesmo o poder de reivindicar a coisa.

Paralelamente à pretensão a reivindicar a coisa, tem-se outro poder, mais contundente. Além de poder exigir daquele que, injustamente,

34. "Pretensão é o poder exigir alguma prestação. Do outro lado da relação está o obrigado, que talvez tenha, também ele, a sua pretensão, ou as suas pretensões", PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Sistema de ciência positiva do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 2, p. 301.

tenha a coisa a tradição dela (prestação devida), o proprietário pode ir além: pode impor sua vontade ao injusto possuidor, independentemente de qualquer cooperação por parte deste último. Eis o poder de impor, a ação³⁵. No caso da reivindicação da coisa pelo proprietário, tal poder de impor é denominado de ação reivindicatória, ou seja, a ação que titulariza o proprietário para impor àquele que injustamente tenha a coisa, objeto da propriedade, a tomada dela: impor a tomada da coisa, e não exigir a entrega dela, frise-se.

É importante ressaltar que, enquanto a propriedade é situação jurídica de sujeição passiva total, os poderes relativos à reivindicação – pretensão a reivindicar e ação reivindicatória – têm seus sujeitos passivos determinados, dizem respeito, pois, apenas àquele ou àqueles que, injustamente, tenham a coisa. É-se proprietário em face de todos, porém, embora proprietário, não se pode reivindicar a coisa de qualquer um, pois, logicamente, a coisa é possuída por algum ou alguns apenas, e não por todos.

Uma questão, todavia, vem à baila: qual tipo de proprietário pode reivindicar? Mais especificamente, o título para a aquisição da propriedade é relevante para o preenchimento da norma contida na parte final do caput do art. 1.228, CC? Ainda mais especificamente, qual é o sentido da expressão proprietário contida em tal texto normativo?

Tais questões serão respondidas a seguir.

3.3.2. A Irrelevância do Título de Aquisição da Propriedade para a Existência dos Poderes – Pretensão e Ação – de Reivindicação

O texto da norma citado no item acima não estabelece qualquer tipo de limitação aos poderes de reivindicar em virtude dos diversos modos como a propriedade possa ter sido adquirida. É irrelevante, pois, para a reivindicação em si (em especial, relativamente ao cerne deste trabalho, para o surgimento da ação publiciana), saber se se adquiriu a propriedade pelo registro do acordo de transmissão, por algum tipo de acessão,

35. Enquanto a pretensão é o poder de exigir algo (prestação) de alguém, dependendo, para sua realização da cooperação do sujeito passivo, que se encontra obrigado a cumprir; a ação é um poder mais robusto, independe por completo do sujeito passivo, o qual se submete a ele.

por sucessão *mortis causa*³⁶, por tradição, nos casos de bens não submetidos a registro, por usucapião etc.

Não se pode, obviamente, ser proprietário do mesmo bem, ao mesmo tempo, por dois motivos distintos; é possível, contudo que, aparentemente, uma causa de aquisição tenha ocorrido, quando, em verdade, não a tenha, e, sucessivamente, outra causa venha, agora na realidade, ocorrer: e. g., registra-se o acordo de transmissão da propriedade de um imóvel, sem que, todavia, haja a efetiva transmissão da propriedade, pois o alienante não tinha legitimação para tanto, e, imitado na posse da coisa, o adquirente, pelo exercício desta última nos moldes legais, venha a usucapir. Para tal problema existe a regra da eventualidade, que, permite cumular processualmente ações incompatíveis entre si (art. 289, CPC). Não é por outro motivo a permissão de cumular mais uma hipótese de usucapião – ordinária e extraordinária, por exemplo – no procedimento especial dos arts. 942 e segs., CPC.

É possível que se invoque, como fundamento para a reivindicação, ter-se a propriedade por um motivo, como o registro do título, e, por outro, com alguma (ou algumas) hipótese de usucapião.

Além disso, do ponto de vista pragmático, importa o fato de o usucapiente titularizar, tal como qualquer outro proprietário, a ação prevista na parte final do *caput* do art. 1.228, CC, pois, do contrário, impedir-se-á a ele, proprietário como qualquer outro, a reivindicação da coisa com base em seu direito, algo que, indubitavelmente, ofende, além da isonomia, a garantia constitucional da propriedade (art. 5º, XXII, CRFB).

A ação publiciana é, portanto, uma espécie de ação reivindicatória, diferenciando-se da reivindicatória tradicional pelo fundamento relativo ao modo de aquisição da propriedade.

Percebe-se, sem dúvida, que a noção aqui defendida de ação publiciana difere, em vários pontos, da concepção romanizada do instituto. Tem-se aqui a ação publiciana como uma espécie de reivindicatória, como uma ação do proprietário para reaver a coisa perdida. Em rigor, sequer se adota a literalidade dos posicionamentos de Pontes de Miranda sobre o ponto³⁷.

36. No âmbito da sucessão *mortis causa*, o sistema positivo, ao menos na perspectiva da universalidade da herança, especializa a reivindicação ao tratar da chamada petição de herança (arts. 1.824 e segs., CC). Não obstante, mesmo se não houvesse tal previsão específica, a reivindicação em tal caso seria extraível da regra geral acima analisada.

Abaixo, tratar-se-á dos aspectos fundamentais da ação publiciana.³⁷

3.3.3. Aspectos Gerais da Ação Publiciana: Causa de Pedir, Legitimados, Eficácia e Prescrição

Neste trabalho, para além de definir os contornos materiais, da ação publiciana como situação jurídica material ativa, é fundamental analisar os problemas relativos à sua processualização: mais especificamente, os elementos referidos no título deste subitem. Tem-se, aqui, a ação publiciana num sentido dinâmico, ou seja, enquanto afirmada processualmente.

Quem afirma ao Estado-juiz ter contra outrem (réu) ação para reivindicar a coisa, afirma ter contra este, no plano material, um poder de impor-lhe a obtenção dela. Diz-se, pois, ter, com o réu, relação jurídica, composta de pretensão a reivindicar e, principalmente, de ação de reivindicação, relação esta que, processualizada, compõe a *res in iudicium deducta* (causa de pedir próxima).

Deve-se, para os fins dispostos no art. 282, III, CPC, afirmar o fato jurídico que ensejou tal relação jurídica. Não é necessário, frise-se, dar ao fato o correto enquadramento jurídico, é necessário, todavia, descrevê-lo, ou melhor, descrever o complexo de fatos (suporte fático concreto) que está a sua base. Tem-se, pois, a causa de pedir remota.

Em qualquer espécie de reivindicação, o complexo de fatos tem por seu elemento cerne a propriedade. Como visto acima, os poderes reivindicatórios são gerados pelo fato de o proprietário não ter a posse da coisa titularizada que está, injustamente, com alguém. Isso, quando afirmado processualmente, traduz-se em causa de pedir remota da demanda judicial. Aqui, a propriedade, embora seja, sob outro viés, um direito, é enquadrada pelo sistema como fato do mundo. Não é por outro motivo que se pode falar, no caso, em prova da propriedade.

37. Pontes de Miranda trata do assunto de forma sintética, mas com a profundidade e a erudição que lhe são peculiares na última parte do t. 11 de seu conhecido Tratado de Direito Privado. Um dos pontos de destaque de seu pensamento é a distinção entre o direito publiciano e o direito de propriedade. Todavia, entende-se que as bases de tal pensamento deitam raízes na concepção romana de direito publiciano, diferenciando-se, sobremaneira, do que aqui se defende. Sobre a problemática, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 11, p. 411-424, 412, em especial.

É no modo de ocorrência da propriedade que a publiciana diferencia-se a reivindicatória tradicional, não na configuração do suporte fático em si: em qualquer dos casos, o fato de o proprietário não ter a posse da coisa titularizada nos moldes já descritos lhe dá poderes de reivindicação. Na publiciana, faz-se necessário afirmar-se alguma (ou algumas, em concorrência) hipótese de usucapião para poder reivindicar. Sendo assim, a prova da propriedade, elemento indispensável para a procedência da ação, é extraível com a constatação da hipótese de usucapião afirmada.

Na reivindicatória tradicional – fundada na aquisição pelo registro do acordo de transmissão – a demanda depende, para sua admissibilidade, de um documento substancial: a certidão da matrícula do imóvel. O procedimento, neste aspecto, ganha viés documental³⁸.

Isso não ocorre, de outra banda, com a publiciana, pois, não se tendo o bem registrado em nome do autor³⁹, deve-se demonstrar, cabalmente, a ocorrência da espécie de usucapião afirmada, a qual, todavia, não servirá para a certificação da aquisição da propriedade⁴⁰.

Outro diferencial entre a publiciana e a reivindicatória tradicional é o fato de que, na primeira, o autor há de ter tido a posse da coisa, e a ter, por algum motivo, perdido (só se pode usucapir se se possuir); elemento, como cediço, dispensável na segunda.

Quanto aos legitimados, tem-se, de um lado (ativo), o proprietário usucapiente que, por motivo qualquer, veio a perder a posse da coisa usucapida e, de outro, aquele que injustamente tenha a coisa (passivo). Aqui, diversamente da polêmica em torno do direito romano vista acima, não importa se quem tem a coisa seja o alienante dela (figura eventual,

38. O procedimento, como um todo não é de tipo documental, pois os outros elementos componentes das afirmações fáticas como, em alguns casos, a perda da coisa e o fato de o réu ter a coisa injustamente podem – e, em regra, assim o é – ter de ser verificados com bases em outros meio probatórios, diversos do documento propriamente dito.

39. Se, por acaso, o usucapiente já tiver obtido a certificação judicial da aquisição da propriedade e, com isso, o registro em seu nome, a publiciana torna-se desnecessária, bastando, tão-somente, a reivindicação tradicional, que, por se basear na certidão da matrícula do bem, é de prova muito mais singela.

40. A certificação da propriedade (e o conseqüente registro) depende, salvo nas usucapiões especiais rural (art. 7º, Lei n. 6.969/81) e urbana (art. 13, Lei n. 10.257/01), de sentença judicial, que, no caso dos imóveis particulares, deve ser prolatada no âmbito do procedimento especial dos arts. 942 e segs., CPC. Não se vê, todavia, qualquer óbice para a cumulação de uma ação publiciana (visando-se reaver a coisa) e uma ação de usucapião, desde que o procedimento especial seja observado. Há de atentar-se, todavia, para o fato de que, na primeira o sujeito passivo é determinado, e, na segunda, conquanto possa haver alguns determinados, há sujeição passiva total, razão da essencialidade do edital citatório.

frise-se), que de algum modo retomou a posse, ou qualquer outro que com ela esteja indevidamente.

A eficácia preponderante da ação publiciana, dentro da classificação quinária, adotada neste trabalho, é a executiva, como ocorre com qualquer reivindicatória. A ação publiciana não é ação para a certificação da aquisição da propriedade como o é a ação de usucapião, ação de força declarativa, pois; tendo, por objeto, a coisa que está indevidamente na esfera jurídica do réu, a sentença que a julga procedente já estabelece a transmutação das esferas jurídicas, retirando a coisa da esfera do réu passando para a do autor. A condenação, embora existente como em qualquer sentença, não constitui o cerne do dispositivo sentencial: não se condena o réu a entregar a coisa, tal como ocorre em ações fundadas em crédito para tanto, mas sim se estabelece a transmutação acima mencionada⁴¹. O Estado-juiz, substituindo o réu, entrega a coisa ao autor, ato executivo por excelência, elemento cerne do dispositivo sentencial.

Analiticamente, diz-se que a sentença de procedência da ação publiciana é composta do seguinte modo: a) na fundamentação, fixa-se a premissa de que, tendo o autor usucapido a coisa e o réu estando indevidamente na posse dela, faz jus o primeiro a reavê-la. Reconhece-se a propriedade do autor, mas não do ponto de vista da certificação, e sim como mero fundamento para o dispositivo; b) no dispositivo, ao reconhecer-se, mesmo que implicitamente⁴², a pretensão e a ação a reivindicar, opera-se a referida transmutação, consolidando-se o ato executivo.

Além disso, com o trânsito em julgado, tem-se a formação de coisa julgada (*res in iudicium deducta* passa a ser *res judicata*) com a ocorrência do efeito material, tornando a declaração contida no dispositivo (não importa se explícita ou implícita) não mais discutível processualmente.

41. Poder-se-ia objetar a ausência de executividade manifesta em tal sentença pelo fato de que para a efetiva entrega física da coisa é necessária à prática de atos materiais como a retirada forçada do réu dela e, com isso, a efetiva tradição da coisa agora desocupada ao autor. Tal objeção, todavia, não tem fundamento, pois, em nível de linguagem, a transmissão da posse já se deu com a própria sentença, restando, apenas, a necessidade de tais atos materiais, os quais são, em verdade, a concretização, no mundo físico, da própria sentença. Se, ao contrário, a sentença fosse condenatória, nos moldes, por exemplo, do art. 461-A, CPC, não haveria a referida transmutação, de modo que, para a efetiva tradição, seria necessário o descumprimento por parte do réu do comando sentencial.

42. Do ponto de vista analítico, o dispositivo sentencial deve ser textualizado da seguinte forma: em face do exposto, declaro a pretensão e ação do autor a reivindicar, de modo que, operando a mudança nas esferas jurídicas das partes, determino, de imediato, a retirada do réu da posse da coisa com a devida entrega desta para o autor.

Não se tem, com isso, a certificação de ser o autor proprietário do bem, muito menos indiscutibilidade (efeito material da coisa julgada) sobre isso; certifica-se, na verdade, a existência dos poderes de reivindicação do autor, existência esta que, com a coisa julgada, não poderá, salvo desfeita esta última, ser questionada (= processualmente discutida).

Por fim, sendo uma ação executiva, fundada numa pretensão a reaver a coisa, a publiciana é passível de prescrição conforme a regra geral do direito privado brasileiro: dez anos (art. 205, CC).

Não há prescrição do direito de propriedade⁴³, frise-se, mas sim da pretensão a reivindicar e da ação reivindicatória que a ele servem.

4. CONCLUSÃO

Este trabalho teve por finalidade a análise da ação publiciana a partir de suas origens romanas. Em seguida, sustentou-se, até de ponto de vista pragmático, sua existência, embora com outros contornos, no direito atual.

A ação publiciana é, portanto, uma espécie de ação reivindicatória, diferenciando-se da reivindicatória tradicional pelo modo como se deu a aquisição da propriedade, gerada, aqui, pelo ato-fato jurídico da usucapião. É ação executiva e suscetível de prescrição, inclusive.

A base normativa dela é, sem dúvida, a parte final do *caput* do art. 1.228, CC.

Falar sobre a publiciana é, acima de tudo, homenagear Pontes de Miranda, dos pouquíssimos autores brasileiros mais recentes a preocupar-se com o tema. Isso, contudo, não implicou necessidade de seguir, na literalidade, seus posicionamentos quanto ao tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1998.
- BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1929.

43. Em rigor o direito de propriedade não é passível de prescrição. Isso não quer dizer, contudo, ser ele indestrutível pela ação do tempo. A usucapião, por exemplo, tem por efeito anexo a perda da propriedade do antigo proprietário. Embora não haja transmissão da propriedade, esta é desfeita pela usucapião. Frise-se, porém, não ser necessária a existência de uma propriedade pré-existente para a ocorrência da usucapião, já que é possível a usucapião da res nullius. A propriedade prévia é, portanto, um elemento contingencial na usucapião.

JÔRS, P.; KUNKEL, W. *Derecho Privado Romano*. Barcelona: Labor, 1937.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1976, t. 6.

_____. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 2.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 11.

RUSSOMANNO, Mario C. *La Posesion En El Derecho Romano*. Buenos Aires: Esnaola.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e Extinção das Obrigações*. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch, 1960.

41

POR UMA NOÇÃO DE EXECUÇÃO FORÇADA: PEQUENAS PROVOCAÇÕES AOS DEFENSORES DA EXECUTIVIDADE DA “EXECUÇÃO” INDIRETA

Roberto P. Campos Gouveia Filho¹

Raquel Silva Araújo²

SUMÁRIO – 1. Considerações prévias – 2. A realização dos direitos: premissas necessárias: 2.1. Considerações iniciais ; 2.2. Primeiras premissas necessárias: o direito como situação jurídica relacionada a um fim social e sua realização como momento jurídico de consumação de tal fim ; 2.3. Segunda premissa necessária: distinção entre direitos prestacionais e direitos potestativos; 2.4. Última premissa necessária: a execução forçada “*latu sensu*” como espécie de realização de direitos prestacionais – 3. Posição adotada: execução indireta como falsa execução – 4. Proposta de sistematização.

1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Este singelo artigo não tem maiores pretensões acadêmicas. Foi pensando a partir de uma discussão travada por seu primeiro autor³ no Grupo de Discussão Eletrônico da Associação Norte e Nordeste dos Professores do Processo (ANNEP) que teve por mote a suposta executividade da chamada execução indireta. Na defesa da tese oposta, escreveu-se um texto diminuto publicado no Blog Pontes de Miranda⁴.

-
1. Bacharel e Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professor de Direito Processual Civil da mesma Instituição de Ensino Superior. Membro da Associação Norte e Nordeste dos Professores de Processo (ANNEP). Advogado.
 2. Acadêmica em Direito na UNICAP.
 3. Após isso, a segunda autora deste texto contribuiu, em igualdade, não só com a pesquisa, como também, e principalmente, com a redação.
 4. Ver, para tanto: <http://blogpontesdemiranda.blogspot.com.br/2012/10/por-uma-nocao-de-execucao-forcada.html>.

A tese da executividade da execução indireta cresce a passos largos. No Brasil, dentre outros, destacam-se os trabalhos de Fredie Didier Jr.⁵, Araken de Assis⁶ e, principalmente, Marcelo Lima Guerra⁷.

Longe de fazer um verdadeiro apanhado do posicionamento de tais autores, pretendemos, de modo um tanto provocativo, formular algumas perguntas aos defensores da corrente combatida, não apenas os mencionados juristas. Perguntas estas que, no grupo de discussão acima mencionado, não foram, *data venia*, satisfatoriamente, respondidas.

Acima de tudo, visamos fazer, com este texto, uma singela homenagem ao maior jurista brasileiro da história: Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o homenageado da obra coletiva na qual o presente artigo se insere. Não é por outro motivo que boa parte das premissas e conclusões a serem estabelecidas tem por base o pensamento ponteano.

Homenageamos, além disso, a ANNEP como um todo e, especificamente, seus membros que, seguindo os devidos rigores científicos, se dispuseram ao diálogo. Esperamos, sem dúvida, uma difusão deste último com publicação do presente texto.

Em rigor, o texto a seguir é a versão mais analítica do texto publicado do blog acima citado. Optamos por deixá-lo mais no formato de um *post* de blog, de modo que não há maiores preocupações metodológicas. O tom, ademais, pende ao pessoal. É, por isso, que, em sua maioria, as referências bibliográficas constarão logo do título do item ou subitem escrito, refletindo, obviamente, as bases que serviram para a construção das ideias defendidas.

2. A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS: PREMISSAS NECESSÁRIAS

2.1. Considerações iniciais

A premissa fundamental deste trabalho é o fato de ser a execução forçada uma espécie de realização dos direitos. Nessa esteira, é importante, antes de adentrar no cerne da problemática, estabelecer-se,

5. Nesse sentido, ver DIDIER JR., Fredie et alli. Curso de Direito Processual Civil. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, v. 5, p. 34-39.

6. ASSIS, Araken. Manual da Execução. 12. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 142-143

7. GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. São Paulo: RT, 1998, *passim*.

primeiramente, o que vem a ser realização de um direito, em seguida quais são os tipos de direitos realizáveis e, por fim, quando é possível falar em realização forçada dos direitos. É disso que adiante trataremos.

2.2. Primeiras premissas necessárias: o direito como situação jurídica relacionada a um fim social e sua realização como momento jurídico de consumação de tal fim⁸

De início, é preciso consignar que a noção de direito aqui empregada é referente à qualquer situação jurídica ativa, ou seja, qualquer posição de vantagem que alguém titularize no mundo jurídico. Direito é, pois, considerado em sentido amplo, englobando não só o direito subjetivo em sentido estrito, mas também outras situações jurídicas ativas como a pretensão, especialmente, e a ação. Além disso, neste momento inicial, é irrelevante diferenciar qualquer espécie de direito, como, por exemplo, os direitos potestativos e os direitos prestacionais, ou os créditos e os direitos reais: todos eles, invariavelmente, se encontram englobados.

Dito isso, podemos prosseguir.

Sem adentrar em maiores problemáticas acerca da natureza jurídica do direito subjetivo, é inegável ser ele ligado a um fim social. O direito objetivo, como cediço, é processo de adaptação social, devendo ser ligado, portanto, ao mundo social ao qual ele se presta. Frisamos que afirmar ter todo direito (ou, no mínimo, dever ter) um fim social não significa adoção da teoria de Ihering acerca de ser o direito um fim juridicamente protegido.

Podemos dizer, assim, que todo direito tem um conteúdo, e neste, abstratamente, concentra-se a função social que serviu de mola mestra para a delimitação do direito. Por exemplo, o crédito (espécie de direito subjetivo) tem por conteúdo uma vantagem de alguém contra outrem a

8. Subitem escrito com base, acima de tudo, em PONTES DE MIRANDA e Marcos Bernardes de Mello. Do primeiro, foram analisadas as seguintes obras: Sistema de ciência positiva do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 1-2; Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 1; Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1-6, em especial os tomos 1 e 5. Do segundo, destacam-se: Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª. parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

fim de que este cumpra uma prestação, patrimonialmente mensurável, devida.

Desse modo, realização de um direito pode ser entendida, pragmaticamente, como o momento em que o conteúdo do direito (fundado numa determinada situação social e a ela servindo), até então abstração, se concretiza, modificando-se, com isso, a realidade social a qual ele se presta. Numa relação jurídica de crédito pecuniário, por exemplo, quando o devedor efetua o pagamento da soma em dinheiro, realiza o conteúdo do crédito, de modo que, além da modificação jurídica imediata (ultimação da relação jurídica, com sua automática extinção), repercute para fora do mundo jurídico, na própria realidade socioeconômica, base de tal relação jurídica.

Metaforicamente, realização é o ponto final na reta da vida do direito. Ela é fim, portanto. Não é sem razão, pois, a emblemática definição de Clóvis do Couto e Silva sobre ser a obrigação um processo que caminha para o adimplemento⁹. Ou seja, entende-se o adimplemento como a ultimação (momento final) do crédito, elemento estrutural da relação jurídica obrigacional.

Ao realizar o direito, a relação jurídica que o envolve (além de, obviamente, ele próprio) se extingue. Realizar, nesse sentido, significa extinguir. Nem toda extinção, todavia, enseja realização. Há, pois, formas de extinção realizadoras, como o pagamento, e formas de extinção não realizadoras, como a resolução por inadimplemento do art. 474, CC.

Utilizando-se mais uma vez de uma metáfora, podemos dizer: na vida dos direitos há a possibilidade de mortes naturais (com realização) e não naturais (sem realização).

2.3. Segunda premissa necessária: distinção entre direitos prestacionais e direitos potestativos¹⁰

Uma classificação dos direitos de toda relevante para o presente texto é aquela que tem por critério o objeto deles.

9. Sobre o tema, ver SILVA, Clóvis do Couto e. A Obrigação como Processo. São Paulo; FGV, 2006.

10. Escrito com base, não necessariamente de forma atrelada, nas seguintes obras: DIDIER JR., Fredie, op. cit.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, op. cit., t. 5.

Aqui, dividem-se os direitos em prestacionais e potestativos. Vejamos as características de cada um.

Nos primeiros, têm-se as seguintes: a) seu objeto é uma prestação devida por alguém, assumida por este quer de forma voluntária (alguém, ao contrair um empréstimo em dinheiro, aceita pagar o correspondente mais os consectários, por exemplo) quer de forma imposta (*e. g.*, o proprietário de imóvel predial urbano, nos moldes do regramento específico, tem o dever de pagar o valor correspondente ao IPTU). Por prestação, deve-se entender o ato humano, positivo ou negativo, de cumprimento do dever; b) em virtude disso, pode-se dizer que a realização de um direito prestacional, por consistir num fazer ou num não fazer (dar e pagar, em rigor, são espécies de fazer), é algo perceptível aos sentidos humanos, ocorrido no mundo físico; c) por fim, na normalidade, a realização do direito prestacional depende de ato cooperativo do sujeito passivo, ou seja, depende do cumprimento da prestação devida por este. Não é a toa que, não havendo o cumprimento, o titular do direito tem, salvo expressa vedação legal em contrário (como nas dívidas de jogo permitido), ação para impor o cumprimento.

Já os segundos apresentam as seguintes características; a) o objeto é uma transformação a ser operada no mundo jurídico. Eis a razão de denominar-se tal tipo de direito igualmente de formativo, pois, quando realizado, ele muda o mundo jurídico: criando algo nele, modificando e extinguindo algo dele (o direito ao divórcio, por exemplo, é direito ao desfazimento do casamento e deu sua eficácia enquanto categorias jurídicas; já o direito a aceitar uma oferta é direito a formar um contrato); b) em face disso, a realização de um direito potestativo dá-se num plano ideal, lógico: o mundo jurídico, existente não no plano físico, mas sim no plano da intersubjetividade¹¹; c) a realização de um direito potestativo independe por completo de qualquer ato cooperativo do sujeito passivo, o qual apenas se submete à realização dele, nada podendo, por total irrelevância, lógica e prática, opor¹². Aqui, vale uma breve consideração,

11. Sobre tal característica do mundo jurídico, em especial da incidência normativa, ver COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da Incidência da Norma Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

12. Há de considerar que, para servirem os direitos potestativos, é possível existir pretensões à exigência de prestações das mais diversas, em geral prestações negativas. Por exemplo, o condômino tem o direito de, estando quite, votar nas assembleias do condomínio (art. 1.335, III, CC), não podendo este, na pessoa do síndico ou de qualquer quem seja, criar (prestação negativa) qualquer embaraço ao exercício do direito daquele.

alguns direitos potestativos só se realizam processualmente, como o direito a decretar uma falência. Isso, todavia, não faz com que haja a necessidade de cooperação do sujeito passivo, apenas se tem a sentença judicial como elemento necessário à concreção do suporte fático da falência. O ato do Estado-juiz, no caso, é ato exclusivo, e não substitutivo de um não cumprimento por parte do sujeito passivo de tal direito.

Por fim, impende destacar que é possível que, realizado um direito potestativo, surja um direito prestacional. Por exemplo, resilido o contrato de locação por inadimplemento do dever de pagar os alugueres, surge para o antes locador o direito a reaver do antigo locatário a coisa locada; direito a uma prestação, sem dúvida. Nesse caso, a realização de tal direito segue, por óbvio, o regramento dos direitos prestacionais.

2.4. Última premissa necessária: a execução forçada “*latu sensu*” como espécie de realização de direitos prestacionais¹³

Neste subitem, ao se enquadrar a execução forçada como espécie de realização de direitos, já se apresentará a própria definição do instituto. A razão de já se partir para isso está no fato de que o objeto do presente artigo é uma crítica à suposta executividade da chamada execução indireta. Assim, faz-se necessário definir o instituto a fim de que, partindo de tal definição, se possa, em juízo de falseabilidade, demonstrar os equívocos da ideia criticada.

Em rigor, a definição de execução forçada é corolário de seu enquadramento como espécie de realização de direitos: tendo-se, anteriormente, definido a noção de realização de direitos e ao se dizer que executar é realizar, já se estabelece, ao menos, seus limites.

De plano, faz-se um devido corte epistemológico: o termo forçada se refere sempre a algo relacionado à atuação do Estado-juiz, valendo-se, acima de tudo, de seu *imperium*. Descartamos, com isso, qualquer forma

13. É imperioso, não só pelo tom de franca homenagem, mas também, e principalmente, pelo fato de as ideias aqui defendidas refletirem o posicionamento por ele defendido de há muito, fazermos alusão às obras de Pontes de Miranda relativas à execução forçada. De forma mais analítica, destacam-se seus Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 9, *passim*; mais sinteticamente, tem-se o capítulo referente à execução forçada contido no Tratado de Direito Privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. 25, p. 193-204, tomo relativo aos modos de extinção das obrigações.

de realização de direitos de forma extrajudicial, como um pagamento voluntário, uma novação acordada etc.

Desse modo, podemos definir execução forçada de dois modos: a) primeiramente, num sentido amplo, como atividade de realização de situações jurídicas (direitos, em especial) a uma prestação¹⁴ pelo processo. Quem executa é o Estado-juiz. Nesse sentido, execução forçada é sinônimo de tutela jurisdicional satisfativa de direitos. O termo execução é, aqui, empregado impropriamente; b) em segundo lugar, de modo restrito, execução forçada é atividade pela qual o Estado-juiz, sub-rogando-se na pessoa do executado, retira algo da esfera jurídica deste, pondo-o na esfera jurídica de outrem, aquele que pleiteia a execução. Execução forçada, aqui, só abrange a chamada execução direta ou por sub-rogação. Dentro da classificação quinária, as sentenças de força executiva, como o é a que julga procedente a ação reivindicatória, opera, ela mesma, a execução, de modo que, com sua simples prolação, o Estado-juiz já determina, se for o caso, a prática de atos materiais que a concretizam no mundo real (reintegração na posse da coisa, por exemplo)¹⁵; outras sentenças, a seu turno, embora não tenham carga suficiente (a chamada força sentencial) para operar a execução, contém eficácia relevante, formando título executivo, ou seja, um elemento necessário para a formação da execução forçada. Estas últimas têm sua executividade manifestada quando são descumpridas por parte do sujeito passivo, destinatários dela. Em alguns casos, a

14. Num sentido muito amplo do termo, execução é sinônimo de qualquer realização de uma situação jurídica tutelável pelo ordenamento. Aqui, o termo engloba tanto os aludidos direitos prestacionais, como os direitos potestativos, estes que não têm por objeto uma prestação por parte do sujeito passivo. Como visto, a realização dos direitos potestativos dá-se, dentro dos moldes fixados, pelo exercício dele, ocasionando uma transformação do mundo jurídico, não perceptível em si aos sentidos humanos. Por vezes, a realização do direito potestativo só se dá mediante uma sentença judicial de natureza constitutiva. É o que ocorre, por exemplo, com o direito a anular negócios jurídicos no âmbito do direito privado. Este sentido, por ser muito amplo, não será adotado no presente trabalho.

15. Na classificação ponteana, a qual se defende, aqui, ser a mais racional, semântica e pragmaticamente, a chamada sentença executiva opera a própria execução forçada. Em alguns casos, como na sentença que julga procedente a ação de reintegração de posse, atos materiais hão de ser praticados, mas, tais atos, são apenas um braço da sentença que se estende ao mundo real. Tem-se, com eles, a concretização no plano real da operação promovida no plano da linguagem. Observe-se que, no exemplo, a executividade da sentença está no fato de que o Estado-juiz, ao determinar a retirada da coisa da posse do réu, o faz para entregar ao autor a coisa, entrega esta que deveria, no âmbito da relação jurídica processualizada (*res in iudicium deducta*), ser feita pelo réu. Ademais, temos sentenças executivas que dispensam, inclusive, atos materiais, como as sentenças substitutivas de declaração de vontade não emitida do art. 466-A, CPC.

carga eficaz executiva é mais intensa, de modo que o simples descumprimento já possibilita a execução, como ocorre com as sentenças do art. 461-A, CPC, dispensando-se, assim, a chamada ação de execução da sentença (*actio judicati*); noutros, além do descumprimento, é necessária a provocação do sujeito ativo, com o exercício, por parte deste, da ação de execução da sentença, algo presente, *e. g.*, na sentença condenatória para o pagamento de quantia no âmbito do processo civil brasileiro, em virtude da especificação constante no art. 475-J, *caput*, segunda parte, CPC.

Válido frisar que, para a atividade executiva, não importa a prévia certificação do direito a ser realizado. Tanto há execução fundada na certeza jurídica; quanto, pautada num juízo de simples verossimilhança. Rigorosamente, a antecipação dos efeitos da tutela satisfativa – vulgariza em 1994 com a modificação dos arts. 273 e 461, § 3º, CPC – enseja atividade executiva do segundo tipo. O estudo dela, portanto, deve ser feito dentro da execução forçada.

3. POSIÇÃO ADOTADA: EXECUÇÃO INDIRETA COMO FALSA EXECUÇÃO

Neste trabalho, como afirmado, repele-se o viés executivo da chamada execução indireta. A razão é simples. Vejamo-la abaixo.

Na chamada execução indireta, o Estado-juiz não opera o ato de executar, agindo tão-somente para forçar a satisfação. Não são executivas, pois, ações como o arresto e o mandado de segurança, porquanto o ato do Estado-juiz seja um ato de ordenar que alguém faça algo, sem que ele possa fazê-lo em substituição. As sentenças mandamentais são aquelas que o Estado-juiz pratica algo (dá uma ordem) que somente ele pode fazer. Pensem no exemplo do "habeas corpus", a mais importante ação mandamental existente: nela, apenas um juiz pode, dentro do Estado Constitucional (não apenas por questões de direitos fundamentais, mas também, e principalmente, por motivos relativos à distribuição do poder estatal), ordenar a uma autoridade policial para soltar ou deixar de prender alguém. Observem que, por outro lado, o juiz, dentro dos poderes constitucionalmente delimitados, não pode praticar isso no lugar da autoridade policial.

Aqui, deixemos claro, nenhuma executividade está em atos de ordenação (na sentença executiva tais atos existem, em maior ou menor grau, sem que nisso resida a executividade): a executividade está na

referida transmutação das esferas jurídicas. Quando o juiz, por exemplo, ao julgar procedente uma ação de reintegração de posse, determinada a tomada da coisa do réu e a entrega ao autor, ele, obviamente, ordena. Tal ordem, todavia, não é ato executivo, e sim mandamental (elemento mandamental da sentença executiva). Aqui, a execução, em nível de linguagem, já se operou na própria sentença – transmutando-se as esferas jurídicas das partes. Necessita-se, contudo, concretizar a sentença – e, mais especificamente, a própria executividade – no mundo físico, eis a razão, portanto, de o juiz ordenar a quem tem competência para tanto (um oficial de justiça, no caso) a reintegração na prática.

Talvez o erro na imputação da executividade das sentenças na prolação de ordens (ou, até mesmo, comandos) resida no fato de, ainda hoje, a multiplicidade eficaz das sentenças em graus diversos, tão decantada por Pontes de Miranda, não ser, por motivos vários, bem assimilada pela processualística em geral, a ponto de se falar em sentenças meramente declaratórias¹⁶.

As cominações, ademais, concretizadoras da chamada execução indireta são, em verdade, sentenças acessórias de cunho condenatório: cumpra sob pena de ser condenado a algo (pagar multa, a cumprir pena de prisão etc.). Trata-se de condenação condicionada ao descumprimento, eventual, pois. Alguns autores, como Luiz Guilherme Marinoni¹⁷,

16. Não há sentença meramente declaratória. A sentença de força ou eficácia preponderante declaratória sempre vem enxertada de uma eficácia mandamental, de modo implícito. Tal eficácia mandamental é o preceito do Estado-juiz dirigido a todos para que não atentem, no plano real, contra a certeza jurídica gerada pela declaração judicial. Caso o façam, é possível pleitear a execução indireta da sentença, por intermédio de técnicas coercitivas. Um caso talvez ajude na compreensão. Suponha-se a existência de uma sentença declaratória da inexistência de uma dívida. Suponha-se, além disso, que a "dívida", declarada inexistente, esteja representada por um título, o qual vem a ser protestado. Ora, no caso, o protesto é fato do mundo real que atenta contra a eficácia mandamental da sentença declaratória, de modo que o prejudicado pode, de logo, pleitear a execução indireta da sentença. Não precisa, por óbvio, propor qualquer ação pela qual possa se discutir, de modo definitivo ou provisório, a dívida já declarada inexistente. Nesse sentido, a chamada cautelar inominada de sustação de protesto, medida muito comum como preparatória da ação declaratória em questão, é, na verdade, uma técnica que possibilita a antecipação da eficácia mandamental da futura e provável sentença declaratória de inexistência da dívida consubstanciada no título protestado. O uso de tal técnica como ação cautelar inominada deu-se pelo fato de, até 1994, como cediço, não termos, genericamente, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela satisfativa do direito. Sobre a eficácia imediata mandamental da sentença de força declaratória, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das Ações. São Paulo: RT, 1970, t. 2, p. 62-63 e, especialmente, 77-79.

17. Nesse sentido, ver, entre outras obras, MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 96 e segs.

veem nelas a própria mandamentalidade, um equívoco, pensamos. Tais medidas, claro, exercem pressão psicológica (maléfica ou, em menor número de casos, benéfica) sobre o réu, mas isso não retira delas o viés condenatório (no caso das medidas benéficas, como descontos, não há, obviamente, condenação, mas sim exatamente o oposto: a premiação pelo cumprimento). Caso haja o descumprimento de uma ordem (ou, a depender do caso, comando) judicial, para o qual se cominou multa pecuniária, não se tem a composição dos elementos necessários à instauração de uma execução forçada: título executivo e inadimplemento? Sendo assim, porque não seriam, pois, condenatórias tais cominações? Talvez a razão do grande preconceito ainda existente por parte de muitos sobre a existência de uma sentença mandamental decorra exatamente no fato de ver a força sentencial do tipo não na ordem pura e simplesmente, mas sim nas medidas utilizadas para dar efetividade a ela.

Rigorosamente, a sentença mandamental é autorrealizável, já que, ao ordenar, o Estado-juiz cumpre com seu dever. Coisa diversa da mandamentalidade é o cumprimento da ordem, que, por não poder ser feito pelo Estado-juiz em substituição, não pode, só por isso, ser enquadrado como execução forçada. Vejam que, havendo cominação, das duas uma: ou há o cumprimento voluntário, e não se pode falar, obviamente, em execução, ou, na hipótese de descumprimento, opera-se a cominação e a execução será não da ordem em si, mas da sentença acessória que, como dissemos acima, tem força condenatória.

Aos que defendem a natureza executiva da chamada "execução indireta", formulamos seguintes questionamentos. A execução forçada está: a) na emissão da ordem (mandamento) ou, conforme o caso, comando (condenação)? b) No efetivo cumprimento deles? c) Na cominação feita para o eventual descumprimento? d) Na execução da cominação operada em virtude deste último?

Retoricamente, respondamos as nossas próprias perguntas:

- a) no primeiro caso, a execução seria apenas um ato formal de emitir uma ordem ou comando. Nesse sentido, qualquer sentença condenatória, mandamental ou, até mesmo, declaratória já executaria, não havendo sentido na distinção, tão cara à Ciência Processual moderna, entre conhecimento e execução, entre *dictum* e *factum*. Percebamos, o ato de condenar (e é importante frisar a condenação, já que muitos dos autores que defendem a execução indireta são refratários, consciente ou inconscientemente, à

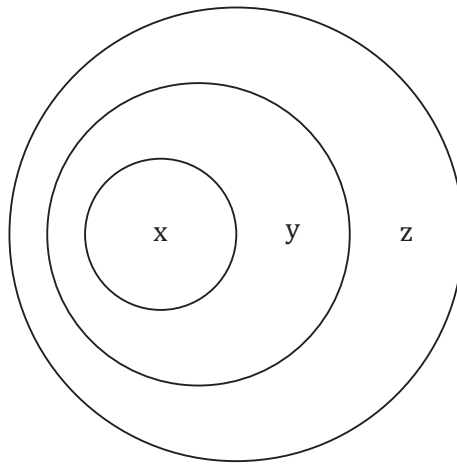
sentença mandamental, logo a invocação desta última para o caso é praticamente irrelevante) já seria a própria execução;

- b) no segundo caso, a distinção, necessária, entre cumprimento espontâneo e execução cairia por terra, notadamente se a sentença contivesse uma condenação. Não haveria como, por exemplo, distinguir as duas situações previstas no *caput* do art. 475-J, CPC: a primeira, relativa ao cumprimento da sentença, quando, instado a cumprir, o condenado paga, sob pena de multa; a segunda, surgida em virtude exatamente do descumprimento do comando sentencial, referente ao início da atividade executiva a partir do requerimento do exequente;
- c) no terceiro caso, a execução residiria apenas no ato de cominar algo por um eventual descumprimento de uma ordem ou, conforme o caso, comando. Toda sentença que condenasse ou mandasse cominando sanção pelo descumprimento seria, ela própria, execução. Ou seja, aqui, a execução não é forma de realização de um direito, mas sim apenas um ato que pode ensejar isso. Fazendo uma comparação, no âmbito das relações jurídicas obrigacionais *stricto sensu*, o cumprimento da prestação não seria o adimplemento, mas sim o simples fato de o sujeito passivo ser instado a cumprir;
- d) no último caso, a tese da executividade da "execução" indireta cai num vício lógico incontornável, já que a execução da cominação não é efetivação da ordem ou do comando, mas sim a própria execução direta da sentença condenatória acessória (cominação). Enfim, a "execução" indireta é tão execução quanto a outra, pois ela reside na execução (direta!) da cominação efetuada pelo descumprimento do comando ou da ordem. Maior petição de princípio não pode haver.

4. PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO

Numa total liberalidade acadêmico-didática, podemos dizer o seguinte: a) temos um conjunto maior (Z) denominado de realização dos direitos pelo processo. Nele, até mesmo os direitos formativos são colocados. Realização esta que, como se sabe, ocorre no mundo jurídico; b) um subconjunto dele (Y) é a satisfação, a qual engloba os direitos prescricionais (o complementar do segundo em relação ao primeiro fica apenas com os direitos formativos); c) um terceiro (x), que é subconjunto

do segundo, é a execução forçada, a qual tem a ver apenas com a realização de direitos prestacionais por ato de substituição do Estado-juiz. No complementar do subconjunto (X) em relação ao conjunto Y temos a satisfação dos direitos prestacionais que, embora sejam feitas pelo sujeito passivo destinatário da ordem ou comando, se deve, de algum modo, à medida coercitiva (cominação) implementada pelo Estado-juiz. Em tal conjunto complementar situa-se, portanto, a "execução" indireta. Temos, num diagrama, a seguinte figura:



SOBRE A AÇÃO VINDICATÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO¹

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior²

SUMÁRIO – Introdução – 1. Ação vindicatória de direitos reais limitados – 2. Ação vindicatória da posse – 3. Ação vindicatória de título ao portador – 4. Ação vindicatória de estado de filho e de direito de personalidade à origem genética – Considerações finais – Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo da ação material a partir da obra de Pontes de Miranda constitui um dos temas mais difíceis e relegados do direito brasileiro. Apesar disso, é fundamental para compreender a teoria ponteana tanto no que toca ao direito material quanto ao direito processual – ou para refutá-la conscientemente.

Se pouco se tem tratado sobre o problema da ação material de forma genérica,³ menos ainda tem-se escrito a respeito das ações (materiais) reais. Salvo as ações possessórias, que ainda atraem interesse de

-
1. A investigação que deu origem a este texto teve seus resultados preliminares expostos em conferência proferida no Salão Nobre da Faculdade de Direito do Recife, em 13 de dezembro de 2012, por ocasião do I Congresso de Direito Civil da UFPE, promovido pelo Diretório Acadêmico Demócrito de Sousa Filho em homenagem ao Prof. Otávio Lôbo e ao Prof. Torquato Castro. A comunicação foi intitulada “Tutela dos direitos reais limitados: o problema da ação vindicatória”. Inserido neste livro que homenageia o mais notável dos egressos da Faculdade de Direito do Recife, o maior dos juristas brasileiros, este trabalho é também uma homenagem a esses dois grandes professores, o mestre de tantas gerações e o novo titular da cátedra de direito civil, digno continuador da tradição de nossa Casa.
 2. Doutor em Direito pela UFPE. Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Tabelião de Notas e Registrador de Imóveis.
 3. Com honrosas exceções. Confira-se, por exemplo, NOGUEIRA, Pedro Henrique. Teoria da ação de direito material. Salvador: JusPodium, 2008; COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (orgs). Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu nascimento. Salvador: JusPodium, 2010.

civilistas e processualistas, as demais ações reais não têm sido versadas pela doutrina com a frequência que seria de se esperar.

Há uma carência evidente da discussão de temas como a ação reivindicatória, de imissão de posse, petição de herança, ações confessória e negatória, demarcatória, divisória, dentre tantas outras. **E tal carência deve surpreender ainda mais pelo manejo cotidiano dessas ações no foro, recorrentes que são na prática do direito das coisas.**

Subjacentes a todas e a cada uma delas, há discussões de considerável complexidade técnica. A falta da doutrina, portanto, justifica as dificuldades da jurisprudência e recomenda o retorno a debates tão clássicos quanto necessários.

Este trabalho se propõe a examinar uma ação real particularmente esquecida na doutrina brasileira, a ação vindicatória.

Em certo esforço de arqueologia jurídica, o texto tem por objetivo resgatar a teoria da ação vindicatória e examinar quatro hipóteses distintas em que sua aplicação seria possível.

Com foco no marco teórico ponteano, busca-se, assim, examinar os requisitos e as consequências de cada desses suportes fáticos de vindicação, bem como identificar as principais dificuldades teóricas do instituto no direito brasileiro contemporâneo, para ao fim verificar sua pertinência no sistema atual.

1. AÇÃO VINDICATÓRIA DE DIREITOS REAIS LIMITADOS

Ao tempo das *legis actiones*, no direito romano distinguiam-se as ações reais das pessoais. As ações *in personam* chamavam-se *condictiones*, ao passo que as ações *in rem* eram ditas *vindicationes*.⁴

Segundo as Institutas de Gaio:

É pessoal uma acção que pomos contra alguma pessoa que tem uma obrigação para conosco, em virtude, ou de um contrato, ou

4. Vide, por exemplo, GAIO. Instituições: direito privado romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, trad. J. A. Segurado e Campos, p. 408; JUSTINIANO. Institutas do Imperador Justiniano. Bauru: Edipro, 2001, trad. Edson Bini, p. 201; LONG, George. Vindicatio. In SMITH, William. A dictionary of greek and roman antiquities. London: Jonh Murray, 1875, pp. 1198-1200.

de um delicto, isto é quando a nossa intenção é convencê-la de que tem de dar, fazer, prestar <alguma coisa ou serviço>. É real uma acção quando a nossa intenção é provar que alguma coisa corpórea nos pertence, ou quando nos beneficiamos de algum direito, por exemplo de usar <alguma coisa>, de gozar de um usufruto, de caminho <para pessoas ou animais>, de construir um aqueduto, de aumentar a altura ou alcance de vistas <de um edifício>.⁵

Mais remotamente, as vindicações têm seu nascedouro na *actio per sacramentum*, ação genérica por meio da qual se protegia tanto direitos *in rem* quanto direitos *in personam*.⁶

Na origem, vindicar significa reclamar, exigir a entrega. Quando se diz *rei vindicatio* já há importante delimitação de sentido, já que se vindica a coisa (plenamente). Ou seja, delimita-se que a reivindicação cabe ao proprietário, que pode reclamar a coisa em sua totalidade.

A *rei vindicatio*, entretanto, apenas declarava o domínio,⁷ sendo seguida pela retomada privada do bem.

Tem-se aqui uma diferença entre as ações fundadas em obrigação e as ações fundadas em direito real, como bem observou Ovídio Baptista. Só posteriormente ocorrerá a “obrigacionalização” da reivindicatória, com a possibilidade de execução forçada da entrega da coisa.⁸

Com a exigibilidade, pôde-se evoluir para a atual compreensão da reivindicatória – a ação petitória baseada no direito a possuir que o proprietário tem em função de seu direito real e que pode exercer contra aquele que possui sem direito.⁹

5. GAIO. Instituições, cit., p. 407.

6. GUTIÉRREZ, Ricardo Panero. Derecho romano. 4 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 159.

7. KASER, Max. Direito privado romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, trad. S. Rodrigues e F. Hämmerle. p. 162.

8. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 65-71.

9. “As questões acima prendem-se ao conceito mesmo da reivindicação, – ação real que supõe vindicatio, isto é, a legis actio sacramento, que corresponde a todas as relações jurídicas de poder ou senhoria (propriedade, servidões, direito hereditário e, também, patria potestas, tutela e poder marital). As partes agarravam a coisa, ou a pessoa, e juravam os seus direitos (vindicatio, contravindicatio). Vindicare era, originariamente, o tomar a coisa; se ambos a tomavam, começava o procedimento contraditório (sacramento). A reivindicação posterior, evoluída em petitório, elaborou-se depois, sucedendo à vindicatio sacramento, que não era actio in rem, não era ação da propriedade, mas ação delitual (...).” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsó, tomo XIV, 1971, p. 19).

Para o uso da reinvicatória, portanto, é necessário que se faça a prova da propriedade e a prova da posse de terceiro não oponível ao titular do domínio, tratando-se de ação real com eficácia preponderantemente executiva.¹⁰

O juízo petitório, entretanto, não é de acesso exclusivo do proprietário. Da titularidade de outros direitos reais também decorre o *jus possidendi*, que é o fundamento para a ação vindicatória de direitos reais limitados.

Pontes de Miranda discerniu com precisão a hipótese de cabimento da vindicatória:

A vindicação do usufruto, do uso ou da habitação está para esses direitos reais limitados como a reivindicação para o domínio. Nos nossos dias, já não se precisa do *interdictum quem fundum*, que era de mister ao tempo em que regia o princípio de liberdade do demandado: a executividade está, hoje na própria ação. A ação de vindicação era a ação protetiva romana na forma originária. A ação confessória foi pós-clássica. Hoje, a ação vindicatória do usufruto, por exemplo, tem de ser concebida à semelhança da vindicação do domínio, já sem se necessitar do *interdictum quem fundum*. Nem a negatória poderia substituir a *rei vindicatio*, nem a confessória poderia fazer as vezes da vindicatória do usufruto.¹¹

Ao usufrutuário, habitador, enfiteuta ou titular de servidão, por exemplo, desde que presentes os seus requisitos não deixa de ser cabível a tutela possessória, com a qual a doutrina e a jurisprudência parecem estar mais familiarizadas.¹²

Ao lado dela, entretanto, caberá a via petitória por meio da ação vindicatória, assim como se tem a dualidade de caminhos ofertada ao titular do domínio.

Devem ser recordadas as características do juízo petitório para que se compreenda a função dessa tutela: o vindicador poderá recuperar a

10. Confira-se MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. XIV, cit., pp.20-46; SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 219-226.

11. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo VII, 1979, p. 179.

12. Por exemplo: "Direito real de habitação. Ação possessória. Artigos 718, 748, 1.611, § 2º, e 1.572 do Código Civil de 1916. 1. O titular do direito real de habitação tem legitimidade ativa para utilizar a defesa possessória, pouco relevando que dirigida contra quem é compossuidor por força do art. 1.572 do Código Civil de 1916. Fosse diferente, seria inútil a garantia assegurada ao cônjuge sobrevivente de exercer o direito real de habitação. 2. Recurso especial conhecido e provido." (STJ, 3ª Turma, RESP 616.027-SC, rel. Min. Menezes Direito, pub. DJ 20/09/04, p. 293)

posse da coisa mesmo que nunca a tenha possuído, ou que sua posse anterior já não possa mais ser provada.¹³

Além disso, terá a proteção de seu direito em caráter definitivo, sem a provisoriedade que caracteriza a proteção da aparência típica da tutela da posse.¹⁴

Perceba-se que não há que se confundir a vindicatória de direitos reais limitados com a reivindicatória, nem tampouco com a ação confessoria (e esta segunda confusão é comum).

Para que se utilize a reivindicatória, é preciso que se faça prova do domínio, devidamente adquirido mediante registro.¹⁵ Na vindicatória, a prova será do direito real limitado adquirido e registrado. Além disso, a vindicatória pode ser exercida contra o próprio titular da sua propriedade.

Quanto à confusão com a confessoria, ela decorre sem dúvida de uma equivocada compreensão de seu suporte fático e de sua carga eficaz, que se agrava pelo desconhecimento atual da ação vindicatória e de suas especificidades.

Não é raro encontrar na literatura referências à confessoria como uma espécie de ação reivindicatória da servidão.¹⁶

A confessoria não é a ação para recuperar a posse da servidão. É a ação que se propõe contra quem nega a existência da servidão, causando prejuízo ao seu titular sem retirar-lhe a posse, verdadeira ação negatória às avessas.¹⁷

13. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações, tomo VII, cit., p. 180.

14. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsói, tomo X, p. 286. Sobre a relação entre posse e propriedade e o caráter provisional da tutela da primeira, vale conferir DANOS, Frédéric. Propriété, possession et opposabilité. Paris: Economica, pp. 292-299.

15. Não basta, por exemplo, a consumação da aquisição por usucapião antes do registro, hipótese em que teria de ser manejada a ação publiciana.

16. "A confessoria equivale à reivindicatória relativamente à propriedade, explicando-a Washington de Barros Monteiro como 'de natureza real, exercitável adversus omnes, tendo por finalidade a retomada da coisa de quem injustamente a detenha.'" (RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 901. Na Itália, como já alertava Pontes de Miranda, foram borrados os limites entre a confessoria e a vindicatória, o que impõe ao intérprete brasileiro muito cuidado ao ler os autores italianos neste ponto. Confira-se, por exemplo, MINUSSI, Daniele. Proprietà, possesso, diritti reali. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2009, pp. 575-577.

17. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo V, 1974, pp. 69-72; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de

Sua sentença tem carga eficaz preponderantemente condenatória, não se tratando de ação executiva como a vindicatória.¹⁸

A ação confessória se exerce contra o proprietário do prédio serviente.¹⁹ Busca-se, com ela, condená-lo a respeitar a servidão (a declaração da existência da servidão é prejudicial) e a indenizar o seu titular pelos danos sofridos.

A vindicatória, portanto, terá eficácia consideravelmente distinta, que é a de exigir a posse da coisa sobre a qual se tem o direito real limitado (inclusive de servidão) que está em poder de terceiro, negue ou não a existência deste direito real limitado.²⁰

A utilização da vindicatória, nesta primeira hipótese aqui tratada, permanece totalmente pertinente ao sistema atual. Se ela não existisse no ordenamento, não poderia ser suprida por outras ações que se irradiam do direito real limitado.

Sua não-existência, em síntese, implicaria a ausência de tutela peti-tória para a recuperação da posse de tais direitos, que ficaria restrita ao juízo possessório, em solução flagrantemente insatisfatória.

2. AÇÃO VINDICATÓRIA DA POSSE

A segunda hipótese de utilização da vindicatória é bem mais complexa e difícil, exigindo um cuidado considerável por parte do intérprete. Trata-se da ação vindicatória da posse.

Por meio dela, o possuidor de coisa móvel que lhe tenha sido perdida, roubada ou furtada pode reavê-la de quem tem posse posterior à sua.²¹

direito privado. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsói, tomo XVIII, 1971, pp. 466-469.

18. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações, tomo V, cit., p. 78.

19. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações, tomo V, cit., p. 75.

20. "Tem-se, no sistema jurídico brasileiro, a vindicação da servidão (*vindicatio servitutis*), simétrica à vindicação do domínio, e a ação confessória, inversa à ação negatória. Se se nega a servidão, retirando-se a posse, a ação mais própria é a *vindicatio servitutis* (...) A confusão entre a ação que protege o titular da servidão a quem se nega o direito de servidão e a que se causa prejuízo, e a ação para a restituição, haja ou não negação do direito de servidão, já ocorria no direito justinianeu (...)" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações, tomo V, cit., pp. 70-71)

21. O Código Civil de 1916 tinha regra expressa neste sentido: "Art. 521. Aquele que tiver perdido coisa móvel, ou título ao portador, ou a quem houverem sido furtados, pode reave-los da pessoa que os detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem os transferiu. Parágrafo único. Sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou."

Em termos mais precisos:

Nas leis estabelece-se que, no caso de perda ou furto de coisa móvel, ou título ao portador, o que tiver perdido ou a quem se haja furtado, pode reavê-lo da pessoa que o detiver, salvo a essa o direito regressivo contra quem o transferiu. Não se trata da *rei vindicatio*; e sim de algo semelhante, porém não idêntico à *actio publiciana*. (...) A pretensão e a ação vindicatória da posse supõe posse anterior e posse posterior, dentre as quais se trava a discussão. Autor é o que alega, primeiro, a anterioridade da posse, só nas hipóteses de vindicação. (...) A sentença favorável não diz que o demandado não tinha posse; e sim que não a tem temporalmente anterior à do autor.²²

Acerca da vindicatória da posse de título ao portador, permita-se remeter o leitor ao próximo tópico, no qual se examinarão suas especificidades. Fique-se aqui, por hora, com a vindicatória de coisa móvel distinta do título de crédito, que tenha sido perdida, furtada ou roubada.

Da descrição ponteana, exclui-se imediatamente da vindicatória da posse, portanto: (a) a aplicabilidade a bens imóveis; (b) a utilização quando o titular é proprietário e nunca teve posse, hipótese em que cabe a reivindicatória de bem móvel; (c) o manejo se não há perda, roubo ou furto.

Se a vindicatória da posse fosse apenas isso, não se teria mais do que uma ação possessória com certa coincidência com a reintegração de posse. Ocorre que, para Pontes de Miranda, a vindicatória da posse é uma ação petitória,²³ o que a princípio causa perplexidade, mas constitui a chave de sua especificidade e justificação no sistema.

Na vindicatória da posse, não se protege o estado de aparência, o fato puro da posse. Seu fundamento não é o *quieta non movere*.²⁴ O seu caráter petitório decorre, para Pontes, do *jus possessionis* em si, ou seja, da posse que ingressa no mundo jurídico como fato jurídico, deixando de

22. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações, tomo VII, pp. 215-216.

23. "A ação de vindicação da posse é petitória e não possessória. Não há, no sistema jurídico, quanto aos bens móveis, somente a ação de reivindicação; há também a vindicatória da posse, que se entronca no velho direito germânico, na concepção da Gewere. Trata-se da proteção à posse anterior. Perdeu-se a posse; mas o que a perdeu, naqueles casos, pode recuperá-la, possessoramente e petitoriamente." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações, tomo VII, cit., pp. 216-217.

24. A respeito, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo X, cit., pp. 12-17.

ser fato puro e que por isso mesmo não é protegida a título de conservação do estado fático.

Ou seja, quando sobrevém a perda, o furto ou o roubo da coisa móvel, incide a regra que juridiciza a posse anterior e dá o direito ao possuidor que a perdeu, foi furtado ou esbulhado de disputar com o possuidor posterior, em juízo petitório, quem tem a posse prevalecente e nela deva ser definitivamente mantido.²⁵

A partir deste fundamento, pode-se distinguir com clareza três ações distintas que podem se irradiar da perda da posse da coisa móvel.

A ação reivindicatória é ação petitória em que se alegará o domínio do móvel e o direito a possuí-lo (*jus possidendi*), ainda que o proprietário nunca tenha exercido posse sobre o bem.

A reintegração de posse da coisa móvel pressupõe o esbulho da posse anterior, seja o possuidor proprietário ou não. Nela haverá a tutela provisional típica do juízo possessório, inclusive com a tutela liminar da evidência, com perigo presumido.

25. A citação literal é extensa, porém indispensável ao esclarecimento das premissas ponteanas: "A pretensão e a ação de vindicação da posse são distintas da pretensão e da ação de esbulho, embora todas nasçam da posse (*ius possessionis*) e supõem privação do poder fático corporal. A sentença, na ação possessória de esbulho restabelece, provisionalmente, o estado anterior possessório, inclusive dá ensejo à reintegração antes de ser ouvido o esbulhador; a ação de vindicação da posse permite todas as objeções petitórias (aliter, a ação de esbulho, pois só no caso de não-domínio evidente se abre exceção à regra da prova somente da posse, e a sentença decide, definitivamente, quanto à posse). Trata-se de ação vindicatória da posse, mas não de ação de pedir a posse como *jus possidendi*. Assim como, na reivindicação, o reivindicante alega e prova que a propriedade é sua (=que é proprietário; =que tem a propriedade) na vindicatória da posse, o demandante, vindicante foi possuidor, alega e prova que teve a posse, e vai contra o que tem posse posterior. (...) A pretensão ou ação de vindicação da posse não é pretensão ou ação possessória, isto é, não é a pretensão ou ação que nasça no plano em que está o princípio da conservação do fático; já vem depois, quando já se adquiriu o *ius possessionis* e se faz respeitar esse direito à posse, que se teve, sem mais se precisar de invocar aquele princípio, que é rente à vida fática. A ação que provém da violação do princípio da conservação do fático é a de esbulho ou a de turbção; a ação de vindicação da posse é a que emana do *jus possessionis*, efeito do fato jurídico *stricto sensu* da posse, de modo que já é aplicação do princípio de que a todo direito corresponde ação que o assegura. A ação de reivindicação e a de imissão de posse nada têm com o existir do fato da posse; são ações de direito de propriedade, para haver a posse da coisa ou para recebê-la de outrem. A ação de esbulho vai contra o terceiro, sucessor *conscius* (ciente), ou terceiro ciente (*conscius*), embora não sucessor. A ação de vindicação da posse pode ir contra o que não teve conhecimento do esbulho; portanto, nela não precisa ser invocada a regra jurídica sobre conhecimento do esbulho." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações, tomo V, cit., pp. 218-219).

Na vindicatória, não há a necessidade de prova da propriedade, mas a tutela não será possessória e sim petitória. Basta que se prove a posse do bem móvel e sua perda, roubo ou esbulho.

A decisão da vindicatória será definitiva, não podendo ser questionada em processo posterior, como ocorre com as possessórias que podem ser superadas por julgamento petitório. E nela abre-se a possibilidade de discussão ampla, sem as limitações cognitivas das ações possessórias.²⁶

Vê-se, assim, que nem a reivindicatória, nem a ação de reintegração podem substituir a vindicatória da posse em sua finalidade específica.

Vale ressaltar, ainda, sua utilidade prática, tendo em vista a dificuldade da prova da propriedade dos bens móveis e a conveniência de ter-se um grau de segurança mais elevado que o ofertado pelo juízo possessório.

3. AÇÃO VINDICATÓRIA DE TÍTULO AO PORTADOR

A vindicatória de título ao portador é também uma ação de vindicação da posse.

Um exame mais cuidadoso, porém, mostra ser preciso depurá-la um pouco mais, considerando a peculiaridade de seu objeto e o tratamento dado à matéria pelo Código Civil de 2002.

Não se trata aqui de discutir posse de direito pessoal. Primeiro porque não é possessória a vindicatória, como já se pôde esclarecer. E, em segundo lugar, porque a natureza especial do título exige a compreensão de que há verdadeira fusão entre o crédito e o papel que o representa.²⁷

Nesta hipótese, assim como na anterior, a vindicatória pressupõe a perda, furto ou roubo do título. Além disso, que não se possa ou se prefira utilizar a ação reivindicatória de coisa móvel.²⁸

A regra nova do Código de 2002, entretanto, modifica consideravelmente o problema.

26. Ressalte-se menção de Pontes de Miranda à prova evidente do domínio na ação possessória não é compatível com o sistema atual, em que a regra jurídica do art. 1.210, §2º impõe a rigorosa separação entre os juízos petitório e possessório e corta a *exceptio dominii*.

27. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado Rio de Janeiro: Borsoi, tomo XXXIII, 1961, p. 134.

28. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, tomo XIII, 1976, p. 95.

É que o art. 896 impede a vindicação na hipótese de boa-fé do adquirente do título.²⁹

Em função deste dispositivo, a vindicatória de título ao portador perde campo de atuação de forma substancial, ficando restrita às hipóteses em que seja possível demonstrar a má-fé do possuidor.³⁰

4. AÇÃO VINDICATÓRIA DE ESTADO DE FILHO E DE DIREITO DE PERSONALIDADE À ORIGEM GENÉTICA

Por fim, resta ainda examinar o uso que se tem feito da terminologia da ação vindicatória em matéria de direito existencial.

O art. 348 do Código Civil de 1916 dizia: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”

A referida regra jurídica foi transposta em idêntica redação ao art. 1.604 do Código Civil de 2002.

Em doutrina recente, fala-se em “ação vindicatória de filho.”³¹

Mais recentemente, o reconhecimento do direito de personalidade à origem genética fez com que a doutrina de vanguarda passasse a se referir à ação vindicatória de origem genética.³²

Neste caso, não há implicações quanto ao estado de filiação, mas sim o reconhecimento do direito de personalidade à origem genética, do qual decorre o direito ao acesso à informação quanto aos seus genitores biológicos, para finalidades de saúde e mesmo de autoconhecimento.

29. “Art. 896. O título de crédito não pode ser reivindicado do portador que o adquiriu de boa-fé e na conformidade das normas que disciplinam a sua circulação”

30. A respeito, confira-se FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, tomo III, 2008, p. 286. Sobre a sistemática anterior, pode-se consultar, com proveito, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XIII, cit., pp. 90-94.

31. “A ação vindicatória de filho, como se pretende defender, é aquela demanda que cabe ao pai biológico (ou até eventualmente à mãe biológica) em face de um terceiro que acabou por registrar um filho que é seu. Trata-se de uma ação essencialmente declaratória, e de estado, o que justifica a sua imprescritibilidade.” (TARTUCE, Flávio. As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. In EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coords). Leituras complementares de direito de família. Salvador: JusPodium, 2010, p. 110).

32. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 19, 2003, pp. 133-156.

Ou seja, a primeira ação seria preponderantemente declarativa, ao passo que a segunda seria predominantemente mandamental.

Nenhuma das duas pode-se dizer, a rigor, vindicatória, por faltarlhes a natureza executiva e real, em que pese a popularização da terminologia na doutrina e na jurisprudência.³³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pontes de Miranda foi, não há dúvida, o maior dos juristas brasileiros. Em que pese a dimensão da obra de Teixeira de Freitas,³⁴ somente Pontes foi capaz de estruturar uma teoria do direito genuinamente brasileira – a teoria do fato jurídico, com sua tese original sobre a incidência e sua apropriação da pandectística à luz de sólida base histórica, inclusive da contribuição própria do direito luso-brasileiro – e de aplicá-la com profundidade e rigor sem precedentes a quase todo o arcabouço da dogmática jurídica.

O difícil estudo de sua obra, que reúne fervorosos adeptos e um número ainda maior de detratores (inclusive os que procedem por omissão) pode conduzir a pesquisas muito distintas entre si.

Nada talvez seja tão revelador da grandeza do pensamento ponteano quanto o exame de um tema como o da ação vindicatória.

Nele se sobressai a capacidade de esgotar em profundidade um objeto de estudo aparentemente tão restrito e específico. Ninguém antes de Pontes foi capaz de explorar a complexidade presente no art. 521 do Código de 1916. E ninguém foi além de seu exame nos anos posteriores.

33. Por exemplo: "AGRAVO INTERNO. INVENTÁRIO. SUSPENSÃO EM RAZÃO DA PROPOSITURA DE AÇÃO VINDICATÓRIA DE PATERNIDADE POR PARTE DO PAI REGISTRAL QUE NÃO FOI CITADO EM AÇÃO INVESTIGATÓRIA. EMBORA EXISTA COISA JULGADA PRODUZIDA NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE, ELA NÃO PRODUZ EFEITO COM RELAÇÃO AO PAI REGISTRAL, QUE, LAMENTAVELMENTE, NÃO FOI CITADO PARA AQUELE FEITO, COMO DEVERIA, UMA VEZ QUE É TITULAR DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA (PATERNIDADE), AFETADA POR AQUELA DECISÃO, SEM QUE AO MENOS TIVESSE CONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DA AÇÃO INVESTIGATÓRIA. NESTAS CONDIÇÕES, A PRESERVAÇÃO DESSE VÍNCULO PODERÁ SER DEMANDADA NA AÇÃO QUE AGORA ENCONTRA-SE EM CURSO, QUE É PREJUDICIAL DA CONDIÇÃO DE HERDEIRA DA AGRAVADA. POR ISSO, A SUSPENSÃO DO INVENTÁRIO DO PAI RECONHECIDO NA INVESTIGATÓRIA SE IMPÕE. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO." (TJRS, 7ª Câmara Cível, AC 70005693064, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julg. 12/03/03)

34. Que o próprio Pontes de Miranda reconheceu, no Prefácio do Tratado de direito privado (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsó, tomo I, 1954).

Como ocorre comumente com a obra de Pontes de Miranda, esse desenvolvimento do assunto tem sido descurado pela doutrina e pela jurisprudência.

E como foi visto, trata-se de um erro manifesto, uma vez que o sistema não dispõe de meios para suprir as hipóteses específicas de incidência da ação vindicatória, notadamente no que toca à vindicatória de direitos reais limitados e à vindicatória da posse.

Constata-se, portanto, que o virtual desaparecimento do debate a seu respeito na literatura especializada não implica dizer que ela tenha sido apagada do sistema, nem tampouco que tenha perdido sua relevância, que permanece sendo significativa na teoria das ações reais petitórias.

REFERÊNCIAS

- COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (orgs). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu nascimento. Salvador: JusPodium, 2010.
- DANOS, Frédéric. **Propriété, possession et opposabilité**. Paris: Economica, 2007.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, tomo III, 2008.
- GAIO. **Instituições**: direito privado romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, trad. J. A. Segurado e Campos.
- GUTIÉRREZ, Ricardo Panero. **Derecho romano**. 4 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- JUSTINIANO. **Institutas do Imperador Justiniano**. Bauru: Edipro, 2001, trad. Edson Bini
- KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, trad. S. Rodrigues e F. Hämmerle.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 19, 2003, pp. 133-156.
- LONG, George. Vindicatio. In SMITH, William. **A dictionary of greek and roman antiquities**. London: Jonh Murray, 1875.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, tomo XIII, 1976.
- _____. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo VII, 1979.
- _____. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo V, 1974.

_____. **Tratado de direito privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsói, tomo XIV, 1971.

_____. **Tratado de direito privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsói, tomo X, 1971.

_____. **Tratado de direito privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsói, tomo XVIII, 1971.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsói, tomo I, 1954.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsói, tomo XXXIII, 1961.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: JusPodium, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MINUSSI, Daniele. **Proprietà, possesso, diritti reali**. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, 2000.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TARTUCE, Flávio. As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. In EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coords). **Leituras complementares de direito de família**. Salvador: JusPodium, 2010.

ANOTAÇÕES SOBRE A NOÇÃO DE ÔNUS DA PROVA EM PONTES DE MIRANDA

Robson Renault Godinho¹

A vastidão, a profundidade e o estilo da obra de Pontes de Miranda provocam no leitor diversos e desencontrados sentimentos decorrentes da quase impossibilidade de leitura e de reflexão da integralidade de seus escritos. Ao mesmo tempo em que o estilo instiga, o entendimento é dificultado; se os escritos são fundamentais, a aridez e, comumente, fragmentada leitura das dezenas de volumes acenam para uma compreensão mutilada; enfim, a frustração de não se ler tudo, a sensação de se compreender pouco e, entretanto, a satisfação pelo que foi lido e, afinal, compreendido convivem e animam, de algum modo, os que têm contato com a monumental obra.

Na tentativa de evitar maiores percursos e, assim, amenizar as lacunas de conhecimento da obra de Pontes de Miranda, optei por tratar de um tema que dele não recebeu maior dedicação, mas que, mesmo nas poucas páginas que lhe são dedicadas, despertam variadas reflexões.

Este artigo, portanto, mira a vasta obra por uma espécie de escotilha doutrinária, exatamente por não haver indiferença em nada que se lê de Pontes de Miranda, embora os trabalhos dos processualistas, salvo raras exceções, teimem em ignorar seus textos, raramente citados ou estudados nos trabalhos acadêmicos.

Um dado específico que se revelou intrigante ao examinar o que Pontes de Miranda escreveu sobre ônus probatório não se situa exatamente em seu conteúdo, mas, sim, no que ele não disse. Realmente, é surpreendente o fato de que o jurista com que maior profundidade tratou

1. Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil – PUC/SP. Promotor de Justiça/RJ.

do direito material e do direito processual não tenha se aprofundado no estudo do ônus da prova, reconhecidamente um tema que toca profundamente as duas áreas de conhecimento².

Perplexidade maior foi provocada pelas poucas linhas dedicadas às convenções sobre ônus probatório, não só em virtude de haver diversos subsídios de direito comparado a que certamente teve acesso Pontes de Miranda, mas sobretudo porque se trata da junção entre o ônus e a teoria do fato jurídico. O mesmo discreto silêncio dedicado aos negócios jurídicos processuais³ foi reservado ao estudo do ônus probatório em sua obra.

A noção de ônus pertence à Teoria Geral do Direito e se relaciona com estrutura de situações jurídicas, contrapondo-se ao conceito de dever jurídico exatamente por se tratar de comportamento exigido para satisfação de interesse próprio⁴⁻⁵. O ônus da prova possui como idéia básica, em

2. O debate sobre a “natureza” das normas que disciplinam o ônus probatório é bastante antigo, marcado sobretudo pela clássica mudança de opinião de Rosenberg (cf., *La Carga de la Prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). 2ª ed. Montevideu/Buenos Aires, B de F, 2002, pp. 98/112). Para uma discussão atual sobre esse tema, que não passou despercebido por Pontes de Miranda, como se verá em momento próprio, vale conferir o grande livro de Salvatore Patti: *Le Prove: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 91/93.
3. Em profundo trabalho sobre os negócios jurídicos processuais, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira afirmou que Pontes de Miranda, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, via a desistência da ação como um negócio jurídico, mas não houve preocupação de sua parte em sistematizar o estudo dos negócios jurídicos processuais. Posteriormente, já sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, igualmente não se ocupou de elaborar uma sistematização do negócio processual, embora admitisse, topicamente, a existência de negócios jurídicos na desistência do recurso e na arrematação do processo de execução (*Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese de Doutorado. Salvador: UFBA, 2011, p. 135 e nota 595). Ainda para ilustrar o afirmado, Pontes de Miranda menciona negócio jurídico processual no *Tratado de Direito Privado*, Tomo 3, 4ª Ed. São Paulo: RT, 1983, p. 9 e no Tomo 25 da mesma obra, pp. 153 e 158 (3ª ed., RT, 1984). Para uma resenha acerca da categoria dos negócios jurídicos processuais, registre-se, também, o importante livro escrito por Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Fredie Didier Jr.: *Teoria dos Fatos Processuais*. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 56/66. É sintomático que no referido livro não se cite Pontes de Miranda em nenhuma das páginas dedicadas ao negócio jurídico processual (evidentemente sua obra é citada em diversas outras passagens do livro).
4. A contraposição entre ônus e dever é clássica e continua norteando a doutrina (cf., entre tantos, COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 2ª ed. Torino: UTET, 2004, pp. 172/173. Sobre esse ponto e também a relação com uma “obrigação de esclarecimento”, vale conferir PATTI, Salvatore. *Le Prove: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 50/51 e 63/68. COUTO, Camilo José D’Ávila. *Dinamização do Ônus da Prova: teoria e prática*. Doutorado. São Paulo: USP, 2011, texto inédito.
5. Além da evidente função normativa, a noção de ônus desempenha uma função lógica. Cf., sobre esse ponto específico, os trabalhos de Neil MacCormick: *A Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Waldéa Barcellos (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 54/65. *Retórica e Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo (trad.). São Paulo: Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 316/320.

síntese, o aproveitamento que a parte pode ter ao produzir a prova que, em princípio, traga-lhe benefício⁶, servindo ao juiz para o julgamento da causa quando houver dúvidas sobre fatos relevantes⁷. Em clássica passagem, James Goldschmidt considerou ônus como sendo um “*imperativo do interesse próprio*”⁸, transmitindo uma idéia relacionada com situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual, acrescentando que o ônus se refere ao aproveitamento que beneficiará a parte diligente, não sem antes anotar que a mais grave culpa perante si mesmo é a perda de uma oportunidade⁹. Também

6. Em um aspecto subjetivo, o ônus da prova implica assumir o risco da consequência da prova frustrada, motivando psicologicamente a parte a participar da instrução da causa; no aspecto objetivo, interessa o demonstrado, não quem o demonstrou, tratando-se de regra de julgamento (BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. Estudos de Direito, 1. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 64/66). O aspecto “motivacional” é mencionado por DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 71/72. Interessantes abordagens sobre a persistência e a atenuação do ônus subjetivo da prova podem ser encontradas em PACÍFICO e BADARÓ, em suas obras citadas na nota abaixo (pp. 149/154 e pp. 185/190, respectivamente). Artigo 209 do CPC de 39 previa ônus subjetivo, extraindo-se o aspecto objetivo do ônus da prova do disposto na segunda parte de seu artigo 118 (cf. BUZAID, Do ônus... cit., pp. 76/77. Passou a ser voz corrente na doutrina que “o órgão judicial só tem de preocupar-se, a rigor, com o aspecto objetivo do ônus da prova, não com seu aspecto subjetivo” BARBOSA MOREIRA, Julgamento e ônus da prova. Temas de Direito Processual (Segunda Série). São Paulo: Saraiva, 1980, p. 75. Cf., ainda, o amplo estudo de YARSHELL, trazendo novas luzes ao tema: Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 56/71).
7. Essa noção de ônus probatório é, com variações de forma, mas não de fundo, utilizada largamente ainda hoje, como se vê, exemplificativamente, em autorizada doutrina moderna: TARUFFO, Michele. La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Laterza, 2009, pp. 226/230. La Prova nel Processo Civile – Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger (dir.). Milano: Giuffrè, 2012, pp. 244/249. No Brasil, por exemplo, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003pp. 175/178.
8. Não se trata exatamente de um “imperativo”, na medida em que inexistente relação causal entre ônus e prejuízo. Por essa razão, fala-se com mais propriedade em “aumento de risco” PATTI. Le Prove: parte generale. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 78/82. LEONARDO. Imposição e Inversão do Ônus da Prova. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 70/71.
9. Derecho Procesal Civil. Leonardo Prieto Castro (trad.). Barcelona: Labor, 1936, p. 203. Essa é a concepção amplamente utilizada ainda hoje pela doutrina processual (entre tantos exemplos, confira-se na doutrina brasileira o trabalho de Maristela da Silva Alves: Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Danilo Knijnik (coord). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 207). Para uma exposição sistemática sobre o ônus da prova, vale conferir, entre outros autores e nas múltiplas obras sistemáticas: ROSENBERG, Leo. La Carga de la Prueba. Ernesto Krotschinn (trad.). 2ª ed. Montevideu/Buenos Aires, B de F, 2002 (um interessante exame da clássica teoria de Rosenberg foi feito por Pedro Ferreira Múrias: Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova. Lisboa: Lex, 2000, pp. 43 e ss.). MICHELLI, Gian Antonio. La Carga de la Prueba. Santiago Sentís Melendo (trad.). Bogotá: Temis, 2004. ECHANDÍA, Hernando Devis. Teoría

em outra célebre sentença, *“enquanto que a obrigação é necessidade de subordinar um interesse próprio a um interesse de outrem, o ônus e necessidade de o subordinar a um outro interesse próprio”*¹⁰.

-
- General de la Prueba Judicial. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002. FALCÓN, Enrique M. Tratado de la Prueba. 2ª ed. Vol. I. Buenos Aires: Astrea, 2009, pp. 267/337. PATTI, Salvatore. Le Prove: parte generale. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 47/214. DENTI, Vittorio. L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, XLVI, nº 3. Milano: Giuffrè, setembro, 1992. VERDE, Giovanni. L'onere della prova nel processo civile. Napoli: Jovene, 1974. L'inversione degli oneri probatori nel processo. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, XLVI, nº 3. Milano: Giuffrè, setembro, 1992. LOMBARDO, Luigi. La Prova Giudiziale: contributo ala teoria del giudizio di fatto nel processo. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 223/314. COMOGLIO, Luigi Paolo. Le Prove Civili. 2ª ed. Torino: UTET, 2004, pp. 169/290. TARUFFO, Michele. La Prova nel Processo Civile – Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger (dir.). Milano: Giuffrè, 2012, pp. 244/260. DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. Estudios de Derecho Probatorio. Lima: Communitas, 2009, pp. 101/143. FARIA, Rita Lynce de. A Inversão do Ônus da Prova no Direito Civil Português. Lisboa: Tex, 2001. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. O Ônus da Prova no Processo Civil. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. Estudos de Direito, 1. São Paulo: Saraiva, 1972. KARAN, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. Revista de Processo nº 17. São Paulo: RT, jan./mar., 1980. BARBOSA MOREIRA. Julgamento e ônus da prova. Temas de Direito Processual (Segunda Série). São Paulo: Saraiva, 1980. LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, pp. 38/52. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Imposição e Inversão do Ônus da Prova. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, pp. 314/340. DINAMARCO, Pedro da Silva. Ônus Processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento. Doutorado (tese). Universidade de São Paulo, 2007. CABRAL. Érico de Pina. Inversão do ônus da Prova no Processo Civil do Consumidor. São Paulo: Método, 2008. MIRANDA NETTO. Ônus da Prova no Direito Processual Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 46/112. CREMASCIO, Suzana Santi. A Distribuição Dinâmica do ônus da Prova. Rio de Janeiro: GZ, 2009. ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Provas: aspectos atuais do direito probatório. Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). São Paulo: Método, 2009, pp. 329/365. ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. Prova. São Paulo: RT, 2010, pp. 159/203. CARPES. Ônus Dinâmico da Prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova. São Paulo: Malheiros, 2011. COUTO, Camilo José D'Ávila. Dinamização do Ônus da Prova: teoria e prática. Doutorado. São Paulo: USP, 2011, texto inédito. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O Ônus da Prova no Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012. Por seu pioneirismo no desenvolvimento do tema no país, vale registrar o trabalho de S. Soares de Faria (ainda hoje fonte única de pesquisa das teorias tratadas em obras modernas, como expressamente citado, por exemplo, nos livros de João Batista Lopes e Paulo Rogério Zaneti antes referidos): Principais Teorias Relativas ao Ônus Probandi. São Paulo: RT, 1936.
10. CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro (trad.). São Paulo: Saraiva, 1942, p. 276. Sobre o ponto, ainda, RANGEL, ob. cit., pp. 89/96, com interessante síntese sobre distinções clássicas. LEONARDO, ob. cit., pp. 53/64, com abordagem mais analítica e crítica.

Como bem anota Carlos Alberto da Mota Pinto, o onerado, se não se desincumbir do ônus, não infringe nenhum dever, nem comete ilícito, mas perde ou deixa de obter uma vantagem¹¹. Trata-se, pois, de encargo posto sob estímulo e não de dever imposto mediante coação^{12,13}. Pietro

11. Teoria Geral do Direito Civil. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 180. “No ônus, o onerado ‘precisa de’; no dever jurídico o obrigado deve. A contraposição ônus-dever jurídico pode considerar-se na perspectiva da contraposição kantiana imperativo hipotético-imperativo categórico. O ordenamento jurídico não desaprova o não acatamento do ônus; ao invés, desaprova a violação de um dever. O onerado, se quer evitar um prejuízo, deve comportar-se de certa forma; de outro modo, suportará o prejuízo sem que se lhe reprove o ter-se comportado assim” (idem). Registre-se que António Menezes Cordeiro entende que essa noção de ônus deve ficar restrita ao direito processual, sendo mais adequado ao Direito Civil a introdução da figura do “ônus material ou encargo”, que corresponde estruturalmente a um dever, mas segue um regime particular: “é um dever de comportamento que funcionando embora também no interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento”. Para esse autor, existe a categoria do ônus ou encargo material, que é um dever de comportamento que, embora funcionando também no interesse de outras pessoas, não pode por elas ser exigido, exemplificando com a hipótese de prazo para denúncia ao vendedor de vício de uma coisa dentro de certo prazo (Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral. Vol. I, tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 359).
12. COSTA JUNIOR, Olimpio. A Relação Jurídica Obrigacional: situação, relação e obrigação em direito. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31.
13. Por considerar bastante sutil a diferença entre faculdade pura, ônus e poder, prefere Cândido Rangel Dinamarco o conceito amplo de situações jurídicas ativas, concluindo que “a liberdade de uma conduta processual é sempre uma faculdade (pura ou não, conforme o caso), que a parte exercerá conforme queira, caracterizando-se como situação redobradamente ativa quando seu exercício lhe trouxer direito a uma providência do juiz (poder) e não deixando de ser o que é ainda quando haja a ameaça de consequências negativas pela omissão”. Nesse contexto, ônus é o reverso de certas faculdades e se caracteriza pelas consequências desfavoráveis que a lei associa a algumas delas, tendo a parte “plena liberdade de optar pela conduta ou pela omissão (daí ser o cumprimento ou descumprimento do ônus uma faculdade), sabendo no entanto que, omitindo-se, agravará sua situação no processo (daí tratar-se de um ônus)” (Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 203/204). A principal nota diferenciadora entre ônus e deveres e obrigações, nessa óptica, está na consequência do descumprimento destes últimos, que, por violar alguma norma, é passível de alguma sanção. O descumprimento de uma obrigação pode ensejar numa sanção que afeta a fixação de um ônus. Veja-se o disposto no art. 519º do Código de Processo Civil português: “Dever de cooperação para a descoberta da verdade – Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados. 2 – Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará 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. 3 – A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) Violação da integridade física ou moral das pessoas; b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4.

Perlingieri, “com expressão de conveniência”, chega a denominar o ônus de “*obbligo potestativo*”¹⁴, no sentido de que seu titular pode realizá-lo ou não, com base em uma própria análise discricionária. Na realidade, quer com essa denominação expressar uma ideia singela e afirmada por todos os que tratam do tema, como se vê nas palavras do próprio Perlingieri: “o adimplemento do ônus da prova não realiza um direito de outrem, mas o próprio interesse do titular”¹⁵.

Para Salvatore Patti, na linha do que já foi mencionado na nota de rodapé nº 7, mais apropriado seria proceder a uma tripartição de situações jurídicas¹⁶: obrigação¹⁷, ônus¹⁸ e ônus da prova¹⁹, precisamente porque se trata de uma situação com conteúdo diverso de “outros ônus”, na medida em que não se trata de condição necessária para alcançar o objetivo²⁰.

É oportuno lembrar a diferenciação entre ônus e dever exposta por Pontes de Miranda, para quem o dever sempre se dá em relação a outrem²¹ e o ônus “*é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos*”:

-
- 4 – Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado”.
14. O próprio Perlingieri apresenta várias ressalvas à denominação proposta, por ser questionável sua utilidade inclusive didática (O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Maria Cristina de Cicco (org. e trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 698/699). Sobre poderes processuais e direitos potestativos, convém conferir Paula Costa e Silva, em Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra: 2003, pp. 135/138.
 15. Idem, p. 699.
 16. Ob.cit., p. 81.
 17. “necessità giuridica di un determinato comportamento stabilito da una norma a carico de un soggetto, per la realizzazione di un interesse di un diverso soggetto, che gode di una correlativa situazione di potere” (idem).
 18. “necessità pratica che il titolare di un potere (ad esempio, potere di agire in giudizio) ló eserciti qualora voglia ottenere un effetto favorevole, che ipende ineluttabilmente dal compimento dell’atto previsto” (idem).
 19. “convenienza pratica di un certo comportamento, poichè a differenza dell’ipotesi precedente non può parlarsi di ‘único mezzo per conseguire il risultato favorevole’” (idem).
 20. Idem, p. 82, acrescentando que “si accentua così la strumentalità dell’onere [probatorio]: il comportamento del soggetto non è condizione essenziale e imprescindibile per il compimento dell’atto da parte dell’organo dello Stato (domanda-sentenza) ma uno strumento, anche se il principale, che tuttavia non condiziona ineluttabilmente il risultato finale a cui si tende” (a expressão entre colchetes foi acrescentada por mim, porque no texto original se encontra na margem do livro, indicando o assunto tratado no parágrafo, mantendo, assim, a coerência com o que o autor escreveu na p. 81 de sua obra, antes citada).
 21. Para entendimento mais detido sobre o entendimento de Pontes de Miranda, há que se ter em mira o plano da eficácia, especificamente tratado em seu Tratado de Direito Privado. T. 5. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983. Entre tantas passagens significativas, remarque-se que “o

satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê que como a teoria do ônus da prova diz respeito, de perto, à pretensão à tutela jurídica"²². E acrescenta, em seu peculiar estilo: *"o que tem o ônus da prova pode dar prova, ou não; dá-la como melhor a poderia dar,*

dever jurídico é o correlato do direito: ao plus, que é o direito, corresponde o minus, que é o dever. Há de haver relação jurídica básica, ou relação jurídica interna à eficácia (relação intrajurídica), para que haja direito e, pois, dever. Quem está no lado ativo da relação jurídica é o sujeito de direito; quem está no lado passivo é o que deve, o devedor (em sentido amplo). A atividade (=qualidade de ser ativo) de um é o direito; a passividade é o dever. Por isso mesmo, não há direitos contra si-mesmo, na direção de si-mesmo; nem deveres perante si-mesmo, na direção de si mesmo" (pp. 422/423), lembrando que "dever corresponde a direito; obrigação a pretensão. [...] Porque à pretensão é que corresponde a obrigação, há direitos sem pretensão e, pois, do outro lado, sem obrigação. Não, porém, obrigações sem dever" (p. 429). Cf., ainda, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia* (1ª parte). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163

22. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 281. As mesmas palavras foram reproduzidas nos comentários ao CPC de 1973: Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 253. E também no Tratado de Direito Privado. T. 3. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, p. 410. No mesmo sentido, Paula Costa e Silva: "se observarmos estritamente os ônus processuais, rapidamente concluímos que estas situações jurídicas não ordenam as partes entre si. O ônus, sendo autonomizado, pressupõe apenas a posição de um sujeito concreto. Não é referido à posição jurídica de outrem" (Acto...cit., p. 155). Ainda: NOGUEIRA e DIDIER JR. *Teoria...* cit., p. 127. Para esses autores, "o que se considera como ônus não é aquilo que o titular da situação jurídica sofre, mas aquilo que lhe é lícito fazer. É precisamente nesse sentido que se fala em ônus da prova, ônus do pagamento das custas processuais, ônus da defesa etc. Todas essas situações representam autênticas posições ativas dos sujeitos, daí por que preferimos tratá-las como poderes processuais", assinalando que "o que irá distinguir o ônus dos demais poderes processuais é a circunstância de que outra norma comina, para a hipótese do não exercício do poder, uma consequência jurídica negativa para o titular do ônus" (ob. cit., p. 129). Entendendo que o ônus é a dimensão negativa do direito formativo, temos interessante trabalho de José Maria Rosa Tesheiner: "Sobre o ônus da prova", originalmente publicado no livro em homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão (*Estudos de Direito Processual Civil*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). São Paulo: RT, 2005) e disponível no sítio www.tex.pro.br, fonte utilizada neste trabalho. Para o citado autor, "quando se fala em ônus, afirma-se que, não sendo praticado o ato, um interesse do sujeito ativo (ou, eventualmente, de um terceiro) é desatendido; quando se fala em direito formativo, afirma-se que, sendo praticado o ato, um interesse do sujeito ativo (ou, eventualmente, de um terceiro) é atendido. Em suma: não há diferença senão na forma de expressão. Quando se fala em ônus, pensa-se, de preferência, nas consequências jurídicas decorrentes da omissão do ato. Quando se fala em direito formativo, pensa-se, de preferência, nas consequências jurídicas da prática do ato [...] Na verdade, a idéia expressa por ônus e por direito formativo é idêntica. Apenas a formulação é diferente. Esta é a fórmula do ônus: não sendo praticado o ato "a", não ocorre a consequência "x". A do direito formativo é: somente sendo praticado o ato "a", ocorre a consequência "x". As duas proposições são idênticas, do ponto de vista da lógica. A idéia última contida nas duas expressões (ônus e direito formativo) é simplesmente esta: se, para que se produzam certos efeitos jurídicos, é necessário que se pratique determinado ato, não se produzem tais efeitos, se o ato não é praticado".

*ou deixar de dá-la como poderia; não tem dever, nem há, do outro lado, direito de outrem à prova; tudo se passa como a respeito de qualquer risco*²³.

Pontes de Miranda afirma, também, que o ônus da prova é anterior à demanda²⁴. As regras sobre ônus da prova são sobre a discussão acerca da incidência da regra jurídica, não sendo de direito material ou processual, mas, sim, comum a ambos, por se tratar da tutela jurídica²⁵. Prosseguindo em sua exposição, Pontes de Miranda, na mesma linha da doutrina majoritária da época, foi peremptório no sentido de que *“o ônus da prova é objetivo e não subjetivo”*²⁶.

Especificamente acerca da “convenção sobre ônus da prova”, Pontes de Miranda foi conciso e impreciso. Após afirmar que a regra do parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil é heterotópica, por se

23. Na mesma sequência das três obras citadas na nota anterior, respectivamente na p. 282, p. 254 e p. 411.

24. “O ônus da prova começa antes de qualquer demanda; preexiste a ela: a utilização processual é apenas a mais importante” (Idem, respectivamente na p. 283, p. 254 e p. 411).

25. Comentários...cit. Tomo IV, p. 254 (antes, na p. 197, Pontes de Miranda faz afirmações um tanto contraditórias sobre o tema). Afirma ainda Pontes de Miranda: “No processo, os juízes ignoram, oficialmente, os fatos. Quem alega é que se refere a fatos. Toda cognição supõe bases para decisões sobre regras jurídicas, sobre regras de experiência e sobre fatos. A decisão tem, em qualquer das três espécies, de ser justa (= exata). O ônus de comunicar é concernente às três espécies. Pensou-se em distribuição subjetiva do ônus de afirmar e do ônus de provar; porém, em verdade, a distribuição é somente objetiva. Pode ser que o ônus da prova resulte de regra de direito material, e, g., se a lei estabelece que, não apresentado o recibo, até certa data, pode alguém solver por conta do que devia pagar: trata-se de interesse de esclarecimento, independente de qualquer discussão extrajudicial ou judicial. Mas, aí, já há alusão a suporte fático de alguma regra jurídica, e não precisamente de regra sobre ônus da prova” (idem, pp. 254/255). Nos Comentários ao CPC de 1939 (cit., Tomo III, as mesmas considerações estão nas pp. 283/284 e as aparentes afirmações contraditórias estão na p. 294).

26. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 270. Em um aspecto subjetivo, o ônus da prova implica assumir o risco da consequência da prova frustrada, motivando psicologicamente a parte a participar da instrução da causa; no aspecto objetivo, interessa o demonstrado, não quem o demonstrou, tratando-se de regra de julgamento (BUZÁID, Alfredo. Do ônus da prova. Estudos de Direito, 1. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 64/66). O aspecto “motivacional” é mencionado por DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 71/72. Interessantes abordagens sobre a persistência e a atenuação do ônus subjetivo da prova podem ser encontradas em PACÍFICO e BADARÓ, em suas obras já citadas (pp. 149/154 e pp. 185/190, respectivamente). Artigo 209 do CPC de 39 previa ônus subjetivo, extraíndo-se o aspecto objetivo do ônus da prova do disposto na segunda parte de seu artigo 118 (cf. BUZÁID, Do ônus... cit., pp. 76/77). Passou a ser voz corrente na doutrina que “o órgão judicial só tem de preocupar-se, a rigor, com o aspecto objetivo do ônus da prova, não com seu aspecto subjetivo” BARBOSA MOREIRA, Julgamento e ônus da prova. Temas de Direito Processual (Segunda Série). São Paulo: Saraiva, 1980, p. 75. Cf., ainda, o amplo estudo de YARSHELL, trazendo novas luzes ao tema: Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 56/71.

referir a elementos probatórios de direito material, entendeu que *“apenas se traçaram dois limites a tal acordo entre figurantes de algum negócio jurídico com a previsão de algum dia se iniciar alguma ação. Se o direito do figurante é indispensável [indisponível], compreende-se que não se permita negócio jurídico em que se restrinja a prova; outrossim, se tornaria excessiva a dificuldade do exercício do direito. O direito público ou o direito privado, civil ou comercial, pode exigir instrumento público e os próprios contraentes podem estabelecer que somente alienará algum bem móvel ou semovente, se a prova do depósito em pagamento foi em determinado banco, ou que só recebe cheque visado”*²⁷. Eis a íntegra do que escreveu Pontes de Miranda sobre a convenção envolvendo ônus da prova.

Na doutrina estrangeira – e no direito positivo estrangeiro, tendo em vista que o dispositivo antes citado é cópia de regras existentes nos códigos italiano e português -, os acordos probatórios são debatidos há décadas, com intensa discussão sobre todos os aspectos, desde a possibilidade da convenção até a natureza das regras, passando pelos seus limites e elementos²⁸, mas nenhum desses temas recebeu atenção mais detida. Nem mesmo a indisponibilidade do direito²⁹, cuja vinculação com o tema sob exame é quase absoluta nas discussões doutrinárias ao longo do tempo³⁰, despertou maiores considerações.

-
27. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 273/274 (a palavra entre colchetes foi acrescentada por mim, mas não pude confirmar se o equívoco constava desde o edição original da obra ou se foi algum erro da edição por mim consultada).
 28. Exemplificativamente, com diversas outras referências citadas nas obras a seguir: MICHELLI, ob. cit. Pp. 216/221. ROSENBERG, ob. cit., pp. 109/112 e 396. RANGEL, ob. cit., pp. 181/193. FARIA, Rita Lynce de. A Inversão do Ônus da Prova no Direito Civil Português. Lisboa: Tex, 2001, pp. 45/50. PATTI, ob. cit., pp. 255/284. COMOGLIO, ob. cit., pp. 280/290. PEZZANI, Titina Maria. Il Regime Convenzionale delle Prove. Milano, Giuffrè, 2009.
 29. Para Pontes de Miranda, “direito indisponível é direito que não pode ser retirado da pessoa, quer pela alienação, quer pela renúncia, quer pela diminuição ou substituição de seu conteúdo” (ob. cit. na nota anterior, p. 202). Também se afiguraria pertinente abordar a disposicionalidade da regra envolvendo ônus probatório, na medida em que esse ponto é outra fonte de perene controvérsia: “dispositiva é a regra jurídica que somente incide, se os interessados não regraram seus interesses, no tocante ao suporte fático; de modo que essa regra jurídica se pode definir como a regra jurídica que incide, se o seu suporte fático não foi colorido pela vontade dos interessados: se houve essa vontade, o suporte fático tornou-se inadequado, por excesso [...] “Nem se há de confundir a regra jurídica dispositiva com as regras jurídicas sobre ônus da prova, se bem que das regras jurídicas dispositivas resulte determinação do ônus da prova ao que não admite a incidência daquela” (PONTES de MIRANDA. Tratado de Direito Privado. T. I. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, pp. 59 e 62).
 30. DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. Estudios de Derecho Probatorio. Lima: Communitas, 2009, pp. 137/140.

É bem verdade que as convenções envolvendo ônus da prova não despertaram maiores interesses na doutrina brasileira, mas o silêncio de Pontes de Miranda – e, mais importante, o modo um tanto impreciso com que tratou do assunto – é especialmente significativo em virtude de o tema necessariamente exigir aprofundamento em noções de direito material, envolvendo temas sobre os quais ele versou com inigualável profundidade. Ou seja: simplesmente um assunto envolvendo a teoria do fato jurídico e a prova não recebeu atenção de Pontes de Miranda.

Alguns outros comentadores do Código de Processo Civil, nesse particular, se, repito, não chegaram a desenvolver o tema, indubitavelmente o versaram com um pouco mais de atenção e propriedade³¹, mas efetivamente, como bem percebido por Fredie Didier Jr., trata-se de um dispositivo ignorado³² e esquecido. Em suas precisas observações, Didier Jr. cuida exatamente de dois pontos que não foram adequadamente versados por Pontes de Miranda:

“Primeiro ponto. A convenção sobre o ônus da prova pode acontecer em que momento? Parece-me que é lícita a convenção tanto antes como durante o processo. Em ambos os casos, estaremos diante de um negócio jurídico processual – compreendido como qualquer negócio jurídico cujos efeitos repercutam em um procedimento atual ou futuro. Não há razão alguma para impedir que essa convenção seja celebrada durante o processo, como alguns autores fazem. Segundo ponto. A convenção pode recair sobre o ônus da prova de qualquer fato. Pode tratar-se de fato simples ou de fato jurídico; fato relativo a negócio jurídico ou a vínculo extracontratual; fato lícito ou ilícito etc. Alguns autores, porém, restringem a convenção a fatos do próprio negócio em que a convenção porventura esteja inserida. Ao adotarem este entendimento, ignoram que a convenção sobre o ônus da prova pode ser um negócio jurídico autônomo, sem qualquer relação com um negócio anterior – e a possibilidade de essa convenção realizar-se na pendência de um processo reforça essa conclusão”³³.

31. AMARAL SANTOS. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IV. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 30. Prova Judiciária no Cível e Comercial. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, pp. 162/166. MONIZ DE ARAGÃO. Exegese do Código de Processo Civil. Vol. IV – I. Rio de Janeiro: Aide, s. d., pp. 101/102. ARAUJO CINTRA. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 23. AGUIAR SILVA. As Provas no Cível. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 62/64.

32. Duas questões sobre o ignorado parágrafo único do art. 333 do CPC: a convenção sobre o ônus da prova. Momento e objeto (Editorial nº 153, disponível em www.frediedidier.com.br).

33. Idem.

O tema foi versado com mais profundidade por Marinoni e Arenhart, que expressa e corretamente criticaram o enfoque temático conferido por Pontes de Miranda:

“parece que a norma não trata disso. Todavia, a fixação de certo meio específico de prova – para a demonstração de determinado fato em juízo -, como cogitado pelo autor, deve, realmente, ser admitida, ainda que sob fundamento distinto: ela não tem por base o parágrafo único do artigo 333 do CPC, mas sim a apreciação dos requisitos formais do negócio jurídico celebrado entre as partes (a respeito do direito material)”³⁴.

A intenção deste artigo não é aprofundar no estudo das convenções probatórias, tema que abordarei em outra sede de modo mais detido, mas apenas de elaborar uma espécie de reclamação pública e de lamento acadêmico por Pontes de Miranda haver se dedicado pouco ao estudo do ônus da prova. Voltando ao que se disse no início deste texto, para entender o dispositivo legal sobre convenções probatórias, não se pode prescindir do que Pontes de Miranda escreveu, mesmo diante do silêncio específico e da imprecisão conceitual e topográfica dos comentários antes transcritos, porque, em essência, seus estudos são a retaguarda e o ponto de partida para as pesquisas acadêmicas.

34. Prova...cit., p. 201. Sobre a convenção do ônus probatório na doutrina brasileira, confirmam-se também: LEONARDO, ob. cit., pp. 224/229. NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pp. 576/577.

OMISSÃO RELACIONAL E ONTOLÓGICA SEGUNDO PONTES DE MIRANDA (ANÁLISE DOS FENÔMENOS E O SEU SANEAMENTO ATRAVÉS DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)

Rodrigo Mazzei¹

SUMÁRIO – 1. Introdução: omissão como hipótese de cabimento de embargos de declaração – 2. Omissão: 2.1. Omissão ontológica; 2.2. Omissão relacional; 2.3. Omissão direta e omissão indireta – subtipos de omissão ontológica; 2.4. Erro material – espécie de omissão indireta – 3. Breve fechamento.

1. INTRODUÇÃO: OMISSÃO COMO HIPÓTESE DE CABIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Antes de adentrarmos no tema específico do presente trabalho, vale trazer ao leitor – ainda que de forma bem corrida – determinados aspectos do recurso de embargos de declaração². Tal exercício se torna interessante tendo em vista que o estudo das formas de omissão tem razão de ser por ela se manifestar como hipótese de cabimento da figura jurídica em comento (embargos declaratórios).

Nada obstante ser possível encontrar raízes nas Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas)³⁻⁴⁻⁵, o estudo sobre o instituto foi

-
1. Mestre (PUC/SP) e Doutor (FADISP). Pós doutorando (UFES – bolsa CAPES-REUNI). Professor do curso de mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Vice-presidente do Instituto dos Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES). Presidente da Escola Superior da Advocacia (ESA-OAB/ES).
 2. A temática que envolve os embargos de declaração é muito mais ampla do que a simples análise do instituto em si. Na nossa tese de doutoramento (Embargos de Declaração: Recurso de saneamento com função constitucional. FADISP, Orientação Eduardo Arruda Alvim, 2012) tratamos do tema, mostrando o grande feixe de questões que envolvem a postulação (embargos de declaração) e o seu vínculo constitucional que o notabilizam como recurso de saneamento de vícios decisórios tipificados, cuja matriz atual é constitucional.
 3. É possível se encontrar raízes dos embargos de declaração nas Ordenações Afonsinas, Livro III, t. 69, § 4.^o, nas Ordenações Manuelinas, Livro, III, t. 50, § 5.^o e nas Ordenações Filipinas, Livro III, t. 66, § 6.^o

por muito tempo relegado a segundo plano pela classe doutrinária brasileira. Diante da discussão, hoje pacificada, da natureza recursal da figura, muitos não vislumbravam sua versatilidade e importância para o saneamento das decisões judiciais.⁶

Na ala de vanguarda, Pontes de Miranda⁷ – mesmo no ambiente do Código de Processo Civil de 1939 – já atentava para o descaso com que se tratava o recurso, tendo sido um dos primeiros a buscar uma análise mais cuidadosa das raízes e nuances que o envolvem. Em sua vasta doutrina, daremos destaque para a percepção das diferentes formas de omissão que podem ocorrer nas decisões e quais as implicações do uso dos embargos de declaração para corrigir esses erros.

2. OMISSÃO

Verifica-se omissão toda vez que o ato judicial diz menos do que deveria dizer, ou seja, o ato será omisso sempre que o julgador deixar de se pronunciar sobre questão que lhe incumbia apreciar ou decidir, em típicos *erros in procedendo*.⁸ Nos dizeres próprios de Pontes de Miranda, a

-
4. Destaque a influência das Ordenações Filipinas no direito brasileiro, haja vista que algumas de suas regulações estiveram presentes – na parte de direito material – até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, pois a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas aproveitou, em parte, o diploma do reino português. No sentido: Cláudio Valentim Cristiani (O Direito no Brasil Colonial. In Fundamentos de história do direito. Antonio Carlos Wolkmer (Org.) 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 338) e Alcides de Mendonça Lima (Introdução aos Recursos Cíveis, 2a. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 23). No Processo Civil, sua aplicação foi também bastante duradoura, eis que, mesmo após a independência política de Portugal, continuaram a ser aplicadas por força do Decreto de 20.10.1823, naquilo em que não afetasse a soberania nacional. Sobre a duração e influência das Ordenações no processo civil nacional, resumido (mas com conteúdo), confira-se: Ovídio A. Baptista da Silva (Teoria geral do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 27-29).
 5. De toda sorte, no direito nacional propriamente dito, entendido este como o produzido pela legislação brasileira, os embargos declaratórios só estão presentes como postulação da parte – na modalidade recurso – Regulamento 737 (Parte Terceira, Título I), nos artigos 639, 641, 642 e 643.
 6. Nas palavras de Pontes de Miranda: “Para se ver quão mal tratado tinha sido esse assunto, basta que lembremos só existir na Praxe Brasileira de Joaquim Inácio Ramalho, três linhas sobre embargos de declaração.” (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 7).
 7. Comentários ao código de processo civil. Tomo XII. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 111-112..
 8. Segundo Luis Guilherme Aidar Bondioli, “trata-se a omissão, assim, de um vício de atividade, de um *error in procedendo*, na medida em que o juiz desatende comando legal regulador da sua atuação à frente do processo. Esse defeito de pronunciamento judicial

decisão omissa é *citra petita*, seja por ter deixado de decidir algum ponto ou por, decidindo, o fez de forma incompleta.⁹

A redação do artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 não restringiu o manejo dos embargos de declaração a um tipo determinado de omissão, entendendo-se, portanto, que qualquer espécie de vício que implique a ausência de pronunciamento judicial é passível de correção via embargos declaratórios. A premissa fica ainda mais evidente se a leitura do dispositivo for feita com enfoque constitucional, especialmente à luz do disposto nos incisos IX e X do artigo 93 da Carta Magna de 1988.¹⁰

Assim sendo, diversas são as partes da decisão que podem trazer a omissão, e não apenas um ponto específico.¹¹ De modo que, o julgamento do pedido sem análise dos fundamentos trazidos ou o exame de toda a fundamentação sem a resolução da questão na parte dispositiva caracterizam omissão, ocorrendo semelhante vício quando o julgador não analisa um pedido (fundamento e postulação) em sua completude.

Como se vê, as diversas formas de *errors in procedendo* mencionadas acima conduzem a um mesmo vício – a omissão – e a uma mesma ferramenta recursal – os embargos de declaração. Sob esse aspecto

traz em si um ultraje à sadia regra de correlação entre demanda e sentença, que vincula os fundamentos da decisão e seu dispositivo à causa de pedir e aos pedidos formulados pela parte, respectivamente (CPC, arts. 128 e 460).” (Embargos de declaração. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118-119).

9. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 7, p.416.
10. Quando tratamos da omissão como vício decisório não podemos deixar de perceber a importância do Regulamento 737/1850. Com feito, o texto do artigo 641 do Regulamento 737 (além de mais claro do que os constantes nas redações das Ordenações) alargou as situações que admitiam o saneamento pelo próprio julgador, abrigo de forma expressa a “omissão” como vício decisório passível de saneamento pelos embargos de declaração. Com efeito, ainda que se diga – através de uma interpretação mais ampla – que os dispositivos das Ordenações contemplavam a obscuridade, a dúvida e a contradição como vícios decisórios, não se nota em tais textos a presença da omissão como hipótese autorizativa de manejo dos embargos de declaração. A possibilidade de corrigir o vício da omissão decisória, efetuada pelo Regulamento 737/1850, deu aos embargos de declaração colorido especial, que até então não se cogitava – ao menos no plano legal.
11. No sentido: Ivan Campos de Souza (O problema da função processual dos embargos de declaração. Recife: Imprensa Industrial, 1956, p.116-117). Próximos: Marcelo Abelha Rodrigues (Manual de Direito Processual Civil. 4a. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 550), Antonio Cláudio da Costa Machado (A reforma do processo civil interpretada. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 87), Sergio Bermudes (Comentários ao Código de Processo Civil. Vol.VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 212) e Antônio Macedo de Campos (Recursos no processo civil. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 272).

(caracterização do vício e remédio processual), não se mostra relevante o local na decisão em que o julgador omitiu-se. Todavia, sob outras perspectivas, a diferenciação das formas de omissão gera interesse como, por exemplo, para a análise das garantias constitucionais que os embargos de declaração poderão proteger. Vejamos, por exemplo, que o julgador que não decide sobre os pedidos estará se eximindo de prestar jurisdição (artigo 5º, LXXX, da Constituição Federal), e aquele que julga, mas o faz *sem lançar fundamentação*, estará negando o direito à decisão motivada (artigo 93, IX e X, da Carta Magna). Ambos os casos revelam omissões, ambas referentes às garantias constitucionais, mas que contaminam o ato decisório de forma distinta.

Portanto, a omissão pode contaminar o ato judicial de formas diferentes.

Para a sistematização das espécies de omissão partiremos dos dois grandes grupos sugeridos por Pontes de Miranda, omissões ontológicas e omissões relacionais¹², cujo critério de classificação consiste no local, ou parte, da decisão judicial (fundamento ou dispositivo¹³) que abriga a omissão.

2.1. Omissão ontológica

A omissão ontológica ocorrerá quando o ato judicial decisório tiver fundamento e dispositivo, mas deixar de abordar ponto(s) relevante(s). Ou seja, quando o vazio decisório estiver na incompletude do corpo da motivação e do dispositivo pela não análise e deliberação de alguma(s) questão(ões) importante(s).¹⁴⁻¹⁵

-
12. Sistematização encontrada em Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 7, p. 416) e Ivan Campos de Souza (O problema da função processual dos embargos de declaração. Recife: Imprensa Industrial. 1956, p. 119), embora aqui seja tratada com mais vagar e com coloridos não constantes nos textos citados. A classificação também é encontrada, ainda que com abordagem bem abreviada, no trabalho de Sandro Marcelo Kozikoski (Embargos de declaração: teoria geral e efeitos infringentes. São Paulo: RT, 2004, p. 102- 103).
 13. De modo geral, as decisões finais necessitam de relatório, ainda que efetuado de forma sucinta. Vicente de Miranda defende, contudo, que a oponibilidade de recurso de embargos de declaração por omissão que se situe no relatório do provimento recorrido condiciona-se à demonstração de que este defeito repercute na fundamentação ou no dispositivo da decisão embargada, uma vez que tal segmento, enquanto mero histórico do processo, não ensina, por si só, correção por meio de embargos (Embargos de Declaração no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 56).
 14. Com olhos na sentença, Ivan Campos de Souza leciona: "(...) pode a decisão se ressentir pela ausência de relatório, ou de motivação ou de dispositivo, requisitos estes formais

Há, portanto, nesses casos, mais material para que o julgador examine para proferir o comando. Pensemos, por exemplo, no julgador que examinou fundamentos atrelados à causa, mas não todos aqueles que deveriam ter sido apreciados e decididos. Haverá vazio na fundamentação, merecendo que a decisão seja *complementada*,¹⁶ de modo que o julgador possa apresentar nova motivação – que, por sua vez, redundará em nova parte dispositiva.

A título ilustrativo, imaginemos um caso concreto em que a sentença fixa indenização, mas deixa de analisar a incidência dos juros e da correção monetária. Tal sentença poderá ser vista como *ontologicamente omissa*. Isso porque haverá dispositivo e fundamentação sobre a indenização, mas não existirá motivação e comando sobre os juros e a correção, apesar da necessidade de capítulo decisório sobre tais parcelas, consoante art. 293 do Código de Processo Civil de 1973. A omissão é *ontológica*, pois não consta na sentença – seja na motivação ou, mesmo, no dispositivo – abordagem sobre tais pontos que deveriam ter sido alvo da decisão judicial, dando ensejo ao manejo de embargos de declaração.¹⁷

exigíveis, segundo dispõe imperativamente o direito positivo, caracterizando a sentença relacionalmente omissa. Pode, contudo, aquele vício [omissão], expressar simplesmente a falta de alguma coisa que deveria integrar o relatório, ou a motivação, ou o próprio dispositivo, elaborados pelo órgão jurisdicional, circunstância que tipifica a decisão ontologicamente omissa” (O problema da função processual dos embargos de declaração. Tese de livre docência de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Recife. Recife: Imprensa Oficial, 1956, p. 118).

15. Entendemos que a terminologia usada nos trabalhos clássicos pode ser alvo de revisitação. Com efeito, temos a ontologia como parte da filosofia que trata do ser enquanto ser – isto é, do ser concebido como tendo uma natureza comum, inerente a cada um dos seres da mesma espécie. Sendo assim, tudo que é ontológico está vinculado, necessariamente, ao conceito de essência do objeto analisado (espécie). Pois bem, para um ato judicial decisório ser considerado puro, imaculado, ele deve analisar todas as questões relevantes e o fazer de forma satisfatória e completa, ou seja, especificando, para cada decisão (dispositivo), sua respectiva motivação (fundamentação), de modo que, então, toda e qualquer omissão deve ser inexoravelmente ontológica. Com base nessas premissas, a expressão ontológica não nos parece ser a mais adequada, merecendo uma reavaliação, mas, dada a sua vinculação com trabalhos clássicos sobre embargos de declaração, acabamos por mantê-la em nosso trabalho (até porque o rótulo não o afeta na sua estrutura).
16. Aproveitando a lição de Pontes de Miranda: “[...] a declaração não enche o que falta, porque só se declara o que foi decidido e, ex hypothesi, se deixou de decidir sobre algum ou alguns pontos.” (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 7, p. 416).
17. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TEMA ANTERIORMENTE DEBATIDO E DECIDIDO. RECURSO PROTETATÓRIO. MULTA. 1. O recurso de embargos de declaração se justifica quando há “omissão ontológica”, na dicção de PONTES DE MIRANDA, ou seja, ausência de decisão sobre ponto relevante suscitado pela parte. Não se justificam, entretanto, os embargos quando o embargante, sob a roupagem de uniformização de jurisprudência, mas, na

Os embargos declaratórios que visam forçar o julgamento de postulação não plasmada na decisão estarão atacando, muitas vezes, a *omissão ontológica*, para fazer valer o direito primado pelo artigo 5º, XXXV, do Diploma Magno, e, assim, resgatar a questão olvidada para o exame jurisdicional.

2.2. Omissão relacional

A *omissão relacional* estará presente quando o ponto relevante for traçado parcialmente, faltando-lhe a respectiva correspondência formal à direção adotada. Assim, haverá fundamento, mas não estará presente dispositivo respectivo, ou vice-versa (se vislumbrará parte dispositiva, mas não se verificará a motivação que dê amparo ao comando judicial cravado). Assim, na *omissão relacional*, faltarão elemento formal de estrutura lógica à saúde do ato judicial.

Retomando o caso mencionado anteriormente, da sentença que fixa indenização, mas com abordagem distinta, suponha que o julgador indique, na motivação, que a indenização decorre da prática de ato ilícito, devendo o réu suportar com todos os efeitos de sua atuação contrária à lei, inclusive para a incidência de juros e correção. Nada obstante a fundamentação, contudo, não consta, da parte dispositiva da sentença, nenhuma menção aos juros e à correção monetária, muito menos que estes terão a data do ato ilícito como o marco inicial de sua aplicação (para satisfazer, de forma segura, o preceito do artigo 398 do Código Civil). Como a motivação, *a priori*, não poderá ser lançada para a parte dispositiva automaticamente – o que poderia criar embaraço no momento do *cumprimento de sentença*, a teor do artigo 469, I, do Código de Processo Civil de 1973¹⁸ –, tem-se que o referido comando sentencial restará

verdade, buscando efeitos infringentes, suscita tema já debatido e decidido, inclusive em dois declaratórios antecedentes. Neste caso, assume o inconformismo nítido caráter protelatório. 2. Embargos rejeitados com aplicação de multa. (EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 478.256/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 03/11/2004, p. 130)

18. Até porque prevalece o entendimento de que o “art. 469, I, do CPC, afirma que a motivação não faz coisa julgada, ainda que importante para determinar o alcance da parte dispositiva da decisão. Apenas a parte dispositiva é cristalizada com o trânsito em julgado” (STJ, Rcl 1.171/DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2003, DJ 30/06/2003, p. 121). No sentido: STJ, REsp. 472.595/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/04/2004, DJ 26/04/2004, p. 147, REPDJ 28/06/2004, p. 190; STJ, REsp. 187.004/BA, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2001, DJ 09/04/2001, p. 352.

relacionalmente omissa, já que, apesar de ter examinado questão relevante (ainda que acessória), o julgador deixou de cravar, no dispositivo, a parte *relacionada* à sua motivação. O ato judicial derivado dos embargos de declaração, por sua vez, irá preencher o espaço da *omissão relacional*, isto é, aquilo que ficou faltando como consequência decisória da motivação.

Outra questão interessante se firma na sentença que arbitra honorários com base no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, mas não fundamenta (mesmo que de forma sucinta) acerca do valor que foi estipulado. O julgador simplesmente lança no capítulo sucumbencial: '*Condeno a parte sucumbente ao pagamento de honorários, que arbitro em 'R\$ XXXXXXX (xxx reais)', nos termos do art. 20, § 4º, do CPC*'. Como o dispositivo sentencial (atrelado ao artigo 20, § 4º) tem fundamentação vinculada aos elementos objetivos do § 3º do mesmo artigo, a sentença estará *relacionalmente omissa* (ao menos no que tange ao capítulo de sucumbência) se nada tiver motivado acerca do gabarito legal que vincula o arbitramento da verba honorária.

Com efeito, no exemplo supra, a parte dispositiva da sentença (que fixou os honorários) estará desamparada de fundamentação exigida por lei para o *arbitramento equitativo*. A omissão, nessa situação, estará em buscar a explicitação da motivação que ensejou o comando final, ou seja, o preenchimento do espaço que escora o comando decisório, tendo em vista que o julgador deve se ater aos critérios delimitados no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.¹⁹

Note-se que a motivação acerca da fixação dos honorários advocatícios é importante tanto para o vencedor como para o vencido, já que, respeitando a possibilidade de ocorrer arbitramento irrisório ou fixação

19. Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. [...] § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. O dispositivo não sofre mudanças radicais, nos trabalhos legislativos para o próximo Código de Processo Civil, capaz de alterar o exemplo supra, conforme pode se notar do artigo 73 do Projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, posteriormente substituído pelo artigo 87 no relatório-geral do Senador Valter Pereira.

abusiva, qualquer dos litigantes poderá ver-se prejudicado (pela falta de fundamentação decisória) por se sujeitar à decisão que reputa injusta, mas sequer conhece os motivos que concretamente a sustentam – situação não admitida em nosso quadro constitucional, que prega a motivação das decisões como ferramenta de garantia ao devido processo legal.

Se não estiverem expostos os fundamentos que sustentam o arbitramento judicial dos honorários, a omissão se mostra deveras prejudicial, até porque é inviável se pensar em recorrer de decisões judiciais desprovidas de motivação – faltará a dialética perfeita entre o recurso e os motivos da decisão na missão de o recorrente demonstrar a ilegalidade da dicção judicial.

No caso dos honorários arbitrados, sem fundamentação, com base no artigo 20, § 4º, o eventual apelo não atacará o conteúdo da decisão propriamente dito, mas, sim, a falha na exposição dos motivos, pedindo-se que o órgão recursal lance a motivação que fora olvidada para, posteriormente, examinar se o valor condiz com a aplicação conjunta dos elementos constantes no § 3º da mesma regra legal. A conclusão é óbvia, pois não há possibilidade de revisão do dispositivo da sentença se os seus fundamentos forem desconhecidos.

Demais disso, se igual omissão decisória ocorrer no âmbito dos Tribunais, a falta de fundamentação poderá importar em obstáculo para o acesso à via especial que busca reformar o arbitramento, eis que o conceito de *causa decidida* (*ponto decidido*), para fins de prequestionamento, implica no exame apenas dos fundamentos que foram analisados pelo órgão julgador ordinário.²⁰ Ora, se verificarmos somente a parte dispositiva (arbitramento de verba), sem fundamentação que demonstre se foram aplicados (ou não) os critérios objetivos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, haverá desvio no recurso especial, uma vez que – sem motivação – não há questão verdadeiramente decidida (ao menos num conceito ortodoxo de prequestionamento).

20. Confira-se (entre vários): “[...] não basta, para o cumprimento do requisito do prequestionamento, a simples menção ou referência a determinado dispositivo de lei no bojo da decisão. Mister se faz que o Colegiado tenha apreciado e decidido acerca do conteúdo normativo presente na norma. No caso em tela, sequer houve debate ou discussão em torno da questão jurídica. Precedentes” (STJ, AgRg no Ag 642.837/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 380). Confira-se ainda: STJ. REsp 1118049/MA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 17/05/2010.

Observe-se que, mesmo com as restrições que se aplicam na revisão dos honorários em sede excepcional, no sentido de só ocorrer interferência em caso de arbitramento irrisório ou exorbitante²¹, a falta de fundamentos da decisão impende a referida análise. Ora como poderá a Corte Especial dizer que o arbitramento é irrisório ou exorbitante se, pela omissão de fundamentos da decisão recorrida, desconhece os elementos que lhe dão sustento? Por tal passo, até mesmo a análise de arbitramento irrisório ou exorbitante acaba passando por análise de fatos que deveriam estar na fundamentação decisória.²²

Com todo respeito, não é o valor final do arbitramento da verba honorária, visto de forma isolada, que faz com que os honorários sejam irrisórios ou exorbitantes. O que permite esta aferição são as questões que envolvem a causa e que deveriam estar apreciadas segundo manda o gabarito legal. Por exemplo, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pode ser ao mesmo considerado adequado para determinada hipótese²³ (ou

-
21. No sentido: “Em que pese a vedação inscrita na Súmula 7/STJ, o atual entendimento da Corte é no sentido da possibilidade de revisão de honorários advocatícios fixados com amparo no art. 20, § 4º, do CPC, em sede de recurso especial, desde que os valores indicados sejam exagerados ou irrisórios” (STJ, REsp 1065611/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 04/03/2009). Há certa abertura, portanto, na conjugação da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” – texto firmado em 28/06/1990) com o do teor da Súmula 389 do Supremo Tribunal Federal (“Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário” – texto firmado em 03/04/1964).
 22. No sentido: “PROCESSO CIVIL – HONORÁRIOS DE ADVOGADO – EXAME EM RECURSO ESPECIAL. 1. A orientação jurisprudencial desta Corte, inclusive com o aval da Corte Especial, é no sentido de ser possível, em recurso especial, examinar o quantitativo dos honorários de advogado quando insignificantes ou excessivos. 2. Para tanto é necessário que a questão tenha sido discutida nas instâncias ordinárias, constando do recurso especial como tese jurídica abstraída. 3. A exigência se faz pertinente porque, com a fundamentação dada pelas instâncias antecedentes, o STJ não se imiscuirá em questão fática, de avaliação do trabalho do advogado, sendo possível enfrentar a insignificância ou o excesso, sem agredir a Súmula 7/STJ. 4. Embargos de divergência não conhecidos” (EResp 882.735/PA, Rel. Acórdão Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 13/02/2008, DJe 06/10/2008).
 23. No sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO. VERBA HONORÁRIA. ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. VALOR IRRISÓRIO. 1. A orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção firmou-se no sentido da desnecessidade de observância dos limites percentuais de 10% e 20% postos no § 3º do art. 20 do CPC, quando a condenação em honorários ocorra em uma das hipóteses do § 4º do mesmo dispositivo, tendo em vista que a remissão aos parâmetros a serem considerados na “apreciação equitativa do juiz” refere-se às alíneas do § 3º, e não ao seu caput. Considera-se ainda que tais circunstâncias, de natureza fática, são insuscetíveis de reexame na via do recurso especial, por força do entendimento consolidado na Súmula 7/STJ, exceto nas hipóteses em que exorbitante ou irrisório o quantum fixado pelas instâncias ordinárias. 2. No caso concreto, os honorários foram fixados em

seja, sem ser irrisório ou exorbitante), mas em outras o mesmo montante pode ser tido como irrisório²⁴ ou exorbitante²⁵.

Note-se que, se a Corte Superior verificar que o capítulo dos honorários não possui fundamentação respectiva, não poderá sequer afirmar que não pode *revisar* a motivação que foi lançada, já que a motivação

-
- R\$ 100,00 (cem reais), valor, a toda evidência, irrisório. Verba honorária majorada para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (STJ, AgRg no REsp 551.429/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/09/2004, DJ 27/09/2004, p. 225). Também considerando R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como verba que não é irrisória, nem exorbitante, confira-se: (STJ, AgRg no Ag 1221534/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, j. 07/06/2011, DJe 13/06/2011); STJ, AgRg no REsp 890.614/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 20/08/2008.
24. No sentido: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 20, § 4º, DO CPC. REVISÃO DE VALOR QUE SE MOSTRA IRRISÓRIO. 1. Caso em que o Juízo singular extinguiu a execução fiscal, condenando a Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), pois o pagamento do débito tributário se deu antes do ajuizamento da execução fiscal. O Tribunal regional majorou a verba honorária para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 2. Este Tribunal Superior possui jurisprudência uníssona pela impossibilidade de revisar o quantum estabelecido em verba honorária, uma vez a análise dos parâmetros estabelecidos nos arts. 20, §§ 3º e 4º, do CPC depende do reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado, de acordo com o enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Excepcionalmente admite-se a aludida revisão quando o valor for irrisório ou exorbitante. 3. Em que pese a definição do que se entende por remuneração ínfima não seja atada, necessariamente, ao valor da causa, in casu, é de se reconhecer como irrisória a verba advocatícia, pois o débito cancelado superava a quantia de oitenta e dois milhões de reais. 4. Agravo regimental provido para fixar os honorários advocatícios em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)". (STJ, AgRg no REsp 1212783/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 24/05/2011). Bem semelhante: STJ, REsp 1133777/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. 10/08/2010, DJe 10/09/2010.
25. No sentido: "PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. FAZENDA PÚBLICA SUCUMBENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. 1. A revisão da verba honorária implica, como regra, reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado em Recurso Especial (Súmula 7/STJ). Excepciona-se apenas a hipótese de valor irrisório ou exorbitante, o que se configura neste caso. 2. Nas contra-razões do apelo especial, os agravantes consignaram que "não se pode perder de vista que, no caso em tela, o êxito obtido por meio de exceção de pré-executividade correspondeu a R\$ 1.131.394,64, valor que não pode ser desconsiderado no momento da fixação da verba honorária" (fl. 235). 3. Hipótese em que a Fazenda Pública Estadual foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios em 5% sobre o valor executado, que alcança aproximadamente R\$ 56.700,00, sem levar em conta a atualização monetária devida, o que não se justifica, mormente se o Tribunal de origem registrou "o diminuto trabalho desenvolvido no feito, que se restringiu à petição de exceção, e a natureza do ente sucumbente, bem como as demais condicionantes do art. 20, § 4º, do CPC" (fl. 184). 4. Considerando que o réu é ente público estadual, razoável sua condenação ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de honorários advocatícios, para que não se onerem em demasia os cofres públicos. (...) (STJ, AgRg no REsp 1167486/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 18/03/2010, DJe 30/03/2010)

não existe. Com outras palavras, o reexame de fatos vedado pelo direito sumular (Súmula 07 do STJ), só ocorre se o fato foi aferido pela instância ordinária, o que não ocorre no caso de omissão relacional envolvendo o fundamento que dá sustento ao pedido.

Nestas condições, a Corte Superior ao verificar que na instância ordinária ocorreu omissão, não estando presente fundamentação acerca da fixação da verba honorária e que o interessado se valeu dos embargos de declaração para suprir o vácuo, sem que houvesse êxito no julgamento destes, não haverá nada de extraordinário se o recurso de índole especial for provido, para o fim de que o órgão ordinário apresente a fundamentação que foi sonegada acerca da fixação da verba honorária.²⁶

Assim, até mesmo para a restrita questão colocada em exemplo (análise acerca da fixação de honorários em sede excepcional), os embargos de declaração se tornam peça chave para resgatar a *omissão relacional*, no intuito de preencher o espaço vazio da motivação que foi cabulada pelo órgão judicial, ainda que involuntariamente.

Percebe-se que os embargos de declaração utilizados para afastar a *omissão relacional* estarão cumprindo função constitucional de fazer garantir o direito à motivação, conforme previsto no artigo 93, IX e X, da Constituição Federal de 1988, que abomina as decisões desmotivadas.

26. Com inteligência próxima, confira-se: “No que se refere à alegação de omissão do julgado acerca da insurgência contra a verba honorária fixada na sentença, é de se constatar, de fato, que o Tribunal de origem, não obstante ter sido instado a se manifestar sobre a questão, em sede de recurso de apelação, e, posteriormente, por ocasião da oposição dos embargos de declaração, não exarou qualquer juízo de valor (...) Constatada a pertinência dos embargos de declaração, revela-se infundada a cominação de multa de 1% sobre o valor da causa, com fulcro no artigo 538 do CPC ao recorrente, que, conforme assinalado, demonstrou legítimo interesse de obter, por meio dos embargos aclaratórios, decisão de natureza explicativa e integrativa (...) Recurso Especial parcialmente provido para cassar o acórdão prolatado em sede de embargos de declaração” (STJ, REsp 1099820/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2011, DJe 17/03/2011); “Inobstante tenha sido o Tribunal de origem desafiado, por meio de embargos de declaração, a manifestar-se acerca do referido erro material, bem como da alegada violação do art. 467 e 468 do CPC, em face da modificação da base de cálculo dos honorários fixada pelo juízo da execução, este manteve a orientação adotada, além de não se manifestar quanto à afronta ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, em face da fixação de verba honorária demasiadamente onerosa para os cofres públicos. (...). Dessa forma, é imperioso concluir que a decisão de segundo grau é nula, pois tem fundamentação plenamente equivocada, sendo evidente a violação do art. 535 do CPC. (...). Recurso especial provido” (STJ, REsp 993.229/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 21/09/2009).

2.3. Omissão direta e omissão indireta – subtipos de omissão ontológica²⁷

Tomando como ponto de partida a sistematização consagrada por Pontes de Miranda, é possível alocar uma segunda classificação, em verdade uma subclassificação da omissão ontológica em omissão direta e omissão indireta.

Omissão direta é aquela que se refere à ausência de exame de questão trazida pelas partes, ao passo que a omissão indireta diz respeito à falta de análise de questão que deveria ser resolvida de ofício pelo julgador embora não suscitada pelas partes²⁸. Observe que nos dois casos falamos de ato judicial que não tratou, nem na fundamentação nem no dispositivo, de algum ponto, isto é, olvidou completamente da questão. Isso nos permite dizer que as omissões direta e indireta ocorrem no seio da omissão ontológica. Ou seja, independente se a omissão afeta ponto trazido pela parte ou matéria de ofício, tendo o ato judicial calado completamente sobre o ponto/matéria, depara-se com omissão ontológica.

Assim, a omissão ontológica deve ser compreendida sob uma perspectiva mais ampla, não apenas como a ausência de decisão sobre alguma questão trazida pelas partes, mas sim como a ausência sobre qualquer ponto sobre o qual o juiz deveria se manifestar e não o fez.

Portanto, não apenas questões trazidas pelas partes podem dar ensejo à omissão. Todas as questões que deveriam ter sido resolvidas no julgamento e cuja apreciação poderia dar-se de ofício pelo julgador (ou julgadores, em caso de decisão plúrima) antes de aperfeiçoada a decisão poderão ser alvo de embargos de declaração, eis que estará caracterizada omissão indireta, por não ter sido levado a cabo o dever de atuação oficiosa do magistrado.²⁹⁻³⁰

27. Tratamos do tema com mais vagar no seguinte artigo: Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). In: José Miguel Garcia Medina; Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz; Luis Otávio Sequeira de Cerqueira; Luiz Manoel Gomes Junior. (Org.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 57-78.

28. Saliente-se que, se a parte alegar alguma matéria que poderia ter sido conhecida de ofício pelo Judiciário (por exemplo: o requerido invoca a decadência legal) e a questão não for apreciada pelo magistrado, não se terá omissão indireta, mas omissão direta, já que, nada obstante o dever de o julgador se pronunciar (de ofício) sobre a matéria, a questão foi expressamente apresentada pela parte interessada, porém não decidida pelo Estado-juiz

29. Sem a classificação aqui efetuada, mas parecendo adotar a mesma idéia (ainda que com variações e algumas limitações), confira-se: Humberto Theodoro Júnior (Recursos: direito

2.4. Erro material – espécie de omissão indireta

Esmiuçando um pouco mais as formas de omissão, nos deparamos com a figura do erro material, que consiste em falha de expressão, geralmente fruto de distração do julgador no momento de coferir sua decisão. Em outras palavras, o julgador deveria ter lançado determinada palavra ou expressão, mas, em curso diferente do raciocínio lógico, acaba por estampar algo diverso.

Seria o caso, por exemplo, da sentença que troca o nome das partes, posicionando como autor o réu, e vice-versa. Ou então, a decisão que pro-lata arbitrar “honorários advocatícios no percentual máximo de 200%”, onde obviamente almejou-se expressar 20 ao invés de 200.

Observe que a falha de expressão, especialmente quando se tratar de questões de conta ou elementos aritméticos, deve ser evidente, flagrante, não pairando dúvida sobre o equívoco.³¹⁻³²⁻³³

processual ao vivo. Volume II. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 100), Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (Recursos no processo do trabalho. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 270), J. S. Fagundes Cunha (Recursos e impugnações nos juizados especiais cíveis. Curitiba; Juruá, 1996, p. 96).

30. Quando se fala em questão que deve ser tratada de ofício, há um intuitivo apego às matérias de ordem pública, como se estas fossem às únicas que reclamam o exame pelo órgão judicial, independentemente de postulação do interessado. Há que se ressaltar que a possibilidade de conhecimento oficioso, na realidade, constitui mero desdobramento processual que se atribui a determinadas matérias, existindo algumas que, muito embora possam ser pronunciadas de ofício, não são de ordem pública, tais como aplicação de juros e correção monetária, honorários de advogado, prestações periódicas, fato superveniente, dentre outras.
31. Correta a orientação de Fernando Amâncio Ferreira: “O erro material dá-se quando o juiz escreveu coisa diversa do que queria escrever, quando o teor da sentença ou despacho não coincide com o que o juiz tinha em mente exarar, quando, em suma, a vontade declarada diverge da vontade real. O juiz queria escrever absolvo e por um lapso, inconsideração, distração, escreveu o contrário: condeno”. Mais adiante, com esteio em Liebman, o autor arremata: “Erro material é erro na expressão, não no pensamento, somente a leitura da sentença deve tornar evidente que o juiz, ao manifestar o seu pensamento, usou nomes, palavras ou algarismos diversos daqueles que deveria ter usado para exprimir fiel e concretamente as idéias que tinha em mente. Pertence ao conceito de erro material ainda o erro de cálculo, que pode ser retificado também, simplesmente refazendo-se as operações aritméticas executadas ao formular o julgamento. Por outras palavras, o erro material é o que fica a dever-se a uma desatenção ou um engano ocorrido na operação de redação do ato.” (Manual dos recursos em processo civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 44). Com alguns exemplos de erro material, confira-se: Jorge Americano (Comentários ao código de processo civil do Brasil. 4º volume. 2ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 82)
32. A redação do artigo 285 do Código de Processo Civil de 1939 nos auxilia a compreender o conceito de erro material, confira-se: “As inexatidões materiais, devidas a lapso manifesto, ou os erros de escrita ou de cálculo, existentes na sentença, podendo ser corrigidos por despacho, ex-officio ou a requerimento de qualquer das partes”.

O artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973³⁴ autoriza ao juiz alterar a sua sentença nos casos de *inexatidão material* ou para corrigir *erro de cálculo*, através da *atuação de ofício* ou de intervenção provocada pelo *interessado*. Tratando-se, portanto, de hipótese passível de arguição de ofício pelo órgão julgador, é possível encará-la como verdadeira espécie de omissão indireta. Como vimos anteriormente, todas as questões que deveriam ter sido resolvidas no julgamento e cuja apreciação poderia dar-se de ofício pelo julgador antes de aperfeiçoada a decisão caracterizam omissão (indireta), por não ter sido levado a cabo o dever de atuação oficiosa do magistrado, e, conseqüentemente, poderão ser alvo de embargos de declaração.

Podemos dizer que o ponto de maior distância entre o erro material (e/ou erro de conta) em relação a outras hipóteses de omissão passíveis de correção via embargos de declaração, está no fato de que no deslize material não há estabilidade da decisão que o contém, isto é, não se opera a preclusão e a coisa julgada nos moldes ordinários, já que se admite a sua correção de ofício e a qualquer tempo³⁵.

Apesar de ser possível declarar o erro material de ofício ou através de simples petição, nada impede que a correção se dê através dos

-
33. No sentido: "o erro material corrigível a qualquer tempo e que não transita em julgado com a homologação da conta é o aritmético e de cálculo, detectáveis ao simples exame da conta. Eventual divergência acerca de critérios de cálculo e de seus elementos não configura erro material." (STJ, AgRg no REsp 1214902/PR, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES, SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2011, Dje 14/03/2011). Igualmente: "Erro material é aquele evidente, decorrente de simples erro aritmético ou fruto de *inexatidão material* e não erro relativo a critérios ou elementos de cálculo" (STJ, REsp. 1018722/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2009, Dje 25/06/2009).
 34. O caput do artigo 463 do Código de Processo Civil de 1973, antes da reforma feita pela Lei 11.232/2005, trazia em seu caput a expressão "sentença de mérito", dando a falsa idéia de que apenas estas poderiam ter os erros materiais corrigidos. Este raciocínio literal não vingou, sendo a correção aplicável também às sentenças processuais (sem resolução de mérito). No sentido: José Frederico Marques (Manual de direito processual civil. Vol. III. 2ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 47) e Márcio Flávio Salem Vidigal (Embargos de declaração como instituto processual. In Embargos de declaração no processo do trabalho. Vitor Salino de Moura Eça (Coord.). São Paulo: LTr, 2010, p. 46).
 35. No sentido: "A correção de erro material disciplinado pelo art. 463 do CPC não se sujeita aos institutos da preclusão e da coisa julgada, porquanto constitui matéria de ordem pública cognoscível de ofício pelo magistrado. Precedentes" (STJ, AgRg no Ag 1333013/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, j. 11/10/2011, Dje 24/10/2011); "O evidente erro aritmético constante na sentença pode ser corrigido a qualquer tempo, ainda que tenha ocorrido o trânsito em julgado do decreto condenatório" (STJ, REsp 773.226/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, j. 11/04/2006, DJ 08/05/2006, p. 283).

embargos declaratórios. Destaque-se também que ,mesmo que o julgador tome conhecimento do erro material por meio de embargos de declaração intempestivos, nada obsta – muito pelo contrário, é um dever do magistrado – que o vício apontado seja sanado, caso se verifique que, de fato, houve o deslize denunciado.³⁶

3. BREVE FECHAMENTO

A sistematização das hipóteses de omissão consagrada por Pontes de Miranda – omissão ontológica e omissão relacional – é um interessante ponto de partida para o estudo das variadas formas em que a omissão pode se dar nos atos judicantes e os efeitos processuais delas decorrentes.

A classificação é didática e facilita a compreensão da omissão como *vício decisório*, na medida em que fica evidenciado que a omissão pode ocorrer de formas diferenciadas e o seu saneamento (normalmente feito através de embargos de declaração) não se processará sempre de forma idêntica.

36. No sentido: José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim (Recursos e ações autônomas de impugnação. São Paulo: RT, 2008. v.2 p. 199).

45

PROCESSO CAUTELAR: HORAS DE OCASO?

Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas¹

Roberto Wanderley Nogueira²

SUMÁRIO – Introdução – 1. Procedimentos cautelares como garantia da justiça: considerações sobre o tempo no direito – 2. Critérios para definir os procedimentos cautelares: 2.1. Provisoriedade, função preventiva e urgência; 2.2. Instrumentalidade e função conservadora – 3. Proposta de classificação para os procedimentos cautelares – 4. O especial caso do poder geral de cautela do juiz – 5. Características dos procedimentos cautelares: 5.1. As duas faces do “periculum in mora”; 5.2. A instrumentalidade hipotética dos procedimentos cautelares como previsão dos efeitos do procedimento principal; 5.3. A cognição em sede de cautelar; 5.4. O particular caso da coisa julgada em sede de procedimento cautelar: variabilidade e extinção por prazo; 5.5. A execução cautelar – 6. Constatações finais sobre a sistemática dos procedimentos cautelares – 7. Os procedimentos cautelares e os novos contornos do processo civil: 7.1. Os procedimentos cautelares à luz do racionalismo: crítica à teoria clássica; 7.2. A evolução do escopo cautelar do processo e os entraves do paradigma racionalista; 7.3. Provisoriedade, temporariedade, referibilidade e instrumentalidade das tutelas cautelares: sinônimos de enfraquecimento?; 7.4. Uso alternativo dos procedimentos ordinários, poder geral de cautela e o advento da antecipação de tutela: esvaziamento do processo cautelar? – 8. Vida longa aos procedimentos cautelares: conclusões – Referências.

INTRODUÇÃO

- I. Este trabalho é resultado dos esforços de aprendizagem e de pesquisa na graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/ Universidade Federal de Pernambuco, junto à disciplina Direito Processual Cautelar. Traduz uma contribuição aos saberes aplicados

1. Bacharel em Direito e ex-Monitor de Teoria Geral do Processo/Faculdade de Direito do Recife (UFPE).
2. Doutor em Direito Público e Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-doutor em Direito (UFSC).

em um instante histórico em que recrudescer a crise de identidade epistemológica e também gnoseológica da Teoria do Processo Cautelar como ferramenta indispensável à satisfação dos interesses juridicamente tutelados pela ordem normativa e pela convergência social que reclama a pacificação das tensões em choque.

Inclui-se à ideia de crise o concerto progressivo de eliminar a autonomia legislativa do cenário normativo dessa disciplina processual, marcada por uma recorrência frenética que decorre das utilidades práticas cada vez mais complexas e que são ordinariamente reclamadas pela contemporaneidade.

Nesse contexto lancinante, se projeta até mesmo a supressão do Livro III, do Código de Processo Civil brasileiro, muito embora se enfatizando a principiologia do Processo Cautelar em sede meramente cognitiva, ou ainda em outras topografias. Evidencia-se, pois, um esforço de sincretização – nem sempre razoável – das multiplicidades dos microsistemas processuais encartados na legislação codificada.

O presente estudo reúne o escopo de traçar os elementos dessas inconsistências teóricas, classificando-as a bem da melhor compreensão de um regime jurídico que não encontra móvel à pretendida superação. Ainda que se traduzam os seus enunciados com terminologias tidas como pós-modernas, fortemente imbricadas na tecnologia³, seu concerto essencial continua sendo universal e acrítico porque projeta manifestações práticas sem cuja disciplina ostensiva não se pode compreender a ideia geral, inteiramente constitucionalizada, de efetivo acesso à Justiça.⁴ Até porque nem toda tutela de urgência implica necessariamente uma medida cautelar, específica ou inominada, e a falta de um regime próprio pode gerar enormes dificuldades, sobretudo hermenêuticas, na composição judicial dos casos concretos; porque, enquanto a medida cautelar propõe uma defesa vinculada a processo ou relação jurídica material distintos (tutela provisória), a antecipação da tutela jurisdicional importa em necessária cognição final de um direito subjetivo posto, de bem da vida certo e determinado (tutela definitiva). Paradoxalmente, esse amálgama epistemológico é o que está sendo gestado, entre nós,

3. “El empleo de tecnología en la gestión judicial está llamado, más que a desempeñar un papel meramente instrumental, a constituirse en un factor estratégico indispensable dentro del proceso de modernización y de mejora del servicio al ciudadano por parte de la Administración de Justicia.” (Bielsa; Brenna, 1996, p. 59.)

4. Cappelletti; Garth, 1988, p. 15.

por iniciativa do Congresso Nacional⁵, a partir de um Anteprojeto de Lei que institui o novo Código de Processo Civil brasileiro e que está sendo apresentado à discussão geral e ao processo legislativo ordinário pelo Presidente do Senado Federal, responsável pela designação de uma Comissão de Juristas, mediante o Ato nº 379/2009, que ao longo de hum ano trabalhou na elaboração do referido documento.⁶ Seus resultados certamente serão, ainda, objeto de candentes debates nacionais e podem sofrer uma ampla cepa de objeções, sem embargo da possibilidade de virem a ser firmados de modo inteiramente distinto, se até lá não for abandonada a ideia de uma nova codificação, justo após um grande movimento de modernização legislativa que se vem processando, com êxito, desde a década dos anos '80, em particular.

Nada obstante, não se descarta da complexidade potencial e efetiva de tais procedimentos. Desde as primeiras décadas do século passado, o pensamento jurídico já acentuava a predisposição de “penumbra” em que o Processo Cautelar sempre se houve estabelecido, muito embora se afigurasse, desde ali, como uma estrutura jurídica formidavelmente “fecunda”.⁷ O quadro não parece ter se modificado significativamente até os dias que correm, porque se, de um lado, o Processo Cautelar continua sua sina de ilustre “desconhecido”, sobretudo de grande parte dos operadores forenses, de outro consiste em um território normativo fecundo, por demais complexo, à germinação proativa das causas submetidas à atividade jurisdicional do Estado. O que parece ocorrer de um modo mais ou menos uniforme no pensamento jurídico ocidental de tradição romano-germânica é uma espécie de descaso profissional para o que se convencionou, ainda que inconscientemente, como um metassistema jurídico, traduzido por normas que podem ser, supostamente, classificadas como de segundo plano, hierarquizadas em graus inferiores aos daquelas que compõem o tecido do Processo de Conhecimento e do Processo de Execução.

Por isso, se tem aventado uma espécie de realismo fantástico em torno do Processo Cautelar, segundo o que terá sido ele esvaziado de

5. Disponível em: <https://conteudoclippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2010/6/7/comissao-apresenta-hoje-anteprojeto-que-muda-processo-civil>. Acesso em 07/06/2010. Íntegra do Anteprojeto disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em 09/06/2010.

6. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/agencia/verNoticia.aspx?codNoticia=102637&codAplicativo=2>. Acesso em 07/06/2010.

7. Calamandrei, 2000, p. 8.

sua substância jurídica e, como tal, perdido o seu sentido lógico. No limite, fala-se na inteira desmoralização das normas que o sedimentam no plano legislativo, também e principalmente em face do advento de dispositivos que, preconizando outras tutelas de urgência, acabam favorecendo a fungibilidade entre elas de um modo mais ou menos informal, superando “barreiras” atinentes ao *devido processo legal*, como princípio de segurança jurídica que se exclui por pretexto de eficácia, referido ao procedimento cautelar específico. É, por exemplo, a hipótese do § 7º, do artigo 273, do Código de Processo Civil vigente (redação determinada pela Lei nº 10.444, de 07/05/2002), pelo qual fica assegurado ao autor da ação de conhecimento – que pedira, a rigor, antecipação da tutela jurisdicional e não providência cautelar conservativa ou modificativa que garantisse o advento daquela tutela mesma – a possibilidade de lhe ser concedida incidentalmente, nada obstante a plataforma processual em que suscitada de modo indireto. Nesse caso, o incidente exclui a autonomia formal da medida cautelar supletivamente adotada e reflete um estado de descompromisso para com a teoria que lhe confere substância jurídica própria.

Sem embargo, autores de peso acreditam na correção do advento legislativo em referência sem levar em conta, porém, que a vida forense não é ordinariamente visitada pelas melhores intenções do legislador⁸, mas pelas relações utilitárias que se desprendem da prática processual como quando se prodigalizam requerimentos de um instituto por outro e ao mesmo tempo não se operam controles judiciais satisfatórios quanto às suas respectivas admissibilidades, sobretudo em razão da descontinuidade entre a demanda e a capacidade funcional de responder a ela (morosidade da Justiça).⁹

Com efeito, não é pela eliminação pura e simples dos objetos que se vai enfrentar adequadamente os problemas que, na ordem jurídica, convergem para uma “Epistemologia da Complexidade”.¹⁰ De acordo com uma proverbial lição de Carnelutti: “Infelizmente, a reserva, para não dizer o desprezo, que os técnicos nutrem pelos cientistas é muitas vezes paga com usura, e é o fruto de uma mesma soberba.”¹¹

8. Luz, 2006, *passim*.

9. “...é verdadeiramente correta, útil e oportuna a inovação trazida pela segunda Reforma, ditando a fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias.” (Dinamarco, 2009, p. 69.)

10. Carneiro, 2009, pp. 37-40.

11. Carnelutti, 2005, p. 85.

Evidente que não se faz proselitismo da dogmática jurídica em um território gnoseológico de índole eminentemente prático, cujos domínios somente são plenamente alcançados pela hermenêutica¹², em um momento de grandes transformações sociais, altamente complexas, e de variáveis tecnológicas de ponta, quicá indescritíveis.¹³ Julgar sem norma, todavia, equivale a arbítrio e o produto desse arbítrio é sempre uma intolerável “antinomia jurídica”.¹⁴

Como se pode dimensionar do quadro exposto, a prática gerou uma espécie de “espaço emocional” no lugar do tempo (transitoriedade) que é o substrato funcional das cautelares.¹⁵

Aqui se vai tratar exatamente disso.

II. Por outro lado, a ciência como construção encontra na sucessão de seus cultores – sobretudo os mais empenhados em perscrutar-lhe a substância lógico-gnoseológica bem assim a formatação epistêmica de seus enunciados – o sedimento que a torna viva e impulso firme para a civilização.

No âmbito da sociedade do conhecimento essa marca atinge seus últimos graus, haja vista as altas taxas de verificação e acerto das abordagens, enquanto a ciência profliga a justificação dos agires racionais, os quais são a própria lógica do relacionamento humano moderno, dir-se-ia mesmo pós-moderno.¹⁶

12. Silva, 2006, pág. 1.

13. “O olhar sobre o mundo é conduzido pelo contínuo flutuar de um não-saber, que se renova pela inclusão e pela exclusão de corajosas aquisições de uma tradição milenar.” (Giorgi, 2006, p. 205.)

14. Bobbio, 1989, p. 81.

15. “Há duas possibilidades de desacertar na visão de uma pessoa ou de uma coisa: delas estando muito perto, ou delas ficando muito afastado. Por falta de um optimum de distância, parecem excessivamente reduzidas, ou excessivamente engrandecidas. Não se trata de uma questão de distância física, mas de atitudes de quem vê. Deslocamo-nos numa espécie de espaço emocional quando observamos com indiferença, ou quando observamos com estima ou desestima. Estamos mais próximo no afeto e no desafeto, no apreço e no desapreço, que na atitude de indiferença. A desestima empequenece os valores das pessoas e das coisas, como a estima prodigamente sobreexcede seus reais limites.” (Vilanova, , 1975, p. 19)

16. Inserindo-se o objeto no espaço histórico da pós-modernidade, entendida esta como uma atmosfera de reconhecimentos de crise, haja vista o segmento histórico anterior – a modernidade – pelo qual “...nem todas as promessas se concretizaram, o que autoriza a postura crítica e reflexiva dos pós-modernistas, bem como uma Teoria Crítica do Direito, primeiro passo para a mudança de paradigmas em prol de um ordenamento jurídico efetivo e de uma sociedade livre, justa e solidária”, de acordo com o que escreve José Ricardo Alvarez Vianna (Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14168>).

Sobra desse contexto de superação dos quadros históricos tradicionais – a pós-modernidade – o debate ético resgatado da Antiguidade Clássica e que confere a certeza de que o passado e os talentos humanos não podem ser de modo algum desprezados entre os que cultivam a ciência mesmo e principalmente nos dias que correm.

Portanto, a ciência seria estática se não se reconstruísse pela ação dos novos pensadores científicos que se sucedem de geração em geração; e também seria esotérica se não levasse em consideração os fundamentos universais que a informam desde os primórdios, muito embora revestidos de crescente aprofundamento e compreensão essencial. O acriticismo científico é, portanto, um *non sense*. Por isso, não gera substância racional e lógica capaz de suportar sua própria construção que se aperfeiçoa ao longo da história e, como dito, mediante o empenho das gerações de pensadores que se sucedem.

O presente trabalho vem ao encontro desse fenômeno o qual recrudescer de tempos em tempos a partir dos pórticos de tradicionais Escolas de Direito, a exemplo da velha Faculdade de Direito do Recife, onde, aliás, tudo começou no mesmo instante em que uma mesma atitude era tomada no Largo de São Francisco, São Paulo. O exercício, pois, pretende inscrever-se na dimensão assim em profundidade quanto em extensão na formação do pensamento jurídico contemporâneo e contribuir para as novas formulações legislativas ora em debate no cenário político nacional.

Espera-se que as técnicas empregadas no desenvolvimento do tema permitam sensibilizar os juristas, sobretudo aqueles de formação genuína, para o porvir que a tantos reclama e urge.

A capacidade de transmitir informações e saberes para qualquer pessoa em qualquer lugar e a qualquer momento é, realmente, uma das maiores conquistas da humanidade em todos os tempos. Pensar essa atitude no meio acadêmico é conferir-lhe o estado de excelência que se persegue institucionalmente, apesar de toda conjuntura. Parece evidente que no Brasil as conjunturas políticas que tratam da educação pública são ainda desastrosas. Mas, há saliências positivas que convém sejam exploradas em face do futuro.

Acesso em 11.01.10). Trata-se, numa palavra, de acentuar as contradições do sistema sob análise crítica pertinente, tendo em vista o que Allain Touraine define como o triunfo de la economía sobre la política. (Touraine, 2006, p. 13)

Por isso mesmo, todas as dinâmicas que venham no compasso das necessárias inovações pedagógicas se prestam a facilitar a capacidade de comunicação, ora diminuindo a relação de dependência aos equipamentos e usos tradicionais, ora adaptando-os às hostilidades ambientais ou, ainda, através da criação de novos métodos. Um contexto de adversidades exige, portanto, bem mais criatividade de parte dos atores da ação pedagógica a fim de que os objetivos da construção do saber se aprimorem efetivamente e não como simples cosmética de aprendizagem fundada no velho pacto da mediocridade em que professores fazem de conta que ensinam e alunos fazem de conta que aprendem.

Nesse sentido, a experiência didático-científica dos autores quer lançar âncoras à comunidade jurídica e estes o fazem na esperança de que a crítica mais abalizada possa realmente aprimorar o presente esforço de construção teórica da disciplina cautelar, ora em foco das mais argutas inteligências.

Parece importante ressaltar que todo o apurado em sala de aula, quando disposto em bases solidificadas pela metodologia e pelos resultados, deve compor o mesmo destino da ciência: a universalidade. De fato, toda bagagem informacional que se amalha na construção pedagógica séria deve submeter-se ao crivo da solidariedade científica, cujo papel tem sido prioritariamente desempenhado pela mídia técnica e especializada. A propósito, o solidarismo científico traduz um dos mais recorrentes fundamentos éticos da própria ciência. E nem se aterra diante das adversidades comumente atrativas às diversas formas de acomodação, as quais afastam os agentes sociais de seus mais autênticos destinos. Tanto os que estão no verdor de sua formação acadêmico-profissional, e já despontam vigorosos, quanto aqueles que já se encontram em algum estágio de maturidade na formação do próprio pensamento aplicado. Afinal, entre os homens, uma inspiração socrática ensina que não há aquele que saiba o suficiente do muito que deveria saber. A humildade que eleva e que engrandece é a marca que consagra o espírito científico e o valor de suas produções.

Os autores esperam que, sob tais considerações e espiritualidade, possa o trabalho vertente abranger uma pauta mais ou menos abrangente de quantos se preocupem com o importante tema dos procedimentos cautelares e do que eles representam, ontem como hoje, para a Teoria do Processo e para a estabilidade das relações sociais na contemporaneidade.

1. PROCEDIMENTOS CAUTELARES COMO GARANTIA DA JUSTIÇA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMPO NO DIREITO

A partir do exame do termo “processo”, do latim *procedere*, seguir avante, percebe-se nitidamente que a noção de tempo lhe é inseparável. Tomando-se por base o ensinamento de Couture: “o processo é uma relação continuada que se desenvolve no tempo”.¹⁷ Nesse passo, a lentidão da marcha processual finda por comprometer o próprio processo e, conseqüentemente, os direitos por meio deste operados. Fato histórico que é em sua dinâmica prática, o processo “é apenas um ponto numa linha interminável (...) em que repousam todos os pontos antecedentes, que se fazem presentes sem perderem seu modo de ser pretéritos.”¹⁸

Fala-se, então, em efetividade dos provimentos jurisdicionais que enseja a abreviação do tempo de duração do processo, enquanto manifestação exaustiva e pontual do Estado. De acordo com a lição de Marinoni:

a demora na obtenção do bem significa sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo, maior será o dano imposto ao autor e, por conseqüência, maior será o benefício conferido ao réu [...] e o processo para ser justo deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito.¹⁹

Ao lado da tentativa de efetivação do princípio da celeridade, imperioso considerar a existência de outros mecanismos por meio dos quais se tenta assegurar a eficácia do provimento jurisdicional pleiteado pelo demandante. Neste particular, fala-se, então, nos procedimentos cautelares, meios idôneos para se tutelar, instrumentalmente, a eficácia do resultado final a ser atingido em outro procedimento jurisdicional a ele referido.

É justamente sobre os procedimentos cautelares que se debruça este artigo, o qual pode ser dividido em dois conteúdos, a saber: um primeiro, pelo qual, brevemente, as características e as peculiaridades

17. Couture, 2008, p.109.

18. Vilanova, 1975, p. 20.

19. Marinoni, 2004, p. 107.

dos mencionados procedimentos são abordadas, à luz do pensamento de Calamandrei; um segundo conteúdo, destinado a propor uma crítica ao paradigma racionalista de certeza, como concepção clássica, que conduz os procedimentos cautelares ao desprestígio. Por fim, analisa-se a atual posição preenchida pelo processo cautelar autônomo, segundo a dinâmica do ordenamento jurídico processual brasileiro, questionando-se, outrossim, quanto ao seu sentido e pressentido esvaziamento.

2. CRITÉRIOS PARA DEFINIR OS PROCEDIMENTOS CAUTELARES

Tomando-se por empréstimo as palavras de Piero Calamandrei, o procedimento cautelar se distingue de todos os demais provimentos jurisdicionais por apresentar um caráter próprio. Tal “autonomia”, cumpre ressaltar, é evidentemente substancial, guardando pouca relação com o aspecto processual que envolve a modalidade procedimental em comento.

Explica-se. De acordo com a doutrina processual da qual é expoente o citado autor italiano, o processo que finaliza um procedimento cautelar não tem uma característica e permanente estrutura exterior que permitam considerá-lo formalmente como um modelo à parte. Assim, consoante dito, é o conteúdo do procedimento jurisdicional ou os seus efeitos que servem para definir-lhe; jamais o contrário. Claudica, destarte, a ideologia vigente na doutrina clássica, a qual atribuía um rígido caráter dual à função jurisdicional – de conhecimento e de execução – que desprestigiava os procedimentos cautelares, outrora considerados mero apêndice da execução forçada.

Porém, mais importante que destacar a posição singular dos procedimentos cautelares de sua topografia instrumental é compreendê-los em sua índole funcional, de atuação da lei no processo. Este é o grande escopo da lição de Calamandrei. Apenas assim poder-se-ia abordar a função cautelar como forma autônoma de tutela. Ressalte-se, no entanto, que os procedimentos cautelares podem ostentar efeitos declarativos ou executivos, de acordo com os casos concretos a que se refiram.

Passadas estas breves considerações, permite-se apontar alguns caracteres que auxiliam, na tradição jurídica, à identificação teórica dos procedimentos cautelares. Insista-se, ademais, que não há ações ou procedimentos puros.

2.1. Provisoriedade, função preventiva e urgência

Na busca por particularidades que servem à identificação dos procedimentos cautelares, Calamandrei escolhe a *provisoriedade* como um de seus caracteres distintivos. Fala, assim, na limitação da duração dos efeitos (declarativos ou executivos) dos provimentos cautelares. Nesse mister, convém notar que o conceito de provisoriedade/interinidade é diferente daquele de temporaneidade. Diz o autor:

Temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura para sempre, aquilo que independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; provisório, por sua vez, é aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, este estável e durável. [...] A qualificação de provisórios dada aos procedimentos cautelares em última análise significa isto: os seus efeitos jurídicos não só têm duração temporânea – fenômeno que sob certo aspecto pode-se considerar comum a todas as sentenças pronunciadas, como acontece com a cláusula *rebus sic stantibus*.²⁰

Os procedimentos cautelares, portanto, tem duração limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre o emanar do procedimento cautelar e a promulgação de outro procedimento jurisdicional, o qual vem a ser definitivo.

Imperioso ressaltar, ainda, que a provisoriedade não é característica única dos procedimentos cautelares. Seria inexacto caracterizar como definitivos todos os procedimentos não cautelares, dado que existe todo um grupo de procedimentos não cautelares que, por sua vez, não são definitivos. A título de exemplo deste último caso, citam-se a execução provisória e os procedimentos sumários, nos quais, observadas certas circunstâncias, dribla-se o rito ordinário de conhecimento, sendo emitidos juízos de probabilidade que poderiam, concretamente, resultar equivocados, daí a provisoriedade dos efeitos de tais procedimentos abreviados.

Nesse sentido, a provisoriedade de um procedimento sumário nasce da possibilidade de um provimento definitivo que pode alterá-lo, ou não. Não se pense, todavia, que a provisoriedade dos procedimentos cautelares deve-se à cognição sumária que, nestes, não consubstancia regra.

20. Calamandrei, 2006, p. 26.

Pelo contrário: a concessão de uma medida cautelar baseia-se, regra geral, em procedimento ordinário. Nem por isso os efeitos de tal provimento tendem a se tornar definitivos. Observa-se, assim, que a provisoriedade do procedimento cautelar vincula-se à natureza própria dos efeitos da cautela. Para Calamandrei, por isto, é no *periculum in mora* que se encontra a chave para alcançar a plena definição dos procedimentos cautelares. É que a relação que tal procedimento constitui é por sua natureza destinada a esgotar-se quando o seu objetivo for finalmente alcançado – o que ocorre no momento em que for emanado o procedimento sobre o mérito da controvérsia.

No que se refere à função preventiva dos procedimentos cautelares, Calamandrei faz lúcida constatação: não se deve confundir a tutela preventiva com a tutela cautelar, apesar da tênue distinção entre ambas. Esclarece-se: a tutela preventiva, conquanto se revista de certa ordinariade, dispõe em seus efeitos de um traço de definitividade. A título de distinção, também, o interesse para invocar a tutela jurisdicional pode surgir antes que o direito tenha sido efetivamente lesado, tão só pelo fato de que a lesão se prenuncie próxima e provável.

Por fim, fala-se em tutela cautelar como algo relacionado à urgência – o que não se demonstra equivocado. De fato, os remédios cautelares devem ser ministrados quando, para atingir os objetivos finais do procedimento jurisdicional, estes devam ser emanados sem atraso.

É justamente do contexto acima que nasce o conceito de *periculum in mora*, o qual, na lição de Calamandrei, surge ao lado da prevenção e da urgência como elementos viabilizadores da tutela cautelar. Relaciona-se tal *periculum* ao eventual/ulterior dano que ameaça o direito *sub iudice*, diante da lentidão da tutela ordinária, que lhe compromete a eficácia. Configurada tal hipótese, necessita-se de uma medida de urgência a fim de dar guarida ao direito em debate no seio de procedimento definitivo, ordinário. Segundo Calamandrei, essa mora indispensável ao cumprimento do ordinário *iter* processual ameaça tornar praticamente ineficaz o procedimento definitivo, o qual parece destinado, por amor à perfeição, a alcançar tardiamente os seus objetivos.

Aos procedimentos cautelares, então, vê-se claramente uma marca: a da celeridade. Tanto é assim que em seus conteúdos, dada à preocupação maior com a rápida solução dos litígios neles vergastados (tensões sociais em choque), abdicam, em certa medida, do sentido essencial da Justiça,

resolvido, na sucessão cronológica e no segmento lógico da marcha regular dos processos, de conformidade às ponderações típicas das vias ordinárias de resistência (via cognitiva) ou de insatisfação (via executiva).

2.2. Instrumentalidade e função conservadora

Até aqui, divisa-se em Calamandrei que a nota verdadeiramente típica dos procedimentos cautelares é o caráter instrumental/subsidiário destes. Observe-se que tais procedimentos não são, jamais, fins em si próprios. Por isto é que eles estão predispostos à emanção de um ulterior procedimento de tipo definitivo, ao qual asseguram a eficácia do direito tutelado e do bem da vida a proteger, consoante afirmado anteriormente.

Nesse encaminhamento, a tutela cautelar afigura-se mediata, haja vista o direito substancial em foco. Repise-se que, mais do que realizar Justiça, tal modalidade de provimento jurisdicional se presta à garantia do eficaz funcionamento do seu aparelho institucional. Disso decorre que a relação de instrumentalidade e a falta de definitividade do *decisum* cautelar são corolários desse sistema de intermediação, dessa interface processual. Observe-se que o procedimento cautelar mantém-se estável e de todo intangível até que não sobrevenha aquele provimento sobre a relação substancial do qual ele antecipa os efeitos.

Enfim, engana-se quem atribui aos procedimentos cautelares, ante os caracteres elencados, tão somente, um traço conservativo. Deve-se observar, por prudência intelectual, que, em certas ocasiões, a cautela se presta também a modificar o estado de fato existente do objeto litigioso. Tudo depende da lide (procedimento principal) à qual se dirige a cautela. Isto traduz, aliás, uma outra faceta da instrumentalidade.

3. PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO PARA OS PROCEDIMENTOS CAUTELARES

Ainda, de acordo com Calamandrei, a relação de dependência entre a cautela e o procedimento principal direciona as quatro formas que ela pode assumir: 1) procedimentos instrutórios antecipados; 2) procedimentos dirigidos para assegurar a execução forçada; 3) antecipação dos provimentos decisórios; 4) cauções processuais.

No que se refere aos **PROCEDIMENTOS INSTRUTÓRIOS ANTECIPADOS**, buscam estes antecipar alguns resultados probatórios a fim

de, prevenindo o *periculum in mora*, resguardar os efeitos de um futuro processo de conhecimento. Evidente, nas palavras de Calamandrei, é a necessidade de conservar ou garantir as provas que devem ser preventivamente adquiridas, sejam positivas ou negativas, sob pena de eventual inutilização destas ou do comprometimento das premissas lógicas que servem de fulcro à cognição. Em tais casos, destaca-se que os procedimentos instrutórios antecipados não se esgotam em si mesmos. Patente lhes é o requisito da instrumentalidade.

Também, como se depreende da própria denominação que os classifica, **OS PROCEDIMENTOS DIRIGIDOS A ASSEGURAR A EXECUÇÃO FORÇADA** garantem o resultado prático de uma futura execução, impedindo a dispersão dos bens que possam constituir objeto desta. Quanto a estes, Calamandrei faz duas ressalvas: 1) neles somente irá se incluir a execução provisória se – e na medida em que – não se pretende, por meio da cautelar, satisfazer antecipadamente o credor (acelerar a execução forçada vindoura), mas conservar o direito em litígio, enquanto pendente recurso cujo conteúdo é o próprio objeto da tutela executiva; 2) neles, também, não se incluirá o sequestro quando este possuir função meramente executiva. Mais uma vez, a partir de tal modalidade procedimental de cautela, sobressai solar o elemento da instrumentalidade.

Quanto à **ANTECIPAÇÃO DOS PROVIMENTOS DECISÓRIOS**, cita-se o caso daqueles procedimentos que decidem provisoriamente – esperando que se aperfeiçoe – por meio de processo ordinário, o *decisum* definitivo. Observa-se que, acaso perdurasse a indefinição, até a emanção do referido provimento definitivo, poder-se-ia operar a produção de irreparáveis danos. Trata-se, assim, de decisão antecipada e provisória do mérito da controvérsia, destinada a durar até que sobrevenha um regulamento estável obtido por meio do processo ordinário, marcado pela letargia. Frise-se que, mesmo nestes casos, a decisão antecipada não aspira tornar-se definitiva. Transparecem evidentes, desse modo, em sede de antecipação de tutela, os requisitos da provisoriedade e, outra vez, da instrumentalidade.

Por fim, as **CAUÇÕES PROCESSUAIS** consistiriam, ainda na óptica de Calamandrei, na imposição por parte do juiz de uma caução/prestação posta em função daquele ao qual o procedimento provisório é oportuno, funcionando como condição de exequibilidade para a obtenção de ulterior provimento jurisdicional. Trata-se de garantia preventiva do eventual direito ao ressarcimento dos danos, os quais poderão surgir,

acaso se operar, em sede de julgamento definitivo, a revogação da medida provisória em desfavor daquele contra o qual a mesma foi cumprida.

As **CAUÇÕES PROCESSUAIS** figurariam, então, como uma contra-cautela – contrapeso da celeridade do procedimento cautelar -, prestando-se a equilibrar as exigências discordantes do caso concreto. São dotadas, pois, de caráter instrumental negativo, vez que preparam, com antecedência, antídoto eficaz contra eventuais prejuízos decorrentes da celeridade, consoante restou descrito.

4. O ESPECIAL CASO DO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ

Após deduzir e agrupar os procedimentos cautelares em quatro categorias típicas, Calamandrei questiona acerca do esgotamento dos meios de prover a tutela cautelar. Constata, então, a existência de um **PODER GERAL DE CAUTELA** confiado ao juiz quando se manifesta a possibilidade de um dano que deriva do atraso de um procedimento principal, mas que não foi previsto no ordenamento jurídico.

Na situação tratada pelo parágrafo anterior, o juiz deveria combater de modo preventivo o perigo que pudesse se instaurar eventualmente, ainda que faltasse, no direito positivo, um meio cautelar expressamente disposto para as medidas práticas que, *in concreto*, de logo se demonstrassem idôneas para eliminá-lo. O procedimento, *in casu*, cumpre dizê-lo, beberia em fonte clássica, segundo a qual, “cada direito subjetivo substancial deve ter ao lado de si, como acessório necessário e implícito, um direito substancial de cautela”.²¹ É justamente esta, conforme à frente será aduzido, a atual moldura do **PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ**.

Os autores clássicos do processo cautelar mostram-se céticos quanto aos usos do mencionado Poder Geral de Cautela. Na óptica desses pensadores, todos impregnados dos princípios liberais e racionalistas – conforme se demonstrará adiante -, apenas em certos casos de perigo expressamente considerados pela lei poder-se-ia consentir que o magistrado invadisse a esfera jurídica daqueles contra os quais são requisitadas cautelares, restringindo-lhes a liberdade, antes que seja certa a existência do perigo e, apenas, verossímil o direito de quem o alega.

21. Allorio, *apud* Calamandrei, 2006, p. 79.

Nesse toar, julgam, tamanha intervenção só se viabilizaria mediante cognição ordinária, completa e definitiva. Os procedimentos cautelares, portanto, para a doutrina tradicional, deveriam ser interpretados restritivamente, de modo que o juiz não pudesse, apenas com base no interesse de uma das partes, pronunciar uma condenação. Tal seria atribuir-lhe demasiado poder.

5. CARACTERÍSTICAS DOS PROCEDIMENTOS CAUTELARES

5.1. As duas faces do “*periculum in mora*”

Observa Calamandrei um duplo aspecto de que se reveste o *periculum in mora*, o qual funciona como requisito de propositura dos procedimentos cautelares: 1) acelerar a satisfação do direito como um regulamento provisório; 2) funcionar como garantia preventiva dos meios capazes a possibilitar que o procedimento principal seja justo e eficaz.

No que concerne ao primeiro caso, o procedimento provisório se confunde com a antecipação dos efeitos da tutela. Assim, acelera a satisfação do direito de um modo não definitivo. Veja-se que uma tal perspectiva para o *periculum in mora* se constitui não pela temida escassez dos meios necessários para a formação ou execução do procedimento principal de mérito, mas, propriamente, pela prorrogação, nas moras do processo ordinário, do estado de resistência e de insatisfação do direito sobre o qual se litiga em juízo. O procedimento provisório de que se trata, cumpre anotar, recai diretamente sobre a relação substancial controversa, constituindo uma declaração interina do mérito.

Quanto ao segundo caso, imperioso observar que nele não se decide o mérito. Pelo contrário: sua decisão fica reservada ao juízo principal, preparando-se cautelarmente, e tão só, os meios necessários para o regular desenvolvimento do procedimento definitivo.

Vê-se, então, de acordo com o festejado professor florentino, que a instrumentalidade – marca dos procedimentos cautelares –, se manifesta de maneiras diversas: nas duas situações ora *sub examine* a modalidade cautelar se presta a garantir a eficácia prática do procedimento principal, enquanto no segundo caso essa eficácia prática é considerada sob o aspecto objetivo e direto (conservação dos bens que devem subsistir para tornar produtiva a execução forçada); na primeira hipótese abordada, há uma avaliação subjetiva e indireta, estabelecendo uma relação

entre os efeitos do procedimento principal com a situação principal de necessidade do requerente em vista da qual a execução forçada, satisfatória, mas adiada, poderia resultar subjetivamente inútil. A inocuidade de seu mecanismo seria aí evidente.

5.2. A instrumentalidade hipotética dos procedimentos cautelares como previsão dos efeitos do procedimento principal

Regra geral a emanção dos procedimentos cautelares conduz a um preventivo cálculo de probabilidade sobre aquele que poderá ser o conteúdo do futuro procedimento principal. Tal caráter, no entanto, não é encontrado nos procedimentos cautelares que visam assegurar provas, porque, objetivando estes dispor de elementos instrutórios que deverão, depois, ser utilizados para a formação de um procedimento principal, a utilidade de tal disposição se manifestará, qualquer que seja o conteúdo mesmo daquele procedimento, com base nos elementos recolhidos,

Veja-se, novamente divisando a regra visível nos demais procedimentos cautelares (*procedimentos dirigidos a assegurar a execução forçada, antecipação dos provimentos decisórios e cauções processuais*), que, neles, os requisitos da urgência e do *periculum in mora* são avaliados, segundo a hipótese de o procedimento definitivo dever ser emanado no sentido favorável àqueles que requerem a medida provisória.

A cautela, portanto, de acordo com Calamandrei, é deferida quando o juiz se inclina a considerar que a pronúncia definitiva possa com maior probabilidade reconhecer a legitimidade do seu prosseguimento. O perigo, note-se ainda, é necessariamente avaliado por previsão e em função de um procedimento principal de conteúdo determinado.

Se os procedimentos cautelares podem ser considerados como antecipação de certos efeitos (decisórios ou executórios) do futuro procedimento principal, poder-se-ia afirmar, como o faz Calamandrei, que a medida cautelar, quase sempre, constitui um prenúncio e uma antecipação de veredicto.

5.3. A cognição em sede de cautelar

Conforme aludido, não há procedimentos puros. Nesses termos, fala-se em uma cognição especial para os procedimentos cautelares, a qual

versa sobre dois pontos: 1) a existência de um direito; 2) o perigo de insatisfação no qual esse direito se encontra. Diz-se especial tal cognição posto que, para poder cumprir a sua função de prevenção urgente, os procedimentos cautelares devem se contentar não com a declaração dos dois pontos destacados – o que só poderia ocorrer se alcançado mediante complexas e, assim, longas investigações -, mas com a aparência do direito que resulta de uma cognição mais célere e superficial; sumária, portanto.

No que respeita à aparência do direito, a cognição se baseia em um juízo de probabilidade e de verossimilhança, ou seja, basta que, por probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que requeira a medida cautelar. A modalidade procedimental objeto do presente estudo não se presta a declarar a existência do direito *in casu*, o que é constitui função do processo ordinário.

Nesse seguimento, a decisão cautelar funciona com base em hipóteses. O fato de essas hipóteses corresponderem à realidade é algo que só se poderá confirmar quando da emanção do procedimento principal. Tanto assim é que, em nome da já referida instrumentalidade, marca dos procedimentos cautelares, estes se vinculam a uma fase ulterior de cognição, ordinária e exauriente, destinada a aprofundar a investigação provisória.

No que se refere ao conhecimento do perigo, a cognição cautelar poderá visar a alcançar, no interior do procedimento cautelar mesmo, a certeza (neste caso, não apenas o juízo de verossimilhança) sobre a existência de condições de fato que fariam, realmente, temer o dano inerente à satisfação de determinado direito.

Ante as características da cognição cautelar *supra* mencionadas, que lhe rendem certa fragilidade, Calamandrei abre um tópico em sua obra destinado às “consequências da natureza hipotética dos procedimentos cautelares e sobre a responsabilidade de quem recorre”. Afirma, então, que nas medidas cautelares surge um risco inerente ao estado de incerteza do direito que justifica o procedimento de urgência.²²

Na esteira de tal argumento, afirma o autor que acaso pareça que o direito principal não subsiste e que, por consequência, a aplicação da

22. Calamandrei, 2006, p. 109-114.

medida cautelar foi inútil e prejudicou o devedor, este terá direito ao ressarcimento dos danos, não porque o procedimento provisório tenha sido emanado ilegitimamente a favor de quem recebesse o desprovimento da ação cautelar, mas porque cada ação cautelar, que tem na aparência o seu pano de fundo e não na existência, em si, do direito, traz consigo uma certa margem de erro que constitui, nas palavras do autor multicitado, o preço da prontidão que deve onerar quem dessa prontidão se beneficia.

Retomando o que se dizia ao início, a tutela cautelar não constitui um *tertius genus*, contraposto à tutela declarativa e àquela executiva. Posto isto, volta-se a analisar os procedimentos cautelares como procedimentos de conhecimento.

Observa Calamandrei que a maior parte das medidas cautelares de cognição encaixa-se no conceito de sentenças constitutivas necessárias, vez que, na maioria dos casos, realmente, os efeitos de uma medida cautelar não derivam da declaração das relações preexistentes ao procedimento, mas *ex novo* do próprio procedimento que tem, por isso, eficácia constitutiva. Não se exclui, outrossim, a possibilidade das medidas cautelares corresponderem a um tipo diferente de sentença. É que, tomando-se por base os casos do ordenamento jurídico italiano, não se pode deixar de considerar a “querela de falsidade” e a “certificação de escrituras”, cujos efeitos são de mera declaração. Ainda, na óptica do autor *sub examine*, no caso de *decisum* que concede o sequestro, ter-se-ia verdadeira condenação. Por fim, no que se refere aos procedimentos cautelares que antecipam os efeitos da tutela, vê-se uma condenação antecipada.

É de notar que parte da doutrina italiana, a despeito da argumentação empreendida no parágrafo *retro*, considera os procedimentos cautelares tão-somente como a declaração ou a execução de um direito subjetivo substancial de cautela, dado que estaria em estreita correlação com um direito à sanção cautelar, o qual acompanharia cada direito subjetivo substancial.

5.4. O particular caso da coisa julgada em sede de procedimento cautelar: variabilidade e extinção por prazo

Os questionamentos que envolvem a formação de coisa julgada em sede de procedimentos cautelares relacionam-se diretamente com o caráter instrumental que os mesmos ostentam. É tênue, assim, a determinação da duração da relação cautelar, ou seja, a longevidade dos efeitos da cautela.

Com o fito de responder a tais questionamentos, Calamandrei diz ser salutar não confundir dois fenômenos que nos procedimentos ora assinalados encontram-se justapostos: 1) a variabilidade; 2) a extinção por prazo.

Para compreender o fenômeno da variabilidade, importa observar que o juiz, através de um novo procedimento, pode considerar que a medida cautelar inicialmente ordenada não pareça aquela mais adequada à nova situação de fato criada no período intercorrente. Em sendo assim, preconizam alguns que os procedimentos cautelares seriam emanados da cláusula *rebus sic stantibus*, uma vez que eles não contém a declaração de uma relação esgotada no passado, destinando-se a permanecer imutável através do trânsito em julgado da decisão ofertada. Pelo contrário: os procedimentos cautelares constituem uma relação jurídica nova para projetá-la no futuro. Veja-se que tal variabilidade não é uma característica unicamente dos procedimentos cautelares.

No que toca à extinção por prazo, fala-se, agora sim, em fenômeno exclusivo dos procedimentos cautelares, também consequência típica da instrumentalidade que os caracteriza. Trata-se do fato de a sentença principal, com eficácia de coisa julgada, funcionar, em sede de medida cautelar, como condição resolutiva, causa extintiva dos efeitos da cautela. É que, como suscitado, com o nascimento do procedimento principal, aquel'outro, o cautelar, veria esgotada a sua função, ainda de acordo com o pensamento de Calamandrei.

O julgado cautelar, pois, constitui para fins puramente processuais uma relação com vencimento *incertus quando*. Sua eficácia visa fazer cessar *ex se* do momento em que entrar em vigor o procedimento principal e sem a necessidade de qualquer ato expresso de revogação. Melhor não falar em *res iudicata* cautelar como condicional ou hipotética. É que o *decisum* cautelar, como declaração das condições necessárias e suficientes para obter a medida cautelar demandada, é, em si, definitivo; do mesmo modo que todas as declarações a partir das quais se constituem relações jurídicas marcadas pela cláusula *rebus sic stantibus*. Temporâneo, por sua vez, é o regulamento com base em que tal declaração definitiva é constituída.

5.5. A execução cautelar

Geralmente, os efeitos dos procedimentos cautelares não se esgotam na fase de cognição, mas requerem, por sua atuação, uma modificação do

mundo externo, a ser cumprida mediante ulterior procedimento que se apresenta como execução do primeiro.

Tal se nota facilmente nos casos de ANTECIPAÇÃO DOS PROVIMENTOS DECISÓRIOS, pelos quais se antecipa provisoriamente a decisão da relação controversa, criando um “título executivo”; antecipando, destarte, do mesmo modo, a possibilidade de proceder à execução ordinária.

Já na hipótese dos PROCEDIMENTOS DIRIGIDOS A ASSEGURAR A EXECUÇÃO FORÇADA, Calamandrei, lucidamente, adverte que os meios executivos podem ser diferentes daqueles da execução ordinária, no sentido de que os atos constituintes da execução cautelar *in casu* não se estendem até a última meta na qual chegaria à execução forçada ordinária do direito acautelado. Detém-se, antes, em uma etapa intermediária para evitar realizar, em pendência do juízo principal, modificações irremediáveis ao patrimônio do devedor. Fala-se, quanto a isso, em execução cautelar como fração da execução ordinária.

6. CONSTATAÇÕES FINAIS SOBRE A SISTEMÁTICA DOS PROCEDIMENTOS CAUTELARES

Findo este breve exame sistemático acerca dos procedimentos cautelares, antes de empreender uma análise crítica acerca do *status* ora ostentado pelo processo cautelar na atualidade jurídica brasileira, permite-se, expor quatro constatações, sintetizando os argumentos anteriormente esposados, a saber: a) **OS PRODECIMENTOS CAUTELARES SE RELACIONAM COM A COGNIÇÃO E A EXECUÇÃO.** Como restou aclarado, o critério com base no qual os procedimentos cautelares se distinguem daqueles não cautelares, ou principais, não diz respeito ao conteúdo dos mesmos, mas aos seus efeitos. De modo que, teleologicamente, as medidas cautelares em si consideradas podem ser incluídas entre os procedimentos de cognição ou entre aqueles de execução – o que finda por tornar insuficiente/limitado o critério sistemático, baseado na ideia de instrumentalidade, utilizado pela doutrina alemã que considera os procedimentos cautelares como apêndice da execução forçada; b) **OS PRODECIMENTOS CAUTELARES, EM REGRA, NÃO SE RELACIONAM COM A IDEIA DE SUMARIEDADE.** Na esteira dos argumentos já esgrimidos, recebem esses procedimentos o *status* da cautelaridade em virtude do fim a que se prestam; nunca porque o seu modo de formação foi abreviado ou se tenha tornado sumário, célere ou simples. A sumariedade, pois, corresponde a uma subespécie dos procedimentos de

cognição, dependendo, tão somente, da propedêutica instrutória anterior à formação do procedimento. A classificação de uma determinada medida como cautelar depende, na verdade, de uma diversidade de conteúdos e de efeitos – o que realmente individualiza a cautela. Observe-se que o critério utilizado para distinguir os procedimentos cautelares está logicamente em um plano diverso daquele de que se vale a doutrina para criar a categoria das denominadas “declarações com função executiva” (cognição sumária, conforme a clássica visão de Chiovenda)²³;

c) **OS PRODECIMENTOS CAUTELARES SÃO INSTRUMENTAIS.** Por acreditar que os procedimentos cautelares apresentam uma *inconfundível fisionomia processual*, Calamandrei já os colocava na sistemática do processo como categoria em si determinável com base em critérios outros que não aqueles que servem para distinguir os procedimentos de cognição dos de execução. Entre tais critérios, fundamentalmente, encontra-se a noção de instrumentalidade. Observa-se, então, a partir da teleologia de que se falava alhures, que os procedimentos cautelares encontram-se tão presos aos seus fins (antecipação da cognição ou dos efeitos do procedimento principal) que, *ab initio*, já se entremostam destinados a se esgotar no momento em que poderão ceder lugar aos efeitos do procedimento principal. Neste particular, surge a instrumentalidade, que relaciona um procedimento cautelar a outro, do qual, em definição, não pode conceber-se em separado. A qualificação de “cautelar” só vale porquanto se relaciona a medida, à qual é atribuído esse *status*, com uma outra, principal, limitadora e esclarecedora da primeira. Por fim, importante salientar que o procedimento cautelar, sendo instrumental, não deve ser considerado um procedimento sobre o processo, enquanto o procedimento principal versaria sobre o mérito. Com efeito, há cognição cautelar destinada a uma análise de mérito, sendo este, contudo, diverso daquele do processo principal; d) **OS PRODECIMENTOS CAUTELARES AUXILIAM NO FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA.** Na esteira do que se dizia quanto ao caráter instrumental dos procedimentos cautelares, estes garantem preventivamente a eficácia de um outro procedimento, principal. Calamandrei, desse modo, sentiu-se à vontade para atribuir-lhes, funcionalmente, um objetivo publicístico. Note-se que, através de tais procedimentos, assegura-se a seriedade da função jurisdicional. É justamente nesse ponto em que se comparam as medidas cautelares ora estudadas com os procedimentos que o Direito

23. Calamandrei, 2000, p. 202.

Inglês classifica como *contempt of court*, indispensáveis para salvaguardar o *imperium judicis*, a dizer, para impedir que a soberania do Estado, em sua expressão de Justiça, se reduza a uma prestação verbal atrasada e, desse modo, inútil. Afirma o autor italiano que as medidas cautelares são predispostas, mais do que pelos interesses dos indivíduos, pelos interesses da Administração da Justiça – o que facilita qualificá-las como uma espécie de Polícia do Judiciário no trato de poderes regulatórios que importam em fiscalização da boa marcha do *devido processo legal*. Tanto é assim que, na lição de Calamandrei, em sede de jurisdição cautelar, percebe-se um acréscimo dos poderes de iniciativa do juiz (caso da falência pronunciável *ex officio* pelo magistrado, por exemplo). A conservação dos meios idôneos a assegurar a eficácia prática dos procedimentos judiciais é, indubitavelmente, apontada pelo Estado como uma exigência de ordem pública.

Assinaladas estas quatro constatações, pode-se estabelecer uma lúcida consideração a partir da qual é compreendida a relevância dos procedimentos cautelares para que o Direito realize seus escopos: se na reforma do processo civil, ora em curso no país, se quiser fortalecer o procedimento executivo, necessita-se estruturar bem, antes de tudo, o sistema cautelar – o que perpassaria pela correção de quatro outros pontos: 1) a real efetivação de um poder geral de cautela do qual deveria, expressamente, dispor o magistrado; 2) o estabelecimento de um procedimento sumário cautelar uniforme, adequadamente estabelecido para tornar mais veloz e simples a tutela asseguradora em todas as suas possíveis explicações, como regras adaptáveis aos vários fins cautelares previstos pela lei ou, aos poucos, criados pelo juiz; 3) o aperfeiçoamento das regras gerais que passam a nortear o procedimento cautelar para a seguridade das provas; 4) a instituição de um sequestro conservativo para os bens imóveis, assegurando a execução forçada.

7. OS PROCEDIMENOS CAUTELARES E OS NOVOS CONTORNOS DO PROCESSO CIVIL

Passadas as considerações *retro*, por meio das quais, à luz das lições de Piero Calamandrei, procurou-se delinear sistematicamente o panorama dos procedimentos cautelares, inicia-se a segunda parte deste trabalho, dedicada à investigação crítica acerca de um possível esvaziamento do processo cautelar autônomo, ante o fortalecimento, na atual dinâmica processual brasileira, dos demais procedimentos cautelares.

7.1. Os procedimentos cautelares à luz do racionalismo: crítica à teoria clássica

Insiste Ovídio Baptista que, classicamente, o sistema jurídico brasileiro, por uma imposição do racionalismo que o penetra e sustentado na ideologia política de separação dos poderes, exige que o julgador descubra a vontade da lei para só então declará-la. Neste mister, a exigência de que ele desvende – no caso concreto – o que o legislador prescrevera como justo para aquele litígio, cria-lhe dificuldades, quando se lhe exige que proveja para o futuro, produzindo algum tipo de tutela preventiva.²⁴

Poder-se-ia pensar, então, que o sistema legal pátrio impediria a construção de formas particulares de tutela preventiva, dentre estas, as cautelares. Trata-se de inverdade! É que, como bem explica o citado autor, não caberia ao sistema tornar impraticável uma forma genérica de tutela cautelar. Basta pensar que o próprio texto constitucional protege os direitos apenas ameaçados de lesão (art. 5º, XXXV, CF/1988).

A tutela preventiva, destarte, impõe-se como possibilidade (funcionalidade utilitária).

O seu desprestígio, contudo, decorreria de um bloqueio mental, culturalmente desenvolvido através de uma doutrina que tenta expurgar dos horizontes conceituais todas as formas de tutela processual que, burlando o juízo de certeza tradicionalmente exigido dos magistrados, pudesse-lhes prover de poderes para tutelar alguma situação hipotética, posto que futura, ainda que verossímil.

Nestes termos – sob o prisma do ora combatido pensamento clássico do processo – tutelar o que provavelmente poderia ocorrer equivaleria a conceder aos juízes poder que o sistema não está disposto a transferir-lhes – como bem ficou claro na parte I deste trabalho, em tópico dedicado à posição assumida por Piero Calamandrei no que diz respeito ao poder geral de cautela dos magistrados.

Na esteira do que se expôs, assevera-se, sem medo, que o princípio racionalista dos juízos de certeza finda por mitigar a tutela do direito provável, ou seja: o processo cautelar como um todo, prejudicando, assim, o próprio Direito, enquanto instituição.

24. Silva, 2006, p. 215.

Em sentido contrário à vergastada corrente normativista, da qual foram corolárias as ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que tanto inspiraram o arcabouço processual brasileiro, cumpre defender que a tutela não-satisfativa, destinada a assegurar um direito verossímil e razoável, deveria ser implorada ao ofício do juiz. Como restará aduzido, absurdo tentar autorizar o uso das tutelas preventivas – outorgadas em ação de cognição sumária (quando a causa entremostra-se verossímil) – a apenas alguns direitos.

Não se pode pretender reduzir, em nome da certeza (inexistente no mundo jurídico!), toda a jurisdição à *ordinariedade*.^{25/26} Posta esta premissa, prossegue-se ao estudo do processo cautelar sob o questionável prisma de seu esvaziamento.

7.2. A evolução do escopo cautelar do processo e os entraves do paradigma racionalista

Para a doutrina clássica as tutelas cautelares teriam por escopo dar efetividade à jurisdição e ao processo, preservando, assim, a vontade da lei e a sua seriedade.²⁷

Em contraponto ao viés tradicionalista, presentemente, atribui-se à função cautelar a proteção, não mais do processo, mas de um direito aparente – submetido a perigo de dano iminente e que deve ser efetivado. É, inclusive, com base em tais premissas que se distingue a tutela que satisfaz o direito material, ainda que no curso do processo (tutela antecipatória) daquela modalidade meramente cautelar, a qual não realiza ou satisfaz o direito, mas, tão-somente, assegura-o.

Surge, ainda, outra diferenciação: enquanto os doutrinadores antigos entendiam a tutela cautelar como um direito do Estado – imprescindível para que a própria jurisdição garantisse a seriedade e utilidade de sua função –, correlaciona-se atualmente tal modalidade de tutela (direito não mais do Estado, mas da parte) com o próprio direito à tutela do direito material em risco. De fato: “A jurisdição tem o dever de dar tutela cautelar

25. Silva, 2006, p. 220.

26. Neste sentido, cumpre citar, a título de exemplo vivo do encurtamento da função preventiva da jurisdição, o fato de se ter mutilado o arresto, cujo deferimento passou a depender da exibição, pelo credor, de prova literal de dívida líquida e certa, consoante a dicção do art. 814 do atual CPC.

27. Marinoni; Arenhart, 2008, p. 19.

à parte que tem o direito à tutela do direito submetido a perigo de dano”²⁸, ainda que tal direito se mostre, à primeira vista, apenas provável.

O direito à tutela, assim, situa-se no plano dos direitos materiais. Trata-se, hoje, de direito da parte e dever do Estado, não mais se fundando no direito de ação.²⁹ Tanto é assim que, até a promulgação da Lei nº 10.444, de 07/05/2002, regra geral, os procedimentos cautelares representavam processos autônomos. Oportuno trazer à colação preciosa lição de Ovídio Batista cujo teor se transcreve:

Certamente, a resistência da doutrina [*clássica*] em aceitar que a ação cautelar seja, como as demais ações, uma entidade de direito material que, eventualmente, possa adquirir autonomia, dispensando o processo dito principal não se deve exclusivamente ao normativismo. [...] Há, com certeza, outro componente importante a determinar que a tutela cautelar seja, como proclamou o art 796 do CPC, sempre dependente de um procedimento principal. É o racionalismo. São os juízos de certeza. É a busca interminável da vontade da lei, recomendada por Chiovenda. [...] A outorga de autonomia a uma tutela que prescinde da coisa julgada, portanto, sem que o legislador haja descoberto e proclamado a vontade da lei, encerra o insuportável perigo de atribuir aos juízes poderes discricionários.³⁰

7.3. Provisoriedade, temporariedade, referibilidade e instrumentalidade das tutelas cautelares: sinônimos de enfraquecimento?

Se os que bebem do pensamento clássico – dentre esses, Calamandrei -, asseveram que, através das medidas cautelares o juiz pode realmente tutelar quem não tem direito, contra esse risco buscaram alguns remédios: 1) estruturar o processo cautelar na dependência de um outro, principal³¹; 2) atribuir uma eficácia temporalmente restrita aos efeitos da modalidade procedimental ora estudada.

Foi justamente sobre tais premissas e bases que se construiu a ideia de instrumentalidade e de provisoriedade dos procedimentos cautelares – caracteres que se passa a analisar mais amiúde.

28. Idem. Ibidem, p. 22.

29. Idem, ibidem, p. 23.

30. Silva, op. cit., pp. 222-223.

31. Refere-se aqui à tradicional lição de Carnelutti para quem as tutelas cautelares seriam pedaços da única lide existente, representada pelo processo principal. Nesse sentido, vide: Calamandrei, 2000, pp. 43-48.

Vê-se que a doutrina clássica não foi capaz de conceber um tipo de tutela que, apoiando-se em um juízo de probabilidade, tivesse condições de nascer processualmente autônoma. Neste particular, eclode a crítica de Ovídio Baptista ao que ele chamou de *princípio da ordinariedade*³², segundo o qual a ideia de autonomia processual estaria intrinsecamente relacionada ao contraditório prévio e exauriente e à ampla defesa.

Cumprir observar, porém, que nem sempre o não ingresso de uma ação principal no prazo previsto no Ordenamento Jurídico conduz à perda de efeitos do procedimento acautelatório previamente deferido. É que, em determinadas situações, o direito em questão, mais do que aparente, entremostra-se evidente, prescindindo da plataforma cautelar para consolidar-se do ponto de vista jurídico. Para tanto, basta pensar nos transtornos que adviriam da reunião de corpos que se odeiam ou da fome da mulher e da criança.

Padeceria de inanição, pois, o argumento genérico acerca da fragilidade da jurisdição cautelar? Defende-se, nas situações elencadas, a perpetuação da medida cautelar contra a lógica transitória que lhe é peculiar. Fala-se, pois, em um fundamento, sobretudo, ético, o qual deve ser posto acima da lógica formal de um processo abstrato e sem vida que, procedendo de maneira diversa (condicionando a preservação dos efeitos da cautela deferida ao ajuizamento de uma ação principal), colocar-se-ia à margem das exigências da vida, perdendo seu caráter de instrumento de Justiça.

A aceitação de uma tutela processual cautelar autônoma não satisfativa – baseada em verossimilhança, o que a impediria de encerrar a respectiva relação processual –, depende, pois, da superação do dito *princípio da ordinariedade*.

A instrumentalidade da tutela cautelar que a destina a dar segurança à efetividade da tutela do direito não significa que ela esteja vinculada ao reconhecimento do direito material a ser tutelado. [...] Basta lembrar que a tutela cautelar requer a probabilidade do direito à tutela ambicionada no processo principal e, portanto, aceita naturalmente a possibilidade de formação de convicção ulterior diversa do reconhecimento do direito material.³³

Quanto ao caráter não satisfativo da tutela cautelar, Marinoni e Arenhart, modernamente, dizem que, à luz da instrumentalidade *in casu*

32. Silva, 2006, p. 226.

33. Marinoni; Arenhart, 2008, p. 36.

analisada, esta não se destina a resguardar o processo que culmina na condenação, mas sim a garantir a prosperidade da tutela do direito material que depende da técnica condenatória.³⁴

Ao lado da instrumentalidade, parte dos doutrinadores modernos prefere falar em outra característica das tutelas cautelares: a referibilidade. Defendem que, em sede de cautela, há sempre referibilidade a uma situação substancial acautelada, sob pena de, inexistindo tal situação, configurar-se uma tutela satisfativa. É a lição de Kazuo Watanabe, para quem se elege a referibilidade para a determinação da dispensabilidade da ação principal.³⁵ Inexistindo a referibilidade a um direito acautelado, a ação cautelar dispensaria a propositura da ação principal.³⁶

Imperioso proceder, ademais, à análise da segunda causa do *tradicional* enfraquecimento dos procedimentos cautelares, antes mencionada: a provisoriedade dos efeitos da cautelar deferida.

A ideia clássica de provisoriedade indica que a tutela cautelar será necessariamente substituída por outra, definitiva. Aproxima-se, então, da precariedade, a qual, por sua vez, indica que tal tutela cautelar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, tornando-se impossível a formação da coisa julgada. Veja-se que esta lógica se relaciona, perfeitamente, com o pensamento de Calamandrei, exposto na primeira parte deste trabalho e, como se verá, diz mais respeito à antecipação de tutela do que à tutela cautelar *strictu sensu*.

A doutrina moderna, contudo, tentando reavivar a importância dos procedimentos cautelares, substituiu a ideia de provisoriedade por outra, de temporariedade, a qual transmite mais força à modalidade de provimento jurisdicional *sub examine*. De fato:

O provisório é sempre preordenado a ser trocado pelo definitivo que goza de mesma natureza; o temporário, por sua vez, é definitivo, nada virá em seu lugar (de mesma natureza), mas seus efeitos são limitados no tempo, e predispostos à cessão.³⁷ [original sem grifos]

34. Marinoni; Arenhart, 2008, p. 26.

35. Watanabe, 1987, p. 104.

36. Contrário a tal entendimento é o pensamento de Marinoni e de Arenhart, ao asseverarem estar sempre presente, em sede cautelar, a nota de referibilidade, ainda que a cautelar dispense a propositura da ação principal. Para os últimos autores, seria impossível pensar em uma caução que não fizesse referência a uma situação substancial tutelável.

37. Silva, 2006, p. 86.

Compartilha deste entendimento, no que tange aos caracteres das cautelares, o pensamento de Marinoni que prefere destacar o requisito da temporariedade, observando que a tutela cautelar não encontra limite no trânsito em julgado da sentença de procedência, mas sim no trânsito em julgado da sentença de improcedência. Explica-se: No primeiro caso, como a tutela do direito ainda depende de execução, deve-se manter efetiva a cautela, garantindo o exaurimento dos meios executivos que se façam necessários. Ainda, importante ressaltar que, mesmo sendo declarada a inexistência do direito *in casu* pretendido, poderá surgir a necessidade de se manter a tutela cautelar. Basta existir recurso pendente de julgamento, por exemplo. Ou seja: a tutela cautelar, a depender da situação concreta, pode ter vida mais longa do que a fase de conhecimento ou desaparecer antes mesmo que se chegue à sentença – acaso desapareça o perigo de dano que motiva a cautela – distanciando-se, destarte, do conceito de provisoriedade.³⁸

Demonstra-se, assim, que a eficácia da tutela cautelar relaciona-se ao perigo de dano – com o qual tem uma relação de temporariedade –, e não com a sentença de mérito, com a qual teria uma relação de provisoriedade.

Imperioso notar, por fim, que a temporariedade a que se referiram os parágrafos anteriores não exclui a definitividade da tutela cautelar, em sede da qual se exaure a cognição de seus requisitos: perigo da demora e plausibilidade do direito. O *decisum* cautelar já é, em si, decisão final definitiva para a questão cautelar. Temporários são apenas os efeitos fáticos dessa modalidade jurisdicional; a decisão que os concedeu, por outro lado, permanece sempre imutável, inalterável em seu dispositivo.³⁹

Uma vez proferida a decisão cautelar, estando ela suficientemente justificada e como tal perdurando no tempo, não é suscetível de ser modificada ou revogada a qualquer instante. Este é o entendimento defendido por Calmon de Passos para quem, ainda que não se possa falar em *res iudicata* cautelar, não pode deixar de considerar a imutabilidade do *decisum* proferido em sede de cautela e, assim, a sua força ainda vigente.⁴⁰

38. Idem, ibidem, p. 31.

39. Didier Jr; Braga; Oliveira, 2008, p. 593.

40. Passos, J.J. Calmon de, *apud* Didier Jr; Braga; Oliveira, 2008, p. 594.

7.4. Uso alternativo dos procedimentos ordinários, poder geral de cautela e o advento da antecipação de tutela: esvaziamento do processo cautelar?

Antes de dar continuidade à análise dos fatores que poderiam conduzir ao esvaziamento do processo cautelar, oportuna se faz a evidencição dos caracteres distintivos entre a tutela cautelar e o advento da antecipação de tutela.

Se as atividades jurisdicionais necessárias à obtenção de uma tutela satisfativa (tutela-padrão) demandam tempo, pondo em xeque o resultado útil do processo (*periculum in mora*), surge a necessidade de tutelas urgentes e acautelatórias dos direitos em jogo. Uma destas tutelas é não satisfativa, assecuratória, a qual não visa à satisfação de um direito (excetuando-se obviamente o próprio direito à cautela): trata-se do processo cautelar comum. Outra é a tutela antecipada que, como o próprio nome indica, antecipa os efeitos da tutela definitiva, conferindo-lhe eficácia imediata. Ambas se identificam apenas por possuírem finalidades comuns, a saber: 1) abrandar os males do tempo; 2) garantir a efetividade da jurisdição. Constituem, porém, modalidades de tutela substancialmente distintas.⁴¹ Veja-se: a) a tutela antecipada é uma técnica processual; a tutela cautelar é uma espécie de tutela jurisdicional, resultado prático que se pode alcançar pelo processo; b) a tutela antecipada é decisão provisória, sumária e precária, que permite o gozo imediato da tutela definitiva; a tutela cautelar, como já afirmado, é decisão definitiva que garante os futuros efeitos da jurisdição satisfativa; c) a tutela antecipada, por sua natureza, pode ser satisfativa ou não; a tutela cautelar é sempre conservativa, não satisfativa.

Em síntese, lapidar é o ensinamento de Pontes de Miranda para quem “a tutela antecipada efetiva/satisfaz para assegurar; já a tutela cautelar assegura para efetivar/satisfazer.”⁴²

Enquanto para a concessão de tutela cautelar exige-se sempre verossimilhança do direito acautelado (*fumus boni iuris*), para a tutela antecipada (atributiva) reclama-se verossimilhança fundada em prova inequívoca do direito a ser satisfeito antecipadamente – o que pressupõe, portanto, cognição mais profunda, robusta, pautada em prova segura,

41. Didier Jr; Braga; Oliveira, 2008, pp. 597-599.

42. Miranda, 2003, pp. 3-4.

inequívoca, traduzindo o refinamento que deve estar presente, conforme a natureza dos casos concretos, na cognição de urgência.

Diante de tamanha diferença, careceria de sentido tentar substituir uma medida pela outra. Por apresentar igual entendimento, à guisa de ratificação, colhem-se, por oportunas, as palavras de Adroaldo Furtado Fabrício:

Em regra, tanto a tutela antecipatória quanto a cautelar retiram algo ao demandado, invadindo a sua esfera jurídica e privando-o do gozo, atual ou potencial, de um determinado bem ou direito. Mas os resultados não são idênticos do ponto de vista do autor: *a cautela não lhe acrescenta nada de imediato ao ativo jurídico, salvo segurança, já o procedimento antecipatório outorga-lhe o desfrute imediato do bem ou direito.*⁴³ [original sem grifos]

Como apontam Didier Jr., Braga e Oliveira, desde 1994, com o advento da Lei nº 8.952, de 13/12/1994 (diploma alterador do CPC), instaurou-se o início da confusão entre os institutos ora em comento. Por força da nova dicção do *caput* do art. 273 e do § 3º do art. 461, ambos do CPC, surgiu no Ordenamento Jurídico pátrio um poder geral de antecipação – o que fez com que caísse no esquecimento a antiga possibilidade de tutela antecipada cautelar (conservativa). Tanto é assim que a tutela antecipada se consagrou, na vida forense e na doutrina, como procedimento satisfativo.⁴⁴

Nessa esteira, cumpre dizer que, ao lado do poder geral de cautela dos magistrados, foi conferido aos órgãos jurisdicionais um poder geral de antecipação para que concedessem medidas provisórias e sumárias que antecipassem a satisfação do direito afirmado, preenchidos determinados pressupostos legais (do procedimento cautelar, mais singelo do que aqueles necessários ao deferimento da tutela antecipada).⁴⁵

Tratou-se de oportunidade para generalizar, a partir de deturpada autorização legislativa, o Poder Geral de Cautela e, assim, o instituto da tutela antecipada satisfativa, como se cautelares fossem. Fala-se, neste contexto, em cautelares satisfativas.⁴⁶ Verifica-se, entretanto, em tal situação, verdadeira *contraditio in terminis* vez que se utilizou o adjetivo satisfativo

43. Fabrício, Adroaldo Furtado, *apud* Didier Jr; Braga; Oliveira, 2008, p. 600.

44. Didier Jr; Braga; Oliveira, 2008, p. 602.

45. Didier Jr; Braga; Oliveira, 2008, p. 605.

46. Idem, *ibidem*, p. 604.

para qualificar um instituto que só possui funções acautelatórias. Deformou-se, pois, a tutela cautelar – o que se tornou um fato histórico.

A fim de dar legitimidade às cautelares satisfativas, ainda em 2002, a Lei nº 10.444, de 07/05/2002, acrescenta no bojo do art. 273, do CPC, um sétimo parágrafo, cuja dicção é a seguinte: Art. 273, § 7º – “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Consagra-se, então, no Ordenamento Jurídico pátrio o princípio da fungibilidade das medidas urgentes (cautelar e antecipatória satisfativa).

Ante tais constatações, perguntar-se-ia: esvaziou-se, afinal, o processo cautelar? É o que se tenta responder adiante.

8. VIDA LONGA AOS PROCEDIMENTOS CAUTELARES: CONCLUSÕES

Para a boa doutrina da qual é partidário Marinoni⁴⁷, em atenção à lógica e razoabilidade jurídicas, o dito § 7º, acrescido ao art. 273, do CPC, ao permitir a confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, finda por ratificar a diferença entre esses institutos. Veja-se que não se confundem coisas que não são distintas.

Segundo os mais céticos, porém, tal distinção, apesar de válida no plano teórico, perdeu sua importância prática. Nesse sentido, argumentam que, permitindo o legislador a concessão da medida cautelar no bojo do próprio processo de conhecimento – uma vez presentes o perigo da demora e a imagem de um direito verossímil – restou autorizada a dispensa de um processo cautelar autônomo, segundo todas as suas características, riscos e ônus.⁴⁸

Em se não podendo deixar de conhecer da novel realidade, parte da doutrina se conduz de modo a reagir em favor da ressalva contra o mencionado desuso dos processos cautelares autônomos. Seria indispensável para a concessão da medida cautelar requerida a título de antecipação de tutela o preenchimento de um terceiro requisito (lateral à confirmação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*): a dúvida fundada e razoável quanto à natureza do provimento que se pretende.

47. Marinoni, 2004, p. 154.

48. Dinamarco, 2002, p. 92.

Infelizmente, tal pressuposto (legalmente aplicável para os casos de fungibilidade dos recursos) não goza de qualquer previsão normativa em se tratando de processo cautelar, não sendo cabível qualquer interpretação analógica em tal sentido.

Assim, vê-se que tem sido gradativamente mitigada a existência do processo cautelar autônomo, utilizado, no presente, em casos escassos: 1) para atribuir efeito suspensivo à recurso especial ou extraordinário; 2) para estabilizar a demanda que se quer ver acautelada – esta já ajuizada -, evitando tumultuar a mesma com novo requerimento (de natureza cautelar); 3) nas hipóteses em que a ação cautelar dispensa o ajuizamento de ação principal; 4) quando não se trata de medida cautelar constritiva, caso da produção antecipada de provas. Novamente, também com o fito de minimizar, ainda mais, a utilização dos processos cautelares autônomos. Autores há que sugerem a criação de um dispositivo autorizando expressamente a formulação ulterior de pedido cautelar nos mesmos autos da demanda de conhecimento, ao menos até o término da fase ordenatória.⁴⁹

A fim de esclarecer tal celeuma, por fim, entende-se necessário fazer, de plano, uma distinção, separando o processo cautelar (autônomo) dos demais procedimentos cautelares.

Apenas no que se refere ao processo cautelar autônomo, cabe falar em perda de importância. Absurdo pensar que a inclusão do § 7º ao art. 273, do CPC, tenha o condão de esvaziar os demais provimentos cautelares, os quais, cumpre ressaltar, continuam mais vivos e fortes do que nunca, haja vista o regime de utilidades a que se prestam servir.

Oportuno destacar a lição da doutrina alemã, tomando-se por empréstimo as considerações feitas por Pontes de Miranda:

Existe – além da pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzzanspruch*) à cognição completa (à sentença, em sentido estrito) e da pretensão à tutela jurídica à execução – a pretensão à tutela jurídica à segurança, que é ou à segurança quanto ao fato, ou à segurança da pretensão (*Anspruchssicherung*).⁵⁰

Dentre as duas classes acima mencionadas, na lição de Ovídio Baptista, a mais relevante das pretensões à segurança é, sem dúvida, a pretensão

49. Didier Jr; Braga; Oliveira, 2008, p. 610.

50. Miranda, 1959, p. 293.

à segurança da pretensão. O Estado, portanto, ao monopolizar a produção do Direito, tanto no nível legislativo quanto no jurisdicional, assumira o dever de protegê-lo, quando violado, e, também, obrigara-se a protegê-lo no caso de ele ser ameaçado de violação, porquanto a recusa de protegê-lo preventivamente poderá provocar seu desaparecimento ou sua inutilidade prática.⁵¹

Assim, contrariando os ideais racionalistas – de que se falava nos prolegômenos da segunda parte deste trabalho –, a simples ameaça de violação do direito, por exemplo, atribuiria ao julgador, como se viu, um poder de que, classicamente, ele não disporia: prover para o que possivelmente ocorrerá. Importante referir que o procedimento cautelar consagra a segurança da execução, não a execução para assegurar direito algum.⁵²⁻⁵³ Disso decorre a sua indispensabilidade.

Ante o exposto, fica evidente que as sombras do ocaso ainda não se debruçaram substancialmente sobre os procedimentos cautelares, os quais, por não serem nebulosos, afastam-se das formas alvas, do leitoso panorama dos cristais que formam a brancura das neves.⁵⁴

O dia em que a existência dos direitos não for mais uma simples hipótese, embora perfeitamente realizável em sua base teórica, mas consistir em certeza jurídica, o procedimento cautelar terá esgotada a sua tarefa. Note-se que quando a sobrevinda da declaração principal puder começar a evidenciar os seus efeitos, no mesmo momento não haverá sequer a necessidade de antecipação provisória do julgado ou a necessidade de proteção aos bens jurídicos, pois estes restariam a salvo de toda e qualquer ameaça.⁵⁵

51. Silva, 2006, p. 224.

52. Tal tutela processual, pois, não vai além da proteção assecuratória de uma execução futura, diferindo da antecipação de tutela, repise-se à exaustão!

53. Neste toar, inclusive, merece destaque o ensinamento de parte da doutrina que, procurando levar às últimas conseqüências o princípio da fungibilidade, almeja conferir-lhe um caráter progressivo, de modo que o requerimento de uma providência cautelar possa conduzir ao deferimento de uma medida antecipatória satisfativa. Lucidamente, contudo, tenta-se vedar tal progressividade – o que prestigia o caráter diferencial e a importância dos provimentos cautelares. É que em inúmeras oportunidades a parte se beneficiaria de uma medida mais gravosa (não-cautelar), sem que houvesse preenchido os requisitos para tanto. Para mais: Didier Jr; Braga; Oliveira, 2008, pp. 611-614.

54. Cruz e Souza, João da. Antífona in Broqueis. Disponível em: http://www.passeiweb.com/na_ponta_lingua/livros/analises_completas/m/missal_e_broqueis. Acesso 25/05/2010.

55. Calamandrei, 2000, p. 100.

Conforme a humanidade ainda não ascendera da iluminura de seus complexos sistemas sociais a um estado de perfeição iluminada, preferível enfatizar um vigoroso desejo pelo qual **VIDA LONGA SE DÊ AOS PROVIMENTOS CAUTELARES**, agonia e fulgor dos processualistas!

REFERÊNCIAS

- BIELSA, Rafael A.; BRENNA, Ramón G. *Reforma de la Justicia y Nuevas Tecnologías*. Buenos Aires: AD-HOC, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Polis/UnB, 1989.
- CALAMANDREI, Piero. *Introdução Sistemática ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARNEIRO, Maria Francisca. *Pesquisa Jurídica na Complexidade e Transdisciplinaridade – Temas Transversais, Interfaces, Glossário*. Curitiba: Juruá, 2009. 2ª Ed.
- CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. Campinas: Russel Editores, 2005.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Florianópolis: Conceito editorial, 2008.
- DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Processo Civil Volume II*. Salvador: Jus Podvum, 2008. 3ª Ed.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. 3ª Ed.
- GIORGI, Raffale De. *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LUZ, Valdemar P. da. *As Imperfeições Legislativas e suas Consequências: O Problema da Insegurança Jurídica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.
- MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: RT, 2008. 4ª Ed.
- _____. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Malheiros, 2004. 8ª Ed.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – TOMO VIII*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 2ª Ed.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil – TOMO XII*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 2ª Ed.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. 2ª Ed.
- _____. *Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 3ª Ed.

- THEODORO Jr., Humberto. *Processo Cautelar*. São Paulo: LEUD, 2006. 23ª Ed.
- TOURAINÉ, Allain. *Um nuevo paradigma – para comprender el mundo hoy*. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós. 2006.
- VILANOVA, Lourival. *O Poder de Julgar e a Norma*. Recife: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Conferência Magna no 153º Aniversário. 1975.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1987.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal*: 1ª Região, v. 7, n. 3, p. 15- 32, jul./set. 1995.

NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Rodrigo Saraiva Marinho¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Da Dissolução Parcial da Sociedade Empresária – 3. Da Previsão Do Instituto No Ordenamento Jurídico Brasileiro – 4. A disciplina no anteprojeto do Novo CPC – 5. Da Analise Econômica da Dissolução Parcial de Sociedade – 5. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio é apresentado em razão das prováveis mudanças que ocorrerão no processo civil com relação a inclusão do procedimento especial da dissolução parcial da sociedade, tema relacionado ao direito empresarial, que passará a ter previsão legal no Código de Processo Civil, caso o anteprojeto, conforme relatório enviado para a câmara dos deputados², seja aprovado pelo Congresso Nacional.

O Código de Processo Civil de 1939 trata do tema com relação a ação de dissolução e liquidação de sociedades, em seus artigos 655 a 729, disposições que permanecem ainda hoje em vigor, conforme ressalva contida no artigo 1.218, VII, do atual código de ritos. Ou seja, normas de mais de setenta anos tratam do desfazimento dos vínculos societários.

A dissolução parcial da sociedade foi uma criação da jurisprudência e da doutrina brasileira no decorrer do século passado, visto que não

-
1. Advogado. Mestrando pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista pela FESAC/UECE em Direito Processual Civil. Professor das disciplinas de Processo Civil e Direito Empresarial da graduação e pós-graduação da Faculdade Christus, da Pós Graduação da Faculdade Ateneu, Professor convidado da Fundação Escola Superior de Advocacia do Estado do Ceará – FESAC.
 2. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>, acessado em 16.11.2012.

havia qualquer previsão que tratasse do tema, sendo o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.028, o primeiro a tratar do assunto com a designação de "resolução da sociedade em relação a um sócio".

No presente ensaio serão demonstrados os aspectos materiais da dissolução parcial de sociedade, bem como o direito adjetivo, no qual serão aplicados os citados institutos, de forma a tornar claro como e quando os sócios das empresas poderão deixar de ser sócios de uma pessoa jurídica, permitindo que a mesma continue o seu funcionamento, gerando lucro para os seus sócios e mantendo o feixe de negócios que é gerado pela sociedade empresária.

O artigo tem por objeto uma análise sobre a dissolução parcial da sociedade e a necessidade da positivação da matéria no nosso código de ritos. O presente trabalho é dividido em seis partes, sendo a próxima parte numerada, que é a segunda, sobre os aspectos gerais da dissolução parcial da sociedade. A terceira parte irá destacar como é tratado o assunto nos dias de hoje pela lei processual e na quarta parte será apresentada da previsão do procedimento especial de dissolução parcial da sociedade no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Já na quinta parte será abordada a análise econômica sobre a necessidade do tema no anteprojeto e a consequência de o mesmo não ter previsão no atual código de ritos. A sexta parte é destinada a conclusão.

Dessa forma, será amplamente demonstrada a necessidade de positivação do regramento processual para a dissolução parcial da sociedade, tema amplamente debatido pelo Direito Empresarial, porém ainda não pacificado o procedimento como tal situação deve ocorrer, trazendo insegurança jurídica para o mercado e para os sócios das sociedades empresárias.

2. DA DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A sociedade empresária pode ter sua situação alterada de algumas formas, por exemplo, morte de um dos sócios, direito de recesso e de forma definitiva, apurando os haveres e os deveres da mesma e distribuindo os ônus e os bônus entre os seus sócios, o que não é interessante para o mercado, pois a empresa vai muito além de somente ser uma aferidora de lucro.

A empresa é uma reunião de vários direitos de propriedade, sejam eles materiais e/ou imateriais, de acordo com Rachel Stztain, Décio

Zylbersztajn e Bernardo Mueller (2005, p. 85), "o Direito de Propriedade é como um feixe que engloba os direitos de uso usufruto e abuso, e que confere o exercício da exclusão sobre a coisa, que permite afastar terceiros que dela pretendam se apropriar, usar ou gozar." Segundo os mesmos autores (2005, p. 90), definem ainda que

"(...) os resultados das empresas dependerão não só da estrutura externa de direitos de propriedade (empresas estatais, empresas corporativas, empresas abertas, sociedades limitadas), como também da estrutura de direitos de propriedade interna à organização caracterizada pelas regras internas e pela estrutura organizacional. Ou seja, regras que definem a alocação dos direitos sobre o resíduo gerado pela firma e as regras que definem direitos de tomada de decisão dentro das firmas."

Tais situações abalam o mercado, porém em virtude do dinamismo da vida e de suas relações, um dos sócios poderá sair voluntariamente de uma sociedade, pelo direito de recesso, que somente poderá ser exercido "quando houver uma das seguintes hipóteses: modificação do contrato social, fusão, cisão ou incorporação. Nesses casos o legislador entende que houve alteração de ordem tal na estrutura da sociedade que o sócio dissidente da deliberação que aprovou uma dessas modificações tem o direito de pedir o recesso (CAMINHA, 2007)." A sociedade ainda poderá ter o seu fim parcial em caso da morte ou no caso da exclusão de um sócio, razão do presente artigo. (COELHO, 2011)

Um dos sócios pode ser retirado da sociedade, entretanto os sócios remanescentes podem querer manter a sociedade, mas sem a presença do outro em razão da quebra da confiança. A sociedade empresária de pessoas somente terá o seu funcionamento se ocorrer o *affectio societatis* entre os sócios, ou seja, o espírito empreendedor que une os sócios em busca de desenvolvimento e crescimento para que uma sociedade possa gerar lucro, empregos e o progresso de um país.

Segundo Alexandre Antônio Bruno da Silva (2003, p. 187), este afirma que:

Por dissolução parcial de sociedade considera-se não só o processo que leva à extinção da pessoa jurídica, mas também, àquele que promove o fim dos vínculos sociais em relação a apenas alguns dos sócios. No primeiro caso, ter-se-á a dissolução total, no segundo, a dissolução parcial da sociedade. Neste trabalho, tem-se como tema este segundo processo dissolutório em relação as sociedades limitadas.

Todavia, em muitos casos esse ideal esvanece-se com o tempo, não permitindo que um sociedade empresarial sobreviva, haja vista que ela é a base que solidifica e que faz expandir qualquer negócio, fato citado por Uinie Caminha: “ [...] não se pode forçar alguém a permanecer associado quando não mais prevalece a *afectio societatis* [...]”. (CAMINHA, 1999, p. 177)

Tal circunstância é apreciada por Uinie Caminha (1999, p. 177), a qual defende que “a dissolução parcial de sociedade é uma solução encontrada pelos tribunais para equacionar dois princípios constitucionalmente reconhecidos que por vezes se tornam incompatíveis, o da liberdade de associação e o da função social da propriedade”.

Assim, não havendo fidúcia, não há por que perdurar a sociedade com relação aos sócios, ainda que sejam administradores, pois quebraram a relação de confiança, a qual sem ela não sobreviveria uma sociedade empresária de pessoas.

Se não é possível a manutenção da relação entre os sócios, nada impede que a pessoa jurídica continue existindo, mesmo porque a permanência da mesma é de interesse de um universo muito maior, devendo ser resguardada tal situação pelo direito, em virtude de tudo aquilo que uma empresa pode proporcionar.

Tal solução é “inspirada no princípio da preservação da empresa” (CAMINHA, 1999, p. 178), sendo uma forma de equilibrar os interesses da sociedade em razão do feixe de contratos e obrigações que envolvem uma empresa.

Com a relação de confiança quebrada em razão de um dos sócios considerar que o outro cometeu falta grave, não existe nada mais a fazer do que buscar a dissolução parcial da sociedade, podendo esta dissolução ser extrajudicial de acordo com o art. 1.085 ou judicial, conforme o disposto no *caput* do art. 1.030 do Código Civil:

Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

[...]

Art. 1030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da

maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente. [...]

Assim, sócios desidiosos deverão ser afastados, definitivamente, não só da gestão da sociedade, mas, também, da própria sociedade, por total irresponsabilidade na condução das atividades gerenciais, em razão das faltas graves por eles cometidas na gestão da sociedade.

Como bem lembra o Professor Doutor Gladston Mamede, do Curso de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, em Minas Gerais (MAMEDE, 2008):

A expressão falta grave é – e deve ser – ampla. Embora tenha sido estabelecida por meio de lei, seu plano é o do direito disciplinar, no qual não se fazem necessárias situações tipificadas, mas comportamentos que, não importa qual seja sua configuração, caracterizem grave desrespeito aos deveres que podem ser tidos como inerentes à manutenção de uma sociedade. [...] Para além das previsões estatutárias, um amplo leque de possibilidades se define, como atos que caracterizam desrespeito à *affectio societatis* (designadamente a concorrência desleal com a sociedade), prática – ou tentativa – de crimes dolosos que tenham a sociedade ou qualquer dos sócios como vítima, improbidade (mesmo sem caracterização de ato ilícito), etc.

Entretanto, existe a hipótese de o sócio se retirar da sociedade em virtude de simplesmente não querer mais ser sócio, sem haver qualquer motivação, seja com relação a quebra da confiança, o direito de recesso e muito menos a morte de um dos sócios, visto que ninguém é obrigado a manter-se associado, conforme o direito fundamental esculpido no art. 5º, XX, da Constituição da República de 1988.

Apesar de ninguém ser obrigado a manter-se associado a uma sociedade empresária, isso não deverá necessariamente levar ao fim da pessoa jurídica, podendo e devendo a sociedade empresária sobreviver aos seus sócios, com a devida preservação da empresa, com a finalidade de cumprir a função social da propriedade, de acordo com o art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal de 1988. Corroborando com esse entendimento, Cristiano Gomes de Brito (2001, p. 149), afirma o seguinte:

"Assim, tendo em vista o princípio da preservação da empresa, a dissolução parcial de sociedade foi concebida pela jurisprudência, que passou a considerar a sociedade pela sua função social; ao invés de dissolvê-la totalmente, passou-se a admitir sua dissolução parcial, equacionando, com isso, os interesses tanto da empresa como dos sócios retirantes e dos remanescentes."

O citado autor também destaca a possibilidade de preservação da empresa, permitindo que ela prossiga com todos os seus contratos, definindo a função da dissolução parcial que seria "impedir a dissolução total da empresa, ou seja, sua extinção, quando se torna incabível o direito de recesso."(BRITO, 2011, p. 150)

A dissolução parcial da sociedade está em harmonia com os princípios do direito societário e a função social da empresa, devendo ser preservado o interesse de todos os envolvidos com a pessoa jurídica, sejam eles trabalhadores, empresários, credores e devedores da sociedade empresária.

Com isso, apesar de até hoje não existir qualquer previsão legal que informe como deverá ser processada a dissolução, a jurisprudência tem julgado no sentido de autorizar a dissolução, retirando da sociedade o sócio dissidente e preservando-a com os sócios remanescentes, em regra, apurando os haveres e ofertando uma indenização para o sócio dissidente. Com isso mantém a estrutura da sociedade gerando riquezas, emprego e receita, conservando o desenvolvimento da comunidade local.

Corroborando com tal entendimento, Modesto Carvalhosa (1998, p. 20) , afirma o seguinte:

"(...) Não obstante esse requisito processual (pedido alternativo), tem os tribunais julgado *extra petita* no sentido de que cabe dissolução parcial a favor do requerente mesmo quando haja pedido único pela dissolução total. Essa orientação do judiciário tem sido adotada tanto nas sociedades anônimas quanto nas por quota de responsabilidade limitada."

Igual pensamento adota o colendo Superior Tribunal de Justiça, que, em recente julgado, firmou seu entendimento sobre a necessidade de exclusão de sócio que pratica falta grave:

[...] É bem de ver que a dissolução parcial e a exclusão de sócio são fenômenos diversos, cabendo destacar, no caso vertente, o seguinte aspecto: na primeira, pretende o sócio dissidente a sua retirada da sociedade, bastando-lhe a comprovação da quebra da "affectio societatis"; na segunda, a pretensão é de excluir outros sócios, em decorrência de grave inadimplemento dos deveres essenciais, colocando em risco a continuidade da própria atividade social. 3. Em outras palavras, a exclusão é medida extrema que visa à eficiência da atividade empresarial, para o que se torna necessário expurgar o sócio que gera prejuízo ou a possibilidade de prejuízo grave ao exercício da empresa, sendo imprescindível a comprovação do justo motivo. [...] (RESP 917.531/RS. 4ª. Turma. Rel. Min. L. F. Salomão. DJe 01 fev. 2012.)

Destaque-se que, caso haja a dissolução, que como já dito, está prevista no Código Civil, porém não existe qualquer previsão procedimental, terá como principal efeito a "retirada do sócio mediante apuração de seus haveres, em valor real atualizado, na forma de liquidação que se aproxime da dissolução total, não se sujeitando ao pagamento parcelado dos haveres." (BRITO, 2011, p. 450)

E a dissolução parcial da sociedade também caberá com relação as sociedades anônimas? O que primeiro tem que ser discutido é a diferença entre as sociedades anônimas e as limitadas. A sociedade limitada é uma sociedade contratual, em que suas relações são fundadas no contrato social da pessoa jurídica, já a sociedade anônima é institucional, com obrigações instituídas em lei, tendo bem menos margem para inovar no seu estatuto social.

Além disso, a sociedade limitada tem forte vinculação entre os seus sócios, sendo, como já dito, o *affectio societatis* extremamente importante para os seus sócios, com grande dificuldade de um sócio vender as suas quotas sem autorização do outro sócio.

A sociedade anônima é uma sociedade de capital, ou seja, a relação interpessoal tem bem menos força, sendo importante para a sociedade o valor investido nas ações, podendo essas ações circular livremente entre os sócios e os não sócios que quiserem adquirir as ações das sociedades anônimas.

Resta clara, portanto, a desnecessidade da dissolução parcial da sociedade com relação as sociedades anônimas, principalmente daquelas que têm capital aberto e muitos sócios. Entretanto, as sociedades com poucos sócios e um elevado grau de iliquidez das ações, dificultando a circulação dessas ações, com capital fechado, sem *affectio societatis* e falta de poder deliberativo das ações, autoriza a possibilidade da dissolução parcial da sociedade.

Apesar de haver entendimentos em contrário, Uinie Caminha (1999, p.180) defende que "deve-se evitar a presunção errônea de que a sociedade anônima é sempre alheia ao *intuitu personae* e à *affectio societatis*." Corroborando com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça autoriza a dissolução parcial da sociedade anônima:

COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA. CUNHO FAMILIAR. QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. PEDIDO FORMULADO POR ACIONISTAS MAJORITÁRIOS.

POSSIBILIDADE. 1. Admite-se dissolução parcial de sociedade anônima fechada de cunho familiar quando houver a quebra da *affectio societatis*, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e do passivo. Precedentes. 2. Se o legislador autorizou os acionistas majoritários a pleitearem a dissolução total da sociedade – hipótese que leva à liquidação da empresa, com a saída de todos os sócios, inclusive os minoritários – está admitida também a sua dissolução parcial. Não há sentido em impedir que os acionistas majoritários busquem permanecer no controle da empresa, até porque representam a maioria do capital social e, a rigor, a vontade dominante no que se refere aos interesses convergentes que, desde o início, caracterizaram a *affectio societatis* e a forma de exploração do objeto social. 3. Nada impede os acionistas minoritários de apresentarem, em sede de defesa, reconvenção, caso concordem com a dissolução parcial mas entendam que os acionistas majoritários é que devem se afastar. Todavia, o que não se pode admitir é que, numa sociedade *intuitu personae* com ruptura da *affectio societatis*, os sócios minoritários se postem contrários à dissolução parcial mas não demonstrem interesse em assumir o controle da empresa. 4. Recurso Especial não provido. (STJ; REsp 1.128.431; Proc. 2009/0048836-8; SP; Terceira Turma; Rel^a Min^a Nancy Andri-ghi; Julg. 11/10/2011; DJE 25/10/2011)

Apesar da previsão no código civil, bem como diversas decisões dos tribunais pátrios, não temos um procedimento claro de como deverá ocorrer a dissolução parcial da sociedade, visto que somente temos a previsão sobre a dissolução e liquidação das sociedades no art. 1218, V, Código de Processo Civil de 1973, o qual faz remissão em seu *caput* ao Decreto-Lei No. 1608, de 18 de setembro de 1939, o que será abordado no próximo capítulo.

3. DA PREVISÃO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código de Código de Processo Civil de 1939, em seus artigos 655 a 674, trata tão somente da dissolução e liquidação total das sociedades, devendo a mesma ser dissolvida após a devida apuração de haveres e deveres, sendo esta a lei utilizada até hoje, mais de setenta anos após a edição do citado código.

Pontes de Miranda destaca que a citada ação do CPC/39 “abrange quaisquer sociedades personificadas, ou não, exceto as sociedades cujo processo de dissolução e liquidação seja regulado pelo direito constitucional ou administrativo” (1959, tomo 17).

O citado autor ainda defende que a lei vai além, afirmando que "a lei chama liquidação da sociedade o que é mais do que liquidação: é liquidação e partilha. A liquidação serve à partilha entre os sócios; naturalmente pondo-se de parte, para ser devolvido, o que o sócio entregou à sociedade somente para uso, salvo, no período da liquidação, se ainda é necessário. (PONTES DE MIRANDA, 1959, tomo 17)

Até a presente data, não sem críticas (BUECHELE, 1989, p. 63), a única lei processual que trata da dissolução de sociedade é essa. Os operadores do direito fazem uso dessa legislação do longínquo ano de 1939 para dissolver totalmente uma sociedade empresária, seja ela uma sociedade por quotas limitadas ou uma sociedade anônima fechada.

Segundo Paulo Hermínio Tavares Buechele, nos casos de "*abuso, prevaricação, violação, falta de cumprimento das obrigações sociais, exclusão do sócio*", não é causa de dissolução total da sociedade, mas justo motivo para exclusão do sócio, apurando-se seus haveres. Não deve a empresa ser sacrificada pela má conduta de um dos seus membros. (BUECHELE, 1989, p. 63)"

O mesmo autor defende que nesse caso estão "abrangidas todas as situações em que se justifica a *dissolução parcial* da sociedade, cujo objetivo primordial é a continuidade da empresa, com o rompimento do vínculo apenas em relação ao sócio que falece, se retira ou é excluído." (BUECHELE, 1989, p. 63)

Pontua ainda que "o modo pelo qual se apuram os haveres" (BUECHELE, 1989, p. 63) será por meio da ação de dissolução e liquidação da sociedade. Porém, surge uma dificuldade, uma vez que a previsão legal rege a liquidação total, não se preocupando como se dará a liquidação parcial.

No longínquo ano de 1959, o autor alagoano já defendia, sem o afirmar e sem qualquer previsão no Código de Processo Civil de 1939, o princípio da preservação da empresa, destacando a possibilidade da dissolução parcial da sociedade, podendo haver continuidade da sociedade empresário, senão veja-se:

se cabe a retirada de algum sócio, sem dissolução da sociedade (denúncia), e a sociedade, por outro motivo, se dissolve, a retirada do sócio trata-se em primeiro lugar, ainda que no mesmo processo. Os negócios pendentes não se calculam para o caso da retirada, mas, concluídos e apurados lucros e perdas, assume-os o denunciante.

Essa regra também se aplica ao caso da morte do sócio sem dissolução da sociedade. (PONTES DE MIRANDA, 1959, tomo 17)

O Código de Processo Civil atual estabelece no art. 993, parágrafo único, II, "a apuração de haveres, se o autor da herança era sócio de sociedade que não anônima." Porém, o citado código até hoje não prevê a forma de dissolução parcial de sociedade *inter vivos*, explicando qual a ritualística que deverá ser seguida.

Diante disso, o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil apresenta as possibilidades, atualizando a legislação quando se fala em liquidação definitiva e criando o procedimento especial da liquidação parcial de sociedade empresária, pacificando as relações jurídicas e tornando para o mercado a dissolução parcial da sociedade previsível.

4. A DISCIPLINA NO ANTEPROJETO DO NOVO CPC

O Projeto do Novo Código de Processo Civil disciplina a matéria no Capítulo V, em seus arts. 585 a 595, atualizando ao nosso tempo, a dissolução parcial de sociedade, porém sem mencionar a dissolução total de sociedade, já que a previsão legal que trata do tema data há mais de 70 (setenta) anos.

O capítulo V cuida da dissolução parcial de sociedade, a qual está inclusa no título III, que trata dos procedimentos especiais, o que será um grande avanço para o meio empresarial, uma vez que torna a matéria com consequências claras e previstas em lei, trazendo segurança ao sistema.

Como já demonstrado, a jurisprudência e a doutrina construíram o instituto de dissolução parcial da sociedade, "partindo do princípio da preservação da empresa." (COELHO, 2011, p. 143)

De acordo com o anteprojeto do Novo CPC, a ação de dissolução total de sociedade seguirá no procedimento comum, conforme determina o art. 1.068, parágrafo terceiro, do citado, o qual afirma que "os procedimentos mencionado no art. 1.218 do Código revogado e ainda não incorporados por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código." Tal assunto será discutido quando for abordada a análise econômica sobre a dissolução de sociedade empresária, seja ela total ou parcial.

O procedimento de dissolução parcial de sociedade seguirá o rito especial. Cabe destacar que uma ação somente segue o rito especial

“quando se reveste de tais particularidades que não se acomoda perfeitamente no procedimento comum.” (COELHO, 2011, p. 148)

As inovações do anteprojeto do CPC iniciam destacando que as “sociedades contratuais ou simples”, conforme o art. 624, I, poderão ser dissolvidas parcialmente. O parágrafo segundo do citado artigo afirma ainda que “a ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim.”

Como regra geral, descabe a dissolução parcial da sociedade anônima e a comandita por ações, apesar da professora Uinie Caminha em artigo intitulado **A Dissolução Parcial de S/A** ter se pronunciado no sentido contrário, desde que cumpridos alguns requisitos, principalmente no que tange quando a sociedade institucional possui, de fato, *afecto societatis* entre os sócios. (CAMINHA, 1999)

Conforme o artigo 624, parágrafo segundo, a dissolução parcial de sociedade anônima foi confirmada pelo anteprojeto, ratificando portanto o pensamento afirmado por Uinie Caminha no artigo apresentado.

A ação poderá ter os seguintes objetos, conforme o artigo 624 e seus incisos:

I – a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; e II – a apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada; ou III – somente a resolução ou a apuração de haveres.

A lei ainda lista quem poderá ser o legitimado ativo para propor a ação, em seu artigo 586:

I – pelo espólio do sócio falecido, quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade; II – pelos sucessores, após concluída a partilha do sócio falecido; III – pelos sócios sobreviventes, se não admitirem o ingresso do espólio ou dos sucessores do falecido na sociedade, quando esse direito decorrer do contrato social; IV – pelo sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso, se não tiver sido providenciada, pelos demais sócios, a alteração contratual formalizando o desligamento, depois de transcorridos dez dias do exercício do direito; V – pela sociedade, nos casos em que a lei não autoriza a exclusão extrajudicial; ou VI – pelo sócio excluído.

Ainda permite que “o cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou, requeira a apuração de seus haveres na sociedade. Os haveres assim apurados serão pagos à conta da quota social titulada por este sócio”, conforme o parágrafo único do artigo 586.

O texto apresentado traz vários avanços buscando o ideal necessário de segurança jurídica que as empresas necessitam para continuarem desenvolvendo as suas atividades, já que o objetivo da dissolução parcial da sociedade é a permanência da pessoa jurídica no mercado.

5. DA ANALISE ECONÔMICA DA DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE

Como a dissolução parcial de sociedade é um tema ligado ao direito empresarial, não pode se perder de vista a questão econômica, os motivos que levaram a inclusão do procedimento especial no anteprojeto do Código de Processo Civil.

O presente ensaio tem como objetivo final entender a motivação dessa situação, sendo efetuada a devida análise econômica do direito, para que seja demonstrado a razão que o mercado exige para que fosse criado um procedimento especial de dissolução parcial de sociedade, tema já a muito discutido na doutrina e utilizado na nossa jurisprudência.

Conforme já destacado, a empresa é muito além do que somente o lucro, apesar desse ser o pressuposto de qualquer empresa, a teoria que foi apresentada, foi a teoria dos feixes, ou seja, a empresa tem diversas relações e contratos a ser cumpridos, caso essa empresa deixe de existir uma série de relações serão prejudicadas, deixando diversas obrigações em aberto, prejudicando o mercado.

A discussão da dissolução parcial de sociedade é centrada em dois princípios constitucionais, conforme já destacado, “o da liberdade de associação e o da função social da propriedade” (CAMINHA, 1999, p. 177), que por vezes não vão se coadunar no exercício da atividade econômica.

No presente caso, o mais importante é a preservação da empresa causando o menor dano possível aos sócios da sociedade empresária, preservando a propriedade em todos os seus termos, seja ela material e/ou imaterial. Décio Zylbersztain, Raquel Sztajn e Bernardo Mueller (2005, p. 86) defendem que o “bens móveis, divisíveis ou indivisíveis,

singulares ou coletivos, públicos e particulares, corpóreos e incorpóreos, fungíveis ou infungíveis, disponíveis ou indisponíveis e coisas fora do comércio" são considerados propriedade.

De acordo com Afonso de Paula Pinheiro Rocha (2010, p. 85), "há um consenso na seara econômica de uma um sistema de propriedade forma a base de uma estrutura de economia de mercado e que a propriedade é um instituto indispensável para a compreensão e da organização jurídica da maioria dos povos."

Essas relações de propriedade podem ser estabelecidas por contrato, em que pessoas naturais se associam para criar uma pessoa jurídica, distinta das pessoas físicas, preservando o princípio da autonomia.

Armando Castelar e Jairo Saddi (2005, p. 13) defendem que "os contratos desempenham um papel igualmente central da atividade econômica, uma vez que são base de sustentação de muitas transações realizadas no mercado, em especial aquelas de maior complexidade".

Ora, se uma empresa tem uma série de feixes, se esses feixes decorrem de obrigações contratadas, seria extremamente prejudicial para o mercado e para a sociedade que sempre que um sócio quisesse sair da sociedade empresária, a pessoa jurídica chegasse ao seu fim.

Tal situação é tão preservada que a Constituição Federal de 1988 "torna a propriedade como garantia e imediatamente determina que a mesma atenda a sua função social – Art. 51., XXII e XXIII." (ROCHA, 2010, p. 90).

A função social da empresa é dar lucro aos seus sócios, sem isso, todas as decorrências desse ato não ocorrerão. Caso o sócio quiser sair da sociedade, sem qualquer motivo, mas somente pelo fato de não querer estar associado a outro, seria um enorme prejuízo aos sócios da sociedade empresária deixarem de receber lucro, o que iria ferir de morte o direito à propriedade.

Diante disso, a forma ideal é que seja apurado os haveres e os deveres e o sócio dissidente deverá ser pago, essa é a melhor saída econômica, pois como já dito, conseguirá coadunar dois princípios que em regra são opostos, o da associação e o da preservação da empresa.

A preservação da empresa, destacando que essa empresa engloba uma série de direitos de propriedade, é essencial para a nossa organização jurídica, sendo este o principal motivo da jurisprudência acatar

o uso desse instituto independentemente da previsão processual legal, que até hoje não existe.

A aprovação da proposta legislativa prevista no anteprojeto do Código de Processo Civil é extremamente necessária, visto que cria a dissolução parcial e põe fim a uma série de questionamentos elaborados no decorrer dos últimos setenta anos em que até hoje é usado o vestuto Código de Processo Civil de 1939.

Entretanto, no mesmo diploma legal o legislador, de forma equivocada, extingue a liquidação total da sociedade como o rito especial, passando esse procedimento especial que está em vigor até hoje, ter a sua ritualística conforme o rito ordinário, sendo essa a principal crítica da mudança legislativa, mesmo porque passará a se fazer uso do rito da dissolução parcial da sociedade para resolver esse tipo de conflito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dissolução parcial da sociedade foi discutida face a grande relação que existe entre o Direito Empresarial e o Processo Civil, tanto é que este tema, há muito é discutido na doutrina e na jurisprudência, finalmente passará a ser regulamentados em lei.

No presente artigo foi demonstrado como é tratado na doutrina e na jurisprudência o instituto de dissolução parcial da sociedade, sendo usada a vestuta legislação do Código de Processo Civil de 1939, o qual regula a liquidação de sociedades, apurando os haveres e deveres da sociedade e dividindo direitos e obrigações entre os sócios.

Resta clara a necessidade de atualização da legislação, visto que o Código Civil de 2002 trouxe a possibilidade de resolução da sociedade com relação a um de seus membros, porém até a presente data não foi criado qualquer procedimento para tornar clara a aplicação dessa dissolução parcial da sociedade.

Tal situação permite que o sócio saia e a sociedade continue atuando, cumprindo sua função social que é gerar lucro aos seus sócios remanescentes, além da função decorrente dessa que é gerar emprego, renda e a partir dessa sociedade empresária emitir diversos feixes que servirão para o mercado e toda a economia do país e do mundo se movimentar.

A necessidade da previsão legal do instituto de dissolução parcial da sociedade é iminente, já que o tema, pacífico na jurisprudência, porém sem a devida previsão legal, prejudica o mercado, visto que o comércio

e a indústria reclamam, a todo momento, da insegurança jurídica. O instituto apresentado, tendo o seu procedimento amparado em lei, trará maior segurança ao ambiente empresarial, evitando surpresas quando ocorrerem problemas no âmbito da sociedade empresária.

A principal crítica ao anteprojeto é que ele não atualiza e traz para os procedimentos especiais a liquidação de sociedade, informando, conforme citado no artigo, que o procedimento de liquidação de sociedade será ordinário.

Ora, um procedimento que a mais de 70 (setenta) anos está em vigor no Código de Ritos, visto que o CPC atual remete ao Código de 1939 e que tem toda uma especialidade, deveria ser mantido no anteprojeto, trazendo ainda as devidas atualizações ao nosso tempo, seguindo *mutatis mutandi* a mesma idéia da dissolução parcial de sociedade.

A impressão passada pelo anteprojeto é que este resolve um problema e cria outro, visto que, quando ocorrer a liquidação da sociedade, será utilizada subsidiariamente a dissolução parcial da sociedade, ou seja, como dito no Ceará: "cobre um santo e descobre outro".

Somente para demonstrar esse problema, (SILVA, 2003, p. 197) afirma que "a apuração dos haveres do sócio retirante não consiste em uma tarefa simples", se não for incluída a dissolução total no anteprojeto, o juiz terá toda discricionariedade para determinar o valor que cabe aos sócios sem todo o rigor técnico exigido por um procedimento especial.

No que tange a dissolução parcial da sociedade, o avanço é vindo em muito boa hora já que o país passa por todo um ideal de melhoramento da indústria e do comércio, sem o qual não poderia desenvolver-se. No presente momento, a referida proposta legislativa encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados Federais, visto que o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil já foi aprovado em primeiro turno pelo Senado Federal.

Diante do exposto, somente resta aos jurisdicionados aguardarem a aprovação da citada lei e, enquanto isso não ocorre, fazer uso dos dispositivos legais, da doutrina e da jurisprudência que se manifestam sobre a matéria discutida neste artigo.

REFERÊNCIAS

BRITO, Cristiano Gomes. **Dissolução parcial de sociedade Anônima**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 123, p. 147-159, 2001.

- BUECHELE, Paulo Hermínio Tavares. **Ação de Dissolução e Liquidação de Sociedade**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CAMINHA, Uinie ; LIMA NETO, Luis Bezerra. **A resolução do vínculo societário por iniciativa do sócio: direito de recesso e função social da empresa**. Pensar (UNIFOR), v. 12, p. 120-127, 2007.
- CAMINHA, Uinie. **Dissolução Parcial de S/A. Quebra da "affectio societatis." Apuração de Haveres**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 114, p. 175-182, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **A Ação de Dissolução Parcial de Sociedade**. Revista de Informação Legislativa, Novo Código de Processo Civil, Organizador: Bruno Dantas, Brasília, ano 48, n. 190, t. 1., Abr./Jun. 2011.
- MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresariais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 2, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, F.C, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. 8, 1959.
- PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. São Paulo: Editora Campus, 2005
- ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Propriedade intelectual e suas implicações constitucionais – Análise do perfil constitucional da propriedade intelectual e suas inter-relações com valores constitucionais e direitos fundamentais**. Fortaleza: Editora DIM-CE, 2010.
- SILVA, Alexandre Antônio Bruno da. **A Dissolução Parcial das Sociedades no Novo Código Civil**. Revista Opinião Jurídica, n. 2, ano 1, p. 187-199, 2003.
- ZYLBERSZTAIN, Décio e SZTAJN, Raquel. **Economia dos Direitos de Propriedade in Direito e Economia**. 2 ed. Rio de Janeiro, 2005.

A PRESCRIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

Rodrigo Xavier Leonardo¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. A prescrição: lineamentos gerais – 3. A prescrição no Direito Civil Brasileiro – 4. Análise crítica da disciplina da prescrição no Código Civil Brasileiro de 2002 – 5. Considerações finais – Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO²

A prescrição se insere dentre os assuntos que, não obstante todo o estudo e a experiência acumulados por séculos, ainda se verificam espaços para dúvidas e incertezas.

Isto se faz ainda mais presente diante duma nova codificação que alterou substancialmente as linhas mestras deste instituto, tal como se sucedeu no direito brasileiro mais recente.

No presente escrito se propõe uma análise crítica da prescrição no Código Civil de 2002, em busca da demonstração das vantagens e vicissitudes da legislação codificada, tomando por fontes de reflexão os aportes da doutrina, da jurisprudência e, em especial, do direito comparado³.

-
1. Professor adjunto de Direito Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado.
 2. O presente texto, ora revisto, procura abordar o tema da prescrição no direito brasileiro, sob decisiva influência do pensamento de Pontes de Miranda. Sua primeira apresentação ocorreu no n. 51 da Revista da Faculdade de Direito da UFPR, sob o título “A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros)”.
 3. Em virtude dos limites inerentes a um artigo, decidiu-se abordar o direito comparado a partir do Direito Civil dalguns países Europeus (Itália, França, Alemanha, Portugal Espanha) e da região da Catalúnia, ao lado dos Códigos de outros países da América Latina (Argentina, Uruguai e Bolívia). A respeito do direito comparado como disciplina que orienta uma reflexão crítica do direito positivo, cf. FRADERA, Véra Maria Jacob. Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, em especial p.158 e seguintes. Na presente oportunidade, não abordamos a legislação francesa em reforma à prescrição (Loi n.º 2008-661/2008).

2. A PRESCRIÇÃO: LINEAMENTOS GERAIS

O termo *prescrição* usualmente é utilizado tanto para traduzir uma *espécie de fato jurídico* como para explicar uma *particular eficácia jurídica*. Esta indistinção entre os significados reconhecidos ao mesmo significante pode ser considerada a primeira dificuldade na abordagem do instituto.

Como uma particular espécie de fato jurídico⁴, a prescrição se forma a partir dum determinado suporte fático composto por *eventos* e *ações humanas*. O suporte fático da prescrição é complexo, envolvendo eventos (o transcurso do tempo) e ações humana (a inação do titular de uma determinada situação jurídica ativa).

A tríade de elementos necessários à prescrição (transcurso do tempo, inação e titularidade de situação jurídica ativa) se justifica por um olhar atento ao instituto sob investigação.

Sob os mais diferentes enfoques, e em termos similares em direito comparado, no conjunto plural de elementos para formação do fato jurídico prescrição é incontroverso que o transcurso do tempo deve estar presente.

O fluir do tempo, entremeado por um termo inicial e um termo final fixado pela Lei, no entanto, não é suficiente para configurar a prescrição. Além da fluência do tempo, mostra-se necessária a ocorrência de uma *inação* do titular de uma situação jurídica ativa (direito/preensão/ação)⁵.

Segundo fórmula em geral adotada nos diversos ordenamentos jurídicos, o lapso prescricional pode ser impedido (evitando o termo inicial para o cômputo do tempo), pode ser suspenso (detendo o progresso da contagem do tempo) e pode ser interrompido (rompendo o cálculo do tempo para que o mesmo seja reiniciado).

4. Adotamos a orientação teórica de que o fato jurídico é o resultado da incidência da norma jurídica sobre determinado suporte fático. A incidência, por sua vez, se dá quando na realidade cotidiana ocorrem os fatos (suporte fático concreto) em conformidade suficiente ao que é abstratamente descrito em norma jurídica (suporte fático abstrato). Sobre o assunto, cf. PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. t.I. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970; Mais recentemente, com grande avanço didático e inovações, o tema foi explorado de maneira singular por BERNARDES DE MELLO, Marcos. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Ambos os autores servirão como marco teórico para a exposição realizada.

5. Deixemos, por hora, a discussão sobre o objeto da prescrição. O tema será abordado adiante.

A possibilidade do impedimento, suspensão ou interrupção do prazo prescricional decorre, justamente, do segundo elementos que se deve verificar para a composição do fato jurídico *prescrição*: a inércia do sujeito.

Nem toda inércia, nem toda a omissão do titular numa situação jurídica ativa será considerada adequada para a configuração da prescrição. Em certos casos, o elemento *inércia do titular* se dá em circunstâncias nas quais o direito positivo reconhece não ser conveniente configurar a prescrição, razão pela qual seria injusto imputar os efeitos a ela pertinentes. Justamente por isto, a norma jurídica possibilita o impedimento, a suspensão e a interrupção do lapso prescricional⁶.

Tome-se como exemplo a disciplina encontrada no Código Civil Brasileiro, nos artigos 197 a 202. Quando a legislação impede que o termo inicial da prescrição inicie, entre os cônjuges, na constância do casamento (art. 197, I, CCB) ou quando suspende o curso da prescrição contra um militar em serviço das Forças Armadas em tempos de guerra (art. 198, III, CCB), a objetiva inação do titular de uma situação jurídica ativa é desqualificada para o fim da composição da prescrição.

Em tais circunstâncias concretas não seria razoável exigir qualquer atuação por parte daqueles sujeitos e, justamente por isto, a legislação cria válvulas para impedir, suspender ou interromper o lapso temporal prescricional.

Dispositivos similares a estes podem ser encontrados em todas as legislações estrangeiras aqui analisadas. Em termos razoavelmente gerais, pode-se dizer que a composição da prescrição não se dá apenas e tão-somente pela fluência do tempo. Mostra-se necessária a ocorrência de uma inação do titular em circunstâncias que o direito positivo considere *adequado* avaliar esta inércia como justificadora da composição da prescrição e da subsequente eficácia prescricional⁷.

-
6. Compreendendo que a avaliação subjetiva da conduta integra a noção de inércia que é própria e indispensável à prescrição, CABRAL DE MONCADA, Luís. Lições de Direito Civil. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.740; ANDRADE, Manuel A. D. Teoria geral da relação jurídica. t.II. Coimbra: Almedina, 1988, p.446; MOTA PINTO, Carlos Alberto. Teoria geral do Direito Civil. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.376).
 7. Registre-se que segundo a compreensão predominante, a referida adequação das circunstâncias diria respeito, apenas e tão-somente, à política legislativa. Isto porque, conforme adverte Messineo "la legge non richiede che l'inerzia del titolare sia volontaria, ossia effetto di negligenza; essa si riporta al fatto, schiettamente oggettivo, del mancato esercizio"(MESSINEO, Francesco. Manuale di Diritto Civile e Commerciale. Milano: Giuffrè, 1957, p.178)

Se em relação aos elementos do *transcurso do tempo* e da *inação do sujeito* se verifica uma compreensão praticamente pacífica a respeito do tema, o esclarecimento da situação jurídica que se titulariza na prescrição é um campo absolutamente controverso.

Nele se comunica a abordagem da prescrição como particular *fato jurídico* e como espécie de *eficácia jurídica*, tal como antes alertado. Isto porque a situação jurídica titularizada pelo sujeito que se queda inerte por um determinado lapso temporal, a um só tempo, servirá para definir o terceiro elemento para a composição do fato jurídico e indicará o objeto a ser atingido pelo efeito da prescrição.

Num esforço de comparação entre os ordenamentos jurídicos antes assinalados, as soluções encontradas para esta questão podem ser agrupadas em quatro modelos

No Código Napoleão, originalmente, a prescrição foi tratada como um meio de se adquirir e ou de se liberar em virtude de um lapso temporal⁸. Reconhece-se, portanto, a possibilidade de uma eficácia constitutiva e de uma eficácia extintiva a partir do fato jurídico *prescrição*. A despeito do texto legislativo não ser claro quanto ao objeto que se extingue ou se constitui, mediante uma interpretação sistemática, pode-se dizer que a prescrição medeia o surgimento ou a liberação de um direito subjetivo.

O direito subjetivo, portanto, seria o terceiro elemento para a configuração do fato jurídico e, ao mesmo tempo, seria o alvo da eficácia da prescrição (bifurcada em aquisitiva e extintiva).

Similares são as soluções verificadas no Código Civil Espanhol⁹, no Código Civil Argentino¹⁰ e no Código Civil Uruguaio¹¹, ainda que com algumas ressalvas¹².

8. “Art. 2.219. La prescription est un moyen d’acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi”

9. “Art. 1.930. Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derecho reales. También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean”

10. “Art. 3.947. Los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción. La prescripción es un medio de adquirir un derecho, o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo”.

11. “Art. 1188. La prescripción es un modo de adquirir o de extinguir los derechos ajenos. En el primer caso se adquiere el derecho por la posesión continuada por el tiempo y con los requisitos que la ley señala. En el segundo, se pierde la acción por el no uso de ella en el tiempo señalado por la ley. Para esta clase de prescripción, la ley no exige título ni buena fe”.

12. Advirta-se, no entanto, a ressalva de que, no Código Civil Espanhol, expressamente, reserva-se a prescrição aquisitiva para os direitos reais e a prescrição extintiva para todos os

Para além das divergências pontuais – e sem pretender minorar a importância de cada uma delas –, verifica-se como traço comum a circunstância de o fato jurídico prescrição albergar tanto uma eficácia *aquisitiva* como uma eficácia *extintiva*. Não se percebe muita clareza sobre o objeto da prescrição no texto da legislação comparada analisada, mencionando-se por vezes a extinção das figuras *direito* e *ação*.

O Código Civil Italiano nos conduz a um segundo modelo. Nele, a prescrição teria eficácia extintiva, capaz de atingir qualquer direito *subjetivo*, com exceção para os direitos indisponíveis e para outros direitos indicados pela Lei¹³. O mesmo enunciado legal pode ser encontrado no Código Civil Boliviano¹⁴

O terceiro modelo a ser destacado provém do Código Civil Alemão. No BGB, a prescrição é definida no parágrafo 194 como a extinção da *pretensão* (Anspruch), conceituada como o “direito de se exigir de outrem uma ação ou omissão”¹⁵. A influência do BGB pode ser verificada no recente Código Civil da Catalúnia¹⁶.

Por fim, pode-se encontrar noutras legislações algumas opções não alinhadas aos modelos anteriores. Por razões didáticas, vamos considerá-las como um quarto modelo. O Código Civil português é paradigmático neste sentido, ao evitar definir a *prescrição*, limitando-se a discipliná-la nos artigos 300 a 327. Ainda que o artigo 306, 2 deste Código mencione de passagem “a prescrição de direitos”¹⁷, não se pode afirmar que o legis-

demais direitos e ações; no Código Civil Argentino, verifica-se a particularidade de que, expressamente, tanto a prescrição extintiva como a aquisitiva atingiriam os direitos reais e pessoais e, por fim, no Código Civil Uruguaio, restringe-se a prescrição aquisitiva aos direitos decorrentes da posse ou a perda de “ações” pela inércia de seu titular.

13. “Art. 2934. Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge. Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge”.
14. “Art. 1492. I. Los derechos se extinguen por la prescripción cuando su titular no los ejerce durante el tiempo que la ley establece. II. Se exceptúan los derechos indisponibles y los que la ley señala en casos particulares”.
15. “§ 194. Das Recht, von einem Anderen ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung”. No volume que compõe a tradução espanhola do Tratado de Direito Civil de Enneccerus-Kipp-Wolf pode-se ler a seguinte tradução: “§ 194. El derecho de exigir de otro una acción o una omisión (pretensión) se extingue por prescripción” (INFANTE, Carlos Melon. Código Civil Aleman. Barcelona: Bosch, 1994, p.38)
16. “Art. 121-1. La prescripció extingeix les pretensions relatives a drets disponibles, tant si s'exerceixen en forma d'acció com si s'exerceixen en forma d'excepció. S'entén com a pretensió el dret a reclamar d'altri una acció o una omissió”.
17. “(...) 2 – A prescrição de direitos sujeitos a condição suspensiva ou termo inicial só começa depois de a condição se verificar ou o termo se vencer”

lador daquele país assimilou a orientação teórica que defende a extinção de direitos subjetivos pela prescrição¹⁸.

Diante destes modelos cabe questionar qual o que melhor auxilia a compreensão do Código Civil Brasileiro de 2002.

3. A PRESCRIÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 2002 procura alinhar o Direito Civil brasileiro, em tema de prescrição, ao modelo alemão. Isto se percebe claramente pelo texto do artigo 189, que abre o capítulo a respeito do assunto.

Pode-se ler neste dispositivo que “*violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*”.

Não bastasse a menção textual de que a eficácia da prescrição corresponderia à extinção de uma *pretensão* (e não de um direito subjetivo), a aproximação teórica com o Código Civil Alemão é também confirmada por José Carlos Moreira Alves, jurista responsável pela redação da Parte Geral no anteprojeto do Código Civil de 2002¹⁹.

O Código Civil Brasileiro, no entanto, está muito longe de ser uma mera reprodução do modelo alemão, a começar pelo fato de que em seu texto não se encontra uma *definição* do que vem a ser a pretensão que seria supostamente extinta pela prescrição.

Enquanto o BGB definiu expressamente a pretensão como o “direito de exigir de outrem uma ação ou omissão”, o Código Civil Brasileiro limita-se a dispor que a *pretensão* nasceria da violação de um direito, sem estipular o que se deve compreender pelo termo *pretensão*.

18 Não obstante o texto do Código Civil Português não se posicionar no sentido de que a prescrição atingiria o próprio direito subjetivo, esta concepção é forte na doutrina. Neste sentido, cf. CABRAL DE MONCADA, Luís. Lições de Direito Civil. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.729; MOTA PINTO, Carlos Alberto. Teoria geral do Direito Civil. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.373; PRATA, Ana. Dicionário jurídico. t.I. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.1091; ANDRADE, Manuel A. D. Teoria geral da relação jurídica. t.II. Coimbra: Almedina, 1988, p.446 (com a observação de que, para este autor, uma vez extinto o direito subjetivo em decorrência da prescrição, surgiria uma obrigação natural). Em sentido contrário, Pedro Paes de Vasconcelos defende que o efeito jurídico da prescrição seria um “enfraquecimento” do direito subjetivo consistente em que a pessoa vinculada pode recusar o cumprimento ou a conduta a que esteja adstrita (VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria geral do direito civil. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005, p.756).

19. MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de Código Civil Brasileiro. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.157.

Ademais, para além da semelhança na definição legislativa, especialmente no que diz respeito ao objeto de aplicação da prescrição, se verificam grandes diferenças entre os códigos nos temas do impedimento, suspensão e interrupção do prazo prescricional.

Tomando em conta o desenvolvimento da matéria entre os autores nacionais, pode-se interpretar o termo *pretensão* como o *poder de exigir uma prestação* de outrem, num sentido similar à definição encontrada no Código Civil Alemão.

A pretensão seria algo a mais do que o direito subjetivo, que é categoria eficaz de cunho *estático*. Quem tem em mãos um direito subjetivo é titular de uma situação jurídica ativa que é *estática* por estar destituída, ainda que em princípio, de um *poder* de exigibilidade, de uma *possibilidade* de atuação sobre a esfera jurídica alheia para se exigir um cumprimento.

Justamente para diferenciar o momento estático do momento *tensionado*, parece adequado adotar, para a segunda situação, quando já há *pré-tensão*, o termo *pretensão*.

O credor de uma determinada quantia entregue à título de mútuo com termo final para devolução daqui a dois meses já é credor, hoje. É titular de um direito subjetivo. O crédito integra o seu patrimônio. Não obstante tudo isto, este mesmo credor nada pode exigir do devedor antes do advento do termo final para a devolução da importância mutuada.

Quem é titular de uma pretensão tem em mãos, repita-se, algo a mais. Titulariza uma situação jurídica dinâmica: detém o *poder de exigir* uma prestação, positiva ou negativa, de alguém. Em nosso exemplo anterior, com o advento do termo *ad quem* para a devolução da importância emprestada, o credor passaria a deter não apenas o direito subjetivo mas também a *pretensão*.

Nem todos os direitos subjetivos ensejariam pretensões e, na medida em que esta figura seria o objeto da prescrição, nem todos os direitos subjetivos estariam sujeitos à prescrição. A *pretensão* só surgiria nas situações em que o titular da posição subjetiva ativa na relação jurídica fosse munido do *poder de exigir* uma prestação daquele que se encontra na posição subjetiva passiva correspondente.

A diferenciação entre o direito subjetivo e a pretensão, no entanto, não é suficiente para a interpretação da prescrição no Código Civil

Brasileiro. Mostra-se necessário o prévio conhecimento de outras categorias eficaciais que hipoteticamente podem compor o objeto da relação jurídica.

A precisão teórica na diferenciação das categorias eficaciais foi alcançada em direito nacional a partir da obra de Pontes de Miranda, podendo ser representada por quatro binômios de eficácias de conteúdo contraposto:

Ao direito subjetivo	↔	Corresponde o dever
À pretensão	↔	Corresponde a obrigação
À ação em sentido material	↔	Corresponde a situação de acionado
À exceção de direito material	↔	Corresponde a situação de exceptuado
Ao poder formativo (constitutivo, modificativo ou extintivo)	↔	Corresponde a situação de sujeição

A original contribuição de Pontes de Miranda em esclarecer estas diversas categorias eficaciais, seguido do singular trabalho interpretativo e explicativo dalguns juristas nacionais²⁰, é um pressuposto essencial para a compreensão da *prescrição*.

20. A respeito do assunto, cf. BERNARDES DE MELLO, Marcos. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, em especial p.182; TOMASETTI, Alcides (et. ali). Comentários à Lei de locações de imóveis urbanos. São Paulo: Saraiva, 1991, p.5. Em data mais recente, o assunto é enfrentado nestes termos por NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da ação de direito material. Salvador: Juspodivm, 2008, p.112. Interessante leitura a respeito do tema, com enfoque no direito anglo-americano, pode ser encontrada em HOHFELD, Wesley Newcomb. Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. New Haven: Yale University Press, 1920, p.36. No Brasil, a partir da construção de HOHFELD, destaca-se o trabalho de FERREIRA, Daniel Brantes. Teoria dos direitos subjetivos. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

Apenas quando se compreende a existência destas categorias eficáciais e a diferença entre cada uma delas torna-se possível compreender o que a prescrição atinge e o que a prescrição não atinge em direito brasileiro.

Ao escolher como objeto da eficácia extintiva a *pretensão*²¹, ou seja, o poder de exigir uma prestação, se torna claro que a prescrição é um fenômeno próprio ao campo do direito material. As eventuais projeções ao direito de ação (em sentido processual) só se justificam de modo reflexo, tal como se dá com o corpo em relação ao espelho²².

Porque a pretensão e a ação em sentido material são encobertas pela prescrição, o seu titular não pode se servir dos remédios processuais, da *ação em sentido processual*. A consequência processual de não poder se servir da “ação”, no entanto, não tem o condão de explicar o instituto. Trata-se de um resultado decorrente de uma prévia eficácia que se sucedeu no direito material.

-
21. Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello mencionam que a prescrição atingiria a pretensão e a ação em sentido material. Conforme explica Marcos Bernardes de Mello, a coextensão entre pretensão e ação em sentido material não é necessária, ainda que em regra ela ocorra. Justamente por isto, segundo este autor, em situações excepcionais, seria possível à prescrição atingir a ação em sentido material em situações em que não se verifique uma prévia pretensão, vez que a coextensão entre a pretensão e a ação seria um princípio não essencial (Sobre o assunto, cf. BERNARDES DE MELLO, Marcos. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.183).
 22. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que “o prazo estatuído em lei como termo para a extinção do direito, seja ele considerado de decadência ou de prescrição, é de direito material (dos que se integram no ramo do direito em que nasce a pretensão); de direito processual é a norma sobre a forma de ação” (RTJ 61/93). Noutra oportunidade, a mesma Corte decidiu que “a prescrição é causa extintiva da pretensão e não do direito abstrato de ação. Por isso é instituto de direito material, a ela se aplicando a lei do tempo em que teria ocorrido (RTJ 165/1020). Ambos os acórdãos foram reproduzidos a partir de Yussef Said Cahali que, por sua vez, explica: “O remédio jurídico origina-se das leis processuais, representando o caminho a ser percorrido por aquele que vai a juízo, dizendo-se com direito subjetivo, pretensão e ação, ou somente com ação; realizado o direito objetivo sem relutância, não terá sido necessário que o titular do direito subjetivo, da pretensão e ação, se socorresse do remédio jurídico processual (...) Em outros termos, o direito subjetivo, a pretensão e a ação preexistem ao exercício, ao uso dos remédios processuais. Daí resulta que a prescrição e a decadência integram o direito material (...)” (CAHALI, Yussef Said. Prescrição e decadência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.16-17). Em certa medida, o texto doutrinário mais influente em direito nacional a respeito do tema não esclarece suficientemente o caráter material da prescrição, ao tratar como critério de distinção entre a prescrição e a decadência as ações, aparentemente em sentido processual, segundo a classificação trinária (ações constitutivas, declaratórias e condenatórias) (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista dos Tribunais. a.86, v.744, out.1997, p.725-750).

A diferenciação entre as categorias eficáciais e a fixação do objeto da prescrição sobre a *pretensão* tornou possível superar a confusão, reinante em direito nacional, de que a *prescrição* extinguiria a *ação*, normalmente compreendida apenas no sentido de remédio processual, de *ação processual*.

Em conclusão parcial, pode-se sustentar que o Código Civil Brasileiro busca se alinhar ao modelo teórico alemão. Esta aproximação, no entanto, é parcial e acaba por ensejar algumas inconsistências adiante expostas.

4. ANÁLISE CRÍTICA DA DISCIPLINA DA PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Tal como antes afirmado, desconhece-se uma codificação isenta de críticas quanto ao tratamento do tema da prescrição. Com o Código Civil Brasileiro não poderia ser diferente.

As reservas ao trabalho do legislador, no entanto, devem ser justificadas, seja pela coerência científica, seja pela repercussão social de suas opções.

O Código Civil brasileiro acertou ao se aproximar do modelo alemão, estipulando que o objeto da prescrição seria a *pretensão*. Não parece atender aos pressupostos mínimos de rigorosidade científica, nem o modelo francês e, nem tampouco, o modelo italiano.

O Código Civil Francês, ao unir sob o manto do instituto da prescrição também a aquisição mediante usucapião incorreu em erro, cujas origens remontam ao trabalho dos glosadores do século XII sobre as fontes romanas²³.

23. Estudos de Direito Romano apontam a inexistência de uma concepção unificada de prescrição ou, ainda, de um prazo para o exercício das ações. Ao contrário, as ações do *ius civile* seriam perpétuas (*actiones perpetuae*). Segundo Mario Amelotti, a busca por segurança e certeza nas relações jurídicas, por muito tempo, não se apresentou à cultura romana como um problema, tornando desnecessário uma orientação unificada sobre o assunto até o período pós-clássico. No período das *legis actiones*, a orientação era pela perpetuidade. No período formulário, já se verificariam algumas figuras concernentes à eficácia extintiva do tempo, sem que seja possível, no entanto, unificá-las em um conceito (AMELOTI, Mario. *La prescrizione delle azioni in Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1958, p.1-23). Apenas no período pós-clássico, com Teodósio II, por volta do ano 424 D.C., cria-se um prazo geral para o exercício das ações e, com Justiniano, o meio de defesa do possuidor de opor uma exceção pela prescrição da ação reivindicatória (a chamada *longi temporis*

Para além do equívoco na interpretação do Direito Romano – usualmente adotado como discurso competente para justificar soluções modernas ao direito privado²⁴ –, a opção de unir a usucapião à prescrição mostra insuficiências no plano teórico e prático.

Os elementos que integram o suporte fático da usucapião são completamente diferentes dos elementos que compõem o suporte fático da prescrição, sobretudo ante a crescente pluralidade de diferentes meios para se adquirir a propriedade mediante usucapião²⁵; a eficácia do que se compreende por prescrição e usucapião é diametralmente oposta; a função prático-social da prescrição é completamente diversa da função prático-social da usucapião. As causas que impedem, suspendem e interrompem a prescrição são, em geral, imprestáveis para a usucapião, até mesmo pela diferente função prático-social de cada uma delas; a prescrição tem aplicação em todas as searas do direito civil e a usucapião é restrita ao direito das coisas.

praescriptio) foi considerada uma espécie de usucapião (Cf. VOCI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1954, p.197 e p. 232; JÖRS, Paul; KUNKEL; Wolfgang. *Derecho privado romano*. Madrid: Labor, 1937, p. 191; KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1999, p.59 e p.155). Daí a se considerar a prescrição como gênero que albergaria uma prescrição aquisitiva e outra extintiva, há muita diferença. Savigny explica a tentativa de se ampliar a noção de prescrição para a perda e a aquisição de direito, de modo a albergar também a usucapião: “Le principe de la phraseologie vicieuse que je combats se trouve déjà chez les glossateurs du douzième siècle, d'où il a passé dans le droit canon; mais là on se borne à représenter l'usucapion et la prescription des actions comme deux espèces d'un même genre” (SAVIGNY. *Traité de Droit Romain*. 2.ed. t.4. trad. M. Ch. Guenoux. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1856, p. 317 e 319). Neste mesmo sentido, Massimo Corsale apresenta uma glosa de *Cardinalis* que demonstraria o caminho para a união de institutos tão diferentes: “venendo ora ai requisiti necessari per l'utile decorso del termine di prescrizione, occorre rilevare come, specialmente dai canonisti, fosse richiesto nel Mediovo il ‘possesso’. È interessante a questo proposito ricordare una glossa del *Cardinalis* al c.45, C.XV, q.1 (7): ‘Quod enim quis possidet, praescriptione acquirit vel retinet, actionem enim (autem?) alterius, quam nullus possidet, praescribit nemo, sed contra actionem libertatem, quam sine interpellatione quis possidet, ipsam praescribit. Unde dicitur spatio XXX vel XL annorum omnis actio tollitur, etc...’. Le affermazioni contenute in questo brano si basano, su una concezione estremamente ampia del quasi-possesso utilizzata per assimilare la prescrizione estintiva alla acquisitiva, mediante la fusione in un unico istituto con gli stessi fondamenti” (CORSALE, Massimo. *Verb. Prescrizione estintiva. Storia del diritto*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. t. XIII, p.641). No Brasil, o percurso e a crítica da união entre a usucapião e a prescrição é apresentado por PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p.98 e seguintes).

24. A respeito do assunto, dentre outras obras do mesmo autor, cf. FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2010, p.23.
25. Uma leitura da Constituição Federal Brasileira (arts.183 e 191), do Código Civil (arts.1238, 1239, 1240, 1242e 1260) e do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001 (art. 9) esclarece as várias espécies de usucapião que atualmente são verificáveis em direito brasileiro.

Diante de tantas diferenças, qual o porquê de se unir estas duas figuras sob o manto do mesmo instituto, senão o apego a uma leitura *equivocada* das fontes romanas? O transcurso do tempo, verificável tanto na prescrição como na usucapião não parece ser razão suficiente para unir ambas em um mesmo instituto²⁶.

O Código Civil Brasileiro também mostrou acerto ao se afastar do modelo italiano. A idéia de que a prescrição *extingue um direito* não se mostra coerente com a orientação normativa, já assentada em direito nacional, de que o pagamento de uma dívida prescrita pelo devedor não configuraria um *pagamento indevido* ou uma situação de enriquecimento sem causa (art. 882, CCB).

A dívida prescrita é tão *existente* como o crédito que lhe é correspondente, ainda que seja *mutilada* de qualquer *pretensão*. Esta precisão conceitual se mostra importante ao se analisar a prescrição sob o aspecto funcional: ao versar sobre a prescrição nunca se teve em mente, pura e simplesmente, criar um impedimento para o credor receber aquilo que lhe é devido. Ainda que porventura isto venha a ocorrer, esta não é a *função* da prescrição²⁷.

Outra evolução digna de nota foi a tentativa de separação dos prazos prescricionais exclusivamente nos artigos 205 e 206 do Código Civil, indicando-se que todos os demais prazos ditos “extintivos”, dispersos noutros setores da parte geral e da parte especial do código, seriam de natureza decadencial. O esforço do legislador rende frutos de operacionalidade, superando o Código revogado que foi marcado por uma extrema dificuldade de distinção entre os prazos prescricionais e decadenciais²⁸.

26. Sobre o assunto, cf. NEQUETE, Lenine. Prescrição aquisitiva e prescrição extintiva: semelhanças e diferenças. *Ajuris*. v.32, n.100, p.9-16.

27. A função da prescrição diz respeito à “segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. A perda ou destruição das provas exporia os que desde muito se sentem seguros, em paz, e confiantes no mundo jurídico, a verem levantarem-se – contra o seu direito, ou contra o que têm por seu direito – pretensões ou ações ignoradas ou tidas por irrelevantes. O fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida, tal como juridicamente ela aparecia” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p.100).

28. Há limitações, no entanto, ante as situações que ensejam, por exemplo, alternativamente, pretensões e direitos potestativos (poderes formativos), como nos vícios redibitórios que conferem ao prejudicado pretensão ao abatimento do preço, sujeita ao prazo prescricional, e poder de rescisão do contrato, sujeito ao prazo de natureza decadencial. Neste

A legislação brasileira, no entanto, no afã de conceituar a prescrição, abriu as portas de outras incoerências e insuficiências, teóricas e práticas. As principais críticas podem ser organizadas em sete pontos.

Em primeiro lugar, ao se atribuir à prescrição uma *eficácia extintiva* da pretensão (peremptoriamente extintiva), o legislador incorreu em grave erro lógico²⁹.

Tradicionalmente se concebe a possibilidade, em favor daquele que é beneficiado pela prescrição, de *renunciar* ao efeito da prescrição. O artigo 191 do Código Civil Brasileiro, neste sentido, é expresso ao estabelecer que “a renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá (sic.), sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir (...)”.

Se a prescrição *extinguisse* realmente a pretensão, fulminando-a em moldes peremptórios, a *renúncia* seria um ato jurídico capaz de conferir uma *ressurreição* daquilo que já foi extinto. Isto parece incoerente e sem sentido.

Já há muito tempo alguns juristas brasileiros advertiram que, conforme os contornos que a matéria tomou em direito nacional, a prescrição *encobriria, paralisaria* a pretensão, sem destruí-la. Deste modo, aquele que se beneficiasse da eficácia *limitadora* prescricional poderia renunciar a tal eficácia para, deste modo, *descobrir* a pretensão.

Da equívoca afirmação de uma peremptória extinção da pretensão³⁰, decorre um embaraço à compreensão de que a prescrição seria não uma causa extintiva, peremptória em sua aplicação, mas uma *exceção substancial* a ser *oposta* pelo interessado.

sentido, cf. NERY JR, Nelson; NERY; Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado. São Paulo: RT, 2008, p. 527. A respeito desta orientação no Código Civil brasileiro, cf. REALE, Miguel. História do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.61.

29. Em sentido contrário, defendendo a extinção ipso iure mediante prescrição, ainda que sob a dependência de alegação da parte interessada, cf. CABRAL DE MONCADA, Luís. Lições de Direito Civil. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.734.

30. Cite-se, dentre outros, a crítica de Enneccerus e Nipperdey: “(...) con el fin de salvaguardar la seguridad general del derecho y en orden a proteger contra las pretensiones ilegítimas, el ordenamiento jurídico tiene que aceptar también que él debe todavía, esté favorecido por las reglas de la prescripción. Pero sería poco decoroso el protegerle ipso iure. El deudor podrá invocar la prescripción, pero tendrá que echar sobre sí la legítima censura de conducirse con poco miramiento” (ENNECCERUS-NIPPERDEY. Parte General. t.I. v.2. In: Enneccerus-Kipp-Wolff. Tratado de Derecho Civil. Barcelona: Bosch, 1981, p.1017-1018).

É interessante notar que a expressão *praescriptio* surge desvinculada de qualquer idéia de aquisição ou perda de direitos, tomando contornos de exceção³¹, ou seja, de *oposição* a determinado efeito pretendido por outrem.

Mais que conceitual e teórica, esta orientação foi e continua sendo eminentemente prática, não se verificando qualquer razão para alterá-la.

A prescrição seria uma exceção porque sem a efetiva *oposição* do devedor à pretensão nada ocorreria *automaticamente* ao direito, à pretensão ou à ação do credor. O poder de se opor, mediante alegação da prescrição, necessariamente haveria de ser exercido pelo devedor para que fosse possível promover uma alteração no plano do direito material³².

Com isto, fica mais fácil compreender a possibilidade de *renúncia* à prescrição e, até mesmo, a função do instituto que, como antes explicado, nunca se destinou a impedir que alguém recebesse alguma prestação que é devida.

Se a prescrição *extingue* a pretensão, tal como está escrito no art. 189 do Código Civil Brasileiro, sob a perspectiva do direito positivo, a configuração do instituto como uma das espécies de *exceções substanciais* restaria prejudicada.

31. "Praescriptio est exceptio ex tempore substantiam capiens quae actioni personali vel in rem opponitur" (BALBI, G.F. Tractatus praescriptionum. Veneza, 1574, n.2, cart. 5 *Apud* CORSALE, Massimo. Verb. Prescrizione estintiva. Storia del diritto. In: Novissimo Digesto Italiano. t. XIII, p.641). Savigny, por sua vez, explica que "dans les sources du droit, le mot praescriptio ne signifie jamais acquisition ou perte, toujours il a le sens d'exceptio, exception" (SAVIGNY. Traité de Droit Romain. 2.ed. t.4. trad. M. Ch. Guenoux. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1856, p. 317). Trata-se, portanto, de uma interessante situação em que o abandono da releitura moderna das fontes do direito romano representa um retrocesso. Conforme atentou Windscheid: "Secondo il diritto romano invero non s'estinguono in generale i diritti, ma bensì in generale le ragioni (azioni) per la continuazione del loro non uso (...) La prescrizione toglie di mezzo la ragione. Non che la estingua, la ragione continua a sussistere; ma la toglie di mezzo col produrre una eccezione, che la esclude" (WINDSCHEID, Bernardo. Diritto delle pandette. trad. Fadda & Bensa. Torino: UTP, 1902, p.425 e 444, respectivamente). Sobre a progressiva construção da prescrição como exceção, cf. AMELOTI, La prescrizione delle azioni in Diritto Romano, p.13).

32. Marcos Bernardes de Mello elucida: "A prescrição (...) não decorre da obrigação prescrita, mas é produto de um ato-fato (=inação do credor + decurso de tempo), que a gera em favor do devedor, oponível (=contra) ao credor. Trata-se, como se pode concluir, de um poder jurídico, que, por isso, se situa no plano das posições ativas e não passivas". Sobre a noção de exceção e, especificamente, da prescrição como exceção, cf. PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado, t. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p.100. A respeito das exceções em direito material, cf. BOLAFFI, Renzo. Le eccezioni nel diritto sostanziale. Milano: Società Editrice Libreria, 1936, especialmente nas páginas 100 e seguintes.

Talvez justamente em razão deste grave equívoco, o legislador brasileiro sentiu-se à vontade para cometer um subsequente lapso muito pior: a determinação de que a prescrição pode ser conhecida de ofício, pelo magistrado, tal como prevê a Lei n. 11.280/2006, especialmente quanto ao § 5º do art. 219 do CPC.

Não se sabe se o raciocínio foi o de que, uma vez definitivamente extinta a *pretensão* pelo advento da prescrição, *não haveria razão para não conferir ao Juiz o poder de reconhecer este fato de uma vez, agregando a aparente vantagem de desobstruir as pautas do Poder Judiciário de maneira célere*.

As consequências desta alteração legislativa, no entanto, são desastrosas. Ao se atacar algumas das pilastras mais importantes que sustentam teoricamente a prescrição, criou-se um embaraço para a aplicação cotidiana do instituto e se afastou, absolutamente sem razão, o direito brasileiro das soluções encontradas em direito comparado sobre o mesmo tema.

Não se trata de um apego aos conceitos, frise-se bem. Ao conhecer de ofício uma prescrição, o Poder Judiciário pode induzir um comportamento de não pagamento pelo devedor que, uma vez acionado, poderia cumprir com a sua obrigação.

Ao conhecer de ofício uma prescrição, o juízo pode desconhecer circunstâncias de interrupção, de suspensão ou de impedimento do prazo prescricional, ou até mesmo de renúncia do credor à prescrição, forçando o autor a se servir de recursos processuais para que sua demanda possa ter prosseguimento.

Não bastasse tudo isto, o conhecimento de ofício da prescrição retira do credor o poder, fundado em legítimo exercício da autonomia privada, de renunciá-la.

Esta confusão somente pode ser superada um grande esforço hermenêutico que já se apresenta na doutrina e jurisprudência, inclusive com entendimento do Superior Tribunal de Justiça que sugere a limitação da aplicação do dispositivo apenas após a oitiva da outra parte³³.

33. Conforme anota Flavio Tartuce “[...] a autonomia privada manifestada pelo direito de se pagar uma dívida prescrita em juízo e renunciando à prescrição, estará seriamente ferida. Sendo a autonomia privada um valor associado à liberdade constitucional, pode-se até afirmar que a inovação é inconstitucional, caso este direito de renúncia à prescrição não seja assegurado”

Em segundo lugar, o Código Civil Brasileiro indica que a prescrição *extinguiria* a pretensão sem explicar o que seria a tal *pretensão* a ser fulminada³⁴.

Uma vez escolhida a árdua tarefa de conceituar a prescrição, o legislador parou na metade do caminho (ao contrário do próprio BGB e do recente Código Civil da Catalúnia)³⁵. Talvez não devesse se perder em definições e conceitos. A outra metade do caminho que se deixou para trás, no entanto, lamentavelmente, pode conduzir grandes confusões³⁶⁻³⁷.

(TARTUCE, Flavio. Direito Civil: Lei de introdução e parte geral. 6.ed. São Paulo: Método, 2010, p.439). O mesmo autor menciona, por um lado, a súmula n. 409 do STJ que reforçaria o poder de conhecimento de ofício da prescrição na execução fiscal e, por outro lado, interessante precedente do Superior Tribunal de Justiça que sintetiza algumas das dificuldades acima apontadas para aplicação da regra processual em comentário: “(...) Apesar da clareza da legislação processual, não julgamos adequado o indeferimento oficioso da inicial. De fato, constata-se uma perplexidade. O magistrado possui uma ‘bola de cristal’ para antever a inexistência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas ao curso da prescrição?” (...) A prévia oitiva da Fazenda Pública é requisito para a decretação a prescrição (...) Deve-se interpretar sistematicamente a norma processual que autoriza o juiz decretar ex officio a prescrição e a existência de causas interruptivas e suspensivas do prazo que não podem ser identificadas pelo magistrado apenas à luz dos elementos constantes do processo” (STJ, Resp n. 1.005.209/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª turma, j. 08.04.2008, DJ 22.04.2008). Sobre o assunto, conferir os ensaios publicados em revistas especializadas. CIANCI, Mirna. A prescrição na Lei 11.280/2006. Revista de Processo n. 148, p.31 e seguintes, 2007. Sobre a aplicação dessa regra no direito do trabalho, cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. Prescrição de ofício: da crítica ao direito legislado à interpretação da norma jurídica em vigor. Revista de Processo, n.145, p.163 e seguintes, 2007; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo – ou de como o art. 3.º da Lei n.º 11.280/2006 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro. Revista de Direito Privado, n.25, p.280, 2006.

34. A respeito da dificuldade em se definir a pretensão em direito brasileiro, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil. v.11, jul/set, 2002, p.67. Referida crítica foi também realizada por MALACHINI, Edson Ribas. Prescrição e decadência. V Ciclo Nacional de Estudos sobre Pontes de Miranda, 2007 (anotações do autor).

35. Ver notas de rodapé n. 9 e 10.

36. A expressão “pretensão” não é familiar a maior parte da doutrina brasileira, nem o era à cultura jurídica alemã, sendo potencial criadora de muitas confusões teóricas. A experiência alemã pode antever dificuldades do direito brasileiro de tratar a prescrição da pretensão, tal como previsto no art. 189 do Código Civil, ainda que, neste particular, cremos que o direito positivo nacional se tornou mais técnico e preciso. A estipulação do termo pretensão como objeto da prescrição, no direito positivo alemão, foi verdadeiramente tormentosa nos debates que antecederam a edição do BGB. Conforme explicam Fadda e Bensa, a expressão *Anspruchsverjährung* (prescrição da pretensão), não seria usual à cultura jurídica alemã da época, sendo mais comum os termos *Retchsverjährung* (prescrição do direito), *Shuldverjährung* (prescrição do débito) e, mais que qualquer outra, *Klagenverjährung* (prescrição da ação). Para prevalecer a *Anspruchsverjährung* foi preciso que a tese de Windscheid prevalecesse sobre as três outras. Nas palavras desses autores: “(...) si soggiungeva, contro la prima di queste

Alguns autores já defendem que a *pretensão* seria equivalente à noção de *ação em sentido material*³⁸, o que não se pode aceitar ante a profunda diferença verificável entre cada uma destas categorias eficaciais, com profundas consequências práticas (com esforço de síntese e simplificação, pode-se dizer que quem detém *poder de exigir*, segundo seus critérios, pode efetivamente agir ou não, empreendendo, deste modo, a ação em sentido material. Pretensão e ação, portanto, são categorias eficaciais flagrantemente diferentes)³⁹.

tre espressioni, che essa è inesatta in quanto il diritto reale non è tocco dalla prescrizione della ragione che ne deriva; contro la seconda, che Shuld significa normalmente l'obbligo derivante da un vincolo personale e ha il corrispondente in Forderung (credito); contro la terza, che dà campo all'equivoco di una prescrizione rivolto contro la persecuzione giudiziale, mentre l'oggetto della prescrizione è la facoltà che sta a base dell'azione (...) Il dibattito si ripeté in seno alla seconda Commissione, ma il concetto della Anspruchsverjährung trionfò anche qui, sebbene con gravi difficoltà, tanto che la proposta di porre l'intitolazione Klagenverjährung fu respinta a parità di voti (10 contro 10v. Protocolli, I, p.194 sgg.). In definitiva il §161 del II Prog. e il § 189 del progetto presentato al Reichstag, come il § 194 del Codice accettano il concetto del W. in questa forma 'il diritto di esigere da altri un fatto od una ommissione (Anspruch) soggiace alla prescrizione'. Ed è con riluttanza, che i civilisti si assoggettano alla consacrazione legislativa della dottrina del W. (FADDA, Carlo; BENSA, Paolo Emilio. Note e riferimenti al diritto italiano vigente. In: WINDSCHEID, Bernardo. Diritto delle pandette. trad. Fadda & Bensa. Torino: UTP, 1902, p.1078). Pontes de Miranda propõe a questão sobre "o que é pretensão?" no quinto volume do Tratado de Direito Privado. Podemos colher, a partir de trechos da obra de Pontes de Miranda, uma tentativa de definição de pretensão: "Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa (...) Pretensão é, pois, a tensão para algum ato ou omissão dirigida a alguém. O pre- esta, aí, por 'diante de si (...). Na pretensão, o direito tende para diante de si, dirigindo-se para que alguém cumpra o dever jurídico (...). Atividade potencial para frente, faculdade jurídica de exigir; portanto, algo mais" (PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado, v.V, p.452). Segundo Enneccerus e Nipperdey "a pretensão e o direito de exigir de outra pessoa um ato ou uma omissão. Este direito pode nascer do poder decorrente de um direito absoluto ou de um direito relativo. Distingue-se, pois, segundo seja a relação jurídica da qual procede a pretensão, entre pretensões obrigatórias, reais, de direito de família e sucessórias" (ENNECCERUS-NIPPERDEY. Derecho Civil (parte general). t.I. v.II – 2ª parte. In: ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. Tratado de derecho civil. Barcelona: Bosh, 1981, p.957).

37 A confusão já se inicia pela dificuldade em se traduzir o termo alemão Anspruch. Sobre o assunto, Carlos Melon Infante apresenta interessante explicação ao traduzir o BGB para compor o apêndice do clássico Tratado de Direito Civil por Enneccerus, Kipp e Wolf em idioma espanhol: "Es la 'pretensión' una facultad derivada de un derecho subjetivo: la facultad de ejercitar el contenido del derecho de que ella misma es consecuencia. El equivalente de la 'Anspruch' en nuestro Derecho es la acción; la equivalencia no es, sin embargo, plena, puesto que nuestra acción tiene de la 'Anspruch' alemana y de la 'Klage' alemana (acción propiamente dicha)" (INFANTE, Carlos Melon. Código Civil Aleman. Barcelona: Bosch, 1994, p.38, nota de rodapé n. 155).

38 Neste sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.152. José Carlos Moreira Alves enuncia expressamente: "o projeto considera como pretensão o que Savigny denominava ação em sentido substancial ou material, em contraposição à ação em sentido formal ou processual" (MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p.188).

Em terceiro lugar, mostra-se equivocada a afirmação de que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão”. A pretensão, como *poder* de exigir uma *prestação* de outrem, surge independentemente de qualquer violação ao direito que lhe é correspondente.

O exemplo do contrato de mútuo, antes apresentado, mais uma vez é elucidador: o advento do termo para a devolução de uma importância mutuada não representa a violação do contrato ou do direito do credor mutuante⁴⁰.

Ao se determinar o surgimento da pretensão apenas a partir da violação do direito, para além da imprecisão teórica denunciada, percebe-se uma restrição ideológica inaceitável.

Se a *pretensão* só surge com a *violação do direito subjetivo*, inexistiriam as pretensões inibitórias, destinadas a exigir uma prestação hábil a *evitar* a violação do direito e, até mesmo, a prática do ato ilícito por outrem.

As pretensões inibitórias são cada vez mais caras ao direito contemporâneo, mormente no que diz respeito à defesa dos direitos da personalidade que, ao fim e ao cabo, dificilmente são adequadamente tutelados por uma prestação *patrimonial* posterior ao dano⁴¹. A falta de técnica legislativa exige do intérprete um esforço especial contrário aos postulados de operacionalidade que informam o Código⁴²

39 Sobre o assunto, conferir, além de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello nas obras já citadas, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Ação de imissão de posse. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.35 e seguintes.

40 Windscheid, mais uma vez, é esclarecedor: “Se invece la ragione personale intende ad un atto dell’obligato, finchè quest’atto non si compia, la ragione non è soddisfatta, e quindi la prescrizione comincia, subito, senza che sia necessario lo avere richiesto dell’adempimento l’obligato, nè che questi lo abbia ricusato” (WINDSCHEID, Bernardo. Diritto delle pandette. trad. Fadda & Bensa. Torino: UTP, 1902, p.430). Em direito brasileiro, Marcos Bernardes de Mello explica: “Em verdade, a pretensão nasce no momento em que direito passa a ser exigível (no vencimento da obrigação, por exemplo), nunca quando é violado. Quem pode ser violada é a pretensão, porque contém exigibilidade, nascendo daí a ação (de direito material, como a pretensão)” (BERNARDES DE MELLO, Marcos. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.237, nota 372).

41 A respeito do tema, seguimos MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. São Paulo: RT, 2003; ARENHART, Sérgio Cruz. Perfiz da tutela inibitória coletiva. São Paulo: RT, 2003.

42 Neste sentido, cite-se o enunciado n. 14 do CJF/STJ, proveniente da I Jornada de Direito Civil, que reconstrói art. 189 para superar suas insuficiências: “Art. 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer”

Em quarto lugar, o Código Civil perdeu a oportunidade de estabelecer causas de *impedimento* ao curso prescricional em moldes mais abertos para determinadas situações de grave *vulnerabilidade*, e de *difícil* verificação do surgimento da pretensão e do pólo passivo contra a qual ela se dirige.

A disciplina dos impedimentos ao curso da contagem do tempo na prescrição praticamente repetiu o Código Civil de 1916 e, ao assim proceder, perdeu uma importante oportunidade para concretizar as soluções pertinentes à diretriz da ética *da situação* propugnadas pelo coordenador do projeto do Código Civil.

Lembre-se, neste sentido, a disciplina da matéria no Código de Defesa do Consumidor que, em casos de acidentes de consumo, fixa como ponto inicial para o lapso prescricional o *efetivo* conhecimento do dano e de sua autoria (art. 27 da Lei n. 8.078/90). Numa sociedade marcada por relações tão impessoais, os resquícios do discurso sobre o direito romano na chamada teoria da *actio nata* precisariam encontrar válvulas de alteração conforme as situações dos envolvidos.

Em quinto lugar, o Código Civil de 2002 trata, pelo menos explicitamente, apenas de pretensões *obrigacionais*. Isto pode conduzir a uma equívoca interpretação de que a prescrição atinge apenas as pretensões pertinentes ao direito das obrigações, relegando as pretensões de direito das coisas, de direito societário e de direito sucessório a um limbo. A situação se torna mais perigosa, ainda, pela indistinção entre pretensões pessoais e pretensões reais que, mesmo com outra denominação, encontrava-se presente no Código Civil de 1916 com uma consolidada aplicação jurisprudencial (art.177, CCB 1916)⁴³.

43 As pretensões reais dirigem-se como os direitos de que emanam, contra todos. Há-as no direito das coisas, no direito de família e no direito das sucessões. Tem-se dito que as pretensões reais não exsurgem com o direito mesmo: é preciso que se dê conduta de alguém, contrária ao conteúdo do direito real ou do direito de família; portanto, sem violação não haveria pretensão real. Mas essa proposição confunde ação e pretensão: a pretensão pre-existe, aí, à ação; aí, não é a pretensão que nasce mais tarde que o direito, é a ação (...) Porque direito e pretensão são diferentes, têm de ser diferentemente tratados: direito não prescreve; prescreve a pretensão ou a ação; a prescrição das pretensões reais somente começa do momento em que deixa de ser satisfeita; é contínua e negativa, de modo que não infrinji-la é i-la satisfazendo continuamente; contra as pretensões de propriedade pode, às vezes, ser oposta exceção (direito de retenção), ainda que o direito do proprietário nada possa sofrer; a pretensão depende do direito, que lhe é base, com ele nasce, ou dele nasce, e com ele se extingue (ainda se foi cedida) (PONTES DE MIRANDA. Tratado das ações. t.I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p.56-57).

A sexta crítica se apresenta sobre a genérica determinação que a exceção prescreve no mesmo prazo da prescrição (Art. 190 do CCB). Conforme Windscheid, as exceções, em geral, não poderiam ser expostas à prescrição, vez que o titular desta posição ativa não poderia dela se servir quando melhor lhe conviesse⁴⁴.

A oposição da exceção, pelo menos em sua razão de ser, depende do prévio exercício de um *direito*, *pretensão* ou *ação*. A exceção visaria justamente impedir que os efeitos decorrentes de um direito, pretensão ou ação tenham repercussão⁴⁵.

Se é assim, não faz o menor sentido a determinação legal pura e simples, tal como lançada no art. 190 de que “A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão”, até mesmo porque o *poder de exceção* não tem coincidência temporal como o surgimento da *pretensão*. Em princípio a exceção, como defesa, só poderia ser manejada ante um exercício de uma pretensão (ação).

Mais uma vez, esforços hermenêuticos são necessários para tornar possível a aplicação da regra que, em si mesma, traz uma contradição. Segundo orientação doutrinária que procura adaptar o dispositivo, apenas as chamadas *exceções dependentes* seriam paralisadas pela prescrição⁴⁶.

44 “Le eccezioni, come tali, per la natura delle cose non sono sottoposte alla prescrizione, poichè il titolare non può farle valere quando vuole, ma a tal fine deve attendere, che si eserciti la ragione” (WINDSCHEID, Bernardo. Diritto delle pandette. trad. Fadda & Bensa. Torino: UTP, 1902, p.448).

45 “A exceção, em direito material, contrapõe-se à eficácia do direito, da pretensão, ou da ação, ou de outra exceção” (PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado. t. VI., p.5).

46. Segundo Moreira Alves: “essa norma não diz respeito às exceções substanciais autônomas, ou seja, àquelas que existem por si mesmas e não visam, em consequência, a fazer valer uma pretensão, mas, sim, a garantir uma certa posição jurídica contra o ataque injusto de outrem. O artigo 190 só se aplica quando da mesma relação jurídica depende esta, por ser a exceção o exercício da pretensão a título de defesa”. Para justificar esse posicionamento, Moreira Alves recorre a Savigny: “É o que ocorre, por exemplo, com referência à exceção de contrato não cumprido, na hipótese assim figurada por SAVIGNY (Sistema del Diritto Romano Attuale, vol. V, trad. SCIALOJA, parágrafo 254, p.476, Torino, 1983): ‘No ano de 1841 foi vendido um imóvel, devendo a tradição ocorrer de imediato, mas o pagamento do preço da compra deveria fazer-se no ano de 1843; por ambas as partes foi negligenciada a execução. A actio empti prescreve no ano de 1871, a actio venditi no ano de 1873 (porque só poderia ter sido ela intentada no ano de 1843). Durante todo esse tempo cada uma das partes tinha a exceptio non impleti contractus, se o adversário quisesse agir. Se a actio venditi é intentada no ano de 1872, pergunta-se se o comprador, cuja ação já está prescrita há um ano, pode, ainda, valer-se da referida exceção’. Neste caso, tratando-se de exceção dependente da pretensão, a resposta, em face do art. 190 do Projeto, será negativa, porque a exceção prescreveu quando ficou prescrita a pretensão. Em face dessa explicação, vê-se, claramente, que o dispositivo em causa não é aplicável à hipótese

Em sétimo e último lugar, o Código Civil não apresentou qualquer orientação sobre a imprescritibilidade. Ainda que esta seja uma situação excepcional, a falta de um tratamento unificado (tal como se espera de um Código), deixa ao intérprete a difícil tarefa de garimpar as situações de imprescritibilidade⁴⁷.

Tal falha, ademais, contraria o princípio da operacionalidade que se procurou impingir na recente codificação. As pretensões fundadas nos direitos da personalidade e as pretensões para proteção dos estados pessoais são imprescritíveis, mediante interpretação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre avanços e retrocessos, o Código Civil Brasileiro, à luz de uma investigação crítica, expõe a fragilidade das esperanças em se resolver todos os problemas de um determinado instituto secular por intermédio de alterações legislativas.

Mais do que nunca, diante de um Código recente, o papel do intérprete é insuperável e, em tema de prescrição, tal como se procurou demonstrar, continua presente e urgente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo – ou de como o art. 3.º da Lei n.º 11.280/2006 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, n.25, p.280, 2006.

-
- de não-repetição do que se pagou para solver dívida prescrita. Nesta, a exceção é autônoma, pois não depende da pretensão de cobrar o débito não pago, e, sim, resulta do pagamento espontâneo do devedor, apesar de já prescrita a pretensão do seu credor. As exceções autônomas continuam imprescritíveis, até porque não traduzem inércia de quem as pode invocar. Já as exceções dependentes de pretensões prescrevem com estas" (MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p.188).
47. Sobre as hipóteses de imprescritibilidade no Código Civil, Humberto Theodoro Jr. apresenta o seguinte rol: a) a pretensão a partilha da herança (art. 2.013); b) a pretensão a dividir a coisa comum (art. 1.320); c) a pretensão à demarcação de imóveis limítrofes (art. 1.297); d) a pretensão à meação sobre os muros divisórios (art. 1.297, parágrafo primeiro); e) os direitos que não se traduzem em pretensões; f) as pretensões decorrentes dos direitos da personalidade; g) as pretensões surgidas em virtude dos direitos de estado e, em geral, os direitos derivados das relações de família. Humberto Theodoro Júnior, ainda, cita a tese de Manuel Albaladejo (La prescripción de la acción reivindicatoria) que sustenta a possibilidade da prescrição da pretensão reivindicatória, como algo diverso da usucapião (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.166).

- AMELOTI, Mario. **La prescrizione delle azioni in Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1958.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**. a.86, v.744, out.1997, p.725-750.
- ANDRADE, Manuel A. D. **Teoria geral da relação jurídica**. t.II. Coimbra: Almedina, 1988.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfiz da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Ação de imissão de posse**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v.11, jul/set, 2002.
- BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOLAFFI, Renzo. **Le eccezioni nel diritto sostanziale**. Milano: Società Editrice Libreria, 1936.
- CABRAL DE MONCADA, Luís. **Lições de Direito Civil**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.740.
- CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CIANCI, Mirna. A prescrição na Lei 11.280/2006. **Revista de Processo** n. 148, p.31 e seguintes, 2007.
- CORSALE, Massimo. Verb. Prescrizione estintiva. Storia del diritto. In: **Novissimo Digesto Italiano**. t. XIII.
- ENNECCERUS-NIPPERDEY. Parte General. t.I. v.2. In: Enneccerus-Kipp-Wolff. **Tratado de Derecho Civil**. Barcelona: Bosch, 1981.
- FADDA, Carlo; BENZA, Paolo Emilio. **Note e riferimenti al diritto italiano vigente**. In: WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle pandette**. trad. Fadda & Bensa. Torino: UTP, 1902.
- FERREIRA, Daniel Brantes. **Teoria dos direitos subjetivos**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2010.
- FRADERA, Véra Maria Jacob. **Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, em especial p.158 e seguintes.

- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. Prescrição de ofício: da crítica ao direito legislado à interpretação da norma jurídica em vigor. **Revista de Processo**, n.145, p.163 e seguintes, 2007.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning**. New Haven: Yale University Press, 1920.
- INFANTE, Carlos Melon. **Código Civil Aleman**. Barcelona: Bosch, 1994.
- JÖRS, Paul; KUNKEL; Wolfgang. **Derecho privado romano**. Madrid: Labor, 1937.
- KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1999.
- MALACHINI, Edson Ribas. **Prescrição e decadência**. V Ciclo Nacional de Estudos sobre Pontes de Miranda, 2007 (anotações do autor).
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. São Paulo: RT, 2003.
- MESSINEO, Francesco. **Manuale di Diritto Civile e Commerciale**. Milano: Giuffrè, 1957.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do projeto de Código Civil Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do Direito Civil**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- NEQUETE, Lenine. Prescrição aquisitiva e prescrição extintiva: semelhanças e diferenças. **Ajuris**. v.32, n.100.
- NERY JR, Nelson; NERY; Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. São Paulo: RT, 2008.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodivm, 2008.
- PONTES DE MIRANDA. **Tratado das ações**. t.I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t.I. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- PRATA, Ana. **Dicionário jurídico**. t.I. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SAVIGNY. **Traité de Droit Romain**. 2.ed. t.4. trad. M. Ch. Guenoux. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1856.
- TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral**. 6.ed. São Paulo: Método, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOMASETTI, Alcides *et. alli.* **Comentários à Lei de locações de imóveis urbanos.** São Paulo: Saraiva, 1991.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil.** 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VOCI, Pasquale. **Istituzioni di Diritto Romano.** 3.ed. Milano: Giuffrè, 1954.

WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle pandette.** trad. Fadda & Bensa. Torino: UTP, 1902.

REFLEXOS EXECUTIVOS DA “INEXISTÊNCIA” E DA “INVALIDADE” DA SENTENÇA CIVIL CONDENATÓRIA

Sérgio Cabral Dos Reis¹

SUMÁRIO – Introdução – 1. “Pressupostos processuais”: dos elementos que condicionam a “existência jurídica” do processo – 2. “Pressupostos processuais e os requisitos de validade” do processo: uma distinção metodológica necessária – 3. Da distinção entre “nulidade” e “ineficácia” dos atos processuais: a “nulidade” enquanto sanção pela presença de um vício prejudicial – 4. Da classificação dos vícios processuais – 5. Consequências decorrentes da ausência dos “pressupostos” e dos “requisitos” processuais: da variação quanto ao exercício do direito de defesa – 6. A sentença condenatória como título executivo e a sua estrutura: elementos de existência ou requisitos de validade? – 7. Das questões envolvendo o princípio da congruência entre a postulação e a sentença – Conclusões – Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Pretende-se, neste artigo, estudar a estrutura da sentença civil condenatória a partir dos planos do mundo jurídico: existência, validade e eficácia. Esta análise demonstrará que a sentença condenatória pode conter vícios que a impedem de embasar eventual fase de execução, por falta de título executivo regular.

Demonstrar-se-á, também, que esses vícios possuem regimes jurídicos diferenciados, notadamente no que se refere à formação de coisa julgada material. Nos casos em que esta ocorre, a solução do vício, em princípio, passa pelo ajuizamento da ação rescisória, dentro das suas estreitas hipóteses de cabimento. Agora, se o vício possuir gravidade

1. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR (PR). Máster em *Teoría Crítica en Derechos Humanos y Globalización* pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Professor da graduação e da pós-graduação do UNIPÊ. Vice-diretor e professor da ESMAT XIII (PB). Professor convidado da ESMATRA VI (PE). Professor convidado da ESA-PB. Ex-juiz do trabalho no Paraná e em Sergipe. Juiz do Trabalho na Paraíba.

impeditiva da formação da coisa julgada material, a solução é diversa, pois a questão pode ser suscitada na execução, inclusive, através da defesa endoprocessual (exceção de pré-executividade), não se sujeitando a qualquer prazo preclusivo, prescricional ou decadencial.

Nesta empreitada, procurar-se-á, inicialmente, elucidar a respeito dos verdadeiros pressupostos processuais, vinculando-os à formação do processo. O CPC, no particular, trata-os genericamente, causando confusão quanto a outra categoria conexa, porém distinta, os requisitos de validade, que serão estudados em seguida, ao lado do plano da eficácia dos atos processuais. Finalmente, em tópicos distintos, será estudada a sentença condenatória em sua estrutura e no que se refere ao princípio da congruência, para demonstrar que os vícios eventualmente dela decorrentes podem comprometer a efetividade da execução, tendo reflexos quanto ao modo e tempo do exercício da impugnação.

1. “PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS”: DOS ELEMENTOS QUE CONDICIONAM A “EXISTÊNCIA JURÍDICA” DO PROCESSO

Atualmente, pode-se dizer que a admissibilidade de uma demanda tem como base, logicamente nesta ordem², o preenchimento dos pressupostos processuais, dos requisitos de validade e das condições da ação, naturalmente sem falar na inexistência de prescrição ou de decadência. Para fins deste artigo, revela-se absolutamente relevante estabelecer a distinção entre as duas primeiras categorias, para, em seguida, refletir sobre os reflexos dessa distinção sobre a decisão judicial.

Antes, porém, impõe-se perceber que o domínio seguro do Direito Processual passa, necessariamente, pela compreensão de que os atos jurídicos processuais, a exemplo da sentença, e o próprio processo devem ser estudados sob a ótica da *existência*, da *validade* e da *eficácia*, categorias estas que não se confundem e que possuem regimes jurídicos diferentes, não obstante certo grau de proximidade³. Esta distinção, que

2. FERNACIARI JÚNIOR, Clito. Da reconvenção no Direito Processual Civil brasileiro. – 2ª ed. ampl. – São Paulo: Saraiva, 1983, p. 101.

3. Conforme preleciona Antônio Junqueira de Azevedo, “[...] o aparentemente insolúvel problema das nulidades está colocado de pernas para o ar. É preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio existe, quando, uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos. Feito isto, a inexistência,

será diversas vezes abordada neste artigo, é base, portanto, para a compreensão estrutural dos atos jurídicos em geral e, de modo especial, do processo.

O surgimento da categoria dos pressupostos processuais é contemporâneo à autonomia do Direito Processual. Em outras palavras, sua formulação liga-se historicamente à identificação, como entidade autônoma, da propalada relação jurídica processual⁴. Logo, ajuizada uma demanda, estabelece-se entre as partes e o órgão jurisdicional um complexo de vínculos juridicamente disciplinados, o qual se chama, tecnicamente, *relação processual*, inconfundível com a relação material discutida entre os litigantes.

Para o surgimento dessa relação processual, faz-se necessária a presença de determinados *elementos*, que lhe condicionam, em termos globais, a *existência*, os quais seriam, a rigor, os pressupostos processuais⁵.

A doutrina majoritária atual faz a distinção entre os pressupostos de existência ou de constituição e os pressupostos de desenvolvimento válido e regular da relação processual. Embora aparentemente se possa ter a noção do contrário, a categoria dos pressupostos processuais é bastante complexa e ainda não encontrou tratamento uniforme por parte da doutrina brasileira. Em verdade, para essa concepção atual do instituto, há rigorosa crítica por parte da doutrina em relação à sua terminologia.

De fato, inicialmente, urge perceber que o vocábulo *pressuposto* exprime aquilo *que deve vir antes, ou é natural que antes se verifique*. No que concerne ao processo, “pressupostos processuais” são elementos que, logicamente inferidos, condicionam a sua existência⁶.

a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas” (Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. – 4ª ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25).

4. Obtempera Celso Neves: “Um sistema de Direito Processual Civil só pode ser construído sobre a base da relação jurídica processual e dos pressupostos processuais” (Estrutura fundamental do Processo Civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 190).
5. A identificação das categorias que realmente condicionam a existência do processo, sem dúvida, é um tema polêmico na doutrina, mas, para os limites deste artigo, defende-se que, para tanto, exige-se a presença de pelo menos um pedido (de direito material, normalmente) deduzido em petição inicial endereçada a um órgão dotado de jurisdição.
6. Hélio Tornaghi exemplifica a questão: “Se falta um pressuposto de existência, v.g., a jurisdição, não há realmente processo em sentido jurídico, não existe aquela atividade relevante para o direito que se chama processo, não há relação jurídica entre as partes e o juiz.

Observa-se, entretanto, que a apuração da existência ou não dos aludidos elementos condicionantes ocorre no âmbito da mesma relação processual, de sorte que, ainda na hipótese de sentir-se a ausência de algum, terá existido a relação processual em questão. Sendo assim, não seria adequado considerar *pressuposto* do processo aquilo que já constitui *objeto* da atividade cognitiva nele cumprida. Indaga-se com outras palavras: como falar de pressupostos do processo, se, no processo, eles são examinados? De certo modo, decidindo-se sobre os *pressupostos* na relação processual, consoante preleciona José Carlos Barbosa Moreira, “[...] antes se deveriam inverter os termos da proposição: o processo é que seria o pressuposto”⁷. A crítica é interessante, mas, conforme se verá abaixo, com ela não se concorda.

Em linha principiológica, somente seriam *pressupostos processuais*, na acepção técnica da expressão, ou seja, enquanto *antecedente necessário*, os concebidos como de existência ou de constituição do processo. A análise de temas como a regularidade ou não da provocação inicial da jurisdição, a competência absoluta, a imparcialidade do juiz, a capacidade de a parte estar em juízo (personalidade processual) e a inexistência de impedimentos processuais (objeção de coisa julgada material, litispendência e perempção) está relacionada à validade do processo, não de sua existência, pois “a relação jurídica processual está constituída desde quando se verifica a propositura da demanda, por uma entidade capaz de ser parte em juízo, perante a autoridade jurisdicional”⁸.

Os pressupostos processuais, portanto, antecedem a relação processual, pois se referem à sua constituição, sendo elementos mínimos de admissibilidade do provimento jurisdicional, independentemente da relação de direito material⁹. Tais *elementos*, com efeito, devem pressupor a relação jurídica processual a qual dá os contornos de nascimento¹⁰.

Haverá processo em sentido puramente físico, atividade encadeada e progressiva, relação de fato entre sujeitos; se um deles não é juiz, se é pessoa não investida de jurisdição, não há processo. Se, ao invés, falta um pressuposto de validade, v.g., a competência, então há relação processual; o que não há é aquela eficácia jurídica do ato regular e são” (A relação processual penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 74-75).

7. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Sobre pressupostos processuais”. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 84.
8. CASTELO, Jorge Pinheiro. O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, pp. 94-95.
9. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Embargos à execução. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2001, p. 154.
10. Há que se perceber, entretanto, por uma questão de fidelidade intelectual, que existe respeitadíssima doutrina em sentido contrário. Ilustrativamente, preleciona Ada Pellegrini

O fato de serem examinados no âmbito do próprio processo não invalida o que se está dizendo. Realmente, em primeiro lugar, deve-se perceber que a pressuposição de que aqui se trata é *lógica*, não necessariamente cronológica. Aliás, mesmo sob o aspecto temporal, os requisitos para a existência e validade do processo devem existir antes que ele se instaure. Vale perceber que uma coisa é os pressupostos processuais serem examinados no processo, e outra, bem distinta, é passarem a existir a partir desse exame. O raciocínio é inverso: eles preexistem ao *desenvolvimento* da relação processual. Como se verá, constando-se, pelo exame feito no curso do processo, a ausência de pressuposto de existência, terá havido apenas uma *relação de fato*, mas não uma relação jurídica, enquanto, se faltar um “pressuposto” (requisito) de validade, a relação processual terá sido nula.¹¹

O que importa, pois, é a *organização da cognição* para efeito da aferição *lógica* desses elementos constitutivos do processo, ou até mesmo de um ato processual específico, como é o caso da sentença, pois, seguramente, existem consequências práticas.

Por oportuno, observe-se que os impropriamente chamados “pressupostos” processuais de validade não possuem uniformidade quanto aos efeitos no caso de constatação de suas ausências no processo.

Juridicamente, em regra, a ausência dos requisitos de validade conduz a uma única solução: a extinção do processo *sem* resolução do mérito, como ocorre, ilustrativamente, na presença de litispendência (art. 267, V, do CPC). O que não se pode deixar de perceber é que, à luz do ordenamento jurídico em vigor, nem sempre isso ocorre. Faltando competência ou imparcialidade, o mérito não pode ser julgado pelo juiz em questão, mas o efeito imediato não é a extinção do processo, e sim a substituição do Juízo incompetente ou, uma vez reconhecido o vício pelo juiz reputado parcial, por outro juiz que não o seja. A incompetência absoluta é declarável de ofício, o que não ocorre em relação à incompetência relativa. Aliás, a ausência de competência absoluta, no curso do processo, consoante prescreve o art. 113, §2º, do CPC, invalida apenas os atos decisórios.

Grinover que “[...] os pressupostos processuais não são requisitos de existência da relação processual, de vez que, sem um deles, poderá nascer a referida relação; são, isso sim, requisitos para a constituição de uma relação processual válida, porque, sem eles, a mesma não terá viabilidade para desenvolver-se” (As condições da ação penal (uma tentativa de revisão). São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 22).

11. TORNAGHI, Hélio. A relação processual penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 72.

Sendo assim, para resumir, os vários casos dos tradicionalmente chamados (genericamente) “pressupostos” processuais de validade posuem, dentro do sistema jurídico pátrio, um regime *diferenciado*¹², o que não ocorre em relação aos elementos constitutivos, que, uma vez ausentes, não havendo o cumprimento espontâneo da finalidade para o qual foram instituídos, acarretam sempre a declaração de inexistência jurídica dos atos que lhe são posteriores.

Com as duas distinções citadas acima, isto é, com relação à *terminologia* e aos *efeitos*, torna-se discutível a significação dos pressupostos processuais, tal como ventilada pela doutrina mais tradicional, como categoria jurídica unificada, aliás, como já reconhecido em doutrina de nomeada.¹³

2. “PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E OS REQUISITOS DE VALIDADE” DO PROCESSO: UMA DISTINÇÃO METODOLÓGICA NECESSÁRIA

Para Celso Neves, “*pressuposto processual*, no sentido próprio, de antecedente lógico-jurídico de que depende a *existência* da relação jurídica processual, é só o *exercício do direito de ação*”, já que, “com ele o processo passa a existir e os problemas atinentes à sua *validade* já pertencem ao plano da sua estrutura”, como *supostos* de que depende o seu desenvolvimento ulterior.¹⁴

Não se concorda inteiramente com esse entendimento, porque a análise *lógica* do processo deve levar em consideração a sua estrutura completa, o que não ocorre com a simples materialização do direito de ação. É inegável, por exemplo, que existirá processo na sua extinção liminar em virtude da apreciação, de ofício, da prescrição (art. 219, §5º, do CPC) ou da decadência (art. 269, IV, do CPC). Embora não haja participação

12. Rodrigo da Cunha Lima Freire percebeu que “[...] não é tarefa simples elencar e classificar todos os pressupostos processuais, pois, apesar de aglutinados sob as mesmas características – são indispensáveis à existência ou ao desenvolvimento válido da relação jurídica processual e a ausência ou a presença de qualquer um deles pode ser pronunciada em qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício –, trata-se de categorias jurídicas heterogêneas e ontologicamente distintas” (Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001, p. 42).

13. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Sobre pressupostos processuais”. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 93.

14. NEVES, Celso. Estrutura fundamental do Processo Civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 199.

efetiva do réu, há produção de efeitos jurídicos, dentre os quais a formação de coisa julgada material¹⁵. Essa hipótese, entretanto, é *excepcional* no sistema, já que, antes mesmo de se completar o iter lógico dos elementos constitutivos do processo, encontrou-se no meio do caminho uma preliminar de mérito¹⁶. O que é digno de deixar evidenciado é o fato de Celso Neves ter percebido que existem *pressupostos* e *supostos* do processo em si.

Embora os efeitos da genérica categoria dos “pressupostos processuais” realmente não facilitem uma unificação, é certo que o ponto central na temática diz respeito à distinção em relação à formação ou não da relação jurídica processual (compreendida *virtualmente* em sua estrutura global). Por consequência, a essência da temática está na distinção entre os planos de *existência*, *validade* e *eficácia* dos atos processuais¹⁷. E qual é a finalidade prática disso? Sem dúvida alguma, *facilitar o raciocínio desenvolvido pelo juiz, quando realiza a sua cognição*, já que a lógica, as inquietações e as indagações do seu pensamento são rigorosamente diferentes. Em outras palavras, a aferição (ou seja, a cognição) dos *pressupostos processuais* é diferente da aferição dos *requisitos* de validade,

15. O art. 285-A do CPC prevê uma situação similar. De acordo com essa regra jurídica, quando a matéria controvertida for unicamente de direito, e, no juízo, já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida a sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de cinco dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu, para responder ao recurso.

16. GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual civil. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 48-49.

17. Para Calmon de Passos: “Quando se cuida de ato jurídico, ou de tipo, que nada mais é que um ato ou conjunto de atos jurídicos operando, no seu todo, como suposto de uma consequência jurídica específica, denominamos de pressuposto ao que precede ao ato e é para ele juridicamente relevante; qualificamos como condição tudo quanto a ele se segue e é exigido para a produção dos efeitos específicos que ao ato ou tipo se associam, chamando de requisitos tudo quanto integra a estrutura executiva do ato. Pressupostos, requisitos e condições, por sua vez, constituem o que denominamos de elementos do ato” (Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 35). Não se concorda com essa classificação, porque os pressupostos formam o conjunto de todos os elementos constitutivos do ato, seja ele singular ou complexo, como é o caso do processo judicial. Em vernáculo, elemento significa tudo o que entra na composição de alguma coisa, portanto está no plano da existência. Assim, os pressupostos do ato são todos os elementos que lhe dão aptidão para existir. Por sua vez, os requisitos nada mais são que as formalidades que devem ser preenchidas, à luz do princípio da tipicidade, para que o ato tenha aptidão de concretizar o fim a que se destina. E, finalmente, os fatores de eficácia são aquelas circunstâncias que devem ser verificadas, para que o ato já não tenha apenas virtual aptidão para produzir os seus efeitos típicos, mas sim para a realização concreta dos mesmos.

de sorte que, se isso ocorre, entende-se suficientemente consolidada a causa para uma perspicaz diferenciação¹⁸. Afinal, na advertência de José Carlos Barbosa Moreira, “a nitidez dos conceitos, com o consequente emprego de terminologia precisa, é sem dúvida valor inestimável, digno da mais cuidadosa preservação”¹⁹. Assim, para dissipar as eventuais dúvidas, impõe-se analisar a temática com mais acuidade.

Os pressupostos *de constituição*, como o próprio nome sugere, determinam a *existência* da relação jurídica processual, ao passo que os erroneamente chamados “pressupostos” *de validade* servem para proporcionar o *desenvolvimento válido e regular* deste. Resumidamente, o tema da inexistência encontra-se ligado à questão dos pressupostos de existência do processo, enquanto as nulidades diriam respeito aos requisitos de sua validade²⁰. Esta distinção é básica, mas suficiente, para se estabelecer uma terminológica díspar, já que implica efeitos metodológicos na cognição judicial.

Observe-se que, na eventualidade de já ter sido prolatada uma sentença, a ausência de um *pressuposto processual*, por si só, possui aptidão para causar a *inexistência* desta mesma sentença, que, via lógica de consequência, não possui força, para transitar em julgado. Ao revés, a falta de um *requisito processual*, que inclui a presença de impedimento (litispendência, coisa julgada e perempção), torna *nula* aquela hipotética sentença, que pode, ainda assim, ser acobertada pela autoridade da coisa julgada.

No primeiro caso, havendo encerramento definitivo do processo, o remédio processual típico, para impedir a produção dos efeitos da sentença inexistente, é a *ação declaratória de inexistência* de relação processual, não sujeita a quaisquer prazos prescricional ou decadencial. A questão pode ser objeto de defesa interna no próprio processo de execução, em razão da ausência de título executivo. Se o processo não se formou, a “sentença civil condenatória” resultante de sua cadeia procedimental

18. Deve-se fazer a referida distinção, pois, como preconiza José Miguel Garcia Medina, “[...] quanto menor a uniformidade acerca da utilização de um termo jurídico, mais difícil será sua compreensão; consequentemente, mais difícil será o seu estudo e aperfeiçoamento” (Execução civil: teoria geral: princípios fundamentais. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 190).

19. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Miradas sobre o processo civil contemporâneo”. Temas de direito processual: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

20. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 748.

também não chegou a existir, o que, consequentemente, leva à conclusão de que a eventual execução nela fundada carece de legítimo interesse processual. Já no segundo caso, o remédio jurídico cabível, para atacar a sentença, é a *ação rescisória*, formalmente submetida ao prazo decadencial de dois anos e ainda submetida à inexistência de litispendência ou coisa julgada.²¹ Percebe-se, pois, que a distinção não é meramente cerebrina ou acadêmica.

Sendo assim, “pressuposto é sempre o ponto de partida epistemológico, ou o dado apriorístico, de onde parte todo o conhecimento de uma ciência”.²² Já o requisito significa condição que se deve satisfazer, para alcançar certo fim. O primeiro encontra-se no mundo do ser (ontologia), ao passo que o segundo no do dever ser (axiologia)²³. Enquanto os *pressupostos* se preocupam com o plano da existência, os *requisitos* têm por objeto o plano da validade²⁴. São, portanto, categorias autônomas e distintas, sendo equivocado falar em pressupostos *de validade*²⁵.

Enfim, pode-se dizer que aferição dos *pressupostos processuais* diz respeito à análise sobre a presença dos *elementos* formadores do processo, entendido como procedimento complexo formado por uma sucessão concatenada de atos processuais, enquanto a aferição dos *requisitos da validade* envolve a verificação de correspondência entre o suporte fático e o modelo juridicamente fixado²⁶.

-
21. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001, p. 38-39.
 22. CARVALHO, José Orlando Rocha de. Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 65.
 23. CARVALHO, José Orlando Rocha de. Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 93-94.
 24. Fredie Didier Jr. tem o mesmo posicionamento: “Pressuposto é aquilo que precede o ato e se coloca como elemento indispensável à sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade [...]. Assim, é mais técnico falar em requisitos de validade, em vez de ‘pressupostos de validade’. ‘Pressupostos processuais’ é denominação que se deveria reservar apenas aos pressupostos de existência” (Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 105-106).
 25. CARVALHO, José Orlando Rocha de. Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 107-108.
 26. É também o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior: “A existência de um ato jurídico reclama a reunião de todos os elementos essenciais àquela categoria. A existência de que se cogita, obviamente, é no mundo jurídico. Ou seja, embora vulgarmente no mundo dos fatos algo tenha ocorrido, juridicamente, pode-se dizer que o ato seja inexistente por carência de algum elemento essencial à sua constituição”. E arremata sua primorosa lição: “Num segundo plano, (o da validade), para valer, o ato, além de existir juridicamente, tem de satisfazer os requisitos que a ordem jurídica determina; já no terceiro plano, superados

Essa distinção não é somente útil na cognição presente na sequência lógica que se deve fazer até a realização do fim último a que se destina o processo, inclusive o de execução, mas também no que se refere ao regime jurídico (regras e princípios) aplicável no momento em que eventualmente se constatar a ausência de um desses institutos (pressupostos e requisitos de validade processuais). Como se verá, o reconhecimento de ausência de pressupostos processuais, pela maior gravidade que apresenta, deve exigir, por parte do juiz, raciocínio mais rigoroso que o que deve ser desempenhado em relação à ausência de requisito processual.

Deve-se registrar que existe moderna corrente doutrinária que defende a possibilidade de se terminar o processo com sentença de mérito, mesmo ausente algum pressuposto processual. Em outras palavras, nem sempre a ausência de pressuposto processual acarretará a extinção do processo sem resolução de mérito. O ponto central da tese reside na essência dos princípios da instrumentalidade das formas e da ausência de nulidades sem prejuízo. A exceção da jurisdição e da competência, todos os demais pressupostos processuais e requisitos de validade têm como meta proteger o interesse das partes. Com efeito, percebendo o juiz, posteriormente, diante da falha no juízo de admissibilidade, que a parte que o pressuposto processual ausente visava a proteger será, à luz do direito material, a vencedora no processo, cumprindo este a sua missão constitucional (método estatal de resolução de conflitos), deverá proferir sentença de mérito.²⁷

Esse entendimento, que é correto, não invalida o que foi estudado até aqui. A organização da cognição, através da distinção entre *pressupostos* e *requisitos processuais*, é extremamente importante, pois facilita o raciocínio a ser desenvolvido até a prestação da tutela jurisdicional. Essa operação continua sendo lógica, todavia, quando surgir o problema na prática, deve-se aferir a quem o pressuposto ou o requisito processual visa a atender. Caso seja o interesse público, não havendo possibilidade de o vício ser sanado, extinguir-se-á o processo sem resolução de mérito. Por outro lado, se for o interesse particular, deve-se aferir, caso haja condições, quem será vencedor no plano do direito material²⁸. Para

os demais, para atingir a concretude dos efeitos desejados, há de atuar os fatores erigidos para a eficácia" (Pareceres: processo civil. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 47).

27. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Técnica processual e efetividade do processo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 191 e 207, respectivamente.

28. Para Luiz Guilherme Marinoni, "[...] a falta de pressuposto processual apenas impede o julgamento do mérito quando instituído em favor do interesse público. Quando o mérito

efeito deste trabalho, vale ressaltar que, caso essa tese termine por se consagrar vencedora na jurisprudência, a defesa executiva somente terá sucesso, na prática, se o vício envolvendo pressuposto de existência ou requisito de validade visar a proteger o executado.

3. DA DISTINÇÃO ENTRE “NULIDADE” E “INEFICÁCIA” DOS ATOS PROCESSUAIS: A “NULIDADE” ENQUANTO SANÇÃO PELA PRESENÇA DE UM VÍCIO PREJUDICIAL

Enquanto espécies do gênero atos jurídicos, os atos processuais podem ser analisados em três planos perfeitamente distintos: o da *existência*, o da *validade* e, por fim, o da *eficácia*.

Como esclarece Roque Komatsu, essas três categorias devem ser compreendidas separadamente, uma vez que o tratamento indistinto delas pode conduzir a equívocos e ambiguidades. Assim, revela-se inadmissível, por exemplo, incluir-se no âmbito da ineficácia ou da invalidade os chamados atos inexistentes. Da mesma forma, não tem razão quem relaciona a nulidade e a ineficácia à inexistência, fazendo afirmações como as de que “o ato nulo e o ato ineficaz são juridicamente inexistentes”, ou dizendo que “os atos inexistentes, nulos e anuláveis são categorias de ineficácia do ato jurídico”.²⁹

“Ser, valer e ser eficaz são situações distintas, com consequências específicas e inconfundíveis cada uma, e assim precisam ser tratadas”.³⁰ Em outras palavras, existência, validade e eficácia são categorias perfeitamente distintas, que convivem harmoniosamente, não obstante o tratamento jurídico diferenciado.

A existência jurídica de um ato jurídico, em princípio, é pressuposto para se analisarem a validade e a eficácia do mesmo. “A existência do fato jurídico constitui, pois, premissa de que decorrem todas as demais situações

for favorável ao réu, a ausência de pressuposto voltado à sua proteção não retira do juiz o dever de proferir sentença de improcedência, de modo que a ausência de pressuposto impedirá a tutela do direito material, mas não o julgamento do mérito. Porém, sendo o mérito favorável ao autor, a concessão da tutela jurisdicional do direito somente será possível quando o pressuposto negado tiver o fim de o proteger” (Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006, p. 476).

29. KOMATSU, Roque. Da invalidade no processo civil. São Paulo: RT, 1991, p. 41.

30. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

que podem acontecer no mundo jurídico”³¹. Assim, se o ato jurídico não existe, não há que se pensar em conceito de validade ou de eficácia³².

Um ato processual existe, quando reúne todos os elementos exigidos pelo sistema jurídico para a sua constituição. Caso falte algum desses elementos, estar-se-á diante de algo que, não obstante tenha a aparência, em maior ou menor grau, com o modelo tipificado na lei, não o reproduz integralmente.

Considera-se que os elementos que formam a *essência* de um ato processual, normalmente por expressa previsão legal, são os *sujeitos* ativo e passivo, o *objeto* lícito e possível, o *conteúdo* e a *forma*³³, o que ocorre com a sentença condenatória, cuja essência exige a qualidade da investitura e a forma escrita³⁴. Perquirir a existência do ato é indagar a respeito da existência ou não desses elementos³⁵. Assim, a falta, no suporte fático, de elemento nuclear impede a entrada do ato no mundo jurídico, acarretando inexistência. Mas, é preciso perceber: “*Atos inexistentes juridicamente podem produzir efeitos, desde que isto seja possível material, fática e concretamente*”³⁶.

Uma parte da doutrina distingue o fenômeno da inexistência *material* ou *fática* da inexistência meramente *jurídica*. José Maria Tesheiner,

-
31. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.
 32. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, Tomo V, p. 68.
 33. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Citação de pessoa falecida”. Temas de direito processual: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81-82.
 34. Como muito bem esclarece Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O requisito do tempo e lugar, geralmente apontado pelos autores como indispensável, perde em regra consistência na espécie, porque inserida a sentença em determinado processo com local certo e juntada aos autos. Trata-se, então, de vício não-essencial, de mera irregularidade, inconfundível com déficit, não dizendo respeito a requisito estrutural do ato, incapaz, pois, de atingir, a eficiência do suporte fático” (“Execução e título judicial e defeito ou ineficácia da sentença”. Revista de Processo, São Paulo, RT, n. 80, out./dez. 1995, p. 65-66).
 35. Exemplifica Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “O elemento relativo ao agente conduz a qualificar como não-sentença, embora com tal aparência, todo ato não referível ao poder jurisdicional, vale dizer, qualquer ‘sentença’ pronunciada por quem não exiba qualidade de juiz, a exemplo da assinada por tabelião ou oficial de justiça. Se o juiz não age como juiz e não há o pressuposto do processo judicial, igualmente ato sentencial (a ‘condenação’ feita pelo juiz no café entre amigos, embora escrita no guardanapo servido pelo garçom, sentença não é)”. E explica: “O ato sentencial revestir-se-á ainda de forma escrita ou deve ser reduzido a escrito (v.g., a sentença ditada em audiência pelo juiz ao escrevente), para que se possa determinar a origem necessariamente estatal” (“Execução e título judicial e defeito ou ineficácia da sentença”. Revista de Processo, São Paulo, RT, n. 80, out./dez. 1995, p. 66).
 36. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 500.

com razão, não concorda com essa distinção. Sustenta que, quando se fala de ato jurídico existente ou inexistente, já se está no plano jurídico. Sendo assim, a falada distinção atende apenas à circunstância de que, no primeiro caso, não se realizou nem um elemento da hipótese de incidência normativa, ao passo que, no segundo, algum elemento ocorreu no mundo fático, mas insuficiente, para que se possa haver por concretizado o suporte fático abstrato.³⁷

Como bem perceberam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, tratando-se de um defeito de essência, o ato juridicamente inexistente não corresponde a um “nada fático”. “Ao contrário. O ato juridicamente inexistente é um ‘impostor’: pretende fazer passar-se pelo ato ‘que queria ter sido’”.³⁸

Existindo o ato processual, incumbe ao intérprete verificar, *no segundo momento da operação lógica*, se ele é válido ou não. Com efeito, pode acontecer que, embora estejam presentes todos os elementos essenciais, algum deles ou mais de um deles mostrem-se desprovidos de atributo indispensável.

Para que o ato processual tenha validade no sistema jurídico, não basta o concurso dos elementos essenciais: revela-se necessário que estes satisfaçam determinados *requisitos* ou, observando-se o fenômeno pelo prisma negativo, não padeçam de certos vícios. Como ensina José Carlos Barbosa Moreira, “a ausência de requisito, ou a presença de defeito, é suscetível de comprometer a validade do ato: ele *existe*, mas *não vale*.”³⁹

A validade de um determinado ato jurídico, como se vê, é uma *qualidade* que se agrega ao mesmo, apresentando-se relacionada ao fato de estar de acordo com as regras jurídicas que o disciplinam. A validade de um ato jurídico, portanto, é aferida pelo seu enquadramento normativo (princípio da tipicidade), sendo certo que a norma que fundamenta a validade daquele pressupõe-se válida⁴⁰.

37. TESHEINER, José Maria. Pressupostos processuais e nulidades no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8-9.

38. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003, p. 27.

39. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Citação de pessoa falecida”. Temas de direito processual: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80.

40. CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009, p. 162.

Urge perceber que se trata de fenômeno relativo aos *comportamentos humanos*, atos jurídicos em sentido restritivo e negócios jurídicos, ainda que ligados à forma e ao objeto. Assim, do seu conceito, excluem-se os fatos jurídicos em sentido restrito⁴¹. Ilustrativamente, observa-se que o nascimento de uma pessoa, o transcurso do tempo, um terremoto etc. não são qualificáveis como válidos ou inválidos, porque a preocupação aí é se ocorreram ou não no mundo fenomênico. Em outras palavras, quanto ao plano da validade, o juízo de valor refere-se apenas aos comportamentos humanos.⁴²

A despeito de haver respeitável entendimento em sentido oposto, prevalece o entendimento doutrinário de que a natureza jurídica da *nulidade* é de uma *sanção* proveniente do ato jurídico, no caso em estudo, do ato *processual*, que se desviou do modelo legal, que não se restringe à sua forma, posto que, além desta, alcança todas as demais condições de regularidade do processo. Em suma, para essa corrente, a nulidade, enquanto sanção, não passa de uma *consequência* do vício contido no ato jurídico, mas, para que seja declarada ou decretada, necessita de um pronunciamento judicial que o desconstitua com efeitos *retroativos*. Segundo essa concepção, embora uma sentença seja prolatada por juiz absolutamente incompetente, ela produz todos os efeitos jurídicos que lhe são inerentes, até eventualmente ser anulada em grau de recurso ou rescindida via ação rescisória.⁴³ Em outras palavras, para a aplicação da

41. Há distinção entre os fatos e os atos processuais, à semelhança do que ocorre entre fatos e atos jurídicos. Todo fato, proveniente de ação humana ou não, o qual possui aptidão, para repercutir no processo, é um fato processual, como, ilustrativamente, é o caso da morte da parte, o fechamento imprevisível do Fórum, o que determina o adiamento das audiências ou a prorrogação dos prazos que, nesse dia, iriam se vencer etc. São, também, fatos processuais os atos ou negócios jurídicos que, malgrado tenham o poder de trazer consequências para o processo, não têm por escopo a produção de efeitos processuais, como, por exemplo, a alienação da coisa ou do direito litigioso, que acarreta consequências processuais, nos termos do art. 42 do CPC, mas a vontade que a determinou não era diretamente dirigida à relação processual. Por exclusão, o ato processual seria toda manifestação de vontade de um dos sujeitos do processo, dentro de uma das categorias previstas pelo sistema, que tem por fito a criação, a modificação ou a extinção da relação jurídica processual. Há, assim, a necessidade da presença dos seguintes elementos: (a) a manifestação de vontade de um dos sujeitos processuais (juiz, partes ou auxiliares da justiça); (b) observância de um modelo previsto na lei processual; (c) a constituição, modificação ou extinção da relação processual, quer no seu aspecto intrínseco -- que é a própria existência do vínculo que une o autor, o juiz e o réu --, quer no seu aspecto extrínseco -- que é o procedimento, o conjunto lógico e sucessivo de atos previstos em lei.

42. KOMATSU, Roque. Da invalidade no processo civil. São Paulo: RT, 1991, p. 34-35.

43. TESHEINER, José Maria. Pressupostos processuais e nulidades no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13-14. No particular, preleciona Aroldo Plínio Gonçalves: "Sanção e

sanção (= decretação da nulidade), revela-se necessária a provocação do interessado, a não ser no caso de vício conhecível de ofício⁴⁴.

Para completar o ciclo metodológico dos atos jurídicos, em especial dos atos processuais, impõe-se estudar o plano da eficácia. A *eficácia* do ato é a sua aptidão, para produzir efeitos no mundo jurídico.

A existência de ato processual válido, em regra, leva a sua capacidade de produzir os efeitos atribuídos pelo Direito. São os efeitos *típicos* ou *naturais* do ato jurídico. Excepcionalmente, contudo, como naqueles sujeitos à condição ou termo inicial, apesar de sua existência válida, o ato processual ainda não tem a força necessária, para produzir os seus efeitos jurídicos naturais ou típicos. É preciso compreender, desse modo, que a ineficácia não se constitui em vício do ato. Trata-se de um momento, um instante, em que o ato, por não observar determinados *fatores*, deixou de produzir aqueles efeitos jurídicos que lhe são esperados. Em outras palavras, a eficácia do ato processual é a sua capacidade de produzir os efeitos jurídicos que lhe são típicos ou inerentes.

Um exemplo facilitará a compreensão. Existem situações jurídicas em que um determinado fato depende da ocorrência de outro, para que os seus efeitos sejam desencadeados. O testamento, como se sabe, depende da morte do testador, para que produza a sua eficácia natural. Nesse caso, a morte não é o elemento nuclear do testamento, pois ele existe no mundo jurídico independentemente da ocorrência dela, mas, em contrapartida, ela constitui um dado integrante da eficácia do mesmo⁴⁵. Dito de outro modo, o efeito típico, que é a transferência do patrimônio do testador, somente ocorrerá com a sua morte, embora o testamento, antes desse fato, *exista validamente* no mundo jurídico. A morte do testador, neste caso, é o que corriqueiramente se chama de “fator de eficácia”.

vício são conceitos distintos e inconfundíveis e a nulidade não pode ser concebida, ao mesmo tempo, como consequência normativa e defeito de um ato. A sanção é uma consequência jurídica aplicável ao ato praticado com inobservância da lei, ou sem os requisitos que ela exige. O vício é o defeito, é o desvio, é a qualidade negativa que se contrapõe à perfeição do ato que se concretiza pela sua realização em plena conformidade com seu modelo normativo” (Nulidades no processo. Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 18).

44. Cândido Rangel Dinamarco pontifica, com muita propriedade, que “o ato viciado não é um nada, ele existe juridicamente e produz os efeitos normais até que uma decisão do próprio Poder Judiciário o declare nulo e lhe subtraia a eficácia” (Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. II, p. 586).
45. KOMATSU, Roque. Da invalidade no processo civil. São Paulo: RT, 1991, p. 39.

Há, naturalmente, como se fazer correlação entre a *nulidade* e a *ineficácia* do ato processual. Como afirma Teresa Arruda Alvim Wambier, “o sistema de nulidades existe, no direito, para evitar que o ato inválido produza efeitos programados”⁴⁶. A nulidade de um ato constitui um estado que o torna passível de deixar de produzir seus efeitos típicos e, em certos casos, de destruir os efeitos já produzidos. Assim, pode-se dizer que os atos nulos *tendem* a converter-se em atos ineficazes.

A existência de vício potencialmente gerador da nulidade possibilita a declaração de ineficácia, traduzida, repita-se, na inaptidão para produção dos efeitos próprios do ato processual. Adverte-se, entretanto, para dois fatos: (1) embora, excepcionalmente, o ato inválido possa produzir efeitos (o casamento putativo, por exemplo)⁴⁷, (2) a ineficácia pode não coexistir com a nulidade⁴⁸. Conclui-se, com efeito, que o plano da eficácia não pressupõe, necessariamente, uma passagem pelo plano da validade⁴⁹.

A ineficácia de um ato, portanto, *nem sempre decorre* da sua nulidade. Em alguns casos, ela decorre de algum fator que, sem influir na composição válida de seus elementos de fato, seja indispensável à realização de todos ou alguns efeitos⁵⁰. É o caso da sentença condenatória no prazo da apelação, em regra, recebida no duplo efeito⁵¹. Observe-se que a sentença, em tese, existe e é válida, mas, em decorrência do efeito suspensivo próprio da apelação, não pode produzir ainda os seus efeitos típicos.

46. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. Nulidades do processo e da sentença. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 142.

47. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 138.

48. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, Tomo V, p. 68-69.

49. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 137.

50. KOMATSU, Roque. Da invalidade no processo civil. São Paulo: RT, 1991, p. 158.

51. Como se sabe, o efeito suspensivo refere-se à impossibilidade de a decisão impugnada produzir os seus efeitos típicos enquanto o recurso não for julgado. Os efeitos secundários da sentença, a exemplo da regra prevista no art. 466 do CPC, independem dos efeitos da apelação. Na realidade, é a mera recorribilidade que torna a decisão ineficaz, e não a interposição do recurso. Basta, pois, a mera previsão legal de recurso a ser “recebido com efeito suspensivo”. Quando o recurso é interposto, nesse contexto, apenas se prolonga o estado inicial de ineficácia da decisão até seu julgamento. É por essa razão que não se admite “execução provisória” de sentença no prazo de interposição do recurso de apelação. Agora, se ocorrer o contrário, ou seja, se o recurso previsto pela legislação não seja dotado de efeito suspensivo, a decisão, a partir da sua publicação, já tem o condão de gerar os seus efeitos típicos, independentemente de ainda se estar em trâmite o prazo recursal.

Outro exemplo é o caso da sentença condenatória que, ressalvadas as situações excepcionais estampadas no art. 475, §§ 2º e 3º, do CPC, não se submeteu à *remessa necessária* (art. 475, *caput* e I, do CPC). Trata-se de *condição de eficácia da sentença*⁵², que, enquanto não for examinada pelo tribunal competente, não transita em julgado⁵³, sendo, portanto, *ineficaz*.

No processo de execução, a alienação de bens em fraude à execução (art. 593 do CPC) não tem eficácia em relação a esse mesmo processo de execução (art. 592, V, do CPC), sendo o “fator de eficácia” (dessa alienação) a presença, ainda que superveniente, de outros bens do executado, devedor ou responsável, os quais sejam capazes de satisfazer o crédito que dá conteúdo ao título executivo.

4. DA CLASSIFICAÇÃO DOS VÍCIOS PROCESSUAIS

Para efeitos deste artigo, entende-se que a melhor classificação dos vícios dos atos processuais, em ordem crescente de gravidade, é a seguinte: (a) gerador de “mera irregularidade”; (b) gerador de “nulidade relativa”; (c) gerador de “nulidade absoluta”; (d) gerador de “inexistência jurídica”⁵⁴. Esses vícios decorrem, normalmente, da ausência de elemento essencial ou de requisito de validade.

Segundo Araken de Assis, não se pode confundir o ato meramente *irregular* com o ato inválido. Os atos processuais, para que possam ingressar eficientemente no sistema jurídico, reclamam a presença de requisitos *úteis* e *necessários*: estes, pela própria terminologia, são aqueles que, tecnicamente, são indispensáveis à finalidade prática do ato processual, ao passo que aqueles somente têm a função de auxiliar na consecução deste objetivo. Assim, enquanto o requisito necessário é indispensável, para o alcance da finalidade do ato processual, o requisito útil apresenta-se como um elemento a mais, uma soma, um elemento auxiliar, na busca desse fim perseguido. Nessa linha de pensamento, a inobservância de requisito útil gera uma simples irregularidade processual, ao passo que a desconformidade do ato com o modelo previamente tipificado, desobedecendo a requisito necessário e, com efeito, levando à ocorrência de

52. NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. – 6ª ed. atual., ampl. e refor. – São Paulo: RT, 2004, p. 78.

53. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. – 8ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: RT, 2004, p. 891.

54. No processo penal, também é a classificação de Aury Lopes Jr. (Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. II, p. 381-385).

vício essencial, resulta em invalidação ou nulidade, malgrado produza efeitos jurídicos.⁵⁵

Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, que também partilha desse entendimento, conclui que as meras irregularidades, portanto, são defeitos que o ato processual apresenta que jamais conduzem à invalidade, isto é, trata-se de mácula irrelevante para o processo e que, por isso, não conduz à ineficácia decorrente da decretação de invalidade⁵⁶.

Teresa Arruda Alvim Wambier esclarece, com razão, que a atribuição de vício de “menor gravidade” ao ato processual meramente irregular, embora pareça ser verdadeiro, consiste em enunciado que não resolve todos os problemas. As irregularidades podem ser enquadradas tanto nas nulidades relativas em sentido amplo como ser objeto de tratamento autônomo. Como regra, são “defeitos” que não interferem na validade do ato e, com efeito, não contaminam os atos que lhe são subsequentes. Tais “defeitos” não provocam a aptidão para a perda dos efeitos típicos do ato, entretanto, ao contrário das nulidades relativas, “é defeito em relação ao qual não ocorre preclusão, e, se for materialmente possível, pode e deve ser corrigido de ofício”.⁵⁷

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, na verdade, as meras irregularidades são os defeitos do processo que não têm aptidão para exercer influência alguma sobre a justiça da decisão, ou seja, sobre a relação de adequação entre a norma aplicada, pelo juiz, na sentença, e os fatos (provas) da causa⁵⁸. Se, ao contrário, tal fato ocorrer, estar-se-á diante de um caso de nulidade relativa, exemplificada com a situação processual em que uma testemunha ouça o depoimento da outra antes de sua oitiva, bem como quanto à circunstância de constar dos autos um documento qualquer em língua estrangeira. Em tais casos, cria-se uma situação que potencializa o surgimento de uma decisão judicial em desconformidade com a verdade dos fatos e, via de consequência, uma decisão injusta.⁵⁹

55. ASSIS, Araken de. Manual da execução. – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 388.

56. DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. “Invalidades processuais – algumas questões”. Revista de processo, São Paulo, RT, n. 67, jul./set. 1992, p. 158.

57. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. Nulidades do processo e da sentença. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 203.

58. Como exemplo, pode-se pensar na falta de numeração das folhas dos autos, na falta de rubrica ou na circunstância de o juiz exceder um prazo que lhe tenha sido assinalado pela lei (impróprio).

59. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. Nulidades do processo e da sentença. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 203-204.

Galeno Lacerda estabeleceu as premissas básicas para a diferenciação entre nulidades *absoluta*, *relativa* e *anulabilidade*⁶⁰. Resumidamente, a tese é a seguinte: (a) as nulidades absolutas resultam de violação de norma imperativa que visa a atender ao interesse público; (b) as nulidades relativas resultam também da violação de norma imperativa, mas, ao contrário daquelas, visam a proteger primordialmente um interesse particular da parte; (c) as anulabilidades resultam da infração de norma dispositiva. Para Galeno Lacerda, a violação de normas imperativas, ao contrário do que ocorre com as anulabilidades, deve ser declarada de ofício pelo juiz⁶¹.

Como já percebido no início deste tópico, não se adota, neste trabalho, essa classificação de Galeno Lacerda, pois gera mais confusão que facilita a compreensão didática da matéria (organização da cognição ou do modo de pensar do juiz). Os “defeitos” (vícios) dos atos processuais que influenciam metodologicamente a legitimidade do processo são: os de *inexistência*, cuja noção já restou exposta neste artigo; de *nulidade*, sendo a principal classificação que a separa em absoluta e relativa; e de *irregularidade*, que, de certo modo, estão vinculados aos casos de nulidade relativa⁶². As anulabilidades, nesse contexto, são próprias do direito privado, não encontrando espaço em um ramo do Direito (o processual) que, demonstrando o seu caráter *publicista*, visa a materializar a função jurisdicional do Estado.

As *nulidades absolutas* resultam da violação de normas que visam primordialmente a resguardar o cumprimento regular dessa função jurisdicional. Assim, o efeito imediato dessa conclusão é o fato de que, para o juiz, constitui um dever reconhecer o respectivo vício e decretar, em qualquer tempo, como sanção, a nulidade absoluta do ato processual e de todos os outros que, se contaminados, forem-lhe consequentes (art. 245, *parágrafo único*, do CPC; art. 248 do CPC). Já as causas possivelmente geradoras de *nulidades relativas* dizem respeito aos interesses exclusivos das partes, de modo que a pretensa decretação depende sempre de imediato requerimento expresso destas, para não incorrer em preclusão (art. 245, *caput*, do CPC), exigindo-se, contudo, que a parte requerente não tenha originado o vício (art. 243 do CPC) e apresente, por conseguinte, interesse processual na decretação de nulidade (art. 249, § 2º, do CPC).⁶³

60. LACERDA, Galeno. Despacho saneador. 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 68-75.

61. LACERDA, Galeno. Despacho saneador. 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 160.

62. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. Nulidades do processo e da sentença. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 203-204.

63. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. II, p. 591-596.

Observe-se que o sistema de nulidades *processuais*, inerente ao Direito Público, é diferente do sistema de nulidades do Direito Privado, notadamente do Direito Civil. Neste ramo do Direito, os atos anuláveis são atacáveis por meio de ação desconstitutiva, de cunho anulatório, ao passo que os atos nulos são atacáveis por meio de ação declaratória de nulidade. No Direito Processual, a questão já não é assim, porque os atos anuláveis, resultantes de vícios decorrentes da não observância de norma dispositiva, se não arguíveis no momento oportuno para tanto, são passíveis de preclusão, convalidando o vício, enquanto os atos nulos são desconstituídos, e, finalmente, os inexistentes são declarados como tal.⁶⁴

As sentenças nulas produzem coisa julgada. Assim, elas somente são atacadas, quando não mais passíveis de correção recursal, por meio de ação rescisória, desde que preenchidas todas as questões específicas de admissibilidade. Ainda que se trate de sentença nula, revela-se necessário que, em um primeiro momento, desconstitua-se a “barreira” protetora da coisa julgada, para, em um segundo passo, ela ser atingida diretamente. A sentença inexistente, por outro lado, é atacada pela ação declaratória de inexistência, que, em razão de sua natureza jurídica, não prescreve, nem muito menos, ao contrário da ação rescisória, fica sujeita a prazo decadencial.⁶⁵

Há que se observar, finalmente, que a doutrina aponta, ainda, a distinção entre nulidade do processo, ou seja, de toda a relação jurídica processual, e nulidade de ato processual. No primeiro caso, não sendo sanado o vício, extingue-se o processo, ao passo que, no segundo, pronunciada a nulidade, o processo continua, embora com a repetição ou retificação dos atos necessários ao seu desenvolvimento regular.⁶⁶

64. JORGE, Flávio Chein. “Ação rescisória – ausência de citação do réu”. Revista de Processo, São Paulo, RT, n. 78, abr./jun. 1995, p. 258-263.

65. Para Teresa Arruda Alvim Wambier, “Acertada é a opinião segundo a qual o meio adequado para retirar definitivamente do mundo jurídico as sentenças inexistentes é o da ação declaratória que, no caso, é imprescritível. Diz-se, quase que unanimemente na doutrina, que as ações declaratórias são imprescritíveis”. E conclui: “Isto se justifica porque a finalidade das ações declaratórias é a de suprimir, do universo jurídico, uma determinada incerteza jurídica. Segue-se daí que, enquanto existir ou subsistir, e precisamente porque está presente uma determinada incerteza jurídica, não há lugar para a prescrição da ação declaratória, cujo objetivo é precipuamente o de pôr fim a essa incerteza” (Nulidades do processo e da sentença. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 516).

66. TESHEINER, José Maria. Pressupostos processuais e nulidades no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 3.

Em determinadas hipóteses, a falta de um elemento constitutivo de um ato, a despeito de não invalidar os atos processuais anteriores, acarreta a sua inaptidão, para realizar o seu efeito típico, a exemplo do que ocorre com a sentença tão-somente prolatada por um órgão não dotado de jurisdição e, por consequência, não pode servir de base para posterior e eventual processo de execução⁶⁷. É que o vício de fundo pode não ocorrer no limiar da formação do processo e, assim, atingir somente os atos posteriores que encontram, no ato viciado, o seu pressuposto⁶⁸.

O que se diz para a ausência de elemento constitutivo de um determinado ato processual pode ser dito, com todas as letras, ao menos ao que se refere ao plano *endoprocessual*, aos requisitos de validade⁶⁹. Conforme preleciona Pontes de Miranda, os vícios de inexistência jurídica podem ser conhecidos pelo juiz de ofício, e a ordem jurídica pode estabelecer a decretabilidade, de ofício, de nulidades processuais⁷⁰. É o que ocorre no sistema brasileiro, na exata medida em que se percebe que o regime jurídico das “nulidades” (absolutas) não difere do regime jurídico da “inexistência” *no curso da relação processual*: o vício, seja de nulidade absoluta ou de inexistência, pode ser arguido pelas partes e pelo juiz, de ofício, não havendo que se falar em preclusão.

5. CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DA AUSÊNCIA DOS “PRESSUPOSTOS” E DOS “REQUISITOS” PROCESSUAIS: DA VARIAÇÃO QUANTO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA

Como os três planos metodológicos dos atos jurídicos (existência, validade e eficácia) são inconfundíveis e possuem regimes jurídicos

67. É a lição de Fredie Didier Jr.: “É possível que, embora exista relação jurídica processual, a um determinado ato processual falte um pressuposto de existência jurídica, como ocorre com a sentença proferida por não-juiz ou que não possua decisão. Nesses casos, a relação jurídica processual existe, mas o ato (sentença) é que não preencheu os elementos mínimos do seu suporte fático, o que impede a sua existência jurídica. Pode-se falar, portanto, em pressupostos de existência de cada um dos atos jurídicos processuais que compõem o procedimento, independentemente da existência da relação jurídica processual” (Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107).

68. GONÇALVES, Aroldo Plínio. Nulidades no processo. Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 57.

69. DIDIER JUNIOR, Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107.

70. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado das ações: ações constitutivas. São Paulo: RT, 1972, Tomo III, p. 14.

diferenciados, não custa repetir que *os pressupostos processuais encontram-se, na atividade cognitiva do juiz, no plano da existência, ao passo que os requisitos processuais, no plano da validade.*

Segundo se entende neste trabalho, não apenas as nulidades absolutas são *requisitos de validade*. As nulidades relativas também o são, uma vez que, se arguidas tempestivamente, resultam em decretação de invalidade (ainda que seja somente do ato viciado) e, por consequência, correção do respectivo vício. A rigor, a *regularidade dos atos processuais* enquadra-se perfeitamente nos *requisitos de validade*, sob a fórmula pura e simples de “ausência de nulidades”. Em outras palavras, o respeito ao formalismo processual, ou seja, à forma, tempo, lugar e prazos prescritos na legislação para a realização dos atos processuais, é requisito processual da maior amplitude, pois envolve a realização do justo e equo processo, traduzindo-se, ao fim e ao cabo, “[...] na ausência de nulidades e vícios em geral dos atos processuais”⁷¹.

Os pressupostos processuais, inclusive do processo de execução, e os requisitos de validade, ressalvados os casos de vícios potencialmente geradores de “nulidade relativa”, a exemplo da incompetência territorial, podem ser conhecidos pelo órgão jurisdicional de ofício. Isso é justificado pela própria função desses institutos, que é a de “filtrar”, em certa perspectiva, demandas inviáveis sob o ponto de vista formal e, por isso mesmo, revelam-se ilegítimas⁷².

Os pressupostos e os requisitos processuais, ao lado das condições da ação que os *sucedem* nesta empreitada, constituem-se em “requisitos” absolutamente necessários ao exame do mérito do processo⁷³, traduzido no julgamento dos pedidos de direito material ou, no caso do processo de execução, o pedido de realização dos atos executivos. Em verdade, por este sistema, antes do julgamento da crise de direito material deduzida em juízo ou da realização de qualquer medida coativa, a atividade judiciária implicará uma análise e um julgamento sobre o próprio processo. Em outros termos, para que haja a justa composição da lide, fim da atividade jurisdicional, revela-se necessário o fato de a relação processual ter sido criada e desenvolvida de maneira absolutamente correta.

71. LACERDA, Galeno. Despacho saneador. 3ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1990, p. 68-69.

72. ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1979, p. 31.

73. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Sobre pressupostos processuais”. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 90.

Esse falado controle de ofício implica, para o juiz, como parece evidente, a possibilidade de reconhecer a falta de pressuposto de *existência* ou de requisito processual de *validade*, sempre que lhe pareça haver nos autos elemento que a revele, independentemente de provocação das partes, que não é excluída, por óbvio. Assim, deparando-se com essa *inequívoca* situação, deve o juiz dar, de imediato, o efeito processual que o sistema prescreva. Independentemente da existência de dúvida, no entanto, quanto à suposta ausência, entende-se que o juiz, em homenagem ao princípio da cooperação⁷⁴, deve, antes de tomar qualquer medida processualmente drástica, intimar a parte interessada à sua presença, a fim de que a mesma, se quiser, manifeste-se a respeito. Se não houver manifestação, ou, mesmo com esta, se a eventual dúvida permanecer, deve tomar a medida processual prescrita no sistema, a qual, *regra geral*, é a extinção do feito sem resolução do mérito.

É preciso deixar bem claro nesta parte do trabalho que tanto o ato nulo quanto o inexistente têm uma “vida artificial” até o dia em que seja concretizada a invalidação dos mesmos⁷⁵. O remédio processual idôneo a sanar a ausência de pressuposto processual de existência ou de requisito de validade processual é variável *de acordo com a oportunidade em que se constata a presença do defeito*.

Como regra, se isso ocorre *no curso do processo* (prisma *endoprocessual*), não se apercebendo o órgão jurisdicional acerca do vício, uma simples petição, promovida pela parte a quem interessa a validação do processo e desde que não tenha sido ela que deu causa ao vício, pode provocar a correção do defeito. No processo de execução, essa petição (defensiva) provoca um incidente que visa a obstar a atividade executiva estatal, mediante provocação a respeito de sua legitimidade.

Nesta perspectiva, ou seja, estando o processo em curso, seja em primeiro ou em segundo grau de jurisdição (instância ordinária), o meio adequado, para arguir qualquer vício relacionado com os pressupostos e os requisitos de validade processuais é a objeção feita exigível e preferentemente na primeira oportunidade que a parte tiver, para se manifestar⁷⁶. É claro que, quanto à profundidade da investigação (prisma vertical),

74. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009, p. 105-140.

75. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. Nulidades do processo e da sentença. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 165.

76. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 290-291.

devem ser observados os limites cognitivos da espécie de processo em que se discute a matéria.

Como se percebe, no âmago da relação processual, não há distinção entre pressupostos e requisitos de validade do processo: basta, apenas, que a matéria seja de ordem pública, conhecível de ofício, portanto, imune à preclusão.

Se houve, contudo, o *término do processo* de conhecimento em que se constata a ausência de algum pressuposto ou requisito de validade processual, a solução revela-se diferente.

Se a falta é de pressuposto processual, relembre-se de que a sentença daí oriunda também é inexistente, de modo que o instrumento cabível é a *ação declaratória de inexistência* (art. 4º do CPC) e, como tal, *independente de prazo*. Pelo elevado grau de gravidade, ao contrário de uma causa de nulidade, a sentença juridicamente inexistente não fica sepultada pela autoridade da coisa julgada material. Observe-se que, até mesmo no processo de execução, é possível arguir a carência de uma das condições da ação executiva, o legítimo interesse processual, em virtude da inexistência do título executivo (sentença civil condenatória inexistente).

Já se a falta é de requisito de validade, recordando-se que as nulidades daí resultantes são passíveis de convalidação com o trânsito em julgado, o remédio cabível é a *ação rescisória*, que se submete ao prazo decadencial de dois anos (art. 495 do CPC). Observe-se que, *se o vício de nulidade absoluta resulta da sentença civil condenatória*, o mesmo não pode arguido nos autos do processo de execução, haja vista a incidência sobre ela da autoridade da coisa julgada material.

Uma vertente doutrinária advoga a tese de que o trânsito em julgado converte a *nulidade* em *rescindibilidade*⁷⁷. Não se concorda, todavia, com essa corrente, pois a “nulidade” é uma consequência de um *estado defeituoso*, ao passo que a “rescindibilidade” refere-se ao fato de que o ato processual padecente daquele vício pode ser impugnado pela via da ação rescisória.

Trata-se, como se vê, de um fundamento de ordem lógica: a possibilidade de se ajuizar ação rescisória não se confunde com o vício que macula o ato processual. Demais disso, nem toda causa de rescindibilidade

77. TESHEINER, José Maria Rosa. Pressupostos processuais e nulidades no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 282.

reside em uma nulidade de ato processual, como, por exemplo, quando, “depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável” (art. 485, VII, do CPC).

É certo que os vícios relativos à *inexistência jurídica* podem ser alegados em sede de ação rescisória, apesar de a decisão não transitar em julgado. Diferentemente dos casos de vício de nulidade, os de inexistência nunca formam coisa julgada material, apesar dessa constatação não prescindir de uma declaração judicial posterior. Se a *imprescritível* ação declaratória de inexistência jurídica seria admissível, evidente que a ação rescisória também o é. Quem pode o mais, certamente, pode o menos. Assim, vícios gravíssimos, como os de inexistência jurídica, que sequer transitam em julgado, podem ser deduzidos em ação rescisória.

A ação rescisória deve ser entendida como uma exceção na ordem jurídica, pois a regra geral é a manutenção da segurança decorrente da autoridade da coisa julgada material, de modo que as hipóteses de cabimento estão enumeradas taxativamente no art. 485 do CPC, as quais, portanto, devem ser interpretadas *restritivamente*.

6. A SENTENÇA CONDENATÓRIA COMO TÍTULO EXECUTIVO E A SUA ESTRUTURA: ELEMENTOS DE EXISTÊNCIA OU REQUISITOS DE VALIDADE?

A sentença civil condenatória, independentemente do trânsito em julgado, constitui um título executivo. Sendo assim, revela-se absolutamente relevante estudar a sua estrutura constitutiva, pois, se for constatado defeito prejudicial ao executado, estará fadado ao insucesso o desenvolvimento normal da execução.

Doutrinariamente, pode-se formular um conceito mais completo de título executivo: é a representação documental de norma jurídica individualizada, contendo, de maneira abstrata e redigida em vernáculo, obrigação líquida, certa e exigível de entregar uma coisa, ou de fazer, ou de não fazer alguma atividade, ou de pagar quantia em dinheiro, entre sujeitos determinados, e que, diante da probabilidade da real existência dessa mesma obrigação, tem a eficácia específica de viabilizar a tutela jurisdicional executiva⁷⁸.

78. ZAVASCKI, Teori Albino. Processo de execução: parte geral. – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 270.

Sendo a pedra angular do processo ou da fase de execução (cumprimento de sentença), é natural que os eventuais vícios que maculam o título executivo, tanto no aspecto formal, envolvendo o documento em si, quanto no substancial, ou seja, em relação ao direito material que lhe dá conteúdo, podem servir de objeto de defesa por parte do executado.

Normalmente, utiliza-se a defesa típica, que é a *impugnação ao cumprimento de sentença*, mas nada impede a utilização de uma das modalidades de *defesas heterotópicas*, que são as ações autônomas prejudiciais à execução⁷⁹, como a ação anulatória, a não ser que haja coisa julgada material, quando ainda é possível o ajuizamento da ação rescisória⁸⁰. É possível, ainda, o exercício da *defesa endoprocessual executiva*⁸¹ (exceção de pré-executividade), desde que evidenciados os vícios de plano pelo juiz⁸², não se admitindo, portanto, dilação probatória, uma vez que a matéria debatida não deve atrair complexidade incompatível com a relação processual executiva.

Em relação à previsão de título executivo, o sistema jurídico brasileiro é do tipo fechado, sendo esta questão fundamental quanto ao exercício da defesa⁸³, e é assim, porque o principal vício do processo de execução,

79. MARTINS, Sandro Gilbert. A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica. São Paulo: RT, 2002, p. 104-105.

80. A ação rescisória deve ser entendida como uma exceção na ordem jurídica, pois a regra geral é a manutenção da segurança decorrente da autoridade da coisa julgada material, de modo que as hipóteses de cabimento estão enumeradas taxativamente no art. 485 do CPC, as quais, portanto, devem ser interpretadas restritivamente. Importa observar que a ação rescisória não é cabível para rescindir sentenças injustas, ou seja, aquelas decorrentes de má apreciação das provas. O entendimento em sentido contrário significaria negar a própria autoridade de coisa julgada material, que prevalece nesses casos. Se a parte entende que a decisão não corresponde às alegações fáticas comprovadas no processo, deve evitar o trânsito em julgado, interpondo os recursos cabíveis. Com o trânsito em julgado, não é cabível a ação rescisória apenas por essa situação virtualmente injusta. Neste momento, revela-se oportuno resumir os pressupostos para o cabimento da ação rescisória: (I) decisão que efetivamente aprecie o mérito da demanda, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados, em consonância com as matérias elencadas no art. 269 do CPC, inclusive, ainda que excepcionalmente, quando proferida nos processos de execução e cautelar; (II) ocorrência de coisa julgada material sobre a decisão atacada; (III) presença de uma das causas apontadas no art. 485 do CPC; (IV) não esaurimento do prazo decadencial de dois anos previsto no art. 495 do CPC.

81. Acerca da denominação “defesa endoprocessual executiva”, consulte-se: REIS, Sérgio Cabral dos. Defesa do executado no curso da execução: cível e trabalhista. São Paulo: LTr, 2008, p. 367-375.

82. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “O controle dos atos executivos e efetividade da execução: análises e perspectivas”. Processo de execução e assuntos afins. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1998, p. 335.

83. MEDINA, José Miguel Garcia. Execução civil: teoria geral: princípios fundamentais. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 182.

sem dúvida alguma, é a própria inexistência do título executivo⁸⁴, sendo, no mínimo, uma arbitrariedade impedir que o injustamente executado possa suscitar essa questão no interior do processo de execução⁸⁵.

José Miguel Garcia Medina, distinguindo os requisitos relativos à admissibilidade do título executivo e os requisitos relativos ao dever nele abstratamente contido, entende que as operações que devem ser realizadas pelo juiz, a fim de aferir a presença ou não de um título executivo, podem ser resumidas da seguinte maneira: (a) verificação se o documento que o “credor” ostenta como título executivo é, em tese, juridicamente tipificado como tal, e (b) verificação se os requisitos legais *do ato* que constitui título executivo estão ou não presentes. Neste caso, os requisitos legais do ato não são apenas os de *validade*, mas também os de *existência*, quando, então, na eventualidade de ausência dos mesmos, o “título executivo” terá o mesmo destino.⁸⁶

Nessa perspectiva, pois, analisar-se-ão os vícios envolvendo a sentença civil condenatória, já que a mesma, ainda que destituída da estabilidade decorrente do trânsito em julgado, pode servir de base para um processo de “execução provisória”, instituto que pode causar prejuízos ao executado, inclusive mediante penhora com remoção e até mesmo expropriação de bens (art. 475-O do CPC). Na realidade, em razão dos atos de constrição patrimonial, o executado pode até mesmo paralisar as suas atividades econômicas, motivo pelo qual a decisão que viabiliza a realização dos mesmos (atos executivos) deve se cercar de todos os parâmetros juridicamente exigidos para a sua formação.

Sendo assim, a sentença condenatória, enquanto título executivo por excelência, gerado a partir de uma atividade dialética legitimada pela possibilidade do contraditório travado entre as partes, deve observar os seus elementos essenciais e requisitos de validade, de modo a se evitar que o executado tenha o seu patrimônio injustamente turbado em razão de título executivo formado sem a observância do devido processo legal, o que inclui a sua sintonia com o princípio da tipicidade.

De uma maneira geral, a doutrina aponta os vícios de que pode padecer uma sentença nas seguintes situações jurídicas: (1) ausência de

84. REIS, José Alberto dos. Processo de execução. Coimbra: Coimbra, 1985, v. 1º, p. 192.

85. TESHEINER, José Maria. Pressupostos processuais e nulidades no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 242.

86. MEDINA, José Miguel Garcia. Execução civil: teoria geral: princípios fundamentais. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 187-188.

relatório; (2) ausência de fundamentação; (3) deficiência de fundamentação; (4) ausência de correlação entre fundamentação e decisório e (5) ausência de dispositivo ou conclusão.

De acordo com o art. 458 do CPC, são requisitos essenciais da sentença: “(I) o relatório, que conterá o nome das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; (II) os fundamentos, em que o juiz resolverá as questões de fato e de direito; (III) o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”.

José Carlos Barbosa Moreira, corretamente, esclarece que esse dispositivo carece da melhor técnica redacional, a começar pelo uso do vocábulo “requisitos”, que são qualidades, atributos que se expressam mediante adjetivos. Na verdade, a regra jurídica mencionada trata de *elementos*, de partes que devem integrar a estrutura da sentença, a saber: o relatório, os fundamentos ou motivação e o dispositivo ou conclusão. Afirma, ainda, que a parte final do inc. III não foi bem concebida, em que se diz que o juiz resolverá as questões *que as partes lhe submeterem*, eis que, como se sabe, o juiz não resolve somente essas questões, a exemplo da decadência, perfeitamente pronunciável de ofício. Finalmente, ensina que o vocábulo “questões” está empregado de maneira ambígua, induzindo a equívoco, pois tem um sentido no inc. II e outro no inc. III. Enquanto no primeiro caso refere-se aos fundamentos, à análise das questões de fato e de direito, ou seja, dos pontos duvidosos a respeito delas, terminando o juiz por *resolvê-las*, enunciando o seu convencimento, no segundo caso, no dispositivo da sentença, ele apenas se *pronuncia* sobre o pedido. Em outras palavras, na fundamentação, o juiz analisa e resolve as questões (fático-jurídicas) que lhe são submetidas, ao passo que, no dispositivo da sentença, há somente o pronunciamento judicial a respeito da decisão tomada: não se resolve aqui o que já foi resolvido na fundamentação, apenas se pronuncia acerca da procedência ou não do pedido.⁸⁷

O “relatório” não passa de uma narração, de modo que, se é assim, deve revestir-se, à medida do possível, de caráter objetivo. Nele, o juiz não deve demonstrar como vai decidir a respeito dos pedidos ou da impressão que ficou diante das questões deduzidas perante ele no processo.

87. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117-118.

É necessário que demonstre discernimento, para, de um lado, não omitir dados relevantes e, de outro, não se perder em digressões inúteis. O relatório somente deve conter os dados necessários ao cumprimento de sua finalidade, tão-somente⁸⁸. Mas, é preciso compreender, inobstante o que se disse, que o relatório é uma espécie de pré-fundamentação. “Trata-se de elementos que têm por escopo *situar* a fundamentação, circunstanciando-a, em certa medida. *A fundamentação só ganha sentido no contexto do relatório*”⁸⁹.

A “*motivação*”, nesse contexto, como exigência do Estado Democrático de Direito⁹⁰, possui dois aspectos: um *fático* e outro *jurídico*. “Quem sentencia, em última análise, aplica norma jurídica a determinado fato ou conjunto de fatos. A conclusão deve resultar da conjugação entre a norma aplicável e o fato concreto e singular que está posto diante do juiz”. O fundamento fático, via de regra, é decisivo, pois, apenas de maneira excepcional, o juiz se deparará com uma causa que será julgada à luz de meras questões de direito. Duas exigências devem ser observadas: a *extensão* da fundamentação e a sua *profundidade*. A primeira diz respeito ao fato de que *todas* as provas devem ser levadas em consideração pelo julgador, ao prolatar a sua decisão. Assim, deve apreciar a prova não somente a produzida pelo autor, senão também a produzida pelo réu e a colhida *ex officio*. A segunda exigência, relativa à profundidade da motivação, repele referências genéricas e injustificadas, do tipo: “a prova produzida pelo autor não convence”, “as alegações do réu não ficaram comprovadas” ou “indeferio a liminar por falta dos pressupostos legais”. Com esse tipo de expressões, o juiz, em absoluto, desincumbiu-se do seu dever de motivar. Afinal, ele deve explicar o motivo pelo qual a prova produzida pelo autor não lhe foi convincente, ou as razões pelas quais as alegações do réu não o convenceram, ou ainda justificar o asserto de que os pressupostos legais da liminar não estão presentes⁹¹. Não o fazendo,

88. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119.

89. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 335.

90. NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2000, p. 108-114.

91. Igualmente, manifesta-se Nelson Nery Junior: “O mau vazo em que incorrem alguns juízes e tribunais de não fundamentarem suas decisões acarreta hoje nulidade por infringência à CF. Não é incomum os juízes indeferirem pretensões das partes argumentando com o jargão de que o fazem ‘por falta de amparo legal’. Esse tipo de decisão é exemplo clássico de ausência de fundamentação da decisão judicial (jurisdicional e administrativa), que a

considera-se que a decisão, ao arrepio do texto constitucional, carece de motivação (art. 93, IX, da CF), é nula de pleno direito⁹². Observe-se que a invocação, pelo juiz, de outra peça dos autos (ilustrativamente, o parecer do representante do Ministério Público) como sustentáculo de sua decisão pode ser admitida, por amor à economia processual, em hipóteses de rotina, quando haja realmente nos autos peça bem elaborada, que abranja todos os pontos relevantes⁹³. Deve, entretanto, constituir exceção, jamais regra. Finalmente, “o juiz deve ter como lema examinar todas as questões de direito relevantes, e só essas”⁹⁴. Dito de outra maneira, as questões que devem ser analisadas pelo juiz são somente aquelas que forem pertinentes e relevantes, ou seja, aquelas que puderem influir, de alguma maneira, a decisão.⁹⁵

torna írrita e ineficaz. O juiz deverá indicar o porquê do indeferimento, já que se não houver vedação expressa na lei, o juiz não poderá deixar de apreciar o pedido, preenchendo eventual lacuna pelos mecanismos indicados no art. 5.º, da LICC, no art. 126 do CPC e no art. 7º do CDC. Sua conclusão poderá até ser pelo indeferimento, mas deverá dizer quais as razões pelas quais assim decidiu”. Esclarece, ainda, o seguinte: “Outro fato comum, que ocorre amiúde no foro, é a ausência de motivação das decisões concessivas ou denegatórias de liminar, em mandado de segurança, cautelares, possessórias e ações civis públicas. A locução ‘presentes os pressupostos legais concedo a liminar’, ou, por outra, ‘ausentes os pressupostos legais denego a liminar’, são exemplos típicos do vício aqui apontado. O ministro, desembargador ou juiz tem necessariamente de dizer por que entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da liminar, isto é, ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar razões de seu convencimento” (Princípios do processo civil na constituição federal. – 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2002, p. 184-185).

92. Esclarece Nelson Nery Junior que é “interessante observar que normalmente a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade” (Princípios do processo civil na constituição federal. – 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2002, p. 184).
93. Diferentemente não pensa Nelson Nery Junior, quando afirma que “[...] é fundamentada a decisão que se reporta a parecer jurídico constante dos autos, ou às alegações das partes, desde que nessas manifestações haja exteriorização de valores sobre as provas e questões submetidas ao julgamento do juiz. Assim, se o juiz na sentença diz acolher o pedido ‘adotando as razões do parecer do Ministério Público’, está fundamentada a referida decisão, se no parecer do Parquet houver fundamentação dialética sobre a matéria objeto da decisão do magistrado” (Princípios do processo civil na constituição federal. – 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2002, p. 183).
94. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121.
95. Esclarece José Carlos Barbosa Moreira que “a regra segunda a qual a análise para a motivação fática deve abranger a totalidade das provas comporta atenuações, por amor à economia processual. Um exemplo: em ação de cobrança, se desde logo se verifica que procede a alegação do réu, de haver sido paga a dívida, como demonstra o recibo junto aos autos, o

Por sua vez, o “*dispositivo*” consiste na decisão em si, ou seja, é a resposta do Estado-juiz à demanda do autor. “A parte dispositiva é o local em que o juiz afirma se acolhe ou não o pedido do autor e, em caso de procedência, o que deve ser feito para que o direito material seja efetivamente realizado”⁹⁶. Deve ser claro e preciso, exatamente para que o jurisdicionado compreenda o que foi decidido. Através dele, aliás, define-se a natureza jurídica preponderante da sentença. Note-se que é na parte do dispositivo que decide sobre a crise de direito material deduzida em juízo que está o componente da sentença que transita em julgado. Enfim, trata-se do elemento essencial da sentença mais importante, visto que a outorga da tutela jurisdicional ocorre através dele.

Quais as consequências jurídicas da ausência desses elementos essenciais ou requisitos de validade da sentença? Pontes de Miranda⁹⁷, Ovídio A. Baptista da Silva⁹⁸, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁹⁹, dentre outros doutrinadores de escol, entendem que o caso é de nulidade. Na opinião de José Carlos Barbosa Moreira, contudo, com a qual se compartilha neste artigo em sua totalidade, “[...] há algo que não pode deixar de existir numa sentença: o dispositivo”. Em seu entendimento,

juiz não precisará perder tempo com outras considerações; poderá dispensar-se da análise de outras provas e julgar improcedente o pedido com fundamento na comprovação do fato extintivo. O critério que deve nortear o comportamento do juiz na motivação é basicamente o seguinte: nada que não seja necessário, mas tudo que o seja. Destarte, se a sentença é logicamente íntegra com a simples análise de uma prova, isso pode bastar”. Por outro lado, referindo-se a fundamentação jurídica, faz a seguinte crítica: “Algo muito comum, na motivação de direito, é a invocação pura e simples da jurisprudência. Há juízes que se dão por satisfeitos com o dizer que a jurisprudência se orienta neste ou naquele sentido. A menos que alguma norma legal a declare suficiente, com semelhante referência o juiz não se desincumbe do dever de motivar. É claro que ele deve levar em conta a jurisprudência, sem prejuízo da possibilidade, que em princípio tem, de discordar da orientação predominante, mas em qualquer caso tem de expor as razões pelas quais adere ou não adere a ela. Pode fazê-lo sucintamente, quando segue jurisprudência consolidada; todavia, não há de esquecer que o que mais importa é seu próprio convencimento. E, mesmo quando se baseia na jurisprudência, precisa documentar o asserto de que ela é na verdade predominante” (“O que deve e o que não deve figurar na sentença”. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120 e 121-122, respectivamente).

96. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo do conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo do conhecimento. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2003, p. 444.
97. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974, Tomo V, p. 90.
98. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. Curso de processo civil. – 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2004, p. 405.
99. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. – 8ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 851.

“sentença que não contenha dispositivo não será, a rigor, sentença; a falta desse elemento não torna a sentença apenas inválida, torna-a *inexistente*”. Sentença sem dispositivo é uma “não sentença”, nunca poderá aspirar a transitar em julgado, até porque o juiz, desincumbido da sua missão constitucional, *não chegou a julgar*. Idêntico raciocínio, aliás, aplica-se à hipótese de ausência de sua assinatura pelo juiz¹⁰⁰. Para José Carlos Barbosa Moreira, a falta dos demais elementos (relatório e fundamentação) não gera consequência tão drástica, de modo que essa ausência leva à nulidade da sentença e, com efeito, à sua rescindibilidade¹⁰¹. Arruda Alvim tem esse mesmo pensamento¹⁰².

Para resumir: (a) a ausência de dispositivo gera a *inexistência jurídica* da sentença¹⁰³, e a matéria pode ser arguida em qualquer tempo¹⁰⁴, uma vez que não há o trânsito em julgado formador do título executivo; (b) a ausência de relatório e/ou fundamentação, se causarem prejuízo¹⁰⁵,

-
100. Corretamente, observam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho: “A falta de assinatura do juiz na sentença caracteriza verdadeira inexistência material do ato, pois não se estará diante de ato jurisdicional, mas de simples trabalho datilográfico” (As nulidades no processo penal. – 8ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2004, p. 260). Cândido Rangel Dinamarco, outro processualista de escol, faz o seguinte resumo: “São juridicamente inexistentes (a) a sentença não-assinada, porque não é portadora do atestado de vontade do Estado-juiz, (b) a sentença desprovida de dispositivo, porque neste é que reside o concreto preceito portador da tutela jurisdicional, (c) as sentenças que pretendam impor um resultado material ou juridicamente impossível” (Instituições de direito processual civil. – 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2001, vol. III, p. 681).
101. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 118. Michele Taruffo entende que a sentença não motivada é inexistente por dois motivos. Em primeiro lugar, ante a previsão constitucional de sua obrigatoriedade, ela, motivação, passa a ser elemento estrutural necessário dos provimentos em que se exercita a jurisdição. Em segundo lugar, a ausência de motivação impossibilita o controle da sentença (La motivazione della sentenza civile. Padova: Cedam, 1975, p. 463-464). É preciso perceber, entretanto, que o plano da existência está relacionado aos pressupostos fático-jurídicos que o ato deve preencher, para, em virtude desses elementos mínimos, cumprir a finalidade para o qual foi pensado. Na afirmação de Maria Thereza Gonçalves Pero, “tanto assim, que a inexistência de motivação não acarreta necessidade e automaticamente a ineficácia da sentença, não impedindo inclusive que a parte vencida espontaneamente venha a cumpri-la ou que a parte vencedora promova sua execução” (A motivação da sentença civil. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 123).
102. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Manual de direito processual civil. – 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2000, vol. I, p. 654-655.
103. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Execução de título judicial e defeito ou ineficácia da sentença”. Revista de Processo, n. 80, São Paulo, RT, out./dez. 1995, p. 67-68.
104. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 340.
105. Calmon de Passos, no particular, resume bem a questão: “[...] a simples arguição da falta ou defeito do relatório ou da motivação, sem que se demonstre o erro da conclusão, é de todo

é vício que resulta em *nulidade*¹⁰⁶ da sentença condenatória, devendo ser arguido, para se evitar a eficácia executiva, em sede de ação rescisória¹⁰⁷.

Se as referidas questões podem ser ventiladas no processo de execução “definitiva”, com maior razão se admitirá que o mesmo ocorra em relação à execução dita (impropriamente) “provisória”, em que o título executivo não transitou em julgado. Da mesma forma, a questão pode ser ventilada no interior da etapa de cumprimento da sentença. Ataca-se, nos dois casos, o próprio título executivo, matéria afeta ao processo de execução, questionando a sua legitimidade.

7. DAS QUESTÕES ENVOLVENDO O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA ENTRE A POSTULAÇÃO E A SENTENÇA

Como se sabe, para que haja o surgimento de uma relação jurídica processual, revela-se absolutamente necessário, antes de qualquer coisa, uma *provocação do Estado*, haja vista que “a atividade jurisdicional é uma ‘atividade provocada’”, motivo pelo qual se pode falar, com todas as letras, que “*não há jurisdição sem ação*”¹⁰⁸.

No processo civil, essa provocação é feita através de um instrumento técnico denominado *petição inicial*, mas essa provocação não deve apenas ser dirigida ao Estado. É preciso um algo mais. É necessário que o órgão estatal seja munido de um *poder específico de julgar desinteressadamente* na resolução da causa. Como diz Hélio Tornaghi, “se esse poder não existe na pessoa física ou no órgão provocado, não nascerá uma relação jurídica, mas, quando muito, uma relação de fato, irrelevante para o Direito judiciário”¹⁰⁹. Tal provocação deve ser feita, ao órgão judiciário,

irrelevante. Faltaria o fundamento do prejuízo, indispensável para autorizar a decretação da invalidade do decisório recorrido. Nem se pode contornar o problema falando-se em prejuízo presumido, porque contra isso fala claramente o teor do § 2º do art. 249” (Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 150-151).

106. Para José Rogério Cruz e Tucci, “[...] o ato decisório privado da devida motivação estará intrinsecamente viciado e, portanto, nulo” (A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 139).

107. No mesmo sentido: AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 619-620.

108. CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. – 14ª ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9.

109. TORNAGHI, Hélio. A relação processual penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 73.

por quem seja *parte* na causa deduzida em juízo, bem como deve ser dirigida, por intermédio desse órgão, à *outra parte* envolvida na contenda.

A atividade jurisdicional do Estado, portanto, necessita de provocação, para que possa ser exercida, visto que a *inércia* é uma de suas características básicas¹¹⁰. Há, naturalmente, algumas exceções legais, a exemplo dos arts. 114, VIII, da CF, e 878 da CLT, os quais permitem, respectivamente, a iniciativa oficial da fase de execução das contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*, e II, da CF, e das verbas trabalhistas.

O poder ou direito de provocar essa atividade chama-se, tecnicamente, *ação*, cujo exercício é materializado pela demanda com o ajuizamento da petição inicial. Para dar *início* à relação processual, não se faz necessário que a mesma esteja constituída de acordo com as regras aplicáveis¹¹¹, já que este problema é analisado em momento posterior, justamente na análise da presença ou não dos requisitos de regularidade processual. Assim, ainda que a mesma posteriormente seja tachada de inepta, faz-se mister a presença de uma petição inicial, para dar início à formação da relação processual¹¹², inclusive a de execução, sendo que a respectiva omissão, fora das ressalvas previstas no sistema jurídico, constitui matéria passível de gerar a declaração de inexistência *jurídica* dos atos realizados, mediante arguição por simples petição incidental defensiva.

A ação, enquanto poder ou direito, tem como sujeito passivo o Estado *no exercício* da sua função jurisdicional. Se assim é, não é difícil perceber que o órgão receptor da petição inicial deve estar investido de jurisdição, sob pena de inexistência jurídica do processo¹¹³, instrumento pelo qual se realiza a atividade jurisdicional do Estado. O objeto *imediato* do processo é a jurisdição, que, inexistente, por falta de *investidura*¹¹⁴, é natural que o processo também não exista, e a questão não é meramente

110. DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 131-132.

111. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Embargos à execução. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2001, p. 242-243.

112. A ideia de demanda como ato inicial do processo é tão importante, que autores do quilate de Celso Neves, em posição que não se acompanha neste artigo, defendem-na como o único pressuposto processual, ou seja, como elemento que, por si só, possui aptidão, para formar a relação processual (Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 199).

113. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. Lezioni sul processo civile. 2ª ed. Bologna: Mulino, 1998, p. 243.

114. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. – 20ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2004, p. 137.

acadêmica. Imagine-se, ilustrativamente, a prática de “atos processuais” por um juiz em *disponibilidade compulsória*, tal como a prevista no art. 93, VII, da CF ou, ainda, por juiz *aposentado, afastado* ou de *licença*, tendo a publicação do ato respectivo passado despercebida¹¹⁵. Tais atos, a despeito de materializados no tempo e espaço, são inexistentes perante o sistema jurídico processual pátrio¹¹⁶.

No caso, conforme preleciona Hélio Tornaghi, “haverá processo puramente físico, atividade encadeada e progressiva, relação de fato entre sujeitos; se um deles não é juiz, se é pessoa não investida de jurisdição, não há processo”¹¹⁷. Consequentemente, se de vício potencialmente gerador de nulidade não se trata, pode-se atacá-lo a qualquer tempo, independentemente de prazo decadencial, prescricional ou preclusivo. Neste caso, se o ato viciado for uma sentença condenatória, como faltou um pressuposto ou elemento essencial, ela sequer tem força para transitar em julgado, de modo que a questão pode ser suscitada na fase de execução (cumprimento de sentença).

A petição inicial, portanto, é o instrumento que inaugura a relação processual, e, com ela, o Estado, no exercício da jurisdição, toma conhecimento, através do pedido ou da pretensão, da relação jurídica de direito material em crise, a fim de poder, mediante a possibilidade de participação da parte contrária, solucionar o problema social. O pedido, nesse contexto, possui relevância fundamental para o processo, eis que, através dele, fixa-se o próprio mérito da demanda e, com efeito, a parcela da sociedade que, estando em litígio, necessita da tutela jurisdicional.

Certas questões envolvendo o pedido deduzido na petição inicial, ainda que do processo de conhecimento, podem trazer reflexos sobre a cognição desempenhada no processo ou na fase de execução.

Segundo Ovídio Baptista da Silva, o princípio da demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade, não da causa posta sob julgamento,

115. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Sobre pressupostos processuais”. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 91.

116. Leciona Alberto Camiña Moreira: “Se pretendo processo correu por onde não existia jurisdição, processo não é, e impõe-se o reconhecimento de sua inexistência jurídica. Para que o processo exista deve haver jurisdição. Atos satisfativos comandados por quem não é juiz (escrivão, por exemplo) são atos inexistentes; é inexistente processo que tenha ato praticado por juiz já aposentado” (Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade. – 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001, p. 75-76).

117. TORNAGHI, Hélio. A relação processual penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 74-75.

mas do próprio direito subjetivo material das partes, de modo que a regra básica define-se como caberá ao titular do direito material decidir livremente se o exercerá ou deixará de exercê-lo. O caráter compulsório do exercício de uma faculdade legal ou um direito subjetivo contradiz o próprio conceito de direito. Assim, ninguém pode ser obrigado a exercer direitos que, porventura, caibam-lhe, bem como ninguém deve ser compelido, contra a sua própria vontade, a defendê-lo em juízo.¹¹⁸

Por tal razão, o art. 262 do CPC, acertadamente, prescreve que o processo “[...] começa por iniciativa da parte [...]”, não obstante se desenvolva por impulso oficial. Essa visão é perfeitamente aplicável ao processo de conhecimento, em que o autor, através da petição inicial, fixa os limites da lide. Já no processo de execução, o pedido é bem delimitado e é até presumido em razão do título executivo: pede-se a realização dos atos executivos, a fim de satisfazer o crédito que lhe dá conteúdo.

O pedido deduzido na petição inicial, portanto, fixa os próprios limites da lide. Não é à toa que o art. 2º do CPC reza que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”. Infere-se daí importante conclusão: ressalvadas as exceções legais, se o juiz, de ofício, determinar que se passe imediatamente à fase de execução, o “processo” que se seguir deve ser considerado juridicamente inexistente. É que, enquanto elemento essencial da petição inicial, o pedido provocador da atividade jurisdicional é pressuposto processual cuja ausência enseja a arguição via defesa interna, já que, na lição de Alberto Camiña Moreira, “vício dessa natureza pode ser alegado no próprio processo de execução”¹¹⁹.

Na esteira do que prescreve o art. 128 do CPC, “o juiz decidirá nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. Se o pedido delimita o litígio, a tutela jurisdicional deve cingir-se a ele. Trata-se do *princípio da adstrição* da sentença ao provimento jurisdicional pleiteado, conhecido também como *princípio da congruência* entre o pedido e a sentença, devendo-se observar que o mesmo não é absoluto, de modo que admite exceções previamente tipificadas no sistema processual (art.

118. SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de direito processual civil. – 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2000, vol. I, p. 63-66.

119. MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade. – 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001, p. 77.

294 do CPC), a exemplo do que ocorre com a condenação em custas processuais e em honorários advocatícios (art. 20, *caput*, do CPC), bem como a incidência de atualização monetária e juros legais (art. 293 do CPC), matérias que não precisam constar expressamente do pedido. Adotando essa linha principiológica, o art. 460 do CPC prescreve que “é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi demandado”.

José Carlos Barbosa Moreira fundamenta o princípio da congruência entre o pedido e a sentença por diversos *ângulos*. Inicialmente, há correlação entre o amplo exercício do direito de defesa e um mínimo de *previsibilidade* para o réu, que precisa saber, ao ser convocado a juízo, quais são, seja para melhor ou pior, as suas chances no processo. O autor, por outro lado, deve ter a segurança de que, desde que ultrapassado o juízo de admissibilidade, o seu pedido será totalmente julgado, com ares de definitividade, seja pela procedência ou pela improcedência. Ao juiz, assim, é proibido exceder o pedido ou julgar fora do pedido, deve pronunciar-se sobre todo o pedido. Enfim, nada além do pedido, deve pronunciar-se exatamente sobre o pedido. O princípio de que a sentença deve ser congruente com o pedido funciona em dois sentidos: mão e contramão. Se assim é, além da impossibilidade de o juiz *conceder* o que não foi pedido, a possibilidade de *negar* o que não foi pedido fica terminantemente vedada. Neste caso, ainda que o juiz tenha vontade de fazê-lo, não interessa a circunstância, ele deve ter a virtude de silenciar sobre aquilo que não lhe compete dizer naquele momento.¹²⁰

Qual é a consequência da violação do princípio que impõe a congruência, a correlação entre a sentença e o pedido? Como se deve considerar uma sentença que viole esse princípio? Sabe-se que “violar literal disposição de lei” (art. 485, V, do CPC) alcança também as hipóteses em que as normas decorrem de uma interpretação *contra legem*¹²¹. Poder-se-ia imaginar, então, que todos os casos caminham na direção da *nulidade*, reclamando, para correção, o atendimento dos pressupostos da ação rescisória. Contudo, como sempre acontece a respeito das discussões jurídicas, há variações.

120. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Correlação entre o pedido e a sentença”. Revista de Processo, São Paulo, RT, n. 83, jul./set. 1996, p. 211.

121. RIZZI, Sérgio. Ação rescisória. São Paulo: RT, 1979, p. 105-106.

José Carlos Barbosa Moreira entende que “[...] a sentença *citra petita*, *ultra petita* ou *extra petita* é sempre, em todas as hipóteses, uma sentença nula” e, com efeito, como acontece com as nulidades da sentença em geral, esta também, após o trânsito em julgado, se o vício não tiver sido corrigido, converte-se em hipótese de cabimento de ação rescisória. O nulo torna-se rescindível. Por conseguinte, o vício não pode ser alegado em impugnação ao cumprimento de sentença. Só é possível corrigir o erro após o trânsito em julgado mediante a competente ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC.¹²²

Diferentemente, pensam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, para quem a sentença proveniente de violação ao princípio da congruência com o pedido deduzido na petição inicial é *inexistente*, e não simplesmente nula. Assim, para sanar tal vício, cabível, a qualquer tempo, sem que se fale em prazo vinculante (prescricional, decadencial ou preclusivo), é a *ação declaratória de inexistência jurídica*.¹²³

O fundamento para essa conclusão é extremamente razoável. A partir do momento em que uma parte, diante do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), tem o *direito* de pedir o exercício da jurisdição do Estado, para definir o destino de um bem da vida em litígio, surge, correlatamente, o *dever* de o Estado se manifestar acerca do respectivo pedido. O dever estatal de decidir, portanto, surge com o exercício do direito de ação. Com o pedido deduzido na petição inicial, porém, há o *dimensionamento* desse dever de decidir, sob pena de violação ao mencionado princípio da congruência. O ordenamento jurídico (art. 292 do CPC), preenchidas determinadas condições, faculta ao autor a cumulação de pedidos em uma mesma relação processual. Em contrapartida, cada pedido individualmente considerado gera um *dever específico* de julgar ou decidir. Assim, a sentença *citra petita* é juridicamente inexistente por descumprimento do dever específico de julgar. Se houve os pedidos “A” e “B”, julgando-se somente com relação ao pedido “B”, é inegável a ausência de decisão quanto ao pedido “A”. Segundo a opinião de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, “trata-se de um ato que *pretende* ser uma sentença, a que, todavia, falta característica essencial: a decisão propriamente dita. É uma sentença

122. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Correlação entre o pedido e a sentença”. Revista de Processo, São Paulo, RT, n. 83, jul./set. 1996, p. 214 e 215, respectivamente.

123. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2009, vol. 1, p. 250.

fática e juridicamente inexistente”. Raciocínio idêntico, porém, pelo ângulo contrário, aplica-se às sentenças *ultra* e *extra petita*, as quais, na parte que apresentam os vícios respectivos, devem ser consideradas inexistentes exatamente por *ausência de pedido*, ou seja, de petição inicial, que é pressuposto processual e, via lógica de consequência, ao menos segundo o nosso entendimento, elemento de *existência* do processo.¹²⁴

Assim sendo, a despeito do cabimento, após o término do processo de conhecimento, da “*ação declaratória de inexistência*” do suposto título executivo, que é prejudicial à fase executiva (defesa heterotópica), entende-se que, nesta (etapa de cumprimento da sentença), é perfeitamente cabível, por intermédio puro e simples de “*defesa endoprocessual*”, a suscitação dessas questões, especialmente no que se refere às sentenças *ultra* e *extra petita*, já que não há transgressão aos lindes intransponíveis da cognição judicial. A matéria não se afasta dos limites horizontais, nem muito menos exige dilação probatória, devendo ser apreciada pelo juiz, inclusive de ofício¹²⁵.

Observe-se que, na parte viciada, as sentenças *citra*, *ultra* e *extra petita* não transitam em julgado, já que está ausente pressuposto processual, de modo que, não havendo formação de coisa julgada material, óbice jurídico não existe quanto ao questionamento no processo de execução. Estando evidenciada a ausência de título executivo, notadamente, repita-se, na parte que refere aos vícios *ultra* e *extra petita*, a fase executiva não se revela legítima, sendo cabível o incidente defensivo¹²⁶. A alegação desses vícios pode ocorrer, naturalmente, na impugnação ao cumprimento de sentença ou até mesmo nas defesas heterotópicas.

124. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003, p. 78-95; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 311-319.

125. Acerca dos “limites cognitivos da execução” (fase ou processo autônomo), consulte-se: REIS, Sérgio Cabral dos. Defesa do executado no curso da execução: cível e trabalhista. São Paulo: LTr, 2008, p. 171-366.

126. Teresa Arruda Alvim Wambier, a respeito da temática, tem o seguinte pensamento: “O mesmo raciocínio que se pode fazer no que diz respeito à execução de título judicial, consistente em sentença condenatória proferida em processo em que não tenha havido citação, pode-se fazer para a execução de sentença extra ou ultra petita: não há título se a decisão foi proferida fora do pedido (para o caso de a decisão ser extra petita) e não há título na parte em que a sentença excede o pedido ou julga pedido que não foi, além dos que foram efetivamente formulados”. E conclui: “Trata-se de matéria alegável independentemente de embargos, se demonstrável com facilidade” (Nulidades do processo e da sentença. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 347).

Finalmente, impõe-se tratar da questão envolvendo a possibilidade de se modificar a sentença após a sua publicação, a qual está relacionada aos limites da atividade jurisdicional. Ante da publicação, embora existente, a sentença revela-se ineficaz¹²⁷. Uma vez publicada, a sentença, em princípio, não pode ser alterada.

O art. 463, *I e II*, do CPC dispõe que, ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la, para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais¹²⁸ ou lhe retificar erros de cálculo¹²⁹, bem como através do julgamento de embargos de declaração. Trata-se do princípio da inalterabilidade da sentença pelo juiz.

Como esclarece Carlos Alberto Alvaro Oliveira, se o juiz emite o provimento final, deixa de ter jurisdição, para atuar na causa, a não ser para retificar ou esclarecer a respeito da sua decisão, ordenar os atos preparatórios do eventual procedimento recursal ou, ainda, mandar praticar algum ato da chamada “execução imprópria”, como, por exemplo, registros e anotações cartorárias. Tais atividades são, por assim dizer, “residual, complementar ou retificadora”, à margem, portanto, da finalidade principal do processo, que é o julgamento da pretensão deduzida em juízo e a consequente satisfação do crédito reconhecido em um título executivo. Assim, diante de tais circunstâncias, o eventual reexame do mérito da demanda, fora dos casos excepcionalmente permitidos pela legislação, acarreta, “[...] sem dúvida, atividade não revestida do selo da

127. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado da ação rescisória e de outras decisões. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 454-460.

128. Como corretamente ensina Arruda Alvim, “o erro material constitui-se em toda discrepância manifestamente perceptível entre o pensamento real e a expressão utilizada, em que, nesta última, aquele não se encontra retratado”. Sendo assim, não resta acobertado pela autoridade da coisa julgada material. Com efeito, “sem esse invólucro torna-se possível a revisão, sem macular o decidido; pelo contrário, preserva-o, ajustando-se ao que resultou mal expressado em relação à real vontade do magistrado”. Dessa forma, “não há a possibilidade de ofensa à coisa julgada, pois sobre o erro material ela não se assenta. Nem se trata de alegar a preclusão, pois a qualquer tempo tais erros podem ser revisitados” (Direito processual civil. São Paulo: RT, 2002, v. 3, p. 26 e 28, respectivamente).

129. A exatidão do cálculo, a rigor, é matéria de ordem pública, portanto pode ser conhecida de ofício pelo juiz. Sendo assim, não se exigindo dilação probatória, é negável o cabimento de defesa endoprocessual executiva a respeito. Pontifica Arruda Alvim: “Desta forma, sendo manifesto ou ostensivo o erro cometido na elaboração do cálculo, é certo que tem cabimento a ‘exceção’ de pré-executividade, devendo o magistrado determinar a correção do defeito, com remessa dos autos ao contador” (Direito processual civil. São Paulo: RT, 2002, v. 3, p. 22).

jurisdicionalidade e, por conseguinte, inapta para ingressar no mundo jurídico”.¹³⁰

Destarte, tratando-se de hipótese não tipificada nas exceções legais, exatamente naquela parte diferente da decisão originária no processo de conhecimento, há, *por ausência de jurisdição* do juiz prolator, inexistência jurídica de título executivo, que, por não demandar alta indagação, é suscetível de questionamento defensivo no processo de execução.

CONCLUSÕES

A sentença condenatória não deve apresentar vícios prejudiciais, seja em sua estrutura, seja em decorrência de vícios de atos processuais que lhe precederam logicamente. Como título executivo, deve ter um processo de formação regular, pois, do contrário, não pode produzir os efeitos desejados pela ordem jurídica (gerar execução). Esse fato nem sempre é observado, entretanto. Não é incomum uma sentença carecer de relatório, fundamentação ou dispositivo. O mesmo pode ser dito em relação à inobservância do princípio da congruência entre a postulação e a sentença.

Existência (ser), validade (valer) e eficácia (produzir efeitos típicos) são ângulos do fenômeno jurídico que não podem ser confundidos, já que possuem regimes jurídicos diversos, inclusive no Direito Processual. A interpretação sistemática da ordem jurídica demonstra que “pressupostos processuais” e “requisitos de validade” são duas categorias distintas, pois tratam, respectivamente, da existência e da validade do processo.

Os vícios relacionados ao plano da existência são gravíssimos, impedindo a formação da coisa julgada material, motivo pelo qual podem ser alegados em qualquer tempo, inclusive na fase de execução. Já os vícios relacionados ao plano da validade, pelo menos no que se refere ao Direito Processual, podem restar convalidados pela preclusão (nulidade relativa) ou pela formação de coisa julgada material (nulidade absoluta). Neste caso, se atendidas todas as condições jurídicas – como a presença de decisão de mérito em cognição exauriente e de vício previsto no art. 485 do CPC, além da observância do prazo decadencial de dois anos –, o vício somente pode ser remediado em sede de ação rescisória, havendo limitação defensiva na fase de execução.

130. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. “Execução de título judicial e defeito ou ineficácia da sentença”. Revista de Processo, São Paulo, RT, n. 80, out./dez. 1995, p. 67.

Em princípio, pode-se dizer que é um título executivo nulo a sentença condenatória destituída de relatório e de fundamentação. Neste caso, os vícios devem ser combatidos pelo sistema recursal, pois é possível que sejam convalidados com o trânsito em julgado. O mesmo não ocorre, entretanto, quando se fala em sentença sem dispositivo. Nesta hipótese, tem-se entendido que a mesma é juridicamente inexistente, não sendo possível qualquer ato de convalidação, devido ao marcante interesse público sobre esse ato fundamental à função jurisdicional. O mesmo ocorre em relação à sentença sem assinatura do juiz, bem como à elaborada por autoridade destituída da investidura na jurisdição. Também se revela como um título executivo inexistente a sentença condenatória resultante de processo sem citação do réu, como também de citação nula seguida de revelia.

De uma forma geral, tem-se considerado que a sentenças que não respeitam o princípio da adstrição ou da congruência com a postulação são nulas, convalidando-se, portanto, com o trânsito em julgado, havendo impossibilidade de questionamento na fase de execução. Não é o que se entende neste trabalho, todavia. A sentença *citra petita*, embora possua vício de nulidade, não transita em julgado, pois não há decisão quanto à questão omissa. Só se pode falar em coisa julgada, quando há decisão sobre a crise de direito material deduzida em juízo, o que não é o caso. No que se referem às sentenças *ultra* e *extra petita*, há vício de inexistência jurídica (parcial ou total, dependendo da existência ou não de capítulos não atingidos pelo vício), e não de nulidade, na parte que afronta o princípio da congruência entre a postulação e o decidido, em decorrência da falta de *pedido*, instituto que também se caracteriza por ser um pressuposto processual por excelência. Com efeito, se o título executivo, total ou parcialmente, encontra-se eivado de inexistência jurídica, a matéria pode perfeitamente ser ventilada já na fase de execução, seja em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, seja por meio de defesa endoprocessual executiva (exceção de pré-executividade), seja nas hipóteses de defesas heterotópicas (ação anulatória, ação declaratória de inexistência jurídica etc.).

BIBLIOGRAFIA

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.

- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002, v. 3.
- _____. *Manual de direito processual civil*. – 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2000, vol. I.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. – 4ª ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. “Miradas sobre o processo civil contemporâneo”. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. “Correlação entre o pedido e a sentença”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 83, jul./set. 1996.
- _____. “Citação de pessoa falecida”. *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. “Sobre pressupostos processuais”. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Técnica processual e efetividade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. – 14ª ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.
- CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista*. São Paulo: Noeses, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. – 20ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2004.
- DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. “Invalidades processuais – algumas questões”. *Revista de processo*, São Paulo, RT, n. 67, jul./set. 1992.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. II.

- _____. *Instituições de direito processual civil*. – 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2001, vol. III.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. – 8ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2004.
- FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Da reconvenção no Direito Processual Civil brasileiro*. – 2ª ed. ampl. – São Paulo: Saraiva, 1983.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal (uma tentativa de revisão)*. São Paulo: Bushatsky, 1977.
- _____. *Direito processual civil*. São Paulo: Bushatsky, 1974.
- JORGE, Flávio Chein. “Ação rescisória – ausência de citação do réu”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 78, abr./jun. 1995.
- KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. II.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. “O controle dos atos executivos e efetividade da execução: análises e perspectivas”. *Processo de execução e assuntos afins*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo do conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo do conhecimento*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2003.
- MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. São Paulo: RT, 2002.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral: princípios fundamentais*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. – 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001.

- NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. – 6ª ed. atual., ampl. e refor. – São Paulo: RT, 2004.
- _____. *Princípios do processo civil na constituição federal*. – 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2002.
- _____. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. – 8ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: RT, 2004.
- NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do Processo Civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2000.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Execução e título judicial e defeito ou ineficácia da sentença”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 80, out./dez. 1995.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- PASSOS, Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado da ação rescisória e de outras decisões*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, Tomo V.
- _____. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, Tomo V.
- _____. *Tratado das ações: ações constitutivas*. São Paulo: RT, 1972, Tomo III.
- REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. Coimbra: Coimbra, 1985, v. 1º.
- REIS, Sérgio Cabral dos. *Defesa do executado no curso da execução: cível e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2008.
- RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2003, v. 1.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Curso de processo civil*. – 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2004.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
- _____; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado. *Lezioni sul processo civile*. 2ª ed. Bologna: Mulino, 1998.

- TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Pareceres: processo civil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- TORNAGUI, Hélio. *A relação processual penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2009, vol. 1.
- _____. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. – 3ª ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: RT, 2004.

DO FÁTICO AO JURÍDICO: A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMO-AFETIVOS

Suenya Talita de Almeida¹

SUMÁRIO – 1. O mundo dos fatos: fato social e fato jurídico – 2. A entrada dos fatos no mundo jurídico: revisitando a lógica da causalidade – 3. A Juridicização da adoção por casal Homo-afetivo pela possibilidade jurídica do pedido – Referências.

1. O MUNDO DOS FATOS: FATO SOCIAL E FATO JURÍDICO

A distinção entre um fato social – o que ocorre no mundo social, interferindo e causando mudança – e um fato jurídico, para Pontes de Miranda (2000), reside no critério de seleção, já que todo fato jurídico é em sua origem fato social, mas nem todo fato social será necessariamente jurídico. Mais do que isso, todo fato é em si uma mudança.

É bem verdade que a sociologia viria a conceituar os fatos em sua condição de existência, pela sua capacidade de produzir mudança nos seres sociais: “Um fato social se reconhece pelo poder de coerção externa que exerce ou é capaz de exercer sobre os indivíduos;” (DURKHEIM, 2008, p. 122).

Inobstante a coercibilidade social diferir da jurídica, vale ressaltar que a “conversão” dos fatos oriundos do mundo social, no mundo jurídico demanda a existência de certas qualidades e de um dado procedimento.

Para falar-se em fatos, primeiro, é preciso considerar as características de sua pré-existência:

Quando se fala de fatos alude-se a algo que ocorreu, ou ocorre, ou vai ocorrer. O mundo mesmo, em que vemos acontecerem os

1. UFPE – email: suenyalmeida27@gmail.com.

fatos, é a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros se vão dar. Por isso mesmo, só se vê o fato como *novum* no mundo. Temos, porém, no trato do direito, de discernir o mundo jurídico e o que, no mundo, não é mundo jurídico. Por falta de atenção aos dois mundos muitos erros se cometem e, o que é mais grave, se priva a inteligência humana de entender, intuir e dominar o direito. (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 29).

Resulta considerar que o termo fato "é uma porção da realidade a qual se refere a um conjunto de qualificações, ou sob outro prisma, é a base de um complexo convergente de significações, que pressupõem um *eidos*, isto é, uma 'essência', inconfundível com o 'fato' como tal" (REALE, 2002, p. 202). Quer dizer, os fatos sociais estão ligados a valores sociais e históricos e, se em algum momento não possuem essa carga valorativa, são meros eventos, fatos puros, naturais, isto é, sem relevância social.

Concordamos, portanto, que o "fato significa tanto o dado de natureza ou o acontecimento independente da vontade humana, como os eventos e realizações resultantes dela (os objetos histórico-culturais)" (REALE, 2002, p. 203), pois num sentido integrador fato é dado de natureza em abstrato, valor e norma enquanto enunciado.

Para considerar-se o fato como jurídico, considera-se a definição de valor para a determinação do mesmo como juridicamente relevante, assim inicia-se o chamado processo de juridicização:

O mundo jurídico compõe-se de fatos jurídicos. Os fatos, que se passam no mundo jurídico, passam-se no mundo; portanto: *são*. O mundo não é mais do que o total dos fatos e, se excluíssemos os fatos jurídicos, que tecem, de si mesmos, o mundo jurídico, o mundo não seria a totalidade dos fatos. Para uso nosso, fazemos modelos de fatos, inclusive de fatos jurídicos, para que o quadro jurídico descreva o mundo jurídico, engastando-o no mundo total. Daí os primeiros enunciados: (a) O mundo jurídico está no conjunto a que se chama o mundo. (b) O mundo concorre com fatos seus para que se construa o mundo jurídico; porém esse seleciona e estabelece a causação jurídica, não necessariamente correspondente à causação dos fatos. (MIRANDA, 2000, p. 31)

De outro modo, o fato (ou complexo de fatos) da vida, ao sofrer incidência da hipótese normativa, juridiciza-se para ingressar no plano de existência (plano do ser). A existência do fato jurídico é premissa para tudo o mais que possa ocorrer no mundo jurídico, inclusive para criação de situações jurídicas (produção de efeitos jurídicos). (MELLO, 2003, p. 95 e segts).

A identidade do fato jurídico depende, então, do que podemos chamar de “causação jurídica”, ou seja, da relação entre causa e consequência do fato dentro do sistema jurídico em que se insere, é a chamada adjetivação dos fatos, que qualifica o que é jurídico.

2. A ENTRADA DOS FATOS NO MUNDO JURÍDICO: RE-VISITANDO A LÓGICA DA CAUSALIDADE

A importância do estudo da causalidade gira em torno, principalmente, do momento de inserção do valor no direito a partir da definição de relação jurídica. O problema aponta sentidos opostos, pois alguns admitem a existência de uma lógica no direito ou no sistema jurídico, enquanto sistema normativo, e, outros, repudiam esta tese a partir da diferença entre relações lógicas e relações causais.

Lourival Vilanova (1987, p.48) nos apresenta o conceito de causalidade no direito. Diz que a causalidade normativa é aquela estabelecida entre o fato e a norma, distinguindo-a da causalidade natural ou física: A queda de um fruto é expressão da lei causal de gravidade, com sua consequência de feitos. Que o fruto caído pertença a A, ou a B, que seja coisa sem dono, que seja coisa móvel, tais efeitos são estatuídos pelo sistema que pôs a norma.

Vilanova admite a existência destes dois planos estruturais da relação jurídica: o plano hipotético, relacionado à previsão do fato, e o plano consecutivo ou da consequência. Em resumo, de um lado estão os fatos, como causa, e de outro estão as previsões normativas, com efeitos relacionadas. Forma-se, assim, a relação causal no direito. Porém, adverte Vilanova, “nem sempre se distribui uma só hipótese para uma só consequência”, pois, às vezes, podem ocorrer várias hipóteses para uma mesma consequência, como também várias implicações para uma única hipótese (VILANOVA, 1987, p.49).

Para Pontes de Miranda (2000, p. 29) “o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte. *Só de fatos jurídicos provém eficácia jurídica*”.

E, esta entrada no mundo jurídico depende como dito da juridicização que determina quais os fatos que podem e os que não podem ser considerados relevantes para o direito, a ponto de moverem as engrenagens das máquinas burocráticas do poder.

Assim que se consideram juridicizáveis os fatos quando suscetíveis de entrada no mundo jurídico. E eles podem ser acontecimentos simples, acontecimentos em complexo, estados ou acontecimentos continuativos. O acontecimento simples é aquele que não se pode desagregar em dois ou mais. Tem o seu lugar e o seu momento, ainda que nem sempre se possam precisar, ou sequer deles ter-se conhecimento exato. São *acontecimentos* os fatos relativos ao mundo externo, ou ao mundo interno (comunicações de vontade e comunicações de conhecimento, declarações de vontade, atos) se tomados como fatos externos; são *estados*, são atitudes ou permanências fáticas em que os fatos são tomados como revelação, ou prova de alguma qualidade ou circunstância (MIRANDA, 2000, p. 37 e sgts.).

É possível entender esse processo de juridicização como uma espécie de interligação sistêmica entre o normativo e o fático, e a isso Vilanova denomina de “referência semântica” que as normas jurídicas têm no mundo real, assim “o sistema de normas é correlato de um sistema de objetos empíricos (fatos-eventos e fatos-condutas)” (VILANOVA, 1987, p. 52). Na verdade, as normas são uma representação da representação dos fatos do mundo real. Elas expressam a ideia que se faz do fato e não o fato em si.

Nosso primeiro esforço explicativo fez-se em relação à inserção dos fatos sociais no mundo jurídico, nos planos da existência e validade, primeiramente. Mas, compete agora descobrirmos o lugar do fato na decisão judicial através da juridicização.

Lembramos que algumas vezes trata-se de árdua tarefa ou encargo dos juristas atribuir relevância jurídica a certos fatos do mundo social no sentido de reconhecer-lhes a existência, a validade e, principalmente a eficácia. Isso ocorre porque “não é a lei que “ordena” incidirem as suas regras; as regras jurídicas incidem, a lei incide, porque a lei e as demais regras jurídicas foram concebidas para esse *processo de adaptação social*.” (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 31). E ao trabalho humano compete tal adaptação.

Mediante a dicção do direito é possível entender quais situações podem, por efeito da causalidade axiológica, se encaixar no conteúdo semântico da norma. Assim é possível superar a tradicional dicotomia jus positiva que opõe fatos e normas, separados por um abismo ontológico. Nesse sentido, Rabenhorst (2003) diz que o dualismo entre o factual e o normativo foi concebido “como um problema de natureza *lógica*, isto é,

como a afirmação da impossibilidade de se inferir, legitimamente, uma conclusão normativa de premissas puramente descritivas” (p. 33).

Em outras palavras, entre o fato e a norma há um espaço que sugere variáveis múltiplas, não formalmente correlatas, porque não admitem apenas uma resposta correta, mas diversas, para um mesmo problema, quebrando-se qualquer possibilidade de inferência.

Todavia, a Ciência da Dogmática Jurídica, ao falar em fato jurídico, emprega uma terminologia essencialmente fechada e linear, pois classifica os fatos de acordo com modelos abstratos e com parâmetros normativos.

Michele Taruffo (1992, p.81), por exemplo, diz que são fatos puros aqueles sem valor agregado no tempo. Ou seja, fatos que não produziram relevância em dado momento histórico, que não obtiveram uma qualificação ou determinação valorativa, ou simplesmente que não foram individualizados.

Ainda na perspectiva dogmática, embora com implicações sociológicas, temos que “todo fato é, pois, *mudança* no mundo” e, com isso, o sistema jurídico seria composto especificamente de fatos jurídicos, pois “o mundo contribui com fatos seus para que se construa o mundo jurídico; porém, esse seleciona e estabelece a causação jurídica, não necessariamente correspondente aos fatos (...) o direito, por sua vez, adjetiva os fatos para que entrem no mundo jurídico” (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 51-52). Quando o autor diz: “todo o fato é, pois, *mudança*,” compreende-se que um fato genérico (qualquer que seja) é algo que provoca algum tipo de mudança no mundo, uma alteração no estado anterior das coisas, desencadeando novos fatos, e assim por diante.

Mostra-se fechada também fechada, pois dogmática, a classificação dos fatos em Lourival Vilanova. Segundo ele, os fatos eventos “os puros fatos da natureza aqueles que acontecem independentemente de atuação humana ou, quando há presença dessa atuação em sua origem, esta resulta, exclusivamente, de sua condição natural, biológica (...)”, e os fatos condutas são “atos humanos volitivos ou mesmo avolitivos que não sejam decorrência exclusiva de sua natureza animal” (VILANOVA, 1997, MELLO, 2007, p. 8).

Com essas citações de Pontes de Miranda e Lourival Vilanova, verificamos que há a inclusão da perspectiva linguística no direito, uma

vez que entre o factual e o normativo, mesmo na Dogmática, se atribui uma correspondência linguística, o que nos lembra o pressuposto teórico de Bateson (2000/2002). Observamos, inclusive, essa questão em dogmáticos do direito tributário, pois, como escreve Paulo de Barros Carvalho (*apud* TOMÉ, 2005, p. 156): “o acontecimento concreto, na sua interminável multiplicidade de aspectos (afinal de contas, o real é infinito e irrepetível), não ingressa nos autos. Tão só os enunciados a ele referentes”.

Rabenhorst comenta sobre uma vertente de pensadores denominados de empirista lógicos, para os quais:

(...) no núcleo da diferença entre o descritivo e o normativo se encontraria uma distinção ainda mais fundamental: aquela que separaria as proposições analíticas (proposições que seriam verdadeiras em virtude apenas da significação de seus termos) das proposições sintéticas (proposições verdadeiras ou falsas em virtude de fatos empiricamente observáveis). (...) Segundo esse raciocínio, os enunciados normativos não podem ser analíticos nem sintéticos, posto que eles não possuem qualquer conteúdo factual observável (não existe um ‘estado de coisas’ normativo no mundo). Logo, concluem os empiristas lógicos, tais enunciados são apenas ‘expressivos’ ou ‘emotivos’, isto é, eles apenas caracterizam uma função sentimental ou volitiva da linguagem. (2003, p. 40-41)

Por outro lado, Hare (*apud* Rabenhorst, 2003, p.45) critica os emotivistas ao afirmar que os enunciados normativos distinguem-se por seu caráter prescritivo, pois produziriam imperativos às ações humanas. Assim, a linguagem normativa apresentaria relações lógicas análogas às da linguagem prescritiva, porém a distinção dos dois planos persistiria em vista da impossibilidade de haver conclusões imperativas sem ao menos uma premissa imperativa na linguagem descritiva.

A partir dessa crítica, a posição dogmática (representada entre outras vertentes pelo empirismo lógico) foi perdendo hegemonia, dando lugar a novas ideias, na tentativa de superar a visão distintiva entre fatos e normas, malgrado não se tenha por extinta a concepção dogmática do fato.

Percebe-se a presença do pensamento dogmático mesmo na ideia de que além do fato jurídico como descrição normativa, há uma relação entre este e a norma como uma indicação de conduta, uma prescrição existente em seu conteúdo. As normas, de tal sorte, não apenas descrevem

fatos relevantes, mas também prescrevem como deve ser a conduta humana em determinadas circunstâncias (TARUFFO, 1992).

Resulta, portanto, incompleta e inconsistente a tese de que os fatos puros são descritos ou previstos pela norma, quando na verdade é uma ideia acerca dos fatos, eleita pelo critério da relevância, que se encontra representada na norma. Então, as normas ao mesmo tempo representam valores (aspectos internos) e indicações vinculantes de comportamento em sociedade (por isso, melhor dizer prescrições, que tempo que indicam e exigem, gerando expectativa, precisam lidar com o descumprimento da expectativa que gera sanção), voltadas para o alcance de certos objetivos ou fins, que nem sempre são alcançados, quando ocorrem frustrações das expectativas.

No mais, as normas também comportam o efeito de sua observância ou inobservância que se verificam dentro das relações jurídicas, tidas como relações causais em sentido abstrato (no plano psíquico). O efeito está na causa que é a representação do fato – a própria norma, já que ela possui eficácia, em tese.

Entendemos que a descrição-função da norma é matéria de forma, pois os fatos como eventos, independente da linguagem que os descreve, existem no mundo real. Significa dizer que os fatos são apreensíveis somente por meio do seu simbolismo e que sua comunicação depende da linguagem que os expressa. (NIEME, 2003, p. 6)

Diante da parcialidade da descrição factual (a descrição não é completa, abrange apenas alguns aspectos da realidade), a prática judicial por meio do trabalho racional dos juristas tem a tarefa de encontrar as referências linguísticas mais adequadas à realidade aplicável a cada caso concreto. As variáveis são muitas, no entanto.

Existem evidentemente várias e várias maneiras de se descrever uma conduta, um acontecimento, assim como existem várias maneira de se interpretar uma norma, sem que o argumento deixe de ser válido e legítimo. A referência linguística é, nesse sentido, uma escolha semântica que se coloca ao lado da necessária objetividade mínima do intérprete na decisão judicial.

Forma e conteúdo são elementos conciliáveis, a nosso ver, e ambos justificam, motivam ou condicionam o caminho escolhido por um juiz nas situações diversas que aprecia e julga. A questão é de interpretação,

de definição de sentido, do sentido factual e legal, ou da conexão de ambos os sistemas (social e jurídico), e esse processo envolve diversos elementos subjetivos.

Relembramos, no entanto, que a decisão judicial precisa ser justificável (ou obter sua justificação) para ser válida (mesmo que não seja segura, pois as duas qualidades estão em planos distintos, como dissemos). Mas, o que atribui validade à conclusão interpretativa do juiz?

Matti Niemi (2003, p. 8) diz que o apoio validativo está nas razões formais e substanciais, as primeiras baseadas em convenções sociais, como fatos socialmente relevantes. Quer dizer, “o conhecimento da lei”, refere-se, neste sentido, mais à compreensão das particularidades da sociedade a qual a lei está relacionada, e, por conseguinte, torna-se matéria de entendimento e objeto de criação de novos dados e informações, e não de repetições ou de meras descrições factuais.

A descrição ou enunciação dos fatos, inclusive o próprio processo de normatização, de juridização, de produção de fatos-espécie, e os processos individuação ou identificação ou de redução semântica do fato natural, são a escolha pelo significado jurídico de um fato social. Assim, a identidade da enunciação fática depende também dos interesses teóricos daqueles que irão utilizar seu conceito como suporte de outras teorias em que se baseiam suas decisões de consequências práticas (STINCH-COMBE, 2005, p. 233). É o que fazem os juízes quando buscam uma interpretação (teoria) do fato sub judice.

A tese ou interpretação que vence outras possibilidades e as estratificações dos efeitos da lei possuem várias formas de justificação, isso gera certa diversidade que para alguns pode levar a uma insegurança institucional e, para outros, a uma pluralidade democrática aceitável, quando respeitados certos limites.

Essas desigualdades podem ser perniciosas se observarmos fatos sobre como a cognição e a administração da lei são diferentes na elite governamental e na esfera pública geral. Sua observação é intitulada de “o fato de quem vence”, desdobrando-se em três sub-formas: a) fatos discriminações; b) fatos dos melhores advogados; e c) fatos das partes repetidas; Os fatos discriminações gerariam leis injustas e violência; os fatos dos melhores advogados gerariam estratificações dos efeitos das decisões judiciais (o que no Brasil é visível pela diferença de tratamento entre consagrados escritórios e a advocacia menor ou mesmo

a advocacia pública, embora essa seja uma opinião baseada em sensações e não em dados empíricos); e os fatos das partes repetidas gerariam grande insatisfação social, pelo tratamento impessoal e desigual das partes em razão de sua hiper ou hipo suficiências (STINCHCOMBE, 2005, p. 243).

3. A JURIDICIZAÇÃO DA ADOÇÃO POR CASAL HOMO-AFETIVO PELA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

O processo de juridicização vem sendo cada vez mais verificável ante as transformações sociais que o mundo atual tem vivenciado. Muitos exemplos poderiam ser citados, tais como a flexibilização da coisa julgada por insurgência de novas formas de comprovação material como exame genético, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e, finalmente a adoção de crianças por casais homo-afetivos, que vem a ser exemplo nítido da entrada de fatos no mundo jurídico. Por isso, desenvolvemos aqui uma breve análise um dos critérios de definição dos elementos jurídicos do pedido de adoção por casais do mesmo sexo.

Os argumentos doutrinários vêm se multiplicando no sentido de considerar justificável juridicamente aceitar-se a entrada no mundo jurídico do fato “adotar sendo um par homo-afetivo”, desde aqueles cujas premissas são de ordem constitucional, como Maria Berenice Dias (2009), até aqueles que apontam a possibilidade jurídica do pedido como condição necessária a articulação entre o mundo fático e o mundo jurídico, argumento este que se faz presente na jurisprudência pátria com bem mais frequência.

Por falar em possibilidade jurídica do pedido, devemos aqui retomar este conceito dizendo que “a possibilidade jurídica do pedido é instituto processual e significa que ninguém pode intentar uma ação sem que peça uma providência que esteja, em tese (abstratamente), prevista no ordenamento jurídico, seja expressa, seja implicitamente” (ARRUDA ALVIM *apud* FREIRE, 2005, p. 36).

Ainda assim, segundo preleciona Luis Rodrigues Wambier (2008, p. 343):

Há na doutrina duas formas distintas de configurar tal condição da ação. Uma delas sustenta que se estará sempre de pedido juridicamente possível, quando o ordenamento jurídico contiver, ao menos em tese (em abstrato, portanto) previsão a respeito da

providência do mérito requerida pelo autor. Outra sustenta que haverá pedido juridicamente possível sempre que inexistir vedação expressa àquilo que concretamente se está pedindo em juízo. No entanto, e ainda nessa linha de compreensão da questão, há autorizada doutrina mostrando que é necessário mesclar as duas posições para se concluir que, em matéria de direitos contidos na esfera do direito privado, é suficiente a inexistência de vedação expressa quanto à pretensão trazida a juízo pelo autor. Assim, *ainda que inexistir previsão expressa na lei (norma material) quanto ao tipo da providência requerida, se proibição não houver, estar-se-á diante de pedido juridicamente possível.*

No âmbito meritório vale salientar que a vinculação fato e direito, pode, então não ser mediada pela norma, apenas não deve lhe ser contrária, conforme descreve Pontes de Miranda (1974, p. 356):

Tratando de argumentos processuais, Quando se fala de “condição da ação”, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual, não se está no direito material. Quando se diz “ser possível” não se diz que “é”: o juiz, na espécie do art. 267, VI, tem de ver se há ou se não há possibilidade jurídica, e não se o autor tem ou não razão. O que se apura é se, conforme o pedido, há regra jurídica, mesmo não escrita, que poderia acatá-lo. O que importa é que o juiz, conhecendo como deve o sistema jurídico, e, tendo diante da situação de ter ou não de extinguir o processo sem julgamento do mérito, chegue à conclusão de que é impossível ter sentença favorável o autor. Não se confunda com a ilegitimidade da parte, porque aí se supõe a possibilidade jurídica e faltar à parte ser sujeito da relação jurídica a que se alude. Sempre o autor não podia ter o direito que alega, ou a pretensão, ou mesmo a ação de direito material (e.g., ação relativa à dívida de jogo, seja declarativa, condenatória, executiva, ou de qualquer outra eficácia).

Conforme já vinha ocorrendo nas primeiras instâncias em todo território nacional, a concessão de adoção para casais do mesmo sexo veio a ser confirmada como fato jurídico, afastando-se a impossibilidade jurídica do pedido, pelo Superior Tribunal de Justiça em Abril de 2010.

O acordão ressalta entre outros argumentos que:

“A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.” (...)

“São dois os pontos cruciais para o deslinde da controvérsia submetida a julgamento: a) o primeiro, como antes mencionado, é a situação fática existente, em que a companheira da requerente já havia

adotado regularmente as crianças desde o nascimento, e todos convivem em harmonia com a ora pretendente à adoção, porquanto a união de ambas existe desde 1998; b) o segundo, em um viés jurídico, é o fato de inexistir expressa previsão legal permitindo a inclusão, como adotante, do nome da companheira do mesmo sexo nos registros de nascimentos das crianças, nos quais antes constava apenas o nome da companheira que primeiro havia adotado.” (...)

“Por isso mesmo, a matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.” (STJ – REsp 889852 -RS. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJ de 10/08/2010)

Cabe salientar que o exame do mérito do presente recurso se deu pela prévia rejeição do argumento da impossibilidade jurídica do pedido, vez que em julgado anterior o STJ já havia entendido ser possível reconhecer o caráter jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo e, com isso recepcionar também os efeitos jurídicos decorrentes deste reconhecimento:

(...)

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto à *possibilidade jurídica do pedido*, *corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.*

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. (...) (Resp 820.475/RJ, DJ de 11/05/2009)

Com isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça atribuiu uma identidade jurídica ao fato da adoção por casais do mesmo sexo, estabelecendo parâmetros para a concernente ação e os atos jurídicos dela decorrentes (que declarem, constituam ou extingam direitos).

Vale nesse sentido ainda ressaltar os fundamentos ou critérios de validação da ação e do respectivo direito de adotar, então concedido:

A lei não proíbe, ela garante o direito tanto entre os homoafetivos, como entre os heteros. Apenas lhes assegura um direito, não há vedação. Não há nenhum dispositivo que proíba, até porque uma pessoa solteira pode adotar. Então, não estamos aqui violando nenhuma disposição legal, mas construindo em um espaço, em um vácuo a ser preenchido ante a ausência de norma, daí a

força criadora da jurisprudência. É exatamente nesse espaço que estamos atuando. Não estamos violando nenhum dispositivo. O Código Civil garante: homem ou mulher, casados podem. Mas não diz que é vedado em momento algum. Então, é preciso entender normas de garantia e diferenciá-las de normas de proibição. E não há nenhuma norma de proibição. (Voto Esclarecimento do Min. João Otávio de Noronha, no RESP. 889.852 – RS).

E eis que assim tornados jurídicos os fatos ganham sua eficácia jurídica, entendida como criação do direito, ainda quando o efeito jurídico coincida com seus efeitos físicos, pois mesmo sendo incontáveis os fatos que interessam ao direito, também o são os efeitos que ele cria ou faz jurídicos, ligando-os, como consequência, à incidência das regras jurídicas sobre esses fatos (PONTES DE MIRANDA, 2000).

Conforme se depreende, em matéria de criação do direito, os ditames normativos não são desprendidos do processo, mas ainda sim aberto está um espaço de criação na prática judicial mediante o qual se faz a inserção do fático no jurídico.

Concluimos, então, com o ensino de Pontes de Miranda (2000): “Se alguma relação (jurídica) se compõe depois, é eficácia, e tal relação jurídica é livremente ‘construída’ pela técnica jurídica, seja de direito, de pretensão, de ação, ou de exceção, que se trate”. E nos moldes destas premissas tem-se o jurídico reflexo do fático.

REFERÊNCIAS

- BATESON, Gregory. **Espírito y Naturaleza**. 2ª Ed. 2ª Reimp. Buenos Aires: Amorrutu, 2002.
- _____. **Steps to an Ecology of Mind**. Chicago: The University of Chicago Press, 2000.
- DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NIEME, Matti Ilmari. Facts, Fictions or Reasoning. Law as the subject Matter of Jurisprudence. **Ratio Jus**. Vol. 16. nº 1, March, p.1-13, 2003.
- MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PONTES DE MIRANDA, F. C.; BERMUDEZ, S. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974.

_____. F. C. **Tratado de direito privado**. 1.ed. Campinas, SP: Bookseller, 2000. Tomos I, III e V.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A Normatividade dos Fatos**. João Pessoa: Vieira Livros, 2003.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. Introdução à epistemologia jurídica. 2ª ed. Fac-Similar com nota introdutória do autor. São Paulo: Saraiva, 1992.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Estruturas Lógicas e o sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. Dos Fatos. In: **A Prova no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.

TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici. Nozioni Genereali. In: **Trattato di diritto civile e commerciale**. Vol. III, t. 2, sez. 1. Milano – Dott. A. Giuffré Editore, 1992.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Correia de. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. 1, 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PONDERAÇÕES SOBRE A TUTELA DA POSSE A PARTIR DO PENSAMENTO DE PONTES DE MIRANDA

Venceslau Tavares Costa Filho¹

SUMÁRIO – 1. A posse: estado de fato correspondente a um poder – 2. Detenção e desdobramento da posse – 3. Posse de boa-fé – 4. Posse justa e Justo título. A questão da aplicação subsidiária do art. 924 do Código de Processo Civil para uma interpretação razoável quanto ao momento da ciência do esbulho possessório – Referências.

1. A POSSE: ESTADO DE FATO CORRESPONDENTE A UM PODER

A posse e o conjunto dos direitos reais podem ser considerados como elementos integrantes da **esfera jurídica**, ou seja, o conjunto de bens da vida pertinentes a certo sujeito de direito – com ou sem mensuração econômica – e as qualificações individuais relativas ao *status* das pessoas.²

Sem sombra de dúvida, por sua vinculação com o fático, a posse representa um desafio para o jurista, em vista de seu caráter fragmentário. É até mesmo por isto que a teoria da posse é identificada com a hidra mitológica; que tinha um poder mágico de resposta às agressões: se cortavam uma das suas várias cabeças, cresciam mais sete no lugar.³

Uma das questões centrais para a problemática possessória sempre foi a seguinte: a posse é um direito ou um fato? Savigny defendia que a

-
1. Advogado. Pesquisador do Cnpq/UFPE e da Favip. Professor da Faculdade Damas, da Faculdade de Olinda-FOCCA, da Faculdade Metropolitana e da Faculdade do Vale do Ipojuca-FAVIP. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Civil pela UFPE. Secretário-geral da Escola Superior de Advocacia da OAB/PE. E-mail: venceslautavares@hotmail.com.
 2. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75.
 3. HATTENHAUER, Hans. Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática. Tradução de Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987, p. 50

posse era fato – no que respeita à sua essência – e direito, no que respeita aos seus efeitos.⁴ Poderíamos enumerar aqui dezenas de defensores da posse enquanto direito, ou ainda da posse como fato. Mas, não faremos.

A posse não corresponde a um direito subjetivo ou, ainda, a um fato jurídico. Também não é um fato que se possa dizer estranho ao direito. Trata-se de um **estado de fato correspondente a um poder**, qual seja a possibilidade concreta de exercer algum poder inerente ao direito de propriedade, mas “não é o poder inerente ao domínio ou à propriedade; nem, tampouco, o exercício desse poder”. Trata-se do estado de fato daquele que está na posição de “exercer poder como o que exerceria quem fosse proprietário ou tivesse, sem ser proprietário, poder que sói ser incluso no direito de propriedade”.⁵

Para melhor entendimento do leitor não habituado com a teoria do fato jurídico, alguns esclarecimentos se impõem. Pode-se dizer, com esteio no texto do art. 76 do Código Civil pretérito, que os fatos jurídicos são aqueles que extinguem, modificam, ou transformam direitos e deveres. Assim, é possível afirmar que o fato não-jurídico é o que não cria, não extingue, não modifica, ou não transforma direitos e deveres. A distinção essencial entre o jurídico e o não-jurídico reside na chamada incidência normativa. Por uma série de circunstâncias, o legislador (racionalmente ou irracionalmente) escolhe alguns fatos e a eles confere efeitos jurídicos; de modo que se pode afirmar que esta é uma questão de política do direito. É a política do direito (e não a dogmática jurídica) que determina o que é considerado relevante para a normatização das relações interpessoais.⁶

Não se pode afirmar, entretanto, uma ontologicidade na consideração de um dado fato como juridicamente relevante, à medida que não há uma relação de implicação necessária entre os caracteres ou a “natureza” de um determinado ato ou fato e a juridicidade dele. É o ordenamento jurídico que, pretensamente, atribui tal juridicidade: “Fatos jurídicos são todos os fatos naturais ou de condutas aos quais o direito atribui consequências jurídicas”.⁷

4. HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Tradução de Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987, p. 51.

5. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo X. Campinas: Bookseller, 2001, p. 31.

6. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 07-08.

7. LOBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221.

Se o batismo católico já foi considerado um fato dotado de eficácia jurídica no direito brasileiro, ante a união entre Igreja e Estado no período pré-republicano, hoje se pode dizer que o batismo católico em si não é um fato relevante para o ordenamento jurídico, que não dispõe expressamente seja no sentido de permitir, proibir ou conferir quaisquer efeitos jurídicos a tal ato. Assim, importa verificar – para a qualificação de determinado fato como jurídico – a atribuição de efeitos jurídicos, ou seja: “imputações feitas pelos homens a certos fatos da vida através das normas jurídicas”, de modo que “a distinção, no mundo, entre o que é jurídico e o que não entra no mundo jurídico se reveste de fundamental importância ao trato científico do direito”.⁸

Destarte, podemos apresentar os seguintes pressupostos para a juridicização ou produção de efeitos jurídicos:

- 1º. Existência de norma jurídica que preveja determinado fato e lhe atribua consequências jurídicas;
- 2º. Previsão na norma jurídica da hipótese normativa ou suporte fático;
- 3º. Incidência da norma jurídica sobre o fato ou fatos que correspondam ao suporte fático;

Assim, pode-se dizer que estrutura do fato jurídico apresenta-se em um esquema antecedente→consequente. Dada a previsão em determinada norma jurídica que a ocorrência de determinado fato ou conduta (suporte fático) acarretará a produção de efeitos jurídicos (preceito), caso tal conduta ou fato se realize concretamente dá-se a incidência automática da norma jurídica a gerar os efeitos jurídicos previstos abstratamente.

Ora, a posse é justamente um elemento do suporte fático de certos fatos jurídicos (*besitztatbestand*)⁹, mas ela não é “o” próprio fato jurídico, ou um efeito jurídico. Para PONTES DE MIRANDA: “o suporte fático (*Tatbestand*) da regra jurídica é aquele fato ou conjunto de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide”.¹⁰ Assim, a posse pode compor

8. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 09.

9. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo X. Campinas: Bookseller, 2001, p. 39.

10. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado – Parte Geral: Tomo I. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 19.

o suporte fático de fatos jurídicos tais como o usucapião, os interditos possessórios, etc.

2. DETENÇÃO E DESDOBRAMENTO DA POSSE

Este **estado de fato correspondente a um poder** (a posse) pode ser desdobrado em posse direta e posse indireta, como ocorre em relação ao contrato de locação. Contudo, não se confunda isto com a detenção, qual seja “a situação daquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”.

Assim, pode se falar de detenção em relação à situação do “caseiro” ou vigilante perante o proprietário ou legítimo possuidor de certo imóvel. Neste caso, o vigilante não age em nome próprio, mas em cumprimento das ordens ou instruções expedidas pelo proprietário do imóvel. Se se pode dizer que a posse é “exteriorização do domínio”¹¹, é de se considerar que ela ocorre a partir do exercício fático e visível pelo possuidor de qualquer dos poderes inerentes ao direito de propriedade.

Diferente é a situação do desdobramento da posse, em que ela se reparte em posse direta e posse indireta. Seja em virtude de um direito real ou de um contrato, pode-se ceder o uso e/ou fruição da coisa possuída temporariamente. Neste caso, o possuidor (ou proprietário) que cedeu tais poderes não renuncia e nem abandona a coisa em relação à qual exerce a posse, mas apenas cede para que terceiro faça uso dela, que – em razão de certo direito real ou determinado negócio jurídico – exercerá a posse direta sobre a coisa.

Permanecerá, contudo, com o primitivo possuidor (ou proprietário) a posse indireta. Dá-se tal desdobramento da posse em situações tais como a do contrato de locação, em virtude do qual o proprietário ou possuidor (o locador) cede ao locatário, temporariamente e mediante remuneração, o uso e/ou fruição do bem objeto do contrato.¹²

O art. 1.197 do Código Civil vigente, inclusive, prescreve que o desdobramento da posse pode se dar em virtude de direito pessoal ou real. Tal dicotomia clássica (direitos reais *versus* direito pessoais), embora ainda

11. IHERING, Rudolf Von. Teoria Simplificada da Posse. Bauru: Edipro, 1999, p.57.

12. ADIERS, Moacir. A posse e a tutela possessória. Revista Jurídica, n. 306 (2003). Porto Alegre: Notadez, p. 22.

útil em diversos casos, dá sinais de esgotamento em relação ao fenômeno do desdobramento possessório, e por isso é considerado atualmente: “um esquema pobre, incapaz de explicar todas as formas de utilização dos bens que emergem da vida social”.¹³

Sem dúvida nenhuma, o desdobramento da posse enquanto efeito do contrato de locação dá-se “em virtude de direito pessoal”. Mas, existem diversas hipóteses de desdobramento da posse previstas no Código Civil e na legislação especial que se encontram em situações limítrofes. É caso, por exemplo, da propriedade fiduciária¹⁴ e da alienação fiduciária de bens imóveis¹⁵. Nos dois casos, a celebração de um determinado contrato está na origem. Atente-se, inclusive, para o fato de que a primeira situação está relacionada no rol dos direitos reais, porquanto regulada no Título III do Livro do Direito das Coisas, que relaciona justamente em seu Título II quais são os direitos reais (art. 1.225); mas, no segundo caso temos uma situação estranha ao código civil e seus preceitos.

Ressalte-se que o reconhecimento de uma posse direta ao lado de uma posse indireta não é unanimidade entre os países de tradição jurídica romano-germânica. Até mesmo porque o desdobramento da posse, apesar de ter sido desenvolvida por Rudolf Von Ihering a partir dos textos romanos, era situação desconhecida pelos juristas romanos.¹⁶ Se este reconhecimento está de acordo com a civilística nacional¹⁷, o mesmo não

13. MATTIETTO, Leonardo. Associação de moradores, condomínio de fato e cobrança de contribuições. Revista Jurídica, a. 53, n. 334 (ago./2005). Porto Alegre: Notadez, p. 78.

14. Código Civil – Art. 1361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.

15. Lei nº 9.514/1997 (Sistema Financeiro Imobiliário) – Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuir indireto da coisa imóvel.

16. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. O pensamento romanístico brasileiro nos direitos reais. Acesso em: 10 de fevereiro de 2007. Disponível em: www.puc-rio.br

17. ESPÍNOLA, Eduardo. Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos

se pode afirmar em relação à dogmática italiana.¹⁸ Na Itália, o desdobramento da posse não é possível, de modo que o locatário não será considerado possuidor (direto), mas simplesmente um detentor. A posse plena, neste caso, permanecerá com o locador.

Sob a ótica do direito brasileiro, considerar alguém como detentor significa não conferir a ele os instrumentos jurídicos de defesa da posse. Contudo, como o desdobramento da posse é possível entre nós, o legislador inclusive pôs fim a certa polêmica doutrinária ao prever no art. 1.197 do Código Civil que “O possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto e este contra aquele”.¹⁹ Assim, o possuidor direto poderá propor ação de manutenção de posse ou de reintegração de posse contra o possuidor indireto, com base em tal permissivo legal.

3. POSSE DE BOA-FÉ²⁰

No que toca à forma como a boa-fé se encontra descrita na codificação civil em vigor (bem como na revogada), fala-se corriqueiramente em suas vertentes objetiva e subjetiva. Partindo do geral para o particular, pode-se dizer que isto se repete na seara do direito das obrigações, mas não é bem isto o que a manualística afirma em relação ao direito das coisas. E este é um fenômeno no mínimo interessante na civilística nacional. Enquanto se referem à temática da posse como “uma *vexata questio*, um assunto atormentado e extremamente difícil”²¹; aborda-se a questão da boa-fé possessória peremptoriamente, sem que se estabeleçam indagações mais amplas e profundas, como ocorre corriqueiramente em relação à boa-fé contratual. Talvez, em razão da idéia segundo a qual a proteção dos interditos só caberia nos casos em que a lei assim dispuser, é que se tenha adotado a definição codificada como a única noção de boa-fé possessória a ser admitida em nosso ordenamento, o que não procede.

autorais. Campinas: Bookseller, 2002, p. 35.

18. Cf: GENTILE, Francesco Silvio. Il possesso nel diritto civile. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956.
19. Enunciado nº 76 da Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.
20. Com pequenas modificações, apresentamos aqui alguns elementos do capítulo 5 de nossa dissertação de mestrado: COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Sistema e problema em direito privado: o uso da tópica para a concretização da boa-fé possessória. Recife: UFPE (dissertação de mestrado), 2007.
21. PONTES, Tito Lívio. Da posse: prática, doutrina, jurisprudência, legislação. 2 ed. São Paulo: LEUD, 1978, p. 20.

A doutrina nacional, portanto, posiciona-se majoritariamente pela adoção de um critério estritamente subjetivo para a boa-fé possessória. Contudo, pode-se conceber a boa-fé subjetiva seja como boa-fé psicológica ou como boa-fé ética. A boa-fé psicológica manifesta-se como “um estado fáctico de mera ignorância”, e a boa-fé ética será um “estado de ignorância valorado pelo Direito, com reflexos práticos em que releva, apenas, se for desculpável”.²²

A boa-fé psicológica, portanto, traduz-se em situação de exercício deste poder de fato em que há uma submissão da direção da vontade com o que prescreve o ordenamento jurídico, porquanto a boa-fé seja a manifestação da vontade conforme o direito, ainda que efetivamente contrarie a ele.²³ Isto porque o que importa aqui é a ignorância de estar lesando a direito de outrem, seja em razão de um erro de direito ou de erro de fato.²⁴

Por força do voluntarismo que impulsionou a “colonização linguística” pela *bona fides possessionis*, permanece na manualística a idéia de que a boa-fé possessória se constitui em um estado de subjetividade no qual está inserido o possuidor, desconhecedor de qualquer óbice que impeça a aquisição da posse ou de quaisquer vícios que a desnaturam.²⁵ Assim, a possibilidade de configuração da culpa grave – compreendida como grosseira ignorância ou erro inescusável – é afastada devido ao fato do possuidor não ter ciência de que o seu comportamento se constitui em lesão a direito de outrem.²⁶

O problema é que para a caracterização da boa-fé dita psicológica basta a demonstração da ignorância do possuidor, sem que dele seja demandada qualquer diligência ou razoabilidade. Não importa que o possuidor tenha sido “relapso, negligente, estúpido até. Tendo

22. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil. Volume I. Coimbra: Almedina, 1984, p. 24.

23. GENTILE, Francesco Silvio. Il possesso nel diritto civile. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956, p. 217.

24. GENTILE, Francesco Silvio. Il possesso nel diritto civile. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956, p. 219.

25. MATTEI, Ugo. Basic principles of property law: a comparative legal and economic introduction. Westport CT: Greenwood Press, 2000, p. 111.

26. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. A extensão do conceito de “boa-fé” em limitação ao direito de propriedade definida no art. 1.228, § 4º do Código Civil – O controvertido instituto da “expropriação judicial”. Revista de Direito Privado, ano 6, n. 21, (janeiro/março de 2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 126.

desconhecimento do fato, reputá-lo-á de boa-fé. Ignorava o vício e ponto final”. Sob o prisma da concepção ética, entretanto, a boa-fé exige do possuidor uma certa atenção ou diligência. A falta de conhecimento do obstáculo que impedia o legítimo apossamento da coisa não pode decorrer da culpa do possuidor. Caso a insciência seja culposa, é de se falar de posse de má-fé, já que o desconhecimento se deu em virtude da falta “do cuidado normal para a verificação de circunstâncias que pudessem macular a aquisição do direito ou o exercício da posição jurídica”. Tal embate entre a concepção psicológica e a ética da boa-fé subjetiva notabilizou-se a partir da polêmica entre Wächter e Bruns, na qual o primeiro pugnava pela noção psicológica da boa-fé subjetiva e o segundo pela perspectiva ética.²⁷

Aparentemente, o Código Civil vigente (repetindo o anterior) adotou o critério psicológico para a caracterização da boa-fé possessória. É esta, também, a interpretação de Pontes de Miranda (a partir do texto do código civil pretérito) – acrescentando ainda que: “se o sistema jurídico brasileiro houvesse admitido o critério ético, bastar-lhe-ia para que alguém fôsse possuidor de boa fé que se comportasse honestamente, com a costumeira fé que se tem e se há de ter na vida de tráfico”. Disto resulta que a boa-fé se traduziria na ignorância acerca do fato de que a *causa possessionis* não seria bastante para aquisição *iusta*.²⁸

Ronnie Preuss Duarte afirma que o critério ético é o que atualmente prevalece em matéria de boa-fé subjetiva. Será? Não existem dúvidas, contudo, acerca da conveniência e da necessidade de adoção de um critério assim entre nós. Não somente por uma questão de “conveniência no tráfico, já que impõe aos cidadãos a adoção de cuidados, obrigando-os a observar certo grau de diligência”; mas também por uma necessidade de descomplicar as provas, porquanto não seja “possível afirmar uma situação íntima de conhecimento de um fato. Mais fácil é a perquirição das circunstâncias pontuais que tornariam o sujeito capaz de saber o fato, com um aceitável esforço”.²⁹

27. DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo código civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. Questões controvertidas no novo código civil. Série grandes temas de direito privado – v. 2. São Paulo: Método, 2004, p. 414.

28. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo X. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 127-128.

29. DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo código civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. Questões controvertidas no novo código civil. Série grandes temas de direito privado – v. 2. São Paulo: Método, 2004, p. 414-415.

A redação do caput do atual art. 1.201 do Código Civil vigente³⁰ permite-nos dizer que, aparentemente, o legislador permaneceu com a opção da boa-fé subjetiva do tipo psicológica. Contudo, se a posse se manifesta enquanto poder, e o exercício deste poder não pode redundar em abuso, acreditamos que uma adequada interpretação do art. 1.202 do Código Civil vigente³¹ permite uma interpretação que acolha a boa-fé ética para a posse. As circunstâncias que farão presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente podem se traduzir na falta de diligência do possuidor, a ser aferida levando-se em consideração o *topos* do “bom pai de família” ou da razoabilidade.³²

A insuficiência da concepção psicológica da boa-fé possessória não se reduz apenas aos problemas anteriormente apontados. Veja-se, por exemplo, a questão dos bens que se encontram na posse de uma pessoa jurídica. Sendo a pessoa jurídica um ente desprovido do elemento psicológico – porquanto este seja próprio dos seres humanos – como falar de posse de boa-fé (ou seja, boa-fé psicológica) desempenhada pela pessoa jurídica nos termos tradicionais?

É bem verdade, que a doutrina italiana procurou responder a este questionamento com a teoria dos órgãos da pessoa jurídica, pela qual esta boa-fé subjetiva seria exigida das pessoas físicas que fizessem o papel de órgãos da pessoa jurídica no momento da aquisição da posse, o que não é suficiente à medida que se possa rejeitar tal visão orgânica.³³ Assim, mesmo durante a vigência do Código Civil anterior, mostrava-se incompleta uma visão de boa-fé possessória que contemplasse somente o seu viés subjetivo, e a sua redução a mera questão psicológica.

Até mesmo porque nos parece que a questão central não reside na demonstração de que a ignorância do possuidor não resulta de um ato culposos ou da falta de diligência, mas sim indagar se o uso do bem corresponde a um comportamento leal do possuidor. Ou seja, deve-se

30. “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”.

31. “A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente”.

32. DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo código civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. Questões controvertidas no novo código civil. Série grandes temas de direito privado – v. 2. São Paulo: Método, 2004, p. 415.

33. GENTILE, Francesco Silvio. Il possesso nel diritto civile. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956, p. 221-222.

atentar para uma nova estruturação da posse, que leve em consideração valores como a dignidade humana, a redução das desigualdades, o meio-ambiente ecologicamente equilibrado, etc.

Assim, o exercício da posse não deve resultar na quebra de um dever de lealdade, de modo a se traduzir em um comportamento que não viola os direitos de outrem. Contudo, a redução da idéia de posse ao exercício do direito de propriedade ou de alguma de suas faculdades inerentes faz proliferar na doutrina imprecisões como a daqueles que entendem que a presença da posse dá cumprimento à função social da propriedade.³⁴

Observe-se, por exemplo, as condutas descritas no art. 186 da Constituição Brasileira de 1988. O exercício da posse nem sempre atenderá aos reclamos da função social, de modo que pode se dar de forma abusiva, violando o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou em violação a direitos fundamentais de outrem.³⁵ Assim, pode haver concretização da posse que não efetive a função social da propriedade. Neste caso, a alegação de que o exercício se deu em razão de uma crença de se estar agindo conforme o direito, ou de uma ignorância não culposa do possuidor, de nada adiantarão. Importa é observar se a conduta do agente preenche objetivamente os requisitos ali elencados. Não pode ser considerado possuidor de boa-fé aquele que viola a regra do art. 186 da Constituição Brasileira. Havendo violação à citada regra da Constituição, aparece aí uma “circunstância” que faz presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente. É por isto que entendemos que também há espaço para a boa-fé objetiva em matéria de posse, especialmente no que toca a certas situações de abuso deste poder, ainda que o consideremos um **estado de fato correspondente a um poder**.

34. “Significa dizer que na posse reside a função da propriedade, ou, em outras palavras, não há função social da propriedade sem posse” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. A extensão do conceito de “boa-fé” em limitação ao direito de propriedade definida no art. 1.228, § 4º do Código Civil – O controvertido instituto da “expropriação judicial”. Revista de Direito Privado, a. 6, n. 21 (jan./mar. 2005). São Paulo: RT, p. 124).

35. Constituição Brasileira de 1988 – Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I – aproveitamento racional e adequado;
- II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

4. POSSE JUSTA E JUSTO TÍTULO. A QUESTÃO DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 924 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA UMA INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL QUANTO AO MOMENTO DA CIÊNCIA DO ESBULHO POSSESSÓRIO³⁶

A proteção da posse e sua autonomia em relação ao direito de propriedade são temáticas conexas à idéia de causa na posse. Esta noção remete à idéia de *iusta causa possessionis* – do *ius civile* clássico – pela qual “a aquisição da posse deve ter um fundamento jurídico que, segundo o *ius civile*, justifique a aquisição da propriedade”.³⁷ A *iusta causa* no direito romano também pode ser chamada de *titulus*³⁸, do que resultará para nós na atualidade na idéia de título da posse, ou seja, “o fato gerador do direito, o fato do qual a posse deriva”.³⁹ É neste sentido de fato gerador ou de causa de atribuição de um direito que os civilistas se referem a títulos acadêmicos⁴⁰ ou ainda à causa das obrigações⁴¹.

Contudo, não é este o sentido dado à noção de causa por boa parte dos civilistas brasileiros. Isto talvez se deva ao fato de a maioria dos que desenvolveram a temática entre nós optarem pela seara do direito contratual⁴², ou da teoria geral das obrigações⁴³. Sem contar com aqueles

-
36. Em relação às teorias sobre o justo título ou justa causa em matéria de direito civil, pedimos vênia para indicar a nossa análise sobre a teoria do título legitimário, desenvolvida por Torquato Castro: COSTA FILHO, Venceslau Tavares. O direito da saisine e a sucessão causa de morte: considerações a partir do direito civil brasileiro. In: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva (coords.). A modernização do direito civil: volume II. Recife: Nossa Livraria, 2012.
 37. KASER, Max. Direito privado romano. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Revisão de Maria Armada de Saint-Maurice. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 126.
 38. KASER, Max. Direito privado romano. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Revisão de Maria Armada de Saint-Maurice. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 150.
 39. BESSONE, Darcy. Da posse. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 111.
 40. “Alcançastes um título. Nada mais que um título. Entretanto, que valor imenso, bem consideradas as cousas, daquilo que conseguistes! Título, no significado estritamente jurídico dessa expressão, dizem-no os civilistas, é a razão justificativa, a causa, da aquisição do direito” (BAPTISTA, Mário Neves. Discurso de paraninfo. Revista Acadêmica, a. LXI, n. ? (1963). Recife: Universidade do Recife, p. 161).
 41. CANNATA, Carlo Augusto. La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di um problema dommatico e pratico (I parte). In: TARELLO, Giovanni (org.). Materiali per una storia della cultura giuridica. Vol. IV. Genova: Il Mulino, 1974, p. 39.
 42. MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. Revista trimestral de direito civil, ano 6, vol. 24 (outubro a dezembro de 2005). Rio de Janeiro: Padma, passim.
 43. SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: editora FGV, 2006, passim.

outros estudiosos que negam que a causa seja “elemento, requisito ou fator de eficácia do negócio jurídico”, quando distinguem os negócios jurídicos causais dos negócios jurídicos abstratos⁴⁴. Contudo, não subcrevemos a tese que enxerga na causa um elemento “eventual” dos fatos jurídicos. Pelo contrário, defendemos que a causa é uma constante nos fatos jurídicos, como o diz José VEIGA em sua clássica Tese⁴⁵.

Aqui, adota-se uma noção de causa enquanto título legitimário. Esta noção aproxima-se da idéia de título legitimário desenvolvida pelos romanos a partir da concepção de *causa* (ou *titulus*), que foi desenvolvida na civilística nacional a partir dos escritos de Torquato Castro: “Da causa no contrato” (1966), “Os tipos clássicos de legitimação dos sujeitos em direito comparado” (1979), “Legitimação (direito material)” (1981/1982), e a sua “Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito” (1985).

Isto posto, a tese que sustentamos se prende ao debate acerca da legitimação, de modo que remete à justificação ou fundamentação jurídica do fenômeno sucessório. Isto porque o cerne da questão não está no modo do sistema colocar-se imperativamente, mas na argumentação de modo a fundamentar este modo do sistema operar⁴⁶.

Do que se pode extrair da idéia de causa na teoria do fato jurídico, pode-se dizer que ela não pode ser confundida com o motivo, à medida que este último diz respeito às questões estritamente pessoais ou razões psicológicas e morais que nos levam a agir, mas que são (a princípio) irrelevantes para o direito; diversamente daquele primeiro elemento que alude ao fim jurídico prático visado quando da prática de um ato jurídico⁴⁷. Veja-se, também, em outras palavras:

A questão dos motivos sempre traz à baila a discussão a respeito da causa do contrato, pois a regra geral do direito privado brasileiro é que enquanto os motivos (razão subjetiva e psicológica da realização do contrato) não interessam, a causa (razão objetiva e determinante da realização do contrato – aptidão do instrumento

44. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 105.

45. VEIGA, José. Da legitimidade de parte no contrato. Recife: Universidade do Recife (Tese de Doutorado), 1954, p. 10.

46. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003, p. 288.

47. MONCADA, Luis Cabral de. Lições de direito civil – parte geral. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 662-663.

jurídico utilizado para realização de uma operação social e econômica típica) é relevante para a validade e eficácia do contrato⁴⁸.

Esta relevância da causa pode ser evidenciada em questões civilísticas tais como o enriquecimento sem causa, ou o problema da diversidade de causas para a compensação. A causa do negócio jurídico também pode ser chamada de razão econômico-jurídica negocial. MONCADA, contudo, repara que tal denominação termina por estabelecer uma restrição da idéia de causa aos negócios jurídicos patrimoniais. Sob esta perspectiva, a causa equivaleria à contraprestação devida nos negócios jurídicos onerosos. Assim, por entender que a causa encontra-se presente nos negócios jurídicos não-patrimoniais, também, ele prefere considerar a *causa* como: “a razão jurídica prática do negócio; ou ainda, a representação mental consciente do tipo de negócio jurídico, com todos os seus efeitos previstos, que desejamos praticar”⁴⁹.

Tal enquadramento da causa na noção de representação mental, ou de razão jurídica-prática do ato; não foge da clássica visão de Torquato CASTRO expressada na sua obra mais conhecida: “Da causa no contrato”. Tomando da filosofia aristotélica a idéia de *causa finalis*, considerava ele que todo ato jurídico é fundamentalmente expressão de uma vontade, que, como todo ato dotado de racionalidade deve ser causado, ou seja, “pôsto em existência em vista de um fim que o agente se propõe alcançar”⁵⁰. Contudo, é pouco conhecida a ponderação feita pelo professor Torquato Castro na maturidade, que oferece um horizonte mais amplo à idéia da causa no direito civil brasileiro.

Pode-se dizer que esta tese inicialmente expressa no livro “Da causa no contrato” corresponde ao pensamento do “primeiro” Torquato Castro. Assim como também se pode falar em um “primeiro” e em um “segundo” Rudolf Von Ihering, à medida que os escritos do autor na maturidade revelam uma posição divergente em relação aos trabalhos publicados pelo autor quando mais jovem.

Ultrapassando dos lindes da vontade (que reduzia a causa a uma representação mental ou manifestação volitiva), o Torquato CASTRO da

48. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. Revista de direito privado, a. 3, n. 12 (out./dez. 2002). São Paulo: RT, p. 210.

49. MONCADA, Luis Cabral de. Lições de direito civil – parte geral. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 663.

50. CASTRO, Torquato. Da causa no contrato. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 07.

maturidade deixa de restringir a noção de causa à idéia de *causa finalis* da filosofia aristotélica. Passando a identificar a causa com a noção romana de *titulus*, qual seja “à do nexo causal de titularidade subjetiva, isto é, do fundamento normativo de um direito, de um poder, de um dever ou de uma *obligatio* pertinente a cada um”⁵¹. A idéia de título no pensamento deste “segundo” Torquato CASTRO ganha uma conotação de *causa efficiens* (causalidade eficiente), qual seja da relação existente na teoria do direito entre o *factum* (o suporte fático, ou *fattispecie*) “e a situação jurídica que é a solução jurídica dada pela norma ao *factum*”⁵². Destarte, reconhece que a idéia de *causa finalis* traz uma perspectiva mais restrita do que a de *causa efficiens*, porquanto a primeira idéia se vincule à classe dos atos jurídicos intencionais em algumas legislações latinas. Assim, a concepção de *causa finalis* terminava por restringir-se aos “suportes voluntários negociais, quando é certo que o conceito romano de *causa* tinha a ambição de alcançar não só este, como a toda e qualquer especificação possível de suporte fático”⁵³.

Assim, apoiado em Torquato CASTRO, ousamos divergir de respeitáveis opiniões que reduzem a justa causa ou justo título da posse a uma simples vontade ou intenção. Especialmente na perspectiva trazida pelo Estado Social e Democrático de Direito, a *iusta causa possessionis* ganha contornos que nos permitem remeter à função social. Isto porque a função social apresenta-se como título justificativo ou causa da atribuição dos direitos patrimoniais⁵⁴, ou ainda em razão do fato de ser necessária à causa a demonstração de sua utilidade social, bem como de sua harmonização “com o fim superior que preside toda ordem jurídica, que é o bem comum”.

Sob uma perspectiva mais tradicional (e também passível de críticas em face dos argumentos apresentados anteriormente), o justo título será “um instrumento ou meio aparentemente hábil a transferir o domínio”.⁵⁵ Ora, tal argumento é manifestamente improcedente. Fosse assim, seria

51. CASTRO, Torquato. Legitimação (direito material). Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco, a. 25/26, n. 25/26 (1981/1982). Recife: OAB/PE, p. 27-28.

52. CASTRO, Torquato. Legitimação (direito material). Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco, a. 25/26, n. 25/26 (1981/1982). Recife: OAB/PE, p. 26.

53. CASTRO, Torquato. Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legítimo do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 46.

54. TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 281.

55. FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 72.

completamente absurda a exigência de justo título para o usucapião ordinário pelo art. 1.242 do Código Civil. Se o possuidor já possui título hábil a transferir o domínio em seu favor, é desnecessário recorrer à via do usucapião. Parece-nos mais condizente com o nosso direito civil considerar o justo título da posse como “o fato gerador do direito, o fato do qual a posse deriva. A justiça do título diz respeito à sua aptidão, em princípio, para constituir ou transmitir o direito”.⁵⁶

Assim, este justo título ou justa causa pode se identificar com um contrato, ou com a sucessão a causa de morte, apenas para ficarmos com alguns exemplos. Entretanto, a violência, a precariedade e a clandestinidade são fatos que viciam a aquisição da posse; o que autoriza a falar neste caso em posse injusta.

No caso da precariedade, verifica-se normalmente a violação da confiança ou das expectativas legítimas geradas por um negócio jurídico. Devido ao fato do contrato celebrado integrar o título legitimário da posse, há que se falar nesta possibilidade de precarização da posse, já que a doutrina indica que: “Esta última hipótese ocorre nas posses convencionais com obrigação de restituir, a exemplo do comodato”⁵⁷; o que se estende a situações tais em que findo o contrato de locação o inquilino se recusa a devolver o imóvel. Assim, em face do incumprimento de uma obrigação imposta em razão da avença (qual seja o não pagamento das parcelas assumidas), justificar-se-ia a recuperação da posse do bem pelo possuidor direto em face da caracterização do esbulho pela convalidação da posse direta em posse precária⁵⁸.

Considera-se a posse clandestina quando o suposto possuidor a esconde daqueles de quem teme a oposição. Ora, nos termos do art. 1.200, a clandestinidade não “induz posse”, ou seja, não permite concluir pela existência de uma posse revestida de legitimidade e, portanto, juridicamente tutelada. Assim, a posse clandestina não se prestaria à ação de usucapião, por exemplo. Por outro lado, parecem ser lógicos os motivos que levam uma pessoa que deseja usucapir certo bem a ocultar a sua presença ali. De modo que, se conduzida ao extremo, a noção de

56. BESSONE, Darcy. Da posse. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 111.

57. COSTA, Dilvanir José da. O sistema da posse no direito civil. Revista de informação legislativa. ano 35, n. 139 (julho/setembro de 1998). Brasília: Senado Federal, p. 112.

58. “o abuso ou desobediência do possuidor precário se assemelha à apropriação indébita” (COSTA, Dilvanir José da. O sistema da posse no direito civil. Revista de informação legislativa. ano 35, n. 139 (julho/setembro de 1998). Brasília: Senado Federal, p. 112).

clandestinidade pode resultar em uma salvaguarda absoluta ao proprietário, que sempre poderá alegar que desconhece o esbulho a fim de evitar que outra pessoa adquira o bem pela via do usucapião.

Assim, pode-se recorrer ao critério da razoabilidade a fim de presumir que o proprietário ou possuidor já pôde conhecer do esbulho perpetrado em relação à sua posse, levando-se em consideração questões tais como a localização do bem, a distância, condições de vizinhança, etc. Ora, se a posse já pode “ser conhecida por aqueles contra quem o usucapiente invocará o seu direito”; tal posse já se revestiu de publicidade, de modo que não poderá mais ser qualificada como clandestina.⁵⁹ Neste sentido, propomos a utilização do prazo previsto no art. 924 do CPC como critério temporal que permite presumir a ciência do proprietário e a cessação da clandestinidade.⁶⁰ Na medida em que a Constituição Federal de 1988 impõe ao proprietário/possuidor o dever de função social, não nos parece que a invocação do desconhecimento de um esbulho cometido há mais de ano e dia evidenciem o cumprimento deste dever. A omissão prolongada do proprietário, neste caso, em promover um aproveitamento adequado do bem resultam em violação ao dever de função social, o que subtrai a possibilidade de uso da violência legítima sob monopólio estatal para afastar o atual possuidor.

Este entendimento parece contrastar com a regra do art. 1.224 do Código Civil brasileiro vigente: “Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido”. Ou seja, a perda da posse e, portanto, a cessação da clandestinidade pressupõe: 1) a ciência daquele que não presenciou o esbulho, e 2) e a omissão quanto à retomada do bem. Esta regra, entretanto, deve ser temperada com elementos contemporâneos da teoria do direito civil.

A primeira questão a ser observada é quanto à ciência do esbulho. Assim, parece-nos razoável sustentar que não se pode legitimar a posição daqueles que são manifestamente descuidados em relação a situação de seus bens, que não procuram saber do estado em que eles se encontram, que simplesmente deixam seus bens entregues à sorte, ou melhor

59. PINTO, Nelson Luiz. Usucapião – alguns aspectos de direito material. Datadez (CD-ROM, 2010). Porto Alegre: Notadez.

60. “Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário não perdendo, contudo, o caráter possessório”.

dizendo, abandonados. Entender que se faria necessário uma ciência formal do esbulho seria premiar a desídia, de modo que parece-nos razoável considerar que a possibilidade do conhecimento já é suficiente para fazer cessar a clandestinidade. Daí o recurso supletivo ao prazo do art. 924 do CPC, a fim de fazer presumir a ciência e, também, a cessação da clandestinidade.

Ademais, deve-se considerar que existem razões que impõem a fixação de limites ao exercício dos direitos subjetivos e, especialmente, das pretensões. Uma destas razões reside justamente nas expectativas legítimas advindas da confiança depositada por uma parte em outra. Assim, “a confiança gerada por uma pessoa em razão de seu comportamento não pode dar lugar a comportamentos contraditórios que provoquem prejuízos à parte contrária”.⁶¹

Assim, a inércia quanto ao exercício de uma pretensão como a de reintegração de posse ao longo de certo lapso temporal “pode tornar inadmissível o exercício extemporâneo, por exceder os limites impostos pela boa-fé”. Destarte, tal situação de confiança gerada pelo não exercício da pretensão durante longo período resulta: (1) na supressão da pretensão executiva (*supressio*) e (2) no aparecimento de uma exceção conferida ao devedor, que legitimará a sua indisciplina “quanto ao exercício tardio, por abuso de direito (*surrectio*), sendo certo que a base legal desta solução encontra consagração no aludido artigo 187 do Novo Código Civil brasileiro de 2002”.⁶²

No que diz respeito à posse violenta, poderá ser imputado este vício se ela foi obtida pela força (*vi*)⁶³, contrastando com a chamada posse mansa e pacífica, muitas vezes exigida para efeito de usucapião. Tal violência pode decorrer de uma ação positiva ou omissiva, subtraindo do possuidor a posse em si ou seu exercício. A violência é repugnada pelo direito porque se deve assegurar ao possuidor o poder de exercer a posse, proibindo-se qualquer ato que impeça ou dificulte o possuir. Para Pontes

61. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. Revista de direito privado, ano 3, nº 12 (outubro/dezembro de 2002). São Paulo: RT, p. 217.

62. NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. Breves notas sobre o abuso de direito, perpetrado na forma de *supressio*, e suas consequências processuais. Revista do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco, a. 1, n. 1 (2008). Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco, p. 108.

63. SALLES, José Carlos de Moraes. Usucapião de bens imóveis e móveis. 7 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 69.

de Miranda, não se exige que a violência seja qualificada pelo *animus* ou intenção, é suficiente o ato-fato: “E.g., junto a algum fato, como aluvião que se não impediu. A defesa contra a violência é defesa contra o fato inimpedido, como a queda de pedras que não foram sustentadas, ou que águas desprenderam. Daí nasce a pretensão à tutela possessória para que cesse a *vis*, ou se retire o efeito da *vis*.”.⁶⁴

Questão deveras debatida na doutrina é se esta violência poderá ser direta ou indireta, e ainda se abarca tanto a *vis compulsiva* (violência moral, ou ameaça) como a *vis absoluta* (violência física). Para Pontes de Miranda, a violência tanto poderá ser direta (dirigida à pessoa do possuidor), como também indireta: “Não é preciso que violência vá contra o possuidor, basta que seja fato ofensivo sem permissão dele”.⁶⁵ Contudo, apesar do profundo respeito devotado à obra do jurista em questão, acreditamos que os atos praticados simplesmente para remover obstáculos físicos a fim de proporcionar o acesso ao bem não podem ser qualificados como violência. Fosse assim, a posse de qualquer pessoa que – tencionando aproveitar-se da ausência dos proprietários de certo imóvel – viola as trancas da porta para adentrar no recinto poderia ser qualificada como violenta. Neste caso, contudo, parece-nos que o mais adequado é considerar que esta posse é clandestina, e não violenta, pois a remoção do obstáculo se deu justamente para manter o ingresso daquela pessoa no imóvel às escondidas.

Outra questão é a da violência a viciar a posse abarcar a *vis compulsiva* e a *vis absoluta*. É neste sentido a posição de Pontes de Miranda, que adotamos como nossa também: “No direito brasileiro, tanto é violência, no art. 489, a *vis compulsiva* como a *vis absoluta*”.⁶⁶ Assim, será violenta tanto a posse decorrente do efetivo uso da força, como também a obtida em virtude de ameaças dirigidas ao legítimo proprietário ou possuidor.

REFERÊNCIAS

ADIER, Moacir. A posse e a tutela possessória. **Revista Jurídica**, n. 306 (2003). Porto Alegre: Notadez.

64. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: tomo X. Campinas: Bookseller, 2001, p. 148.

65. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: tomo X. Campinas: Bookseller, 2001, p. 148.

66. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: tomo X. Campinas: Bookseller, 2001, p. 149.

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BAPTISTA, Mário Neves. Discurso de paraninfo. **Revista Acadêmica**, a. LXI, n. ? (1963). Recife: Universidade do Recife.
- BESSONE, Darcy. **Da posse**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. **O pensamento romanístico brasileiro nos direitos reais**. Acesso em: 10 de fevereiro de 2007. Disponível em: www.puc-rio.br
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de direito privado**, a. 3, n. 12 (out./dez. 2002). São Paulo: RT, p. 210.
- CANNATA, Carlo Augusto. La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di um problema dommatico e pratico (I parte). In: TARELLO, Giovanni (org.). **Materiali per una storia della cultura giuridica**. Vol. IV. Genova: Il Mulino, 1974.
- CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966.
- CASTRO, Torquato. Legitimação (direito material). **Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco**, a. 25/26, n. 25/26 (1981/1982). Recife: OAB/PE.
- CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Volume I. Coimbra: Almedina, 1984.
- COSTA, Dilvanir José da. O sistema da posse no direito civil. **Revista de informação legislativa**. ano 35, n. 139 (julho/setembro de 1998). Brasília: Senado Federal.
- COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Sistema e problema em direito privado**: o uso da tópica para a concretização da boa-fé possessória. Recife: UFPE (dissertação de mestrado), 2007.
- COSTA FILHO, Venceslau Tavares. O direito da saisine e a sucessão causa de morte: considerações a partir do direito civil brasileiro. In: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva (coords.). **A modernização do direito civil**: volume II. Recife: Nossa Livraria, 2012.
- DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo código civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo código civil**. Série grandes temas de direito privado – v. 2. São Paulo: Método, 2004.
- ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Campinas: Bookseller, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 288.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. A extensão do conceito de “boa-fé” em limitação ao direito de propriedade definida no art. 1.228, § 4º do Código Civil – O controverso instituto da “expropriação judicial”. **Revista de Direito Privado**, a. 6, n. 21 (jan./-mar. de 2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GENTILE, Francesco Silvio. **Il possesso nel diritto civile**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956.
- HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**: introducción histórico-dogmática. Tradução de Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987.
- IHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse**. Bauru: Edipro, 1999.
- KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Revisão de Maria Armanda de Saint-Maurice. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.
- LOBO, Paulo. **Direito Civil**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MATTEI, Ugo. **Basic principles of property law**: a comparative legal and economic introduction. Westport CT: Greenwood Press, 2000.
- MATTIETTO, Leonardo. Associação de moradores, condomínio de fato e cobrança de contribuições. **Revista Jurídica**, a. 53, n. 334 (ago./2005). Porto Alegre: Notadez.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, 1ª parte. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo X. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado** – Parte Geral: Tomo I. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- MONCADA, Luis Cabral de. **Lições de direito civil** – parte geral. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. **Revista trimestral de direito civil**, ano 6, vol. 24 (out./dez. 2005). Rio de Janeiro: Padma.
- NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. Breves notas sobre o abuso de direito, perpetrado na forma de *suppressio*, e suas conseqüências processuais. **Revista do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco**, a. 1, n. 1 (2008). Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco.

PINTO, Nelson Luiz. Usucapião – alguns aspectos de direito material. **Datadez** (CD-ROM, 2010). Porto Alegre: Notadez.

PONTES, Tito Lívio. **Da posse**: prática, doutrina, jurisprudência, legislação. 2 ed. São Paulo: LEUD, 1978.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: editora FGV, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VEIGA, José. **Da legitimidade de parte no contrato**. Recife: Universidade do Recife (Tese de Doutorado), 1954.

AÇÃO RESCISÓRIA: DE PONTES DE MIRANDA AO PROJETO DE NOVO CPC

Welder Queiroz dos Santos¹

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. Ação rescisória – 3. Objeto da ação rescisória: as decisões rescindíveis – 4. Hipóteses de cabimento da ação rescisória: 4.1. Incompetência absoluta; 4.2. Coação; 4.3. Violação manifesta a norma jurídica; 4.4. Prova nova; 4.5. Erro de fato – 5. Prazo para o ajuizamento da ação rescisória – 6. Modificações procedimentais: 6.1. Dispensa do depósito prévio; 6.2. Possibilidade de rejeição liminar da ação rescisória; 6.3. Possibilidade concessão de tutela antecipada; 6.4. Resposta do réu e procedimento; 6.5. Escolha do relator e do revisor; 6.6. Produção de provas; 6.7. Órgão competente; 6.8. Ação x Pedido – 7. Conclusão – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Escrever em homenagem a Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda é uma honra e também um desafio para mim. Um honra porque o homenageado é um dos maiores juristas da história deste país tupiniquim e um desafio porque diante de sua vasta produção científica, escolher um tema para dialogar com o ele não é uma tarefa fácil.

Pontes de Miranda, como é mundialmente conhecido, foi homenageado recentemente em obra² composta por diversos artigos que abordam temas caros a ele, como a teoria quinária da ação, a “constante quinze”, ação de direito material e “ação” processual.

Senti falta de um trabalho que homenageasse os escritos de Pontes de Miranda a respeito da ação rescisória, tema abordado por ele em 1934

-
1. Mestre e especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Empresarial pelo Mackenzie. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFMT, aprovado em 1º lugar no concurso público de provas e títulos. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de pós-graduação *lato sensu* no Complexo Educacional Damásio de Jesus e na IMP/MT. Professor na ESA/MT. Presidente da Comissão de Direito Civil e Processo Civil da OAB/MT. Advogado.
 2. COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria quinária da ação: Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010, 632 p.

na obra “A ação rescisória contra as sentenças”³, reeditada por mais quatro vezes, sendo a última publicada em 1976, já com o consagrado título “Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões”.⁴

Esta obra é de extrema importância para o direito processual civil brasileiro, de modo que resgatar o pensamento de Pontes de Miranda a respeito da ação rescisória foi a forma que encontrei de homenageá-lo.

E esta homenagem fica completa com a relação entre o pensamento do autor e o projeto de novo Código de Processo Civil, elaborado por uma Comissão de Juristas⁵, aprovado pelo Senado Federal⁶ e atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, que teve a versão final do Relatório-Geral elaborado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, Relator-Geral do Projeto (PL 8046/2010) na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, apresentada no dia 07.11.2012.⁷⁻⁸

3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. A ação rescisória contra as sentenças. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934.
4. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
5. O anteprojeto foi elaborado por uma comissão de juristas designada pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379, de 2009, presidida pelo Ministro Luiz Fux, teve como relatora-geral a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier e como membros os professores Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas Nascimento, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Teodoro Júnior, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo César Pinheiro Carneiro.
6. No Senado Federal, o anteprojeto se transformou no Projeto de Lei do Senado 166/2010, apreciado pela Comissão Especial presidida pelo Senador Demóstenes Torres, que teve como Relator-Geral o Senador Valter Pereira, auxiliado por uma Comissão técnica de apoio à elaboração do relatório-geral formada pelos Juristas Athos Gusmão Carneiro, Cassio Scarpinella Bueno, Luiz Henrique Volpe Camargo e Renato Dorival Pavan. A Comissão teve ainda como Relatores-parciais: a) Senador Antonio Carlos Júnior (Processo Eletrônico); b) Senador Romeu Tuma (Parte Geral); c) Senador Marconi Perillo (Processo de Conhecimento); d) Senador Almeida Lima (Procedimentos Especiais); e) Senador Antonio Carlos Valadares – Cumprimento das Sentenças e Execução; f) Senador Acir Gurgacz (Recursos). Após aprovação na Comissão Especial, o substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira foi aprovado no Plenário em 15.12.2010 e encaminhado para a Câmara dos Deputados em 22.12.2010.
7. Na Câmara dos Deputados, o texto foi recebido como PL 8046/2010 e a Comissão Especial tem como Presidente o Deputado Fábio Trad e como Relator-Geral o Deputado Sérgio Barradas Carneiro. Pelo fato deste ser suplente, o Deputado Paulo Teixeira foi nomeado o novo Relator-Geral de modo que é possível afirmar que esta é a versão final do relatório elaborado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, que foi auxiliado pelos Juristas Arruda Alvim, Luiz Henrique Volpe Camargo, Paulo Henrique dos Santos Luccon, Renato Dorival Pavan, Sérgio Muritiba, Leonardo José Carneiro da Cunha, Rinaldo Mouzalas, Daniel Francisco Mitidiero, Alexandre Freitas Câmara e Fredie Didier Jr. A Comissão teve ainda como Relatores-parciais: a) Deputado Efraim Filho (parte geral); b) Deputado Jerônimo Goergen (processo de conhecimento e cumprimento da sentença); c) Deputado Bonifácio

Portanto, o objetivo desse trabalho é analisar a ação rescisória em um diálogo com o pensamento de Pontes de Miranda e com o projeto de novo CPC.

2. AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória é, por excelência, o meio de impugnação das decisões de mérito transitadas em julgado, quando presente pelo menos uma das hipóteses de rescindibilidade previstas no ordenamento jurídico brasileiro.⁹

Como leciona Pontes de Miranda, na ação rescisória ocorre o “julgamento do julgamento”,¹⁰ não no processo em que se proferiu a decisão rescindenda, e sim fora, em uma nova relação jurídica processual.

Por essa razão “seria um erro – e ainda se encontra em outros países – que se concebesse o remédio jurídico processual da rescisão como *recurso*. Ter-se-ia de supor que ainda não houvesse transitado em julgado a decisão”. É, na verdade, uma verdadeira ação autônoma de impugnação, um “remédio jurídico processual autônomo”.¹¹

Sua finalidade é o desconstituição da coisa julgada por motivos de invalidade ou injustiça da decisão rescindenda. Sendo assim, trata-se de uma ação *preponderantemente* constitutiva negativa ou desconstitutiva.¹²

de Andrada (procedimentos especiais); d) Deputado Arnaldo Faria de Sá (processo de execução); e) Deputado Hugo Leal (processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais, e disposições finais e transitórias).

8. A versão final do Relatório-Geral apresentada em 07.11.2012 é fruto do Relatório-Geral apresentado em 19.09.2012, acrescido de algumas modificações decorrentes dos debates comparativos entre os relatórios-parciais e o relatório-geral realizados na Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoes-Web/prop_mostrarintegra?codteor=1037367&filename=Tramitacao-PL+6025/2005> Acesso em: 07.12.2012.
9. Além da ação rescisória, atualmente o direito processual civil brasileiro admite a “desconstituição” da coisa julgada também por meio da querela nullitatis insanabilis ou ação declaratória de inexistência e da impugnação de sentença nas hipóteses previstas no § 1º do art. 475-L ou no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil de 1973.
10. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 66 e 120.
11. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 120.
12. Segundo o homenageado, “As ações constitutivas têm como conteúdo a obtenção de sentença constitutiva, correspondente ao elemento constitutivo que prepondera”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 51).

3. OBJETO DA AÇÃO RESCISÓRIA: AS DECISÕES RESCINDÍVEIS

O objeto da ação rescisória “é a própria sentença rescindenda”.¹³ O *caput* do art. 485 do CPC/73 prevê que “a *sentença de mérito*, transitada em julgado, pode ser rescindida”.

O dispositivo nunca foi imune às críticas. Isto porque leva a crer que somente as sentenças podem ser objeto de ação rescisória, quando, ao menos, os acórdãos também são rescindíveis.

Pontes de Miranda ensina que “a rescisão pode ser pedida, não só da sentença, mas *também* dos acórdãos”.¹⁴ Aliás, essa ampliação do objeto da rescisória para além da sentença é verificável desde o título da obra de Pontes: Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões.

Por essa razão, o anteprojeto de novo CPC (art. 884), ratificado pelo substitutivo aprovado pelo Senado Federal (art. 919), alterou o termo “sentença de mérito” por “sentença ou acórdão de mérito”, acolhendo o entendimento pacificado desde sempre a respeito do cabimento de ação rescisória contra acórdão.

No entanto, a alteração ainda é tímida, já que no direito processual civil brasileiro – tanto no vigente, quanto no projetado – existem decisões interlocutórias de mérito¹⁵ e decisões monocráticas de mérito no tribunal¹⁶, que são aptas a transitarem em julgado e a serem objeto de ação rescisória.

13. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 120).

14. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 351.

15. Sobre o cabimento de ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. Revista de Processo, v. 141, p. 7, nov. 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação rescisória contra decisão interlocutória. A nova era do processo civil. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 283-292; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. O trânsito em julgado progressivo das decisões de mérito – uma visão da ótica das decisões interlocutórias. Revista de Processo, v. 202, p. 369, dez. 2011; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Ação rescisória ajuizada contra decisão interlocutória. Admissibilidade, Revista de Processo, v. 144, p. 165, fev. 2007.

16. Sobre o cabimento de ação rescisória contra decisão do relator: CARVALHO, Fabiano. Ação rescisória contra decisão do relator. In: MEDINA, José Miguel Garcia et alli (org.) Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 1013-1019.

Por essas razões, o Relatório-Geral apresentado na Câmara dos Deputados (art. 987), com acerto, substituiu o termo “sentença e acórdão de mérito” por “decisão de mérito”, evitando, assim, qualquer dúvida a respeito do cabimento de ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito e contra decisão monocrática de mérito em tribunal.

Por consequência, desde o anteprojeto, substituiu-se o termo “sentença” por “decisão rescindenda”, contidos no § 1º do dispositivo que trata das hipóteses de cabimento (art. 485, CPC/73; art. 884, anteprojeto; art. 919, PLS 166/2010; art. 987, Relatório-Geral do PL 8046/2010) e do dispositivo que trata da legitimidade do Ministério Público para propor a rescisória em caso de colusão das partes (art. 487, III, b, CPC/73; art. 885, III, b, anteprojeto; art. 920, III, b, PLS 166/2010; art. 988, III, b, Relatório-Geral do PL 8046/2010). Por essa mesma razão, o inciso VII que trata da hipótese de cabimento de rescisória em caso de “documento novo” (art. 485, VII CPC/73) ou, mais amplamente, de “prova nova” (art. 884, VII, anteprojeto; art. 919, VII, PLS 166/2010; art. 987, Relatório-Geral do PL 8046/2010), teve a expressão “depois da sentença” substituída por “posterior ao transito em julgado”.

Ademais, o mesmo Relatório-Geral (art. 987, § 2º) admite também a ação rescisória contra decisão transitada em julgado que, mesmo não sendo de mérito, impeça a repropositura da demanda ou o reexame do mérito. Em outras palavras, admite o cabimento de rescisória contra sentença que ataque à coisa julgada formal.

Esse sempre foi o pensamento de Pontes de Miranda. Como se extrai de seus ensinamentos, “a rescindibilidade em geral das sentenças nada tem com a produção da força, ou, sequer, do efeito de coisa julgada material. A coisa julgada, de que se trata, quando se permite a ação tendente à rescisão da sentença passada em julgado, é a coisa julgada formal, a eficácia forma da coisa julgada”.¹⁷

17. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 144. Em outro excerto, afirma o autor: “A ação rescisória vai, exatamente, contra a eficácia formal da coisa julgada: quebrada esta muralha de eficácia formal, já está o processado, a relação jurídica processual, que a preclusão fechara e fizera cessar; exsurge, não se reabre; o juízo rescisório não é reinstalação, mas volta à vida, ressurreição. Não se reconstrói a causa, que se fechara; abre-se a porta (= destrói-se a sentença) e reocupa-se a casa. Nesses assuntos, de ciência difícil, como a processualística, todo cuidado é pouco se lançamos mão de imagens. A cessação da relação jurídica foi ex nunc; não desaparecera. Resultara da sentença. Destruída, rescindida, a sentença, a relação jurídica processual, que lá estava até o momento em que cessara (com

Nesse sentido, recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser cabível a ação rescisória para desconstituir a decisão judicial que extinguiu o processo sem resolução do mérito.¹⁸

Portanto, o projeto de novo CPC, em consonância com o pensamento de Pontes de Miranda, passa a admitir expressamente “o cabimento da ação rescisória quando não se pode mais rever o mérito da questão por impossibilidade acarretada por alguma indevida inadmissibilidade de recurso interposto na causa originária, ou quando haja decisão pseudo-terminativa, ou quando, extinto o processo sem resolução do mérito, não se permite mais a repositura da demanda”.¹⁹⁻²⁰

eficácia formal de coisa julgada), continua o tempo perdido, pois que se eliminou a causa da cessação: a sentença e a sua eficácia forma de coisa julgada. Às vezes, a rescisão é de decisão concernente à formação da relação jurídica processual, mas, aí, é pelo objeto da impugnação que se desce até lá”. (Idem, p. 173).

18. Conforme noticiado no informativo 509 do STJ, disponibilizado em 05.12.2012: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA TERMINATIVA. É cabível o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir tanto o provimento judicial que resolve o mérito quanto aquele que apenas extingue o feito sem resolução de mérito. A redação do art. 485, caput, do CPC, ao mencionar ‘sentença de mérito’ o fez com impropriedade técnica, referindo-se, na verdade, a ‘sentença definitiva’, não excluindo os casos onde se extingue o processo sem resolução de mérito. De toda sentença terminativa, ainda que não seja de mérito, irradiam-se efeitos declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais e executivos. Se o interesse do autor reside em atacar um desses efeitos, sendo impossível renovar a ação e não havendo mais recurso cabível em razão do trânsito em julgado (coisa julgada formal), o caso é de ação rescisória, havendo que ser verificado o enquadramento nas hipóteses descritas nos incisos do art. 485, do CPC. O equívoco cometido na redação do referido artigo, o foi na compreensão de que os processos extintos sem resolução do mérito (à exceção daqueles em que se acolheu a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada, art. 267, V) poderiam ser renovados, na forma do art. 268, do CPC, daí que não haveria interesse de agir em ação rescisória movida contra sentença ou acórdão que não fosse de mérito. No entanto, sabe-se que a renovação da ação não permite rediscutir todos os efeitos produzidos pela ação anteriormente extinta. Exemplo disso está no próprio art. 268, do CPC, que condiciona o despacho da nova inicial à prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado. Para estes casos, onde não houve sentença ou acórdão de mérito, o único remédio é a ação rescisória”. (STJ, Segunda Turma, REsp 1.217.321/SC, Rel. originário Min. Herman Benjamin, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/10/2012, pendente de publicação do inteiro teor do acórdão).
19. Justificativa apresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro para a inclusão do dispositivo em comento, extraída do Relatório das atividades elaborado pelo Deputado (“Consolidação Barradas”) disponibilizado em 25.04.2012, quando deixou a relatoria-geral pela primeira vez. No particular, Sérgio Barradas Carneiro observa que acolheu a sugestão feita por Rodrigo Barioni, professor da PUC/SP, em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados no dia 07.12.2011.
20. Roberto Campos Gouveia Filho exemplifica: “suponhamos que o autor apela contra a sentença que declarou não ter ele direito ao que pretende (eficácia declaratória negativa da sentença). A decisão apelada, por certo, versa sobre o mérito do processo, sobre a res in iudicium

A previsão expressa em dispositivo legal é louvável já que dissipa qualquer dúvida quanto ao cabimento da ação rescisória.

4. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

A doutrina costuma dizer que as previsões legais de rescindibilidade de decisão de mérito transitada em julgado são taxativas, em consonância com a proteção ao direito fundamental à coisa julgada, prevista no art. 5º, XXXVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.²¹

Atualmente, é rescindível a decisão quando, conforme o art. 485 do CPC/1973, for proferida: (i) por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; (ii) por juiz impedido ou absolutamente incompetente; (iii) em decorrência de dolo, simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; (iv) em ofensa a coisa julgada; (v) em violação a literal dispositivo de lei; (vi) com base em prova falsa; (vii) em caso de documento novo; (viii) com base em confissão, desistência ou transação, e haja fundamento para invalidá-la; (ix) com base em erro de fato.

O projeto de novo CPC traz avanços significativos com relação às hipóteses de cabimento da ação rescisória. Grande parte dessas alterações já constava no anteprojeto, mas outras foram feitas pelo Senado Federal e também pela Câmara dos Deputados, conforme Relatório-Geral pendente de apreciação.

Em regra, há uma ampliação das hipóteses de cabimento, em consonância com o que há muito tempo tem sido proposto e interpretado ampliativamente pela doutrina.

deducta, portanto. Admitida a apelação pelo juízo a quo, venha ela a ter seu seguimento negado pelo relator no juízo ad quem, pois, no entender dele, o recurso seria intempestivo. Esta segunda decisão aplicou de forma equivocada o art. 557, caput, CPC, pois o suporte fático de tal dispositivo não estava configurado no caso em tela: o recurso era, sim, tempestivo. Não obstante o erro do julgador, o apelante, por motivo desconhecido (e irrelevante), não recorre, de modo que a decisão vem transitar em julgado. Ninguém deve ter dúvida que a decisão monocrática negatória de seguimento ao recurso não versa sobre a causa, não versa sequer sobre o mérito recursal (que, in casu, coincide com mérito causae). Ora, não obstante, tal decisão não seja de mérito, aplicando a tese ponteana, é possível rescindi-la para, simplesmente, obter o seguimento do recurso ao órgão colegiado competente para julgá-lo. Neste último aspecto reside o interesse do autor na rescisão. Vê-se, pois, num juízo de falseabilidade a inteireza científica da lição do mestre". (GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. O objeto da rescindibilidade segundo Pontes de Miranda. Disponível em: <<http://blogpontesdemiranda.blogspot.com.br/2011/02/o-objeto-da-rescindibilidade-segundo.html>> Acesso em 07.12.2012).

21. Por todos, SCARPINELLA BUENO, Cassio. Código de Processo Civil interpretado. Antonio Carlos Marcato (org.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.475.

A exceção se dá no que diz respeito a previsão constante no inciso VIII do artigo 485 do CPC/73 que, no projeto, deixa de existir. Com efeito, o dispositivo dispõe ser cabível ação rescisória quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença.

Rigorosamente, exclui-se apenas a rescindibilidade da decisão de mérito baseada na confissão. A opção do projeto de novo CPC foi deixar claro que a decisão de mérito que homologue transação, reconhecimento jurídico do pedido ou renúncia à pretensão são categorias de decisões judiciais impugnáveis pela ação anulatória, como já lecionava Pontes de Miranda, *in verbis*: “Quanto às decisões que homologuem atos das partes e aos atos processuais das partes, ou pessoas que agiram no processo em atos jurídicos de direito material, insertos no processo, e que independem de homologação, incide o art. 486 do Código de Processo Civil”.²²

Mantém-se o cabimento em caso de decisão proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz. Quanto à hipótese de cabimento contra decisão proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente, o anteprojeto retira a incompetência absoluta, mas o Senado Federal a traz de volta para o projeto. O Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados acrescenta a coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ao lado do dolo e da simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei. Mantém-se a hipótese em caso de ofensa a coisa julgada. Desde o anteprojeto substituiu-se o cabimento em caso de “violação a literal dispositivo de lei” por “violar manifestamente a norma jurídica”. Mantém-se a hipótese de rescisória por prova falsa apurada em processo criminal ou na própria ação rescisória. Amplia-se o cabimento de rescisória em caso de “documento novo” para qualquer tipo de “prova nova” cuja existência o autor ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz de alterar, por si só, a decisão rescindenda. E, por fim, mantém-se a rescisória em caso de erro de fato.

Feitas estas observações, seguindo o objetivo estabelecido para este trabalho, passa-se a analisar cada uma das alterações ocorridas nas hipóteses de cabimento da ação rescisória no projeto de novo CPC relacionando-as com o pensamento de Pontes de Miranda.

22. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 204.

4.1. Incompetência absoluta

Pontes de Miranda afirma que a incompetência absoluta do juízo é pressuposto suficiente de rescindibilidade da decisão.²³

O anteprojeto (art. 884), com a finalidade de simplificar o sistema processual civil brasileiro, retira a incompetência absoluta das hipóteses de cabimento de ação rescisória.²⁴

Durante a tramitação do projeto de novo CPC no Senado Federal (art. 919, II, PLS 166/2010), o Senador Valter Pereira incluiu novamente a decisão proferida por juiz absolutamente competente no rol das hipóteses de cabimento da ação rescisória,²⁵ o que foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal e remetido, dessa forma, para a Câmara dos Deputados.

A previsão permanece no Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (art. 987, II), razão pela qual nos parece que a decisão proferida por juiz incompetente permanecerá sendo hipótese de cabimento da ação rescisória. *Essa decisão legislativa nos parece acertada.*²⁶ *A manutenção da decisão judicial proferida por juiz absolutamente incompetente como hipótese de decisão rescindível encontra-se em sintonia com os direitos fundamentais. Com efeito, o art. 5º, LIII da Constituição de 1988 assegura que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.*

O julgamento por juiz competente é da essência do direito constitucional ao juiz natural²⁷ e aplica-se ao direito processual civil exatamente nas hipóteses de incompetência absoluta.

-
23. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 226.
 24. Consta da Exposição de Motivos: “Além de a incompetência, absoluta e relativa, poderem ser levantadas pelo réu em preliminar de contestação, o que também significa uma maior simplificação do sistema, a incompetência absoluta não é, no Novo CPC, hipótese de cabimento de ação rescisória”.
 25. Parecer 1.624/2010 do Senador Valter Pereira, Relator-geral, publicado no Diário do Senado Federal em 07.12.2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84992&tp=1>> Acesso em: 07.12.2012.
 26. Em sentido contrário, Rodrigo Barioni sustenta que não se deve autorizar a rescisão do julgado pela falta de competência absoluta do órgão que prolatou a decisão, por não dizer respeito ao conteúdo da sentença (acertada ou não), mas ao aspecto meramente formal de a decisão haver sido proferida por órgão absolutamente incompetente. (BARIONI, Rodrigo. A ação rescisória no novo cpc: propostas de alteração. Revista de Processo, vol. 207, p. 239 ss, mai. 2012).
 27. Ada Pellegrini Grinover ensina que o princípio do juiz natural possui dupla garantia: a proibição de juízo de exceção e o julgamento por juiz competente. (GRINOVER, Ada Pel

Nesse sentido, Pontes de Miranda leciona que “a incompetência a que se refere a lei processual, como fundamento para a ação rescisória, é só a que resulta de regra jurídica sobre incompetência absoluta”.²⁸ E continua: “À Constituição cabe proceder à devolução da competência judiciária, isto é, da competência, que toca ao Brasil, na distribuição supra-estatal das competências”.²⁹ Por fim, o homenageado exemplifica que “qualquer tribunal é absolutamente incompetente para julgar, por exemplo, ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Federal de Recursos”.³⁰

Portanto, em nosso sentido, a incompetência absoluta merece permanecer como hipótese de cabimento da ação rescisória, conforme consta na atual fase de tramitação do projeto de novo CPC.

4.2. Coação

O Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (art. 987, III) inclui a coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida como hipótese de cabimento da ação rescisória ao lado do dolo, bem com da simulação ou colusão entre as partes com a finalidade de fraudar a lei.

A coação é um vício de consentimento que subtrai a manifestação da vontade humana. Trata-se de pressão sobre uma das partes para determiná-la a concordar com um ato.³¹ No âmbito da ação rescisória, essa coação deve fazer com que a parte coatora saia vencedora em detrimento da parte coagida.

Se a coação gerou a confissão, esta pode ser anulada no curso do processo (art. 352, CPC/73; art. 372, anteprojeto; art. 379, PLS166/2010;

legri. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. O processo em sua unidade. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1984, v. II, p. 3 e ss). Já Nelson Nery Junior leciona que a garantia do juiz natural é tridimensional: “1) não haverá juízo ou tribunal ad hoc, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial”. (NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 9 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 126).

28. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 229.

29. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 230.

30. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 228.

31. Conf. RODRIGUES, Silvio. Direito civil: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 199-200).

art. 401, Relatório-Geral PL 8046/2010). Mas após o trânsito em julgado da decisão, como a confissão deixa de ser hipótese de rescindibilidade no projeto de novo CPC, o acréscimo da coação como hipótese de rescindibilidade é medida salutar.

Porém, quando a coação tiver como consequência a concordância da parte coagida à transacionar, à reconhecer juridicamente o pedido ou à renunciar a sua pretensão, gerando, assim, uma decisão homologatória, essa decisão é, de acordo com o novo CPC, impugnável por meio de ação anulatória (art. 265, Relatório-Geral PL 8046/2010³²).

4.3. Violação manifesta a norma jurídica

O inciso V do art. 485 do CPC/1973 prevê como hipótese de rescindibilidade a decisão proferida em “*violação a literal disposição de lei*”. O dispositivo há muito tempo é alvo de críticas. Isto porque o direito não se resume ao que consta na literalidade do texto de lei.

Pontes de Miranda entende que a palavra “lei” deve ser entendida como “direito”. Em suas sempre sábias palavras: “Se entendemos que a palavra ‘lei’ substitui a que lá devesse estar – ‘direito’ – já muda de figura. (...) Esse é o *verdadeiro conteúdo* do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a ‘letra’ legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: realizar o direito objetivo, apaziguar”.³³

Com efeito, como o direito não se resume a literalidade da lei posta, é preciso interpretar “violar literal disposição de lei” como “violar o sistema jurídico”.³⁴

Desse modo, para adequar o texto de lei à sua teleologia, a Comissão de Juristas elaboradora do anteprojeto retira a hipótese de

32. “Art. 265. Os atos negociais, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, estão sujeitos à invalidação, nos termos da lei”.

33. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 266. No mesmo sentido, leciona José Carlos Barbosa Moreira: “Melhor teria sido substituí-la por ‘direito em tese’, como sugeriu a Comissão revisora. O ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da questão iuris quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, n. 78, p. 131-133).

34. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 518.

rescindibilidade da decisão de mérito que “violar literal disposição de lei” para admitir como rescindível aquela decisão de mérito que “violar manifestamente a norma jurídica” (art. 884, V, anteprojeto; art. 919, V, PLS 166/2010; art. 987, V, Relatório-Geral do PL 8046/2010).

A alteração é digna de aplausos. Isto porque, como já dizia Pontes de Miranda, “para o cabimento da ação rescisória, o que importa é que tenha havido infração da regra jurídica, ofensa ao direito em tese. Quais os degraus que subiu o juiz para a conclusão, qual o caminho tortuoso que tomou, mesmo se reproduz a regra jurídica, se lhe acentua os conceitos, se põe em relevo os seus dizerem, há rescindibilidade da sentença se não atendeu ao preciso sentido da regra jurídica, tal como ela se insere no sistema jurídico”.³⁵

Violar o sistema jurídico, nos dias de hoje, significa violar não apenas as regras jurídicas, mas também os princípios jurídicos. Contemporaneamente, os princípios jurídicos não devem mais ser vistos somente como normas com a finalidade de integração de lacunas. Eles são espécies normativas, com eficácia normativa, que prescrevem fins a serem atingidos e servem de fundamento para a aplicação do sistema jurídico.³⁶

35. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 297. Em outro excerto, afirma que: “Seria pouco provável a realizabilidade do direito objetivo, se o elemento só fosse a lei: não apenas pela inevitabilidade das lacunas, como porque a própria realização supõe provimento aos casos omissos e a subordinação das partes imperfeitas aos princípios do próprio direito a ser realizado”. (Idem, p. 269). Nesse mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell assevera que: “Se o sistema jurídico aceita que a lei não é a fonte exclusiva do direito, então, não há sentido em restringir a previsão legal, sem que isso, naturalmente, signifique permitir, em ação rescisória, o reexame de toda e qualquer decisão, por todo e qualquer fundamento, como se tal remédio fosse, como dito, uma nova instância recursal”. (YAR-SHELL, Flávio Luiz. Ação rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 323-324.)

36. Sobre a distinção entre princípios e regras e a eficácia normativa dos princípios: ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, passim, especificamente, p. 78-79. Na doutrina estrangeira, são amplamente conhecidos os pensamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy: DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39-43; ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91. No direito brasileiro, vide com proveito: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 340; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 352-357; SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: Revista Latino-Americana

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier entende ser rescindível a sentença que incidir princípio inaplicável ou deixar de aplicar princípio adequado: “De fato, se se consegue demonstrar que a incidência dos princípios (que não incidiram) ou o afastamento de princípios (que deveria ter incidido *deveria ter levado a uma decisão* diferente da que foi proferida, não há como se deixar de equiparar esta situação à da ofensa à lei, para efeito de se considerar uma *quaestio juris* corrigível pela via dos recursos excepcionais e, também, da ação rescisória”.³⁷

Fernando Sacco Neto corrobora com este entendimento ao afirmar que “a expressão ‘lei’, do inc. V do art. 485 do CPC, diz respeito à lei federal, ordinária e, inclusive, a princípios jurídicos”.³⁸

Essa também é a posição de Ronaldo Cramer, em dissertação de mestrado defendida na PUC/SP e publicada recentemente em versão comercial.³⁹

O Superior Tribunal de Justiça já admitiu, com acerto, o cabimento de ação rescisória por violação a princípio jurídico com fundamento na “violação a literal disposição de lei”, como se observa do excerto extraído da ementa do acórdão: “A expressão “violar literal disposição de lei”, contida no inciso V do art. 485 do CPC deve ser compreendida como violação

de Estudos Constitucionais. Paulo Bonavides (org.). Belo Horizonte: Del Rey, jan-jun, 2003, p. 612; GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 167-188; GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 22; STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 174-175; BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 58. No direito processual civil brasileiro, destaca-se: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 61-75; MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 49-55 (Curso de processo civil, v. 1); SCARPINELLA BUENO, Cassio. Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61-64; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 1, p. 33-36; CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2010, p. 90-97.

37. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 518-521, especificamente, 521.
38. SACCO NETO, Fernando. Do cabimento da ação rescisória com fundamento em violação de princípio geral de direito. In: MEDINA, José Miguel Garcia et alli (org.) Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 1025.
39. CRAMER, Ronaldo. Ação rescisória por violação da norma jurídica. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 247-250.

do direito em tese, e abrange tanto o texto estrito do preceito legal, como a idéia de manutenção da integridade do ordenamento jurídico que não se consubstancie, numa determinada norma legal, mas que dela possa ser extraída, a exemplo dos princípios gerais do direito”.⁴⁰

Violar manifestamente a norma jurídica, como consta no projeto de Novo CPC, se refere à qualquer tipo de norma jurídica, seja ela processual, civil, consumerista, ambiental, constitucional, administrativa, etc. Como afirma Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “o que interessa ao Estado e ao povo é a integridade, a observância, o respeito de todo o seu sistema jurídico”.⁴¹

Impende observar ainda que a ação rescisória contra decisão que violar *manifestamente* a norma jurídica é cabível, inclusive, quando a decisão tiver dado interpretação *razoável* à norma jurídica, a despeito do disposto no enunciado 343 da Súmula de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Entender ser incabível a ação rescisória quando a matéria era controvertida nos tribunais significa afrontar os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia.

Como já nos manifestamos em outro estudo, “as normas jurídicas são preordenadas a terem somente uma interpretação em relação a determinados fatos, em dado momento histórico e num determinado lugar, ainda que baseadas em princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados. (...) Sendo tarefa da jurisdição encontrar o direito e realizá-lo em suas decisões, definir a decisão correta em um determinado contexto fático, em um dado momento histórico, para que possa ela ser aplicada a todos os casos idênticos”, consagra os princípios da isonomia e da legalidade.⁴²

Como leciona Arruda Alvim, “as dúvidas a respeito da interpretação do direito em tese, entretanto, hão de ser contemporâneas, isto é,

40. STJ, Terceira Turma, REsp 329.267/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.08.2002, DJU 14.10.2002, p. 225.

41. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 288.

42. SANTOS, Welder Queiroz dos. A hora e a vez do amicus curiae: o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (coord.). O Projeto do novo Código de Processo Civil: Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 686-687.

coexistentes no mesmo momento histórico. Por outras palavras, num mesmo momento histórico não é aceitável que a mesma regra jurídica tenha mais de uma interpretação, pois o atributo da certeza é necessidade indeclinável da ordem jurídica; a duplicidade de interpretação criaria, certamente a dubiedade respeitante à conduta”.⁴³

Nesse mesmo sentido é a escorreita lição de Teresa Arruda Alvim Wambier ao afirmar que “o princípio da isonomia se constitui na idéia de que todos são iguais perante a lei, o que significa que a lei deve tratar a todos de modo uniforme e que correlatamente as decisões dos tribunais não podem aplicar a mesma lei de forma diferente a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico. (...) Uma das conseqüências inafastáveis da incidência deste princípio é a de que, em face de casos ‘rigorosamente idênticos’, deva o Judiciário tender a decidir, aplicando a mesma regra de direito, entendida da mesma forma”.⁴⁴

Esse é o pensamento de Ronald Dworkin que – ao rebater o pensamento de Herbert Hart no sentido de que são possíveis várias decisões corretas para um mesmo caso – sustenta, com base no princípio da legalidade, que mesmos os casos difíceis, passível de resolução por meio dos princípios, possuem sim uma resposta correta.⁴⁵

Portanto, percebe-se que a substituição de “violar literal disposição de lei” por “violar manifestamente a norma jurídica” é medida mais consentânea ao direito, tendo em vista que a expressão “norma jurídica” não limita ao expressamente previsto em “lei”, abarcando não só as regras, como também os princípios jurídicos. No entanto, “violar manifestamente a norma jurídica” não deve ser utilizado para afastar a rescindibilidade de decisão de mérito que der interpretação diversa da admitida como correta pela jurisprudência brasileira, principalmente dos Tribunais Superiores, responsáveis pela última palavra no que diz respeito às leis federais, constitucionais (Supremo Tribunal Federal) ou infraconstitucionais (Superior Tribunal de Justiça).

43. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo civil. Revista de Processo, São Paulo, RT, 1974, ano 1, vol. 1, p. 85-133, em especial, p. 101, nota de rodapé 28.

44. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 524-525.

45. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 434. Para o autor, os princípios permitem ao juiz individualizar, sempre e em todos os casos, a única solução jurídica correta, sem exercer nenhum poder discricionário em sentido forte.

4.4. Prova nova

O anteprojeto (art. 884, VII), manteve a previsão de rescindibilidade da decisão em caso de obtenção de “documento novo” ignorado pela parte autora da rescisória ou que dele não pode fazer uso, capaz, por si só de assegurar-lhe um resultado favorável, substituindo a expressão “depois da sentença” por “posteriormente ao trânsito em julgado”. Tal modificação, como destacado no item 2, teve a finalidade apenas de possibilitar *ipsis litteris* a rescindibilidade de outras decisões de mérito diversas da sentença, sem muita inovação prática.

Diferentemente, o parecer substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, aprovado pelo Senado Federal (art. 919, VII, PLS 166/2010) e mantido pelo Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (art. 987, VII) substitui a expressão “documento novo”, contida no CPC/1973 (art. 485, VII) e mantida no anteprojeto (art. 884 VII), por “prova nova”, ampliando, assim, a hipótese de cabimento de ação rescisória para todas as demais provas ignoradas pelo autor ou que delas não pode fazer uso, e que sejam capaz, por si só, de alterar o conclusão do julgamento rescindendo.

A modificação é significativa pois soluciona a problemática existente a respeito do cabimento de outro meio de prova novo, como o exame pericial, do qual não se pode dispor ao tempo do julgado objeto da rescisão e que seja capaz de alterar a decisão rescindenda.

Por mais que boa parte da doutrina⁴⁶ e da jurisprudência⁴⁷ defenda o cabimento de ação rescisória em caso como o de investigação de

46. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina defendem que “se é admissível a ação rescisória com fundamento em documento novo, com muito mais razão deve-se admitir o ajuizamento de ação rescisória com fundamento em exame pericial novo”. (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. Recursos e ações autônomas de impugnação. São Paulo, 2009, p. 270, processo civil moderno, v. 2). No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha asseveram que “o exame de DNA, obtido após o trânsito em julgado ou depois do momento processual para sua juntada aos autos do processo originário, pode servir para instruir a ação rescisória fundada em documento novo”. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. Curso de direito processual civil. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 5, p. 388). Ainda sobre o tema, sustenta Luiz Guilherme Marinoni que embora um laudo de DNA não seja exatamente um documento, “o objetivo do legislador, ao se referir a documento novo, foi o de viabilizar a rescisão no caso de prova de que não se pôde fazer uso, capaz de conduzir a julgamento favorável. Se é assim, nos caos em que a investigação de paternidade ocorreu na época em que o exame de DNA ainda não existia, não há dúvida que o laudo de DNA pode ser equiparado a um ‘documento novo’”. (MARINONI, Luiz Guilherme.

paternidade e surgimento do Exame de DNA, a interpretação “elástica” é feita muito mais por questão de justiça do que de técnica, já que esta hipótese de cabimento – documento novo – é prevista justamente pelo fato de a decisão rescindível ostentar uma injustiça a ser eliminada pela ação rescisória.⁴⁷

Assim, qualquer “prova nova”, estranha a causa – ou seja, de existência ignorada ou que não pode dela fazer uso por motivos alheios a sua vontade – onde foi proferida a decisão rescindenda, e capaz, por si só, de alterar a conclusão do julgamento constitui-se hipótese de cabimento da ação rescisória. Para Pontes de Miranda, ao referir-se ao documento novo, “tem de ser *bastante* para que se julgasse procedente a ação. Ser bastante, aí, é ser necessário, mas não é de exigir-se que só ele bastasse, excluído outro ou excluídos outros que foram apresentados. O que se exige é que sozinho ou ao lado de outros, que constaram dos autos, seja suficiente”.⁴⁸

Ao autor incumbe ainda o dever de demonstrar o momento em que obteve essa prova nova. Isto porque, para fins de rescindibilidade da decisão, ela deve ter sido obtida depois do trânsito em julgado da decisão rescindenda ou em momento em que não se permitia mais a sua realização nos autos do processo originário. Como leciona Pontes de Miranda, ao referir-se a hipótese de cabimento contida no art. 485, VII do CPC/1973, há entender cabível “quando não mais podia apresentá-lo [o documento novo] para julgamento”.⁴⁹

Ademais, como se verá no item 4, o momento de acesso à prova nova também é importante para fins de contagem do prazo para o ajuizamento

O princípio da segurança dos atos jurisdicionais [a questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). Relativização da coisa julgada: enfoque crítico. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 276].

47. “AÇÃO RESCISÓRIA – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO – POSSIBILIDADE – FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO NESSES CASOS. SOLUÇÃO PRÓ VERDADEIRO “STATUS PATER”. – O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se “documento novo” para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico”. (STJ, Segunda Seção, REsp 300.084/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 28.04.2004, DJ de 06.09.2004, p. 161).
48. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 326.
49. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 326.

da ação rescisória, já que o Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados estabelece que o termo inicial do prazo iniciar-se-á a partir da descoberta da prova nova.

4.5. Erro de fato

O projeto mantém a previsão de rescindibilidade da decisão fundada em erro de fato, porém substitui a expressão “resultante de atos ou de documentos da causa” (art. 485, IX, CPC/1973) por “verificável do exame dos autos” (art. 884, VIII, anteprojeto; art. 919, VIII, PLS 166/2010; art. 987, VIII, Relatório-Geral PL 8046/2010).⁵⁰

Erro de fato ocorre quando “a decisão rescindenda admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido” que tenha sido determinante para a conclusão judicial. Como exemplifica Pontes de Miranda, “o erro pode consistir em se ter afirmado que o fato acontecera, ou que não acontecera, ou que acontecera no momento *b*, que interessa a causa, ou que não acontecera em tal momento, e a afirmação se referiu, erradamente, ao momento *b*, em vez de só admitir ter existido ou não ter existido no momento *a* ou *c* ou *a* e *c*”.⁵¹

É indispensável, para fins de rescindibilidade da decisão, que não tenha havido controvérsia e nem pronunciamento judicial sobre o fato admitido equivocadamente (art. 485, § 1º e § 2º, CPC/1973; art. 884, parágrafo único, Anteprojeto; art. 919, parágrafo único, PLS 166/2010; art. 987, §1º, Relatório-Geral PL 8046/2010).

Pontes de Miranda esclarece que “o legislador de 1973 inspirou-se no Código de Processo Civil italiano, art. 395, 4)”.⁵² Com efeito, a expressão “resultante de atos ou de documentos da causa” contida no art. 485, IX do CPC/1973 é “copia” da expressão “*risultante dagli atti o documenti della causa*” constante no *Codice de Procedura Civile* italiano.⁵³ No entanto, é

50. A alteração foi proposta por: BARIONI, Rodrigo. A ação rescisória no novo cpc: propostas de alteração. Revista de Processo, vol. 207, p. 239 ss, mai. 2012.

51. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 345.

52. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 343.

53. O art. 395, primeira parte, do CPC italiano (Della Revocazione) dispõe “395. Casi di revocazione. – Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: 4) se la sentenza è l’effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa”. (FERRI, Corrado (org.). Codice di procedura civile e leggi collegate. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 81).

preciso atentar-se para a aguda observação de José Carlos Barbosa Moreira no sentido de que as expressões “*resultante*” e “*atti*”, diferentemente do que possa parecer, significam, em português, *emergente* e *autos*.⁵⁴

A modificação amplia o reconhecimento de erro de fato para erros verificáveis da análise dos depoimentos pessoais, dos depoimentos das testemunhas e de outros meios de provas. Assim, se do exame dos autos for possível verificar a ocorrência de erro de fato, a decisão pode ser rescindida.

5. PRAZO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

O prazo para o ajuizamento da ação rescisória⁵⁵ tem sido objeto de discussão, principalmente após (i) o surgimento de teorias que pugnam pela relativização da coisa julgada material,⁵⁶ (ii) a inserção no CPC/1973 da possibilidade de inexigibilidade da coisa julgada inconstitucional (art. 475-L, § 1º e art. 741, parágrafo único) e (iii) a descoberta do Exame de DNA.

No direito brasileiro, desde a entrada em vigor do CPC/1973 (art. 495), o direito à rescisão do julgado coberto pela coisa julgada material decai em 02 anos, contados do trânsito em julgado da decisão. Antes, o prazo para a propositura da ação rescisória era de 05 anos (art. 178, §10, VIII, CC/1916).

Em nome da segurança jurídica, a Comissão de Juristas elaboradora do Anteprojeto do Novo CPC entendeu por bem reduzir para 01 (um) ano o prazo para a propositura da ação rescisória (art. 893), ressaltando os casos de decisão proferida por força de prevaricação, concussão ou

54. Conf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 15 ed. Rio de Janeiro, Forense, v. V, n. 85, p. 148-149; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 575. O art. 395, primeira parte, do CPC italiano (Della Revocazione) dispõe “395. Casi di revocazione. – Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: 4) se la sentenza è l’effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa”.

55. Sobre o tema: SHIMURA, Sérgio. Prazo para a ação rescisória, Revista de Processo, v. 209, p. 203 ss., jul. 2012.

56. DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. A nova era do processo civil. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 216-269; THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). Relativização da coisa julgada: enfoque crítico. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 179-224.

corrupção do juiz (art. 884, I) e de prova falsa (art. 884, VI), em que o termo inicial do prazo iniciar-se-á do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.⁵⁷ O Senado Federal manteve integralmente o texto (art. 928).

Já na Câmara dos Deputados, o Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial (art. 996) procura manter o prazo bienal para o exercício do direito à rescisão dos julgados.

Além de retomar o prazo de 02 (dois) anos, as modificações na Câmara dos Deputados vão além. O Relatório-Geral prevê 03 (três) parágrafos, cada um tratando de uma peculiaridade.

O parágrafo primeiro estabelece que quando o prazo expirar em férias forenses⁵⁸, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense, prorrogar-se-á a data final até o primeiro dia útil imediatamente subsequente. Em que pese a posição doutrinária no sentido de que o prazo decadencial é material e, por essa razão, não se suspende e nem se interrompe (art. 207, Código Civil), o Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados optou por acolher o entendimento já manifestado anteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵⁹

57. Pontes de Miranda já afirmava: “Se foi julgada a falsidade da prova, em juízo criminal, o prazo preclusivo somente começa de correr com o trânsito em julgado da sentença penal”. Ao referir-se ao CPC/1973, o homenageado esclarece que “No art. 495 fala-se de ‘trânsito em julgado da decisão’, mas, como, na espécie do art. 485, VI, 1a parte, há o pressuposto de dois trânsitos em julgado, tem-se de atender à necessidade do trânsito da sentença da ação penal”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 373).

58. Já tivemos a oportunidade de nos manifestar a respeito das “férias forenses” no projeto de Novo CPC: SANTOS, Welder Queiroz dos. A suspensão dos prazos processuais de 20 de dezembro a 20 de janeiro no projeto de Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 204, p. 249-262, 2012.

59. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. AJUIZAMENTO FORA DO PRAZO PREVISTO NO ART. 495 DO CPC. DECADÊNCIA CONFIGURADA. INDEFERIMENTO LIMINAR DA PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A decisão que se pretende rescindir foi publicada no dia 10 de março de 2003 (fl. 181), tendo sido opostos embargos de declaração, que foram rejeitados pela Segunda Turma deste Pretório à consideração de que não havia omissão, obscuridade ou contradição no decisorio embargado. Tal acórdão foi publicado em 8 de setembro de 2003. Diante disso, foi apresentado recurso de agravo regimental, que não foi conhecido pelo Ministro Relator sob o fundamento de que era intempestivo e incabível, já que interposto contra decisão colegiada (fl. 222). Não se conformando, os demandantes ofertaram recurso extraordinário e, ante sua não-admissão pelo Presidente desta Corte, agravo de instrumento endereçado ao Supremo Tribunal Federal, com vistas a que fosse examinado o recurso extremo. O Pretório Excelso, em decisão transitada em julgado em 16 de dezembro de 2004, negou seguimento ao recurso, com respaldo no art. 21, § 1º, do seu Regimento Interno, em razão de considerá-lo intempestivo (fl. 262). 2. Nos termos do art. 495 do CPC, “o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da

Já o parágrafo segundo estabelece que o termo inicial para a propositura de ação rescisória com base em prova nova contar-se-á a partir da sua descoberta.⁶⁰

Embora de forma mais ampla, o Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados acolhe as considerações feitas de *lege ferenda* por José Carlos Barbosa Moreira ao se referir ao termo inicial para a contagem do prazo da rescisória com base em Exame de DNA novo, no sentido de ser “conveniente modificar aí a disciplina, não para abolir o pressuposto temporal – pois, com a ressalva que se fará adiante, relutamos em deixar a coisa julgada, indefinidamente, à mercê de impugnações –, mas para fixar o termo inicial do prazo no dia em que o interessado obtém o laudo, em vez do trânsito em julgado da sentença rescindenda”.⁶¹

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni já pugnou pela imediata intervenção legislativa ao expor que “a sentença da ação de investigação de paternidade somente pode ser rescindida a partir de prazo contado da ciência da parte vencida sobre a existência do exame de DNA. Não obstante, a dificuldade de identificação dessa ciência, que certamente seria levantada, é somente mais uma razão a recomendar a imediata intervenção legislativa”.⁶²

decisão". Esse prazo, por ser decadencial, não se interrompe, nem se suspende, prevalecendo o entendimento na doutrina e na jurisprudência de que, findando em dia feriado ou em fim de semana, prorroga-se o termo ad quem para o primeiro dia útil subsequente. É contado do trânsito em julgado da última decisão que tratou do mérito da demanda, ou seja, quando esta não mais for impugnável por recurso, seja por decurso de prazo, seja por inadmissibilidade da via recursal eleita. 3. No caso concreto, o termo inicial do biênio para o ajuizamento da ação rescisória foi o dia seguinte ao término do prazo para recorrer do aresto prolatado no julgamento dos embargos declaratórios opostos (publicado em 8 de setembro de 2003), e, tendo sido proposta a presente demanda somente em 15 de dezembro de 2006, mostra-se evidente a decadência. 4. Agravo regimental desprovido". (STJ, Primeira Seção, AgRg na AR 3691/MG, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 27/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 172).

60. Preocupado com a problemática envolvendo a prova nova, o Deputado Hugo Leal, relator-parcial referente aos livros Processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais e Disposições finais e transitórias, propôs que o prazo fosse de 05 anos, contados do trânsito em julgado. Relatório-parcial disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=990797&filename=Tramitacao-PL+6025/2005> Acesso em: 08.12.2012.
61. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). Relativização da coisa julgada: enfoque crítico. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 248.
62. MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). Relativização da coisa julgada: enfoque crítico. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 277.

Por fim, o parágrafo terceiro disciplina que o termo inicial para a propositura da ação rescisória em caso de colusão das partes “começa a correr, para o Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que tem ciência da fraude”.

Confessadamente, o parágrafo tem inspiração no item VI do enunciado 100 da súmula de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que estabelece que “Na hipótese de colusão das partes, o prazo decadencial da ação rescisória somente começa a fluir para o Ministério Público, que não interveio no processo principal, a partir do momento em que tem ciência da fraude”.

Por outro lado, a ausência de previsão expressa do termo inicial para a propositura da ação rescisória em caso de prolação de decisão parcial de mérito é um ponto negativo do projeto.

O Deputado Hugo Leal, relator parcial dos livros “Processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais” e “Disposições finais e transitórias”, propôs em seu Relatório-Parcial a regulamentação do tema para prever expressamente que “No caso de decisão parcial de mérito, o prazo a que se refere o caput conta-se do respectivo trânsito em julgado” e também que “No caso de recurso parcial, nos termos do art. ___, o prazo a que se refere o *caput* conta-se do trânsito em julgado do capítulo não impugnado”.⁶³

Tais parágrafos consagrariam a solução adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho conforme item II do enunciado 100 da súmula de sua jurisprudência, nos termos: “Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese

63. O relatório parcial do Deputado Hugo Leal, referente aos livros Processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais e Disposições finais e transitórias, está disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=990797&filename=Tramitacao-PL+6025/2005> Acesso em: 08.12.2012. Aproveito para agradecer ao Professor Arruda Alvim e ao Deputado Hugo Leal pelo honroso convite para integrar o grupo de estudos, coordenado por eles, que, de uma forma ou de outra, contribuiu para a elaboração do relatório parcial. Agradeço também aos amigos André Luiz Monteiro, Bruno Garcia Redondo, Eider Avelino Silva e Hélio Barros, integrantes do grupo, pelos marcantes, profundos, qualitativos, intensos e respeitosos debates. Foram verdadeiros momentos de aprendizado, únicos, e que já deixam saudades.

em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial.”.

Esse entendimento nos parece o mais adequado para o direito processual civil brasileiro⁶⁴, mas encontra-se em confronto com o enunciado 401 da Súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Em nosso sentir, o legislador perde uma grande oportunidade de por fim a intensa polêmica existente sobre o tema, já que, da forma como está, a divergência doutrinário-jurisprudencial continua, o que, definitivamente, não se espera de um novo Código de Processo Civil.

6. MODIFICAÇÕES PROCEDIMENTAIS

O Projeto de Novo CPC realiza também algumas modificações procedimentais importantes, mas de menor relevância prática, que merecem ser pontualmente mencionadas, ainda que sem a relação com o pensamento de Pontes de Miranda.

6.1. Dispensa do depósito prévio

O CPC/1973 (art. 488) e Projeto de Novo CPC (art. 886, anteprojeto; art. 921, PLS 166/2010; art. 989, Relatório-Geral PL8046/2010) impõem ao autor da ação rescisória o dever de depositar o equivalente à 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso, por unanimidade de voto, a ação seja declarada inadmissível ou os pedidos sejam julgados improcedentes.

O parágrafo único do art. 488 do CPC/1973 dispensa a União, os Estados, os Municípios e o Ministério Público do depósito.

Na linha do admitido pela doutrina e pela jurisprudência em interpretação extensiva do dispositivo retro mencionado, o anteprojeto (art. 886, § 1º) estende expressamente a dispensa ao Distrito Federal, às

64. Entre tantos outros artigos sobre o tema, vide: THEODORO JUNIOR, Humberto. A ação rescisória e os julgamentos fracionados do mérito da causa. In: ASSIS, Araken de. et alli (coord.) Direito civil e processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2008, p. 565-572; MOREIRA, Fernando Mil Homens. Algumas nótulas a respeito da discrepância dos entendimentos atuais do STJ e do STF quanto ao início do prazo para a propositura da ação rescisória. Revista de Processo, v. 164, p. 309 ss., out. 2008.

autarquias e fundações de direito público e aos beneficiários da justiça gratuita. Esse dispositivo foi mantido pelo Senado Federal (art. 921, § 1º).

Acertadamente, o Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados amplia a benesse às Defensorias Públicas (art. 989, § 1º). Assim, o projeto de Novo CPC garante a dispensa do depósito prévio do valor equivalente à 5% (cinco por cento) do valor da causa ao Poder Público, ao Ministério Público, às Defensorias Públicas e aos beneficiários da justiça gratuita.

6.2. Possibilidade de rejeição liminar da ação rescisória

Além da possibilidade de indeferimento da petição inicial da ação rescisória em caso de inépcia, de carência da ação, de decadência, de prescrição e de ausência de depósito (art. 490, CPC/1973), o Projeto de Novo CPC possibilita expressamente o julgamento liminar de improcedência, com base em “precedentes judiciais” (art. 285-A, CPC/1973; art. 886, § 2º, Anteprojeto; art. 921, § 2º, PLS 166/2010; art. 989, § 2º, Relatório-Geral).⁶⁵

6.3. Possibilidade concessão de tutela antecipada

O art. 489 do CPC/1973 disciplina que a propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão, “caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”.

O anteprojeto (art. 887) apenas substituiu a expressão entre aspas do parágrafo anterior por “de tutelas de urgência ou da evidência”. O Senado Federal manteve a modificação (art. 922).

65. O julgamento liminar de improcedência do pedido consta no art. 310 do Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial: “Art. 314. Independentemente da citação do réu, o juiz, em causas que dispensam a produção de prova em audiência, julgará liminarmente improcedente o pedido que: I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – for manifestamente improcedente, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos; sobre direito local; V – contrariar enunciado de súmula do Tribunal de Justiça”.

Por sua vez, o Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (art. 990) substituiu a expressão por “de tutela antecipada”.

A questão é terminológica e reflete a divergência doutrinária sobre o tema.

6.4. Resposta do réu e procedimento

O art. 491 do CPC/1973 dispõe que “O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos termos da ação. Findo o prazo com ou sem resposta, observar-se-á no que couber o disposto no Livro I, Título VIII, Capítulos IV e V”.

O Projeto de Novo CPC (art. 888, anteprojeto; art. 923, PLS 166/2010; art. 991, Relatório-Geral) substitui o prazo máximo de “30 dias” por “um mês”; “responder” por “contestar”; e a remissão ao procedimento ordinário por “procedimento comum”, com a seguinte redação: “O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a quinze dias nem superior a um mês para, querendo, contestar. Findo o prazo, com ou sem contestação, observar-se-á no que couber o procedimento comum”.

6.5. Escolha do relator e do revisor

O Projeto de Novo CPC (art. 889, anteprojeto; art. 924, PLS 166/2010; art. 992, Relatório-Geral) inova em relação ao CPC/1973 ao determinar que “a escolha de relator e de revisor recairá, sempre que possível, em juiz que não haja participado do julgamento rescindendo”.

O dispositivo procura afastar do julgamento da ação rescisória, sempre que possível, aqueles magistrados que participaram do julgamento da decisão rescindenda.

6.6. Produção de provas

O art. 492 do CPC/1973 estabelece que “Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias para a devolução dos autos”.

O Projeto de Novo CPC (art. 880, anteprojeto; art. 925, PLS 166/2010) substitui “delegará” por “poderá delegar”; “ao juiz de direito da comarca

onde deva ser produzida” por “ao órgão que proferiu a sentença ou o acórdão rescindendo”; e “45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias” por “um a três meses”.

O Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (art. 993), na linha da modificações feitas, substituiu “sentença ou o acórdão rescindendo” por “decisão rescindenda”.

Desse modo, o dispositivo fica com a seguinte redação: “Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, fixando prazo de um a três meses para a devolução dos autos”.

6.7. Órgão competente

O art. 493 do CPC/1973 dispõe que: “Concluída a instrução, será aberta vista, sucessivamente, ao autor e ao réu, pelo prazo de dez dias, para razões finais. Em seguida, os autos subirão ao relator, procedendo-se ao julgamento: I – no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, na forma dos seus regimentos internos; II – nos Estados, conforme dispuser a norma de Organização Judiciária”.

O Projeto de Novo CPC (art. 881, anteprojeto; art. 926, PLS 166/2010; art. 994, Relatório-Geral) substitui “subirão” por “serão conclusos”; e os incisos I e II por “pelo órgão competente”.

Desse modo, o dispositivo fica com a seguinte redação: “Concluída a instrução, será aberta vista, sucessivamente, ao autor e ao réu, pelo prazo de dez dias, para razões finais. Em seguida, os autos serão conclusos ao relator, procedendo-se ao julgamento pelo órgão competente”.

6.8. Ação x Pedido

O art. 494 do CPC/1973 dispõe que: “Julgando procedente a ação, o tribunal rescindir a sentença, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito; declarando inadmissível ou improcedente a ação, a importância do depósito reverterá a favor do réu, sem prejuízo do disposto no art. 20”.

O Projeto de Novo CPC (art. 927, PLS 166/2010; art. 995, Relatório-Geral) substitui “ação ” por “pedido”, uma vez que o que é julgado procedente ou improcedente é o pedido.

7. CONCLUSÃO

A título conclusivo, pode-se afirmar que o *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões* de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda continua sendo uma obra de extrema importância para o direito processual civil brasileiro.

O pensamento do homenageado contribui no aperfeiçoamento que o Projeto de Novo CPC realiza na regulamentação da ação rescisória.

O projeto passa a prever expressamente que são rescindíveis todas as decisões de mérito, bem com a decisão não de mérito que impeça a repropositura da causa.

Quanto às hipóteses de cabimento da ação rescisória, acrescenta a coação; substitui “violar literal disposição de lei” por “violar manifestamente a norma jurídica”; e substitui “documento novo” por “prova nova”.

Com relação ao prazo decadencial para o exercício do direito de rescisão das decisões judiciais, o Projeto de Novo CPC modula o termo inicial da contagem do prazo em caso de prática criminosa (prevaricação, concussão ou corrupção do juiz e falsidade da prova) e de prova nova, e também prorroga para o primeiro dia útil subsequente a prazo final quando expirar em férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense.

Por fim, realiza diversas modificações procedimentais.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 1974, ano 1, vol. 1, p. 85-133.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008/

- _____. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista de Processo*, v. 141, p. 7 ss., nov. 2006.
- BARIONI, Rodrigo. A ação rescisória no novo CPC: propostas de alteração. *Revista de Processo*, vol. 207, p. 239 ss, mai. 2012.
- CARVALHO, Fabiano. Ação rescisória contra decisão do relator. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et alli* (org.) *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 1013-1019.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria quinária da ação*: Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010, 632 p.
- CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil*. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 5.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação rescisória contra decisão interlocutória. *A nova era do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 283-292.
- _____. Relativizar a coisa julgada material. *A nova era do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 216-269.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Bolera. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERRI, Corrado (org.). *Codice di procedura civile e leggi collegate*. Bologna: Zanichelli, 2012.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Ação rescisória ajuizada contra decisão interlocutória. Admissibilidade, *Revista de Processo*, v. 144, p. 165 ss., fev. 2007.
- GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. *O objeto da rescindibilidade segundo Pontes de Miranda*. Disponível em: <<http://blogpontesdemiranda.blogspot.com.br/2011/02/o-objeto-da-rescindibilidade-segundo.html>> Acesso em 07.12.2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1984, v. II, p. 3 ss.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*: enfoque crítico. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934.
- _____. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

- MOREIRA, Fernando Mil Homens. Algumas nótulas a respeito da discrepância dos entendimentos atuais do STJ e do STF quanto ao início do prazo para a propositura da ação rescisória. *Revista de Processo*, v. 164, p. 309 ss., out. 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 126.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.
- SACCO NETO, Fernando. Do cabimento da ação rescisória com fundamento em violação de princípio geral de direito. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et alli* (org.) *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.
- SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. O trânsito em julgado progressivo das decisões de mérito – uma visão da ótica das decisões interlocutórias. *Revista de Processo*, v. 202, p. 369 ss., dez. 2011.
- SANTOS, Welder Queiroz dos. A suspensão dos prazos processuais de 20 de dezembro a 20 de janeiro no projeto de Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 204, p. 249-262, 2012.
- _____. A hora e a vez do *amicus curiae*: o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (coord.). *O Projeto do novo Código de Processo Civil: Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (org.). São Paulo: Atlas, 2004.
- SHIMURA, Sérgio. Prazo para a ação rescisória, *Revista de Processo*, v. 209, p. 203 ss., jul. 2012.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. A ação rescisória e os julgamentos fracionados do mérito da causa. In: ASSIS, Araken de. *et alli* (coord.) *Direito civil e processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008, p. 565-572.
- _____. FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 179-224.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

